

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., înaintată de ... – ... SA, cu sediul în ..., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată convențional de Cabinet de Avocat ..., cu sediu ales în vederea comunicării actelor de procedură în ..., formulată împotriva raportului procedurii nr. V/12077/25.05.2023, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. V/12319/29.05.2023 și a tuturor actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, documente emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată online, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect *Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții „MODERNIZARE DJ154, KM 17+000-51+720, LIMITĂ DE JUDEȚ ... – ... – DN17, ...”*, ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../..., s-au solicitat:

„1. Anularea Comunicării privind rezultatul procedurii nr. V/12319/29.05.2023 și a Raportului Procedurii nr. V/12077/25.05.2023 emise de Autoritatea Contractantă și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca neconformă a ofertei ..., respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depuse de ... S.R.L.

2. Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... și constatarea caracterului conform și admisibil al acesteia,

3. Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... S.R.L., cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța”.

Prin cererea de intervenție nr. 1224/26.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... SRL, cu sediul în ..., înregistrat la ONRC cu ..., având CUI ..., reprezentată legal de administrator ... și convențional de

SCPA „...”, cu sediu ales în vederea comunicării actelor de procedură în ..., s-au solicitat:

„1. Admiterea în principiu și pe fond a prezentei cereri de intervenție;

2. Respingerea contestației formulate de ... SA (...) în principal pe cale de excepție și în subsidiar ca nefondată, cu consecința menținerii deciziilor autorității contractante”.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

... - ... SA formulează contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., împotriva raportului procedurii nr. V/12077/25.05.2023, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. V/12319/29.05.2023 și a tuturor actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, documente emise de ..., solicitând cele redată în partea introductivă.

1. Prezintă situația de fapt, contestatorul punctează că oferta depusă în cadrul procedurii i-a fost respinsă ca neconformă, informație comunicată de autoritatea contractantă prin intermediul adresei nr. V/12319/29.05.2023. De asemenea, precizează că, potrivit aceluiași document, oferta declarată câștigătoare a fost cea a ... SRL, cu o valoare de 110.500.000,00 lei, fără TVA, și un punctaj total de 96.30 puncte.

Totodată, petentul menționează că prin adresa nr. 2083/29.05.2023 a solicitat organizatoarei procedurii acces la dosarul achiziției publice, iar ca răspuns, cu adresa nr. V/12462/30.05.2023, a primit în format electronic doar procesele-verbale de evaluare a ofertelor tehnice, financiare și de îndeplinire informații cuprinse în DUAЕ, raportul procedurii însoțit de avizele ANAP și declarația de confidențialitate a ofertantului ... SRL.

Pe de altă parte, susține că raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii sunt nelegale și netemeinice, atât în ceea ce privește declararea ofertei sale drept neconformă, cât și prin prisma declarării ofertei ... SRL drept câștigătoare.

2. Dezvoltând motivele de nelegalitate și netemeinicie ale actelor contestate, arată că:

2.1. Referitor la oferta sa, aceasta a fost respinsă în baza pretensei neconcluzente a răspunsurilor la solicitările de clarificări privind justificarea costului cu serviciile de pază, respectiv absența justificării acestui cost.

Față de prevederile documentației de atribuire (*Secțiunea IV.4.1. Modul de prezentare al propunerii tehnice și Secțiunea IV.4.2. Modul de prezentare al propunerii financiare*), inserează extras din cuprinsul propunerii sale tehnice, prin care înțelege să demonstreze că a menționat asigurarea serviciului de pază.

La solicitările de clarificări ale autorității contractante nr. V/6878/28.03.2023 și V/8039/07.04.2023, ce au vizat costurile cu acest serviciu, arată că a răspuns indicând că acestea se vor realiza prin firmă specializată și că prețul propus de furnizorul serviciilor de pază reflectă perioada efectivă de execuție a lucrărilor, nefiind incluse perioadele de sistare a lucrărilor, respectiv perioadele de iarnă, reprezentate pe grafic.

În plus, afirmă că a comunicat ... că în cadrul organizării de șantier, containerele pentru personal și pentru pază au incluse dotări cu camere video pentru supravegherea continuă a amplasamentului și că, dacă

serviciile de pază vor fi necesare pe perioadele de iarnă în care lucrările vor fi sistate, valoarea suplimentară a acestora ar fi de 110.041,09 lei, fără TVA, (respectând costurile la nivelul anului curent), sumă ce poate fi acoperită din procentele de cheltuieli indirecte și profit.

Cu toate acestea, comunică faptul că organizatoarea procedurii a decis respingerea ofertei sale, motivând că cerința din fișa de date a fost de a se asigura pe toată durata de execuție a contractului și nu doar pe durata de execuție a lucrărilor.

Precizând că paza șantierului este, oricum, asigurată în mod continuu, pe toată durata de execuție a contractului, prin prezență fizică umană și/sau supraveghere video, prezintă o serie de argumente care, în opinia sa, justifică neluarea în considerare a serviciilor de pază umană pe perioada de timp friguros, când nu se execută lucrări.

În continuare, contestatorul transmite că argumentele autorității contractante, expuse în adresa de comunicare a rezultatului, nu pot fi primite din următoarele motive:

(i) costurile cu personalul, incidente serviciului de pază, nu sunt costuri proprii ofertantului, fiind preluate ca atare din contractul de servicii de pază și protecție încheiat cu ... SRL. Astfel, ... - ... SA nu poate determina în niciun fel nivelul de salarizare al forței de muncă din cadrul unui furnizor de servicii.

(ii) chiar și în aceste condiții, costul cu serviciile de pază a fost justificat în mod complet și concludent. Afirmația autorității contractante: *«Ori ofertantul nu a venit decât cu precizarea că nu a luat în calcul „perioada de iarnă” respectiv 15.11.2023-15.03.2024 și 15.11.2024-15.03.2025, fără a veni totuși cu o justificare în fapt a acestui tarif orar»* este vădit nejustificată și nu corespunde realității.

În acest sens, arată că:

- în cadrul ofertei a fost prevăzută suma de 203.856,18 lei plus TVA pentru serviciile de pază în perioada septembrie 2023 - noiembrie 2025;

- prin răspunsul de clarificare la solicitarea nr. 6878/28.03.2023, a precizat că paza se va realiza pe toată durata de execuție a lucrărilor conform cerințelor documentației de atribuire;

- prin răspunsul de clarificare la solicitarea nr. V/8039/07.04.2023, a precizat că prețul propus de furnizorul serviciilor de pază este pentru perioada efectivă de execuție, nefiind incluse perioadele de sistare a lucrărilor, respectiv perioadele de iarnă reprezentate în mod corespunzător în graficul de execuție. Astfel, suma de 203.856,18 lei acoperă un număr de 545 de zile (788 zile minus perioade de iarnă reprezentând 243 zile), adică $203.856,18 / (545 \text{ zile} \times 24 \text{ ore}) = 15,583$ lei/oră în condițiile în care salariul minim era în cuantum de 15,239 lei/oră la data ofertei.

- chiar și în condițiile în care ar deveni necesară asigurarea serviciilor de pază și în perioada suspendării execuției, sunt oricum disponibile mijloacele de supraveghere video. De asemenea, suma eventual necesară pentru acoperirea acestei perioade ar fi de numai 110.041,09 lei, fără TVA, cu respectarea salariului minim aprobat pentru anul 2023 prin HG nr. 1447/2022, respectiv 18,145 lei/oră. Astfel, suma de 110.041,09 lei acoperă un număr de 243 zile, adică $110.041,09 / (243 \text{ zile} \times 24 \text{ ore}) = 18.868$ lei/oră. Susținerea autorității contractante

cum că „... SRL nu a precizat în răspunsul său din 2023 nimic despre această creștere”, adică creșterea salariului minim garantat în plată, este falsă. Un simplu calcul matematic, ar fi condus autoritatea contractantă la concluzia corectă.

- argumentul autorității contractante cum că la tariful minim orar se adaugă spor de noapte, spor pentru zile libere, alte costuri ale agenților (îmbrăcăminte, dotare, concediu anual legal etc.) și că aceste costuri nu ar fi fost justificate, nu se susține. Atât timp cât tariful minim este asigurat (chiar depășit) și demonstrat, orice eventuale adaosuri sau

sporuri țin doar de angajator, iar ... nu poate determina în niciun fel aplicarea acestora.

(iii) În mod eronat a reținut organizatoarea procedurii că ... – ... SA ar fi invocat prevederile legale privind modificarea ofertei în cazul abaterilor tehnice minore. În fapt, petentul declară că a afirmat doar faptul că, dat fiind procentul infim cu care s-ar modifica oferta, este în măsură să îl suporte din cheltuielile indirecte și din profit, iar această modificare nu este de natură să producă un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Contestatorul menționează că în graficul fizic din cadrul propunerii sale tehnice, pentru perioada de iarnă/timp friguros, nu sunt alocate activități ori cheltuieli conexe, dar adaugă că și în ipoteza autorității contractante (în care cheltuielile cu paza șantierului ar trebui incluse în cheltuielile conexe conform Anexei 6 la HG nr. 907/2016), inadvertența de la nivelul graficului fizic se impunea a fi corectată prin prisma prevederilor legale referitoare la abaterile tehnice minore.

Afirmând că o ofertă nu poate fi respinsă pentru simplul motiv că un ofertant ar urma să realizeze din fonduri proprii anumite activități, mai ales atunci când valoarea acestora este nesemnificativă, face trimitere, în susținere, la jurisprudența C.N.S.C..

În opinia sa, autoritatea contractantă a dat dovada de formalism excesiv în evaluarea ofertei sale. În acest sens, mai precizează că suplimentarea costului alocat serviciilor de pază cu suma de 110.041,09 lei nu ar fi modificat clasamentul ofertanților, tocmai de aceea organizatoarea procedurii a căutat să identifice și să fundamenteze motive minore pentru care i-a respins oferta.

Astfel, petentul declară că, deși a prezentat în mod corect și concludent justificarea costului cu serviciile de pază, ... a ales să adopte măsura excesivă de respingere a ofertei. În sprijin, invocă, din nou, jurisprudența Consiliului, dar și pe cea a instanțelor europene.

Prevalându-se de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, susține că în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite; drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unui singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Totodată, contestatorul consideră că, în cazul ofertantului declarat câștigător, autoritatea contractantă nu a dat dovadă de aceeași rigoare și diligență, sens în care face următoarele precizări:

- ... SRL a prevăzut în ofertă un număr de 4 agenți de pază pe durata de 30 de luni (24h/7 zile), respectiv un agent de pază/tură, 24 de ore din 24, 7 zile din 7.

- urmare solicitării de clarificări privind justificarea costului cu serviciile de pază, comisia de evaluare a reținut în mod nelegal concludența răspunsului. Dacă ar fi realizat o evaluare corectă a ofertei acestui operator economic, ar fi trebuit să observe că în cazul în care unul dintre cei 4 agenți de pază ar fi în concediu de odihnă/medical, ceilalți 3 nu ar putea asigura serviciul de pază în condițiile ofertate, decât

cu depășirea timpului legal de muncă. Presupunând o lună cu 30 de zile x 24 de ore, rezultă 720 ore de muncă. Împărțind 720 ore la 4 agenți, fiecare ar realiza 180 ore. În condițiile absenței unui singur agent, ar trebui ca restul agenților să asigure fiecare 240 ore pe lună, ceea ce contravine normelor legale în vigoare ($720 \text{ ore} / 3 = 240 \text{ ore pe lună}$).

2.2. Tratând nelegalitatea evaluării ofertei ... SRL, autorul contestației comunică următoarele:

2.2.1. Oferta este inacceptabilă, ca urmare a incidenței cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016. În acest sens, arată că prin Decizia nr. 71/14.12.2020, Consiliul Concurenței a sancționat societatea ... SRL, alături de alte treizeci de societăți, pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, precum și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Încălcările regulilor de concurență, adaugă petentul, au constatat în următoarele acțiuni/inacțiuni:

- înțelegeri/practici concertate având ca scop alterarea procesului competitiv, în contextul participării părților implicate în cadrul a 45 dintre licitațiile analizate, organizate de către diverși administratori/proprietari de fond forestier din România, cu privire la care, se reține încălcarea normelor de concurență, prin împărțirea loturilor/partizilor de masă lemnoasă, aflate în sfera de interes a părților implicate, precum și/sau împărțirea surselor de aprovizionare;

- întâlniri/discuții între reprezentanți ai întreprinderilor implicate, unele dintre acestea constituind acțiuni cu caracter de coluziune, care au facilitat comportamentul comercial coordonat realizat prin schimburi de informații sensibile din punct de vedere comercial privind necesarul de materie primă, politica de achiziție de masă lemnoasă, organizarea internă a întreprinderilor, precum și strategia comercială de participare la anumite licitații sau conduita de a licita/de a nu licita la anumite partizi/loturi de masă lemnoasă;

- contacte directe cu competitorii de la nivel local, cu o putere de piață redusă.

Deși ... SRL figurează în Lista operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații, actualizată în mod constant de Consiliul Concurenței, societatea nu a recunoscut fapta și nu a aplicat pentru politica de clemență, menționează contestatorul.

A. ... - ... SA comunică faptul că participarea ofertantului declarat câștigător la o practică concertată de tip cartel, în vederea trucării licitațiilor publice, reprezintă o abatere profesională gravă, care constituie motiv de excludere în baza art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016, prevederi ce transpun dispozițiile art. 57 alin. (4) lit. c) și alin.

(5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice. Motivul reglementării acestei cerințe de excludere, mai precizează contestatorul, se regăsește în cadrul considerentului 101 par. 1 al Directivei 2014/24/UE, iar prima condiție (privind existența unei abateri profesionale grave, care pune în discuție integritatea operatorului economic) este confirmată și de Decizia nr. 738/2018 a Curții Constituționale a României.

Acesta reiterează că abaterea profesională gravă săvârșită de ... SRL a fost confirmată în mod oficial de Consiliul Concurenței, prin Decizia

de sancționare nr. 71/14.12.2020, prin care societatea a fost sancționată cu o amendă în cuantum de 3.025.956,89 lei pentru participarea la o practică concertată de tip cartel, de împărțire a pieței și/sau a surselor de aprovizionare, pe o perioadă de timp considerabilă, cuprinsă, cel puțin, în intervalul 21.02.2011 - 31.12.2016, între întreprinderi implicate activ pe piața comercializării masei lemnoase din România, cu încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. 1 lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996 și a art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Astfel, reia afirmația potrivit căreia ... ar fi trebuit să excludă acea ofertă din procedură, având în vedere incidența motivului prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. c) coroborat cu art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

B. De asemenea, contestatorul transmite că nu sunt îndeplinite condițiile pentru neaplicarea motivului de excludere privind abaterea profesională, prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, că ... SRL nu a furnizat dovezi concrete și suficiente care să îi probeze credibilitatea, iar evaluarea realizată de autoritatea contractantă este superficială, realizată în mod discreționar.

Redând prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, dar și extras din Opinia comună a ANAP și a Consiliului Concurenței, cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității potrivit dispozițiilor antemenționate, susține că, în procesul de evaluare a ofertelor, organizatoarea procedurii s-a limitat la a enumera și a lua act de documentele depuse de ofertantul ... SRL în dovedirea „credibilității” sale, fără o analiză fundamentată și motivată a acestora, conchizând sumar că „*explicațiile aduse sunt suficiente*”.

În concret, arată că ofertantul declarat câștigător a menționat în DUAЕ, la secțiunea *Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*, că nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) raportat la alin. (3), conform art. 171 alin 1-3 și a prezentat:

- Declarație de credibilitate privind măsurile concrete luate de operatorul economic ... SRL în vederea conformării cu regulile de domeniul dreptului concurenței;

- Decizia nr. 71 din data de 14.12.2020;

- Scrisoare de garanție de plată;

- Certificat de grefă din 08.01.2021, prin care se certifică că pe rolul Secției a IX a contencios administrativ și financiar la data de 26.02.2021 a fost înregistrat dosarul nr. 1200/2/2021 în care se solicită anularea Deciziei nr. 71 din 14.12.2020 și anularea Ordinelor nr. 128 din 17.02.2016 și nr. 773 din 21.05.2018.

Din toate acestea, mai indică petentul, autoritatea contractantă a reținut că:

- decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă și, astfel, operatorul economic ar beneficia de prezumția de nevinovăție;
- activitățile care au făcut obiectul contractului sunt din 2011, trecând peste 10 ani de la abaterea precizată în Decizia Consiliului Concurenței, concluzie profund eronată și străină de cadrul legal și jurisprudențial.

Detaliind, declară că momentul de la care începe să curgă termenul de 3 ani, prevăzut la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, curge de la data emiterii deciziei de sancționare de către autoritatea de concurență; în cazul ... SRL, de la data de 14.12.2020, de unde rezultă că termenul nu s-a împlinit.

De altfel, completează contestatorul, dacă acest termen s-ar fi împlinit, societatea s-ar fi regăsit pe lista actualizată a operatorilor economici față de care a expirat termenul de trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență, publicată de Consiliul Concurenței, și ar fi implementat în mod efectiv un program de conformare cu dreptul concurenței.

Insistând că documentele depuse de ofertantul declarat câștigător nu dovedesc în concret implementarea unor măsuri în susținerea credibilității acestuia, analizează punctual înscrisurile afirmând că:

- o „*declarație de credibilitate*” este doar un document pur declarativ, nu o dovadă concretă privind măsurile luate în vederea reabilitării ofertantului;

- certificatul de grefă referitor la dosarul nr. 1200/2/2021, aflat pe rolul Curții de Apel București, care atestă că ... SRL a contestat Decizia Consiliului Concurenței nr. 71/2020, nu e dovadă de credibilitate;

- la nivel declarativ, se afirmă că societatea a implementat un „*program de conformare și acțiuni semănării de instruire cu tematică de conformare cu regulile de concurență cu partenerii săi comerciali externi*”, dar nu există nicio dovadă concretă a implementării acestui „*program de conformare*”.

... – ... SA indică faptul că dovada cooperării efective cu autoritatea de concurență se realizează prin politica de clemență sau procedura de recunoaștere a faptei și reiterează că ofertantul criticat nu a recurs la niciuna dintre acestea.

Suplimentar, transmite că nu e suficient ca operatorul economic să depună documente formale privind adoptarea unui program de conformare în timpul investigației Consiliului Concurenței, ci trebuie să demonstreze că programul a fost efectiv implementat după emiterea deciziei CC și a fost eficient și să arate că a luat măsuri suficiente care să prevină săvârșirea faptelor pentru care a fost sancționat.

În aprecierea sa, în mod greșit și nelegal autoritatea contractantă a considerat că documentele formale furnizate de ... SRL sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității sale, în realitate aceasta neefectuând o evaluare transparentă și motivată a înscrisurilor depuse și neținând cont de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii săvârșite de ofertant.

Astfel, reia afirmația potrivit căreia oferta clasată pe primul loc și declarată câștigătoare trebuia, în fapt, respinsă ca inacceptabilă, pentru motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din lege.

2.2.2. Contestatorul transmite că oferta ... SRL este neconformă întrucât propunerea financiară se abate de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.

În acest sens, arată că, în urma constatării unei grave neconformități la nivelul propunerii financiare a ofertantului, autoritatea contractantă i-a cerut acestuia clarificări prin adresa nr.

V/8038/07.04.2023 (din conținutul căreia redă extras). Prin răspunsul oferit, acesta a comunicat că documentația pusă la dispoziție de autoritate nu prevede, în anexele la formularul de ofertă, niciun capitol aferent costurilor alocate de ofertant pentru garanția lucrărilor.

Redând extras din acest răspuns, pe care îl consideră neclar, afirmă că, potrivit acestuia, ... SRL va cuprinde suma aferentă perioadei de garanție în capitolul corespunzător. Așadar, în accepțiunea acestui ofertant, îmbrățișată și de comisia de evaluare, erorile de la nivelul ofertei pot fi ignorate atât timp cât ulterior, după eventuala câștigare a contractului, pot fi oricum îndreptate, mai adaugă petentul.

Precizând că după data recepției la terminarea lucrărilor, nu se mai întocmesc situații de lucrări și nici nu se plătesc eventuale lucrări de remediere din perioada de garanție, susține că eroarea de la nivelul propunerii financiare nu trebuia să fie trecută cu vederea de către organizatoarea procedurii, care, mai mult, a concluzionat că „*ofertantul a corelat propunerea tehnică cu propunerea financiară*”.

Contestatorul explică faptul că, așa cum și autoritatea contractantă reținuse în solicitarea de clarificări, Ordinului Ministerului Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței nr. 1568/2002, indicativ P 91/1-02, stabilește că toate cheltuielile din perioada de garanție trebuie, în mod obligatoriu, incluse în *categoria A. Cheltuieli de interes general și de executare a lucrărilor*.

Acesta opinează că, prin acceptarea răspunsului ofertantului declarat câștigător, ... confirmă o modalitate nelegală de întocmire a ofertei. În esență, mai adaugă, suma de 2.000.000 lei, alocată de ofertant pentru remediile din perioada de garanție, nu poate în niciun fel să fie justificată din punct de vedere al resurselor alocate și al activităților necesar a fi realizate.

Ulterior redării unui extras din cuprinsul documentației de atribuire, din care reiese că însăși autoritatea contractantă a solicitat ca propunerile financiare să respecte, printre altele, Ordinul nr. 1568/15.02.2022, precizează că decontarea sumei anterior menționate nu ar putea fi realizată decât dacă ar fi cuprinsă în capitolul corect de cheltuieli, respectiv cheltuieli indirecte, ceea ce ar presupune în mod evident o modificare a ofertei.

Cu alte cuvinte, concluzionează contestatorul, autoritatea contractantă a consimțit la modificarea implicită a propunerii financiare depusă de ... SRL (cu un procent reprezentând aprox. 1,8% din valoarea totală), acoperind astfel o eroare majoră de la nivelul ofertei sale și încălcând, astfel, principiul tratamentului egal.

În drept, ... - ... SA declară că își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 8 și art. 10 din Legea 101/2016 și pe toate prevederile legale invocate în cuprinsul acesteia.

În probațiune, anexează înscrisuri.

Prin adresa nr. .../.../.../..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul solicită petentului dovada constituirii cauțiunii aferente contestației, în cuantumul legal.

De asemenea, în temeiul art. 10 din același act normativ, îi solicită acestuia transmiterea dovezii datei de recepționare a raportului procedurii (act atacat).

Totodată, în temeiul art. 16 alin. (1) din lege, cere dovada datei comunicării contestației și către autoritatea contractantă.

Prin e-mail înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../..., contestatorul transmite atât dovada datei recepționării raportului procedurii, cât și dovada comunicării, în termen, a contestației către autoritatea contractantă.

Prin punctul de vedere nr. 14173/21.06.2023, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... solicită respingerea contestației ce face obiectul prezentei cauze și menținerea rezultatului procedurii și, implicit, a raportului procedurii.

Preliminar, autoritatea contractantă prezintă pe scurt procedura de atribuire, făcând trimitere la prevederile fișei de date (secțiunea II. 1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare) și cele ale caietului de sarcini (pag. 15/114). Totodată, arată că în cadrul procedurii au fost depuse 5 oferte, printre care și cea a contestatorului și a ... SRL, iar în data de 25.05.2023 a fost emis raportul procedurii nr. 12077/25.05.2023. Rezultatul procedurii a fost comunicat tuturor ofertanților în data de 29.05.2023.

Organizatoarea procedurii expune cele solicitate de către ... – ... SA în cadrul contestației formulate și invocă excepția tardivității demersului petentului, prin raportare la dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. În acest sens, arată că termenul limită de depunere a contestației era 08.06.2023, iar contestația a fost înregistrată la Consiliu în data de 12.06.2023 și la autoritatea contractantă în data de 13.06.2023.

Astfel, prevalându-se de dispozițiile art. 183 alin. (1) și (3) din Cod pr. civ., solicită ca petentul să prezinte recipisa oficiului poștal din care să rezulte transmiterea contestației în termenul legal. În caz contrar, consideră că se impune respingerea acesteia ca tardiv formulată, conform prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea 101/2016.

I. Tratând punctual solicitările pe fond, ... face o serie de precizări.

2.1. Cu privire la admisibilitatea ofertei contestatorului, precizează, în primul rând, că toată procedura de atribuire s-a desfășurat sub controlul și verificarea observatorilor numiți de ANAP, primindu-se Aviz Conform Necondiționat inclusiv pe concluzia de respingere a ofertantului.

De asemenea, arată că în cadrul documentației de atribuire de regăsesc următoarele mențiuni, obligatorii prin necontestare:

i) în cadrul propunerii financiare, ofertanții trebuie să includă și costul cu paza șantierului;

ii) nu există limitări între capitole sau subcapitole de cheltuieli, ofertanții având obligația de a prevedea toate costurile rezultate din oferta sa;

iii) pentru capitolul 5.1, fiecare ofertant a avut libertatea de a propune propriile costuri în funcție de organizarea proprie;

iv) ofertanții au obligația să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului;

v) la pagina 15 din caietul de sarcini s-a definit „Durata de execuție a lucrărilor” ca „Incluzând perioadele de timp friguros”;

Note referitoare la grafic:

7) durata de execuție a lucrărilor, începe de la „Data de începere a lucrărilor de execuție și este de 30 luni de la această dată (incluzând perioadele de timp friguros)”.

vi) oferta trebuia elaborată respectând Metodologia privind elaborarea devizului general și a devizului pe obiect din 29.11.2016, parte integrantă din HG 907/2016 (în sensul că se vor respecta categoriile de lucrări așa cum sunt ele descrise în HG nr. 907/2016), unde este stabilită secțiunea în care se regăsesc costurile cu serviciile de pază (capitolul 5.1.2. Cheltuieli conexe, la litera m).

Autoritatea contractantă redă prevederile din propunerea tehnică a contestatorului (pag. 41, 42, 50, 394-400, 0636, 1026 și 0675) și comunică faptul că, în etapa de evaluare a propunerilor financiare, i-a transmis acestuia adresa nr. V/6878/28.03.2023, solicitându-i să justifice costul prevăzut pentru activitatea de pază (numărul de zile, ore, agenți, etc.), având în vedere tariful minim orar legal la data ofertării de 17,928 lei/oră (conform OUG 114/2018).

Din răspunsul transmis de ... - ... SA, susține organizatoarea procedurii, rezultă că perioada pentru care este făcută oferta este „septembrie 2023 - noiembrie 2025”, fără a exista nicio mențiune referitoare la întreruperea serviciului de pază între anumite perioade.

Având în vedere că în urma calculelor matematice realizate de comisia de evaluare, rezulta că valoarea de 203.856,18 lei plus TVA nu poate acoperi paza umană pentru perioada „septembrie 2023 - noiembrie 2025”, decât în cazul în care nu se respectă tariful minim orar (conform calculului: 788 zile calendaristice (19.09.2023-14.11.2025) x 24 ore/zi = 18.912 ore; 203.856,18 lei fără TVA/18.912 ore = 10,78 lei/oră), afirmă că a revenit către petent cu o altă adresă, cu nr. V/8039/07.04.2023, solicitându-i să justifice cum se respectă tariful minim orar legal.

Inserând răspunsul contestatorului la această adresă, punctează că, în analiza acestuia a avut în vedere următoarele aspecte:

- în fișa de date, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se regăsește următoarea cerință: „16) Se va prezenta o declarație prin care ofertantul se angajează să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție A CONTRACTULUI”;

- în fișa de date la secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare se regăsește următoarea precizare: „Ofertantul va include în cadrul Propunerii Financiare: - toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli

generale, paza șantierului, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru executarea completă și în întregime a lucrărilor solicitate prin Documentația de Atribuire”;

- în CONDIȚII GENERALE PENTRU PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DE LUCRĂRI (modelul de acord contractual) se regăsește următoarea obligație: „22.4. Antreprenorul va lua toate măsurile esențiale, pe propria răspundere, pentru a se asigura că structurile și instalațiile existente sunt protejate, păstrate și întreținute. Antreprenorul va asigura paza și supravegherea Lucrărilor și, dacă este prevăzut astfel în

Cerințele Beneficiarului, împrejmuirea și iluminatul Lucrărilor, până la aprobarea Recepției la Terminarea Lucrărilor".

- în propunerea tehnică, la pagina 42, se regăsește următoarea precizare: *„Paza și accesul în șantier se va realiza 24/24 ore prin firmă specializată sau prin personal propriu desemnat în acest sens, care va fi realizată din cabina de poartă, la intrarea în incintă”;*

- în propunerea tehnică, la pagina 636, se regăsește următoarea precizare: *„Dispozitivul de pază al obiectivului este format dintr-un 1 post permanent fiind amplasat în zona «Intrare principală» acoperit de agenți de securitate, care efectuează serviciul în post fix, dar cu funcții de patrulare, în ture între 6-12 ore fiecare, după cum va fi necesar. Într-o tura de lucru va fi responsabilă o singură persoană”;*

- în Oferta cu nr. 736/10.10.2022 din partea ... SRL, prezentată în răspunsul transmis de ... prin Adresa cu nr. 1224/R/28.03.2023, ... SRL precizează următoarele: *„Oferta pentru serviciile de pază umană este de 203856,18 lei plus TVA - Durata: septembrie 2023 - noiembrie 2025, 24/24h pentru paza umană la MODERNIZARE DJ154, KM 17+000 - 51+720, LIMITA DE JUDEȚ ... - ... - DN 17, ... - la Organizare de șantier în zona «Intrare principală»”.*

- în justificarea costului pentru pază, transmisă prin Adresa cu nr. 1393/R/10.04.2023, contestatorul a precizat că a prevăzut paza *„(...) pe toată durata de execuție a LUCRĂRILOR conform cerințelor din Documentația de atribuire”.*

- or, în fișa de date, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se solicită să se asigure paza *„pe toată durata de execuție a CONTRACTULUI”* și nu doar pe perioada efectivă de execuție a lucrărilor;

- o astfel de interpretare ar putea conduce la ideea că, atunci când nu se realizează efectiv lucrări, nu este necesară paza, respectiv: noaptea, în zilele libere legale, sâmbătă, duminică, după ora 16, etc.;

- or, așa cum rezultă clar chiar din cerința enunțată în fișa de date s-a solicitat să se asigure serviciile de pază *„pe toată durata de execuție a CONTRACTULUI”*, o altfel de interpretare fiind contrară.

- această interpretare este confirmată și de definiția prezentată la pagina 15 din caietul de sarcini, unde se precizează în mod clar că în durata de execuție a lucrărilor este/trebuie inclusă și perioada de timp friguros;

- există jurisprudență a instanțelor naționale și a CNSC în acest sens;

- în concluzie, prin documentația de atribuire s-a solicitat ca paza șantierului să se realizeze pe toată durata de execuție a contractului, inclusiv în perioada în care nu se realizează lucrări: în zilele programului

după finalizarea orelor de lucru, noaptea, zilele libere legale, în weekend, etc. și nu doar pe perioada efectivă de execuție a lucrărilor;

- prin adresa cu nr. V/8039/07.04.2023 i s-a solicitat ofertantului „să justifice cum se respectă tariful minim orar legal, de 15,239 lei/oră”, însă acesta nu a venit decât cu precizarea că nu a luat în calcul „perioada de iarnă”, respectiv 15.11.2023-15.03.2024 și 15.11.2024-15.03.2025;

- la acest tarif orar minim se adaugă, conform obligațiilor legale din Codul muncii: spor de noapte, spor pentru zilele libere, o pază de 24 de

ore după o tură de 12 ore, + alte costuri ale agenților: îmbrăcăminte, dotare, concediu anual legal, etc., costuri care nu se regăsesc justificate în răspunsul transmis pentru a putea fi considerat concludent răspunsul dat (în acest sens, se invocă jurisprudența națională);

- deși adresa din partea ... SRL nu este datată, se poate deduce fără urmă de tăgadă, că aceasta a fost emisă după solicitarea autorității contractante, ori, la acest moment, conform HG nr. 1447/2022, tariful minim orar a crescut de la 15,239 lei/oră la 18,145 lei/oră. Ori ... SRL nu a precizat în răspunsul său din 2023 nimic despre această creștere. Chiar dacă autoritatea contractantă va ajusta valoarea contractului în urma modificărilor legislative, ... SRL trebuia să facă o precizare în acest sens. Prin urmare, acest răspuns a fost doar strict pentru a acoperi neconformitatea ofertei depuse de ... - ... SA, nefiind unul concludent.

În altă ordine de idei, inserând răspunsul transmis de contestator [*„Dacă vor fi necesare serviciile de pază pe perioadele de iarnă, în care lucrările vor fi sistate, caz în care nu vor exista stocuri de materiale sau utilaje în amplasament, suma comunicată de furnizor este de 110.041,09 lei fără TVA (respectând costurile la nivelul anului curent). În cazul în care comisia considera necesar, prin acest răspuns ne acordăm acceptul în ceea ce privește SUPLEMENTAREA VALORII ofertei noastre cu suma adițională precizată de furnizor, în valoare de 110.041,09 lei, sumă care raportat la valoarea totală a ofertei reprezintă 0,108%, procent extrem de mic raportat la suma total ofertată. Totodată, dorim să precizăm că această sumă poate fi acoperită din procentele de cheltuieli indirecte și profit ale societății noastre, în valoare de 16% (cheltuieli indirecte) + 2% (profit). Aspectele clarificate mai sus nu conduc la o modificare susceptibilă a ofertei subscrisei, care să producă un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”*] și prevalându-se de răspunsul ANAP din cadrul adresei nr. 25795/07.12.2022, pe care îl citează, conchide că, chiar dacă valoarea serviciilor de pază neincluse este de 0,108% din valoarea ofertei, nu sunt aplicabile prevederile art. 134 alin. (8) și (9) din HG nr. 395/2016, deoarece acestea se referă la o modificare a propunerii tehnice și nu a propunerii financiare, regăsindu-se separat la art. 134 alin. (10) sau/și la art. 135 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă subliniază că, pe de altă parte, costul serviciilor de pază a fost pus de legiuitor în cadrul capitolului 5.1.2. *Cheltuieli conexe*, conform Anexei 6 la HG nr. 907/2016 și nu în cadrul cheltuielilor indirecte, sens în care, din nou, face trimitere la jurisprudența C.N.S.C.

Astfel, concluzionează aceasta, răspunsul ofertantului ... - ... SA a fost considerat neconcludent de către Comisia de evaluare, fiind

aplicabile prevederile art. 136 alin. (3) și art. 137 alin. (3) lit. a), c) și d) din HG nr. 395/2016.

În combaterea susținerilor petentului, reiterează că, potrivit caietului de sarcini (pag. 15), durata de execuție a lucrărilor este/trebuie inclusă și perioada de timp friguros și că, în conformitate cu fișa de date (*secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*), ofertanții trebuie să prezinte o declarație prin care se angajează să asigure paza obiectivului ui/șantierului pe toată durata de execuție a contractului.

Ținând cont de aceste dispoziții ale documentației de atribuire, afirmă că autorul contestației nu a prevăzut în oferta sa desființarea organizării de șantier decât o singură dată, respectiv la finalizarea lucrărilor; per a contrario, organizarea de șantier este pe toată perioada dintre 19.09.2023 - 14.11.2025, nefiind desființată.

Reiterând, de asemenea, că în oferta depusă de ... SRL nu există nici o mențiune referitoare la necuprinderea perioadelor de timp friguros (noiembrie 2023 - martie 2024 și respectiv noiembrie 2024- martie 2025) și că, prin răspunsul formulat ulterior de această societate s-a dorit strict acoperirea neconformității ofertei contestatorului, conchide că paza trebuia asigurată pentru toată perioada/durata de execuție a contractului, respectiv 19.09.2023 -14.11.2025. În susținere, redă considerentele Curții de Apel Cluj într-o speță similară.

Despre ipoteza prezentată de ..., cum că paza poate fi asigurată și prin supraveghere video, susține că aceasta este contrazisă în mod direct de precizările din oferta depusă de contestator, unde se precizează că va fi asigurată paza umană 24 de ore din 24. Faptul că, suplimentar pazei umane, ofertantul va asigura și supravegherea video, este un aspect suplimentar, și nu unul care înlocuiește paza umană parțial sau total, mai adaugă.

Totodată, consideră că nici afirmația petentului, cum că acesta nu poate determina în niciun fel nivelul de salarizare al forței de muncă din cadrul unui furnizor de servicii, nu poate fi reținută, deoarece încalcă obligația prevăzută la art. 51 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Răspunderea într-un contract de achiziție publică, semnalează autoritatea contractantă, de respectare a obligațiilor relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, îi revine în fapt antreprenorului general, care răspunde atât pentru subcontractanții săi, cât și pentru furnizorii care vor presta servicii conexe (de pază) în cadrul acestui contract, lucru confirmat de prevederile art. 12.6 din Acordul contractual.

Având în vedere că ofertantului i se aplică decizia de respingere în cazul unui răspuns neconcludent, furnizorului său neputându-i-se aplica de către autoritatea contractantă nici o sancțiune, este în interesul ofertantului să obțină de la furnizorul său, în speța de față SC ... SRL, informațiile și documentele necesare pentru a oferi un răspuns complet la solicitările comisiei de evaluare, mai adaugă. În sprijin, invocă jurisprudența Consiliului. Or, reiterează organizatoarea procedurii, în cadrul răspunsului contestatorului nr. 1224R/28.03.2023 nu s-au regăsit toate informațiile solicitate.

Tratând, din nou, afirmația ... - ... SA, potrivit căreia, dat fiind procentul infim cu care s-ar modifica oferta, societatea va suporta

cheltuielile cu paza din cheltuielile indirecte și profit, această modificare nefiind de natură să producă un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură, ... prezintă, iarăși, răspunsul ANAP la o cerere de interpretare legală (adresa nr. 25795/07.12.2022) și reiterează că deși valoarea serviciilor de pază neincluse este de 0,108% din valoarea ofertei, nu sunt aplicabile prevederile art. 134 alin. (8)-(9) din HG nr. 395/2016, deoarece acestea se referă la o modificare a propunerii tehnice și nu a propunerii financiare, regăsindu-se separat la art. 134 alin. (10) sau/și la art. 135 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În aceeași ordine de idei, declară că ANAP a confirmat faptul că, în cazul ofertei financiare, nu există un procent de corecție a erorilor financiare similar abaterii tehnice minore, pentru aceasta existând doar situația prevăzută la art. 134 alin. (10) și (11) din Anexa la HG nr. 395/2016, care intră în categoria erorilor aritmetice.

Redând jurisprudența invocată de contestator în apărarea sa, afirmă că, în prezenta speță, autoritatea contractantă nu a impus o listă de cantități (Formular F3) pentru organizarea de șantier ci, din contră, în fișa de date (*secțiunea II. 1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*) a indicat în mod clar că ofertanții au libertatea de a propune propriile costuri în funcție de organizarea proprie și cerințele documentației de atribuire.

Or, atât din organizarea proprie, cât și din cerințele documentației de atribuire, rezultă obligația asigurării pazei, prin agenți de pază, pe toată perioada de execuție a contractului, și prin urmare, obligația ca în propunerea financiară să se regăsească incluse, în cadrul capitolului 5.1.2 Cheltuieli conexe, costurile necesare pentru îndeplinirea acestei obligații.

Pe de altă parte, organizatoarea procedurii semnalează că legiuitorul a pus costul serviciilor de pază în cadrul cap. 5.1.2. *Cheltuieli conexe*, conform Anexei 6 la HG nr. 907/2016 și nu în cadrul cheltuielilor indirecte. Această interpretare, mai adaugă, a fost confirmată de jurisprudența națională, sens în care redă considerentele unor decizii CNSC.

Referitor la afirmația contestatorului cum că „*suplimentarea costului alocat serviciilor de pază cu suma de 110.041,09 lei, nu ar fi modificat clasamentul ofertanților*”, autoritatea contractantă face, din nou trimitere la considerentele ANAP din adresa nr. 25795/07.12.2022, conchizând că, în ceea ce privește propunerea financiară, este fără relevanță dacă un cost omis conduce la modificarea clasamentului sau nu, sau dacă acel cost omis are o valoare infimă (sub 1 % din valoarea ofertată), singurele modificări legale ale propunerii financiare fiind cele prevăzute de legiuitor în mod expres la art. 134 alin (10) și (11) din HG 395/2016. Or, speța de față nu reprezintă un asemenea caz, subliniază.

Tot din analiza textului de la art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, declară organizatoarea procedurii, rezultă că nu există o anumită sumă, pentru care ofertantul nu are obligația de a justifica un anumit cost din oferta depusă; ofertanții au obligația, în cazul în care le este solicitat, să justifice, la prima cerere, în mod concludent, orice „*cost propus*” din ofertă. Sancțiunea este aceeași și în cazul nejustificării unui cost care reprezintă un procent de 0,01% din total ofertă, cât și în cazul unui cost de 99% din total ofertă, mai adaugă.

Dincolo de afirmațiile contestatorului, arată că din justificarea prezentată de ofertantul declarat câștigător, rezultă că acesta, în mod diferit de petent, a prevăzut în propunerea financiară costuri cu personalul de pază, pentru toată perioada de execuție a contractului (inclusiv pentru perioada de timp friguros), 24 de ore din 24. În acest sens, redă extras din conținutul adresei nr. 638/28.03.2023, transmisă de ... SRL (*„Referitor la neclaritatea constatată de dumneavoastră privind punctul 1 privind justificarea costului serviciului de pază, pe toată durata contractului de execuție, prezentăm următoarele: În cadrul*

Centrului de cost 5.1.2. Cheltuieli conexe Organizări de șantier punctul 1.1 -I Activitatea Paza șantierului cu 4 agenți de pază pe durata de 30 de luni de zile (24 h/7 zile), ofertantul ... SRL a cuprins suma de 420.000,00 lei fără TVA. Durata serviciului de pază a șantierului este de 789 zile din perioada 11.09.2023 - 07.11.2025, în această perioadă se va asigura pază cu câte un agent de pază/tură, paza este asigurată 24 de ore din 24 (non-stop), 7 zile pe săptămână din 7. Serviciul de pază însumează un număr de 18.936 de ore (789 zile x 24 ore/zi). Costul unei ore de pază este de 22.18 lei/oră include tariful orar al angajatului, C.A.M., indemnizația de concediu și alte taxe.”).

Astfel, consideră că a aplicat un tratament egal ambilor ofertanți (și contestatorului, dar și câștigătorului), solicitând și societății ... SRL justificarea respectării tarifului minim orar, deși valoarea alocată de acesta a fost practic dublă față de cea prezentată de ... – ... SA.

Din analiza răspunsului ofertantului clasat pe locul 1, rezultă că acesta a prevăzut un tarif orar de 22,18 lei/oră, mult peste tariful minim legal de 15,239 lei/oră, tarif care acoperă inclusiv „indemnizația de concediu și alte taxe”, mai menționează. De asemenea, apreciază că este irelevant dacă paza va fi realizată de 4 persoane pe zi (adică o tură de lucru de 6 ore), de 3 persoane (adică o tură de lucru de 8 ore) sau de 2 persoane (adică o tură de lucru de 12 ore), atâta vreme cât:

- se asigură pază 24 de ore din 24, prin agenți de pază, pe toată perioada contractului;

- se respectă tariful minim orar, stabilit prin lege, plus eventualele costuri rezultate din alte obligații legale: spor de noapte, spor de weekend, spor de zi liberă, etc.

În concluzie, declară că oferta depusă de ... SRL nu s-a regăsit în aceeași situație ca a contestatorului, care a recunoscut că nu a prevăzut costuri cu paza organizării de șantier pe toată perioada de execuție a contractului, iar respingerea celorlalte oferte, a fost fundamentată pe alte aspecte în fapt și în drept, decât pentru situația pentru care a fost respinsă ... – ... SA.

În final, având în vedere cele expuse, transmite că decizia de respingere a petentului este fundamentată atât în fapt, cât și în drept.

2.2. Tratând admisibilitatea ofertei ... SRL, precizează următoarele:

2.2.1. Cu privire la incidența cazului de excludere, prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, arată, în primul rând, că ofertantul criticat a menționat în DUA Decizia nr. 71/14.12.2020 emisă de către Consiliul Concurenței, dincolo de susținerile contestatorului.

Autoritatea contractantă afirmă că s-a analizat fundamentat și motivat situația, comisia de evaluare neoprinde-se la «a enumera și a lua act de documentele depuse de ofertantul ... în dovedirea

„credibilității”». În susținere, face trimitere la Procesul Verbal cu nr. 11/V/11470/19.05.2023 de evaluare a informațiilor din DUAЕ, pentru care a fost emis Avizul Conform Necondiționat cu nr. 20601/7914/CN 1046920/AC/24.05.2023 de către reprezentatii ANAP, din cuprinsul căruia redă extras.

Din acest document (procesul verbal), transmite că se evidențiază cele două circumstanțe atenuante pe care Consiliul Concurenței le-a reținut în cadrul deciziei sale, la punctele 868 și 869, și anume:

- „*existenta și implementarea efectivă a unui program de conformare cu regulile de concurență*” și
- „*acțiuni seminarii de instruire cu tematică de conformare cu regulile de concurență cu partenerii săi comerciali externi*”.

Invocând Opinia comună ANAP - CONSILIUL CONCURENȚEI, la care face trimitere și contestatorul, precum și jurisprudența CJUE, susține că doar autoritatea contractantă poate aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice în baza unui articol facultativ de excludere.

Având în vedere că:

- decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă, aceasta fiind contestată în instanță, operatorul economic beneficiază de prezumția de nevinovăție;

- activitățile care au făcut obiectul contractului sunt din anul 2011, trecând peste 12 ani de la abaterea precizată în Decizia Consiliului Concurenței;

- operatorul economic a implementat în mod efectiv un program de conformare cu dreptul concurenței, elaborat în conformitate cu Ghidul Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență așa cum rezultă inclusiv din Decizia Consiliului Concurenței;

- Consiliul Concurenței a reținut la punctele 868 și 869 cele două circumstanțe atenuante anterior expuse;

- în Opinia comună ANAP - CONSILIUL CONCURENȚEI, se reține că printre dovezile care pot fi prezentate de operatorii economici din această situație, este și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței,

precizează că, în aprecierea comisiei de evaluare, operatorul economic ... SRL și-a demonstrat în mod concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, prin urmare fiind aplicabile prevederile art. 171 alin. (2) din Legea 98/2016.

Astfel, acuzațiile contestatorului cu privire la modul de evaluare a ofertelor sunt nefondate, conchide autoritatea contractantă.

2.2.2. Continuând cu combaterea criticilor contestatorului, arată că acesta, în mod eronat, a concluzionat că, întrucât ofertantul declarat câștigător a prevăzut distinct în propunerea financiară o valoare de 2.000.000,00 lei la *art. 4.1.16 Perioada de Garanție alocată lucrărilor 84 de luni*, oferta acestuia trebuie respinsă ca neconformă.

În realitate, susține că ... SRL nu a făcut decât să respecte indicațiile documentației de atribuire (Formularul de propunere tehnică, pag. 46 din Modele de formulare, cerința de la pct. 12.2. Garanții acordate).

Contrar celor susținute de contestator, completează autoritatea contractantă, nu oferta depusă de ... SRL nu respectă această obligație, ci oferta sa, care, în fapt, este neconformă cu prevederile documentației de atribuire, deoarece în cadrul propunerii financiare nu se regăsesc cuantificate distinct costurile previzionate pentru garanția acordată.

Suplimentar, arată că oferta depusă de ... SRL sau de oricare alt operator economic participant la procedură ar fi putut fi declarată neconformă dacă s-ar fi dovedit:

- fie că ofertantul nu și-a cuprins în cadrul propunerii financiare aceste costuri;

- fie că ofertantul și-a cuprins niște costuri, dar acestea nu acoperă în fapt cheltuielile rezultate;

- fie că a prevăzut în propunerea financiară costuri cu niște lucrări care nu aparțin de contract, iar aceste costuri depășesc 1%, sau că prin reducerea acestui cost s-ar modifica clasamentul.

Față de aceste scenarii, menționează că oferta declarată câștigătoare nu putea fi respinsă ca neconformă, întrucât:

- valoarea propusă este semnificativă și, prin urmare, nu poate fi considerată neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările ce se doresc a fi efectuate;

- cheltuiala este necesară, în sensul că ofertanții trebuie să își acopere costurile cu eventualele lucrări necesare în perioada de garanție;

- prin documentația de atribuire s-a solicitat ca ofertanții să cuprindă în mod distinct acest cost, iar ... SRL a respectat această cerință expresă.

Scopul evaluării ofertelor de către autoritatea contractantă, mai adaugă aceasta, este de a confirma că propunerea financiară este corelată cu propunerea tehnică, în speța de față că ofertantul și-a cuprins cheltuielile care ar putea apărea de-a lungul perioadei de garanție acordată. Întrucât la pagina 1708 din propunerea tehnică a ... SRL, se regăsește *Declarația privind perioada de garanție acordată* în care se precizează că „valoarea lucrărilor estimate pe perioada de garanție acordată este de 2.000.000 de lei”, se confirmă corelarea propunerii financiare cu propunerea tehnică, concluzionează organizatoarea procedurii.

Raportându-se la toate cele prezentate, ... solicită respingerea contestației ce face obiectul prezentei cauze, ca tardivă și nefondată.

În conformitate cu prevederile art. 61¹, alin. (5¹) din Legea nr. 101/2016, solicită, în cazul respingerii contestației, reținerea cauțiunii constituite de SC ... SA.

În drept, declară că își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, precum și celelalte prevederi legale la care a făcut referire în cuprinsul documentului.

Dovada comunicării punctului de vedere și către contestator a fost prezentată.

Cu adresa nr. V/14196/21.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., autoritatea contractantă transmite, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. .../.../.../..., Consiliul solicită ofertantului ... SRL ca, în temeiul art. 20 din Legea nr. 101/2016, să comunice temeiul juridic al

încadrării în categoria „confidențiale” a documentelor menționate ca atare în cadrul ofertei sale și să probeze acest fapt.

Prin cererea de intervenție nr. 1224/26.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... SRL solicită cele redată în partea introductivă.

Preliminar, intervenienta prezintă, succint, procedura de atribuire, punctând că oferta sa a fost cea declarată câștigătoare. Totodată, despre contestația ce face obiectul prezentei cauze, susține că este nefondată, pentru motivele pe care, pe larg, urmează să le expună.

I. În demonstrarea admisibilității demersului său, face următoarele precizări:

- dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevăd dreptul operatorilor economici participanți la procedură de a formula cerere de intervenție în litigiu;

- ... SRL are calitatea de operator economic participant la procedură, respectiv de ofertant desemnat ca fiind admisibil și câștigător;

- formularea apărărilor i-ar fi îngăduită în cazul în care nu ar avea calitatea de parte în dosar, astfel încât să își poată proteja dreptul dobândit în calitate de ofertant admisibil și câștigător.

II. Intervenientul invocă excepția lipsei capacității de folosință/calității procesuale pasive a Consiliului Județean ... – ..., sens în care afirmă că acesta (Consiliul Județean) nu are personalitate juridică, nici capacitate deplină și nici patrimoniu propriu, fiind autoritatea deliberativă a administrației publice locale organizată la nivelul unității administrativ teritoriale prin care se realizează autonomia locală.

De asemenea, specifică și că CJ nu participă ca subiect independent și în nume propriu în raporturi de drept administrativ în condițiile în care județul este titularul drepturilor și obligațiilor ce decurg din contractele de achiziție publică în care acestea sunt parte. Prin urmare, Consiliul Județean nu încheie și nu emite acte în nume propriu, ca entitate distinctă de unitatea administrativ teritorială; acesta emite și încheie acte întotdeauna în numele și în interesul unității administrativ teritoriale care l-a mandatat în limitele expres prevăzute de lege, să acționeze pentru aceasta, ca autoritate deliberativă. Astfel, asemenea acte nu aparțin autorității deliberative, ci persoanei juridice de drept public, singura obligată în temeiul acestor acte, mai adaugă.

Față de cele relatate, conchide ofertantul declarat câștigător, Consiliul Județean nu deține capacitate de folosință, astfel că a fost eronat formulată contestația în contradictoriu cu acest organ deliberativ.

Mai mult, precizează că CJ ...-... nu are nici calitate procesuală pasivă, nefiind autoritatea contractantă și nici emitentul actelor atacate.

Indicând că, atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date și acordul contractual, figurează „...”, subliniază că, fără putință de tăgadă, autoritatea contractantă este Unitatea Administrativ Teritorială

Astfel, având în vedere că nu există identitate între emitentul actelor administrative a căror anulare se solicită și persoana juridică chemată în judecată, consideră că se impune respingerea contestației ca fiind introdusă împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă.

III. Pe de altă parte, intervenientul apreciază contestația formulată de ... – ... SA ca fiind netemeinică și nefondată, declarând că demersul

contestatorului nu demonstrează decât intenția vădită de blocare a procedurii de atribuire. În opinia sa, contestația se bazează pe interpretarea eronată a dispozițiilor legale, pe insuficienta înțelegere a documentației de atribuire și pe ignorarea voită a jurisprudenței relevante în domeniul achizițiilor publice.

III.1. Combătând afirmațiile petentului cu privire la neconformitatea ofertei ... SRL, face, în primă instanță, precizarea că, potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 123 din HG nr. 395/2016, documentația de atribuire necontestată în termenul legal a căpătat forță

obligatorie atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritatea contractantă. În susținere, invocă jurisprudența Consiliului și pe cea a CJUE.

Ofertantul declarat câștigător mai arată că, din cuprinsul raportului procedurii de atribuire, rezultă că motivul respingerii ofertei depuse de ... a constat în incapacitatea acestui operator economic de a justifica asigurarea serviciilor de pază pe toată durata de execuție a contractului.

Redând prevederile fișei de date (rubrica IV.4.2. *Modul de prezentare al propunerii financiare* și IV.4.1. *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, pct. 16), comunică faptul că, așa cum chiar petentul admite în contestația sa, în exercitarea atribuțiilor legale, comisia de evaluare a procedat la verificarea modului de îndeplinire de către ... a obligației de asigurare a serviciilor de pază pe toată durata de execuție a contractului.

Astfel, raportat la conținutul graficului prezentat în cadrul propunerii tehnice a contestatorului, conform căruia lucrările se vor executa în perioada 19.09.2023- 14.11.2025, în considerarea valorii ofertate pentru serviciile de pază de 203.856,18 lei, arată că autoritatea contractantă a solicitat justificarea costului aferent prestării respectivei activități, prin adresa nr. V/6878/28.03.2023. În răspuns la această solicitare, ... a precizat că paza va fi asigurată pe toată durata de execuție a lucrărilor și a anexat oferta firmei specializate ... SRL. Ulterior analizei acestui răspuns, comisia de evaluare a revenit cu adresa nr. V/8039/07.04.2023, prin care a solicitat justificarea modului de respectare a tarifului minim orar legal. În răspunsul furnizat s-a menționat că prețul propus de prestatorul specializat pentru serviciile de pază reflectă perioada efectivă de execuție a lucrărilor și că, în ipoteza în care vor fi necesare serviciile de pază pe perioadele de sistare a lucrărilor (timp friguros), valoarea suplimentară a serviciilor ar fi acoperită din procentele de cheltuieli indirecte și profit.

Raportat la aceste informații, intervenientul consideră că este evident legală și temeinică decizia autorității contractante, care a apreciat ca fiind neconcludente explicațiile furnizate, ofertantul fiind incapabil să justifice acoperirea costurilor cu serviciile de pază pe toată durata contractului.

În acest context factic, transmite ... SRL, alegațiile din cuprinsul contestației demonstrează interpretarea eronată a noțiunii de *durată de execuție (îndeplinire) a contractului* la care făcea referire documentația de atribuire anterior citată, asimilând-o noțiunii de *durată de execuție a lucrărilor contractate*.

Detaliind, menționează că este evident că durata de îndeplinire (executare) a contractului vizează durata de la data semnării contractului

și până la îndeplinirea obligațiilor contractuale, iar durata de execuție este cea cuprinsă între emiterea ordinului de începere a lucrărilor de către beneficiarul autoritate contractantă și până la finalizarea executării acestora, respectiv până la efectuarea recepției la terminarea lucrărilor conform HG nr. 273/1994. Diferența de timp între durata efectivă de execuție a lucrărilor și durata de îndeplinire a contractului constă, pe de o parte, în perioada dintre data semnării contractului și data la care se emite ordinul de începere a lucrărilor - momente cu totul diferite în orice procedură și justificate obiectiv de necesitatea efectuării unor diverse

operațiuni (cel mai adesea tehnico-administrative) și, pe de altă parte, durata dintre data recepției la terminarea lucrărilor și data recepției finale (după expirarea garanției lucrărilor), respectiv până la data îndeplinirii de către părți a tuturor obligațiilor contractuale, inclusiv plata prețului lucrărilor de către achizitor, mai adaugă.

De asemenea, precizează că îndeplinirea unui contract de lucrări implică, în mod evident, atât obligația contractantului de a executa lucrările dar și alte îndatoriri esențiale cum ar fi constituirea garanției de bună execuție, asigurarea unei perioade de garanție a lucrărilor de 24 luni calendaristice de la data recepției la terminarea lucrărilor prin remedierea eventualelor deficiente culpabile ale lucrărilor. Totodată, îndeplinirea contractului implică respectarea obligațiilor care incumbă achizitorului, cum ar fi, pe lângă plata prețului lucrărilor executate, punerea la dispoziția executantului a proiectului tehnic și detaliilor de execuție, emiterea ordinului de începere a lucrărilor, predarea amplasamentului lucrărilor liber de orice sarcini, obținerea avizelor și autorizațiilor necesare execuției lucrărilor, etc.

În acest context, consideră evident că îndeplinirea contractului nu se poate rezuma, astfel cum reține societatea contestatoare, numai la execuția efectivă a lucrărilor, de vreme ce există multe alte obligații ale părților care exced, din punct de vedere temporal, perioadei efective de execuție. Ignorând cu desăvârșire existența unor etape esențiale ale unui contract de achiziție publică de lucrări (constituirea garanției lucrărilor, emiterea ordinului de începere a lucrărilor, recepția la terminarea lucrărilor, perioada de garanție a lucrărilor, recepția finală), ... - ... SA s-a raportat exclusiv la durata de execuție efectivă a lucrărilor din care a dedus, în mod artificial, perioadele de sistare pe timp friguros, subliniază intervenientul.

Mai mult, arată că nici conform clauzei 22.4 din Condițiile generale pentru proiectare și execuție de lucrări aprobate prin HG nr. 1/2018 nu sunt excluse eventualele perioade de sistare a lucrărilor, obligația de pază a acestora fiind permanentă, în virtutea răspunderii antreprenorului pentru lucrări până la recepția acestora de către beneficiar.

Totuși, susține că și în ipoteza favorabilă contestatorului în care durata de execuție a contractului ar fi redusă la durata de execuție a lucrărilor, în condițiile în care însuși ofertantul a indicat o perioadă de realizare a lucrărilor de 788 zile (între data de 19.09.2023 - 14.11.2025), nu este realist modul de justificare a costului aferent activităților de pază, tariful orar rezultat dintr-un simplu calcul matematic fiind inferior salariului minim pe economie, precum corect a reținut comisia de evaluare.

Față de afirmațiile petentului cu privire la suportarea costurilor de 110.041,09 lei pentru serviciile de pază suplimentare asigurate în perioada de sistare a lucrărilor pe timp friguros, este de părere că acestea denotă ignorarea voită a imposibilității modificării propunerii financiare în alte ipoteze decât cele expres prevăzute de lege - ar fi afectate grav dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul tratamentului egal, statuat de art. 2 din același act normativ.

Practic, completează intervenientul, un astfel de demers ar reprezenta, în mod neîndoielnic, o modificare a propunerii financiare care

ar trebui sancționată drastic prin respingerea ofertei, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016. Acesta adaugă că nu ar putea fi vorba despre un viciu de formă.

De altfel, și propunerea contestatorului de a susține costurile suplimentare prin diminuarea cotelor de cheltuieli indirecte și profit ar fi un demers de natură să modifice propunerea financiară, declară ... SRL, care, în susținere, invocă jurisprudența Consiliului în spețe similare.

III.2. În demonstrarea admisibilității ofertei sale, ofertantul declarat câștigător afirmă că:

1. Există o lipsă de incidență a motivului de excludere invocat.

În acest sens, redă prevederi ale Directivei 2014/24/UE, transpuse și la nivel național, arătând că aceasta permite operatorilor economici să demonstreze că, în ciuda abaterilor comise în trecut, s-au îndreptat și au devenit credibili pentru a intra în relații contractuale viitoare cu autoritățile contractante.

De asemenea, invocând jurisprudența CJUE și a instanțelor naționale, susține că acestea au clarificat modul în care autoritățile contractante trebuie să aprecieze măsurile de auto-corectare (seif cleaning) adoptate de către ofertanții aflați în potențiale situații de excludere.

Intervenientul declară că, în virtutea principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este singura entitate îndrituită să aprecieze cu privire la credibilitatea unui operator economic care intenționează să devină partener contractual al autorității contractante, iar această apreciere suverană cu privire la existența/inexistența unei legături de încredere nu poate fi cenzurată de nicio autoritate și nici de instanța de judecată.

Astfel, comunică faptul că, dincolo de aprecierea subiectivă a contestatorului, această legătură de încredere se fundamentează pe elemente de apreciere de ordin obiectiv, respectiv pe măsuri concrete și eficiente adoptate de către ofertant în sensul demonstrării credibilității și capacității sale de a derula în mod corespunzător viitorul contract de achiziție publică.

Indicând măsurile adoptate, ... SRL punctează că:

A. a furnizat dovezile necesare pentru a stabili că măsurile luate sunt suficiente în demonstrarea credibilității sale, prin raportare la motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Pentru început, acesta comunică faptul că a făcut obiectul unei investigații a Consiliului Concurenței pentru încălcarea art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 și a art. 101 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene prin practici de împărțire a pieței pe piața

comercializării de masă lemnoasă în România, fiind găsit vinovat de săvârșirea unor astfel de fapte anticoncurențiale, în contextul unei licitații organizate de Direcția Silvică ... în anul 2011, astfel cum a fost constatat prin decizia Consiliului Concurenței nr. 71 din 14.12.2020, depusă chiar de ... SRL în cadrul procedurii de atribuire.

Totuși, detaliind contextul în care a fost emisă decizia, subliniază că fapta comisă a fost una minoră prin raportare la acțiunile ilicite ale altor societăți menționate în decizie, și mai mult decât atât a avut loc în urmă cu 9 ani.

Intervenientul declară că a depus în cadrul procedurii de atribuire declarația de credibilitate prin care se indică în mod expres și detaliat măsurile concrete luate în conformitate cu art. 171 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

- instruirea și educarea salariaților cu privire la respectarea normelor de drept al concurenței prin intermediul unui sesiuni extensive de training organizate în data de 9 octombrie 2020, de către societatea de avocatură Reff& Asociații SPRL;

- implementarea unei politici interne de conformare cu dreptul concurenței, prin elaborarea unui manual de conformare cu regulile de concurență, a unui ghid cu privire la inspecțiile inopinate ale Consiliului Concurenței și a unui ghid privind participarea la procedurile de achiziție publică, documente ce nu au fost depuse în cadrul procedurii de atribuire deoarece au un volum considerabil, însă ... SRL și-a manifestat disponibilitatea deplină și fără rezerve de a le depune în cazul în care autoritatea contractantă ar fi considerat necesar;

- derularea unui program de instruire adresat partenerilor comerciali cu privire la dreptul concurenței, prin intermediul unui seminar de 3 ore desfășurat în data de 16 noiembrie 2020;

- garantarea obligațiilor de plată stabilite prin decizie, prin constituirea scrisorii de garanție bancară nr. 50BSLG21001 din data de 15.04.2021, emisă de OTP Bank Romania S.A., depusă în cadrul procedurii de atribuire.

În urma implementării acestor măsuri, pune în vedere faptul că, prin decizia pronunțată, Consiliul Concurenței a statuat că societatea sa a dovedit *„existența și implementarea efectivă a unui program de conformare cu regulile de concurență”* și *„derularea de semănării de instruire cu tematică de conformare cu regulile de concurență, cu partenerii săi comerciali externi”*, beneficiind astfel de două circumstanțe atenuante distincte și de o reducere de câte 10% a nivelului de bază al amenzii.

Totodată, arătând că, potrivit Opiniei Comune a ANAP și a Consiliului Concurenței cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității, potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 (ce a fost depusă de către Subscrisa în cadrul Procedurii de Atribuire), *„operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței”*, susține că, dincolo de afirmațiile contestatorului, ... SRL a depus în cadrul procedurii de atribuire informații și documente concrete privind măsurile prin care a fost implementat în mod efectiv programul de conformare cu legislația din domeniul concurenței.

Mai mult, adaugă că măsurile implementate se subsumează celor prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

B. Cu privire la analiza, evaluarea și motivarea oferită de către autoritatea contractantă privind documentele furnizate de către ... SRL în vederea demonstrării credibilității sale, indică faptul că aceasta s-a raportat la dispozițiile art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016. În plus, afirmă că obligația autorității contractante de a prezenta o expunere a motivelor nu este prevăzută în cazul deciziei prin care se stabilește că dovezile furnizate de către ofertant sunt suficiente pentru demonstrarea

credibilității. Astfel, apreciază critica petentului cu privire la acest aspect ca fiind neîntemeiată.

Prevalându-se de faptul că în raportul procedurii se menționează: „Comisia de evaluare a analizat documentele suport/dovezile prezentate de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAE prezentate în Procesul-Verbal nr. V/11470/19.05.2023”, și invocând marja de apreciere de care beneficiază autoritatea contractantă în ceea ce privește determinarea îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, raportate la aplicarea principiului asumării răspunderii, astfel cum este acesta prevăzut în cuprinsul art. 2, alin. (2), lit. f) din cuprinsul Legii nr. 98/2016, consideră evident că aceasta din urmă nu este ținută de o motivare exhaustivă a deciziei sale, prin care să confirme îndeplinirea acestor condiții și nici de o prezentare detaliată a propriei analize cu privire la acest aspect.

Față de cele expuse și de jurisprudența CJUE la care și anterior a făcut trimitere, susține că se impune a se constata caracterul nefondat al criticii contestatorului.

2. Propunerea sa financiară este conformă.

În combaterea argumentelor prezentate de petent în cadrul contestației, pe care le consideră superficiale și menite să înfrângă principiul asumării răspunderii care incumbă exclusiv autorității contractante, intervenientul subliniază că decontarea prețului contractului (preț forfetar) se va realiza pe baza situațiilor de lucrări care vor fi elaborate pe baza proiectului tehnic elaborat de antreprenor, document care include toate costurile aferente îndeplinirii contractului.

Raportat la specificul contractului de achiziție publică, apreciază că decizia comisiei de evaluare de a considera concludent răspunsul furnizat de ... SRL cu privire la modalitatea de ofertare a costurilor necesare pentru garanția alocată lucrărilor este una temeinică.

De asemenea, menționează că, prin afirmațiile pe care petentul le face referitor la respectarea de către ... SRL a cerinței incluse în cadrul formularului de propunere tehnică (de „a cuantifica distinct în cadrul propunerii financiare costurile previzionate” pentru garanția acordată), acesta ignoră chiar jurisprudența invocată în cadrul contestației sale.

Față de susținerea contestatorului, potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi consimțit la modificarea implicită a propunerii financiare, precizează că o eventuală deficiență cu privire la modul de ofertare ar fi fost asimilabilă unui viciu de formă în sensul art. 135 din HG nr. 395/2016, în condițiile în care informația privind ofertarea costurilor de asigurare a garanției lucrărilor a fost inclusă în propunerea financiară la data depunerii ofertelor.

În ceea ce privește pretinsa încadrare a costurilor aferente menținerii garanției în categoria de *Cheltuieli neimputabile pentru efectuarea remedierilor și refacerilor în timpul execuției lucrărilor*, prevăzută Ordinul nr. 1568 din 15.10.2002 pentru aprobarea reglementării tehnice „*Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice*”, indicativ P 91/1-02, solicită Consiliului să constate interpretarea eronată a dispozițiilor respectivului ghid de către contestator.

În clarificarea acestui aspect, declară că, astfel cum rezultă din însăși denumirea de *Cheltuieli neimputabile pentru efectuarea remedierilor și refacerilor în timpul execuției lucrărilor*, respectivele costuri la care face referire ghidul sunt diferite de cele aferente asigurării garanției lucrărilor de către executantul acestora.

Redând dispozițiile art. 25 lit. k) din Legea nr. 10/1995, subliniază că antreprenorul este obligat să remedieze pe cheltuiala proprie eventualele deficiențe de execuție cauzate exclusiv de propria culpă. Ori, ghidul anterior citat face referire expresă la cheltuieli neimputabile pentru remedierea deficiențelor, categorie de costuri diferită de cele vizate de lege ca fiind potențiale costuri de remediere a deficiențelor culpabile, imputabile antreprenorului, mai adaugă. Astfel, consideră evidentă încercarea contestatorului de inducere în eroare.

Pentru considerente expuse, care, în opinia sa, demonstrează rigoarea modului de evaluare a ofertei sale, apreciază că se impun a fi respinse, ca nefondate, criticile privind o pretinsă inadmisibilitate a acestuia din perspectiva modalității de întocmire a propunerii financiare.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 98/2016, ale Legii nr. 101/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Directivei 2014/24/UE, precum și jurisprudența CJUE.

În probațiune a fost solicitată admiterea probei cu înscrisurile de la dosarul achiziției publice.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat accesul la dosarul constituit pe rolul Consiliului.

Prin adresa nr. .../.../.../..., Consiliul solicită contestatorului ... - ... SA ca, în temeiul art. 20 din Legea nr. 101/2016, să comunice temeiul juridic al încadrării în categoria „confidențiale” a documentelor menționate ca atare în cadrul ofertei sale și să probeze acest fapt.

Ca urmare, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... - ... SA prezintă argumentele sale în susținerea caracterului confidențial al documentelor astfel indicate.

De asemenea, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... SRL prezintă argumente în susținerea confidențialității înscrisurilor astfel marcate, din cadrul ofertei sale.

Prin adresa nr. 14682/27.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., în completarea dosarului constituit de Consiliu, autoritatea contractantă a transmis o nouă serie de documente.

Dând curs solicitărilor exprese ale contestatorului și intervenientului, Consiliul transmite acestora invitațiile de studiere a dosarului cauzei (adresa nr. .../.../.../..., către ... SRL, și adresa nr. .../.../.../..., către ... - ... SA). Ca urmare, reprezentanții

convenționali ai acestora s-au prezentat la sediul C.N.S.C. în data de 04.07.2023, au studiat dosarul și au obținut fotocopiile solicitate.

În urma studierii dosarului achiziției, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... SRL transmite concluzii scrise prin intermediul cărora reia argumente prezentate în cadrul cererii de intervenție solicitând, din nou, admiterea demersului său și respingerea contestației pe cale de excepție sau ca nefondată.

Dovada comunicării documentului către autoritatea contractantă și către contestator a fost prezentată.

De asemenea, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... – ... SA transmite concluzii scrise, ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante și a cererii de intervenție formulată de către ofertantul declarat câștigător, solicitând:

1. respingerea excepției tardivității, ca neîntemeiată;
2. respingerea excepției lipsei capacității de folosință/calității procesuale pasive, ca neîntemeiată;
3. respingerea cererii de intervenție;
4. respingerea susținerilor autorității contractante și admiterea contestației.

Referitor la prima solicitare, precizează că demersul său a fost inițiat în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, sens în care detaliază.

Cu privire la solicitarea nr. 2, arată că a promovat contestația împotriva Consiliului Județean ...-..., în calitate de reprezentant al unității administrativ-teritoriale ..., în procedura de achiziție publică. În susținere, semnalează că toate actele ce emană de la autoritate poartă în antet denumirea „*Consiliu Județean*” și face trimitere la dispozițiile art. 109 din Codul Administrativ.

Față de solicitările nr. 3 și nr. 4, reia susțineri prezentate în cadrul contestației și combate, totodată, argumente ale intervenientului.

În ceea ce privește solicitarea autorității contractante de reținere a cauțiunii, consideră că aceasta este prematură și nefondată, sens în care cere respingerea sa.

În sprijin, invocă prevederile art. 61¹ alin. (5¹) din Legea nr. 101/2016, subliniind că, potrivit acestora, reținerea cauțiunii se poate dispune doar după soluționarea definitivă a contestației și doar în ipoteza în care soluția este favorabilă autorității contractante.

Dincolo de aspectul privind prematuritatea, declară că solicitarea este neîntemeiată atât timp cât, prin contestație, a fost argumentată nelegalitatea deciziei organizatoarei procedurii.

Dovada comunicării concluziilor scrise către autoritatea contractantă și către intervenient a fost prezentată.

Prin adresa nr. 16131/12.07.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., față de concluziile scrise ale contestatorului și intervenientului, autoritatea contractantă transmite, la rândul său, concluzii scrise.

În cadrul documentului, reiterează o serie de aspecte prezentate prin punctul de vedere anterior emis, conchizând că decizia de respingere a ofertantului ... – ... SA este justă și întemeiată (atât în fapt, cât și în drept), iar solicitarea contestatorului de reevaluare a ofertei ... SRL este, în schimb, una neîntemeiată.

Dovada comunicării concluziilor scrise către contestator și către intervenient a fost prezentată.

Prin nota internă din data de 24.07.2023, Consiliul a decis prelungirea termenului de soluționare a contestației ce face obiectul prezentei cauze, cu 10 zile. Această decizie a fost comunicată și autorității contractante prin adresa nr. .../....

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., ... – ... SA depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din

12.06.2023, eliberată de Raiffeisen Bank - Sucursala ..., în cuantum de 2.000.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect *Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții „MODERNIZARE DJ154, KM 17+000-51+720, LIMITĂ DE JUDEȚ ... – ... – DN17, ...”,* cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. .../....

Conform acestui anunț, valoarea estimată a procedurii este de 112.777.419,19 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire utilizat este „*Cel mai bun raport calitate - preț*”, cu factori de evaluare: *Prețul ofertei – 64%, Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (P2) – 9%, Gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice (durata, succesiunea activităților și inter relaționarea acestora, inclusiv drumul critic, identificarea punctelor cheie de control/jaloanelor), resursele alocate pentru realizarea activităților în cadrul contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor (P3) – 9%; Experiența profesională specifică a personalului desemnat pentru executarea contractului pentru realizarea activităților de proiectare în cadrul contractului (P3) – 9% și Perioada de garanție acordată lucrărilor – 9%.*

După cum rezultă din declarația de participare, încărcată în SEAP la data de 18.10.2022, în cadrul procedurii au fost depuse 5 oferte, printre care cele ale ... – ... SA și ... SRL.

Prin raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023, autoritatea contractantă a respins, ca neconformă, oferta depusă de ... – ... SA, iar oferta depusă de ... SRL a fost declarată câștigătoare în cadrul procedurii.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. V/12319/29.05.2023, ... – ... SA a formulat contestația a cărei soluționare face obiectul prezentei cauze și a solicitat următoarele:

„1. *Anularea Comunicării privind rezultatul procedurii nr. V/12319/29.05.2023 și a Raportului Procedurii nr. V/12077/25.05.2023 emise de Autoritatea Contractantă și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca neconformă a ofertei ..., respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depuse de ... S.R.L.*

2. *Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... și constatarea caracterului conform și admisibil al acesteia,*

3. Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... S.R.L., cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța”.

În prezenta cauză a fost formulată de către ... SRL cererea de intervenție accesorie voluntară, înregistrată la CNSC sub nr. .../..., prin care acesta a solicitat:

„1. Admiterea în principiu și pe fond a prezentei cereri de intervenție;

2. Respingerea contestației formulate de ... SA (...) în principal pe cale de excepție și în subsidiar ca nefondată, cu consecința menținerii deciziilor autorității contractante”.

Consiliul constată faptul că cererea de intervenție prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu /.../ operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)”* și având în vedere faptul că, la data de 14.06.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul *„[CN1049620/00247] Contestatie semnat.pdf.p7m”*, contestația formulată de ... – ... SA, Consiliul constată că cererea de intervenție, transmisă CNSC, autorității contractante și contestatorului la data de 26.06.2023, a fost formulată în cadrul termenului legal (zilele de 24.06.2023 și 25.06.2023 fiind nelucrătoare, sâmbătă și duminică).

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Codul de Procedură Civilă, dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... SRL are calitatea de ofertant desemnat câștigător, iar cererea acestuia privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de ... SRL, astfel cum a fost formulată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție anterior menționată împreună cu contestația formulată de ... – ... SA.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepțiilor invocate în prezenta cauză, respectiv excepția tardivității formulării contestației, invocată de autoritatea contractantă și excepția lipsei capacității de folosință/calității procesuale pasive a Consiliului Județean, invocată de intervenient.

Autoritatea contractantă, prin punctul de vedere nr. 14173/21.06.2023, înregistrat la CNSC sub nr. .../..., invocă excepția tardivității contestației formulată de ... – ... SA.

Astfel, autoritatea contractantă, în justificarea excepției invocate, solicită ca petentul să prezinte recipisa oficiului poștal din care să rezulte transmiterea contestației în termenul legal. În caz contrar, consideră că

se impune respingerea acesteia ca tardiv formulată, conform prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea 101/2016

În soluționarea excepției, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 5 din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „(1) **Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.**

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural **nu este luată în calculul termenului**. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, **termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoareii zile lucrătoare.**”;

- art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante **poate sesiza Consiliul** în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, **în termen de:**

a) **10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

(...)

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”;

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căreia „(1) **Sub sancțiunea respingerii** contestației **ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare**”;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă: „(1) **Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen.** (...) (3) **În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată**”.

Astfel, dat fiind că, în cazul de față, fiind vorba de o procedură de licitație deschisă, **termenul procedural stabilit de Legea nr. 101/2016 pentru sesizarea Consiliului, este de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în data de 29.05.2023, despre actele autorității contractante considerate nelegale, respectiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. V/12319/29.05.2023 și raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023 și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a acestuia**, iar contestația formulată de ... – ... SA a fost înaintată către Consiliu și către autoritatea contractantă, prin

poștă, în ultima zi a termenului de contestare, respectiv în data de **08.06.2023**, contestatorul prezentând facturile nr. DIV00012105/08.06.2023, respectiv nr. 00012104 /08.06.2023, emise de CN Poșta Română SA.

Consiliul reține că a fost respectat, de către ... - ... SA, în speța de față, termenul reglementat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care va respinge ca nefondată excepția tardivității contestației formulată ... - ... SA, invocată de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește excepția lipsei capacității de folosință/calității procesuale pasive a Consiliului Județean, intervenientul susține că acesta (Consiliul Județean) nu are personalitate juridică, nici capacitate deplină și nici patrimoniu propriu, fiind autoritatea deliberativă a administrației publice locale organizată la nivelul unității administrativ teritoriale prin care se realizează autonomia locală, care nu participă ca subiect independent și în nume propriu în raporturi de drept administrativ în condițiile în care județul este titularul drepturilor și obligațiilor ce decurg din contractele de achiziție publică în care acestea sunt parte.

Intervenientul mai consideră că, întrucât Consiliul Județean nu încheie și nu emite acte în nume propriu, ca entitate distinctă de unitatea administrativ teritorială, ci emite și încheie acte întotdeauna în numele și în interesul unității administrativ teritoriale care l-a mandatat, în limitele expres prevăzute de lege, să acționeze pentru aceasta, ca autoritate deliberativă. Astfel, asemenea acte nu aparțin autorității deliberative, ci persoanei juridice de drept public, singura obligată în temeiul acestor acte.

Față de cele de mai sus, intervenientul consideră că Consiliul Județean nu deține capacitate de folosință, astfel că a fost eronat formulată contestația în contradictoriu cu acest organ deliberativ.

Consiliul constată că actele atacate prin contestație sunt adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. V/12319/29.05.2023 și raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023, ambele purtând antet în care este menționat „*Consiliul Județean ...-...*”, dar și „*....*”. Mai mult, în ceea ce privește raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023, Consiliul constată faptul că acesta este aprobat de „*Președinte Emil Radu Moldovan*”, fiind ștampilat cu ștampila Consiliului Județean ...-....

Consiliul constată că nu este relevant faptul că, în anunțul de participare și în fișa de date și acordul contractual, figurează că autoritatea contractantă este Unitatea Administrativ Teritorială ..., fiind menționat „*....*”, întrucât sunt incidente dispozițiile art. 109 din Codul Administrativ, care stipulează următoarele:

„ARTICOLUL 109

Reprezentarea în justiție a unităților administrativ-teritoriale

(1) Reprezentarea în justiție a unităților administrativ- teritoriale se asigură de către primar sau de către președintele consiliului județean.

(2) Primarul sau președintele consiliului județean stă în judecată în calitate de reprezentant legal al unității administrativ- teritoriale, pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale acesteia, și nu în nume personal /.../”.

Dat fiind faptul că organizatorul procedurii și emitentul actelor atacate este Consiliul Județean ...-..., care are capacitate deplină de a

reprezenta unitatea administrativ teritorială ..., iar contestația a fost formulată în contradictoriu cu Consiliul Județean ...-..., Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția lipsei capacității de folosință/calității procesuale pasive a Consiliului Județean, invocată de intervenientul ... SRL.

În prezenta cauză, atât contestatorul, cât și intervenientul au solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

Dat fiind faptul că ambii ofertanți (... – ... SA și ... SRL) au declarat confidențiale propunerile tehnice, propunerile financiare și răspunsurile la

solicitările de clarificări, coroborat cu solicitările de acces la dosarul cauzei și ținând cont de prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*, Consiliul le-a solicitat celor doi ofertanți să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al acestora și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor legale anterior citate în paragraf.

La această solicitare, ... – ... SA (prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. .../...) și ... SRL (prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. .../...) au formulat răspunsuri cu conținut generalist și nu au administrat nici un mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

În acest context, Consiliul subliniază că, în cadrul Hotărârii din 14 februarie 2008, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-450/06 (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre)**, astfel:

*„55. (...) **Este de competența acestui organism (responsabil cu procedurile privind căile de atac – n.n.) să decidă** în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, **în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu** și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.”*

Mai mult, în cadrul Hotărârii din 7 septembrie 2021, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-927/19**, astfel:

*„6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, **trebuie interpretate** în sensul că **instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se***

refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz **este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată,** care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de

informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, **trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale** și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante **sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.**"

În acest sens, raportat la cele precizate anterior, sunt deosebit de relevante în context concluziile formulate de Avocatul General în cauza **C-927/19**, și anume „36. **Conform unei interpretări literale și izolate a articolului 21 din Directiva 2014/24, informațiile confidențiale ar fi, pur și simplu, cele calificate ca atare de un operator economic.** Prin urmare, informații protejate ar fi, în orice caz, **cele „desemnate de [operatorii economici] ca fiind confidențiale”.**

37. **Dacă s- ar aplica acest criteriu hermeneutic, orice informație**

a cărei divulgare nu ar fi autorizată de operatorul care a pus- o la

dispoziția autorității contractante, indiferent de conținutul său, ar fi blocată în mod automat, cu alte cuvinte nu ar putea fi divulgată.

38. **Această interpretare extensivă nu poate fi primită.** (...)

40. Prin urmare, considerăm că **articolul 21 din Directiva 2014/24, citit în contextul său, nu încredințează exclusiv operatorului economic funcția de a specifica, după cum consideră de cuviință, informațiile care trebuie calificate drept confidențiale. Cererea sa motivată în această privință – indispensabilă, dacă dorește să limiteze publicarea informațiilor pe care el însuși le furnizează – **este supusă deciziei ulterioare a autorității contractante (și, eventual, celei a instanței care efectuează controlul deciziilor acesteia).**"**

Tot în context, Consiliul subliniază că, potrivit Îndrumării privind analiza confidențialității ofertelor, publicată în data de 07.03.2023, pe site-ul ANAP, „6.3. **Este important de reținut faptul că OUG nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale** împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, care a transpus Directiva 2016/943/UE privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (**secrete comerciale**) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale - **NU se aplică în domeniul achizițiilor publice.**"

Analizând răspunsurile ... - ... SA și ... SRL la solicitarea de a justifica încadrarea informațiilor anterior menționate ca fiind confidențiale și de a demonstra prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor declarate ca atare și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestor informații, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului și intervenientului, care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, documentele aflate la respectivul dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

În ceea ce privește fondul contestației formulată de ... - ... SA, Consiliul constată că sunt formulate critici cu privire la respingerea, ca nefondată, a ofertei contestatorului, precum și critici cu privire la oferta declarată câștigătoare în cadrul procedurii, depusă de ... SRL.

În analiza criticilor formulate de contestator cu privire la respingerea ofertei sale depusă în cadrul procedurii, Consiliul va avea în vedere următoarele prevederi ale documentului publicat în SEAP în anexa anunțului de participare .../..., sub identificatorul „[.../00006] FisaDate_DF1158744.pdf”, intitulat generic „fișa de date”:

„/.../ IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice /.../

16) Se va prezenta o **declarație prin care ofertantul se angajează să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului** /.../

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare /.../

Ofertantul va include în cadrul Propunerii Financiare: - toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, **paza șantierului**, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru executarea completă și în întregime a lucrărilor solicitate prin Documentația de Atribuire /.../”.

De asemenea, Consiliul va avea în vedere următoarele prevederi de la pag. 15 din caietul de sarcini caietului de sarcini publicat în SEAP în anexa anunțului de participare .../..., sub identificatorul „[.../00011] Caiet de sarcini rev.1-semnat.pdf.p7m”, înscris care, potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, conține specificații tehnice prin intermediul cărora a descris autoritatea contractantă necesitatea sa, pentru a cărei satisfacere a fost organizată prezenta procedură de atribuire, și anume:

«/.../ Note referitoare la grafic: /.../ 7) **Durata de execuție a lucrărilor** începe de la „Data de începere a lucrărilor de execuție” și este de 30 luni de la această dată (**incluzând perioadele de timp frigurose**) /.../».

În propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii de ... - ... SA, au fost precizate următoarele:

- la pag. 42: „/.../ **Paza și accesul în șantier se va realiza 24/24 ore prin firmă specializată sau prin personal propriu desemnat în acest sens, care va fi realizată din cabina de poartă, la intrarea în incintă** /.../”;

- la pag. 636: „/.../ **Dispozitivul de pază al obiectivului este format dintr-un 1 post permanent** fiind amplasat în zona «Intrare principală» **acoperit de agenți de securitate**, care efectuează serviciul în post fix, dar cu funcții de patrulare, în ture între 6-12 ore fiecare, după cum va fi necesar. Într-o tură de lucru va fi responsabilă o singură persoană /.../”;

- la pag. 1026: „/.../ **Organizarea de șantier va fi considerată pe întreaga durată de execuție a lucrărilor** și se va amenaja pe suprafața de teren pusă la dispoziție de Autoritatea Contractantă /.../”.

Autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa nr. V/6878/28.03.2023, următoarele clarificări:

„/.../ Având în vedere graficul prezentat în cadrul propunerii tehnice, de unde reiese faptul I ca lucrările de construcții se vor executa în perioada 19.09.2023-14.11.2025,1 precum și valoarea precizată în propunerea financiară de 203.856,18 lei pentru paza șantierului, *va solicităm să justificați costul prevăzut pentru activitatea de paza, (numărul de zile, ore, agenți... etc) având în vedere tariful minim orar legal la data ofertării de 17,928 lei/ora (conform OUG 114/2018) /.../*”.

La această solicitare de clarificări, ofertantul ... - ... SA a răspuns prin adresa cu nr. 1224/R/28.03.2023, precizând următoarele:

„/.../ În ceea ce privește modul de asigurare a pazei, aceasta se va realiza așa cum este precizat în Propunerea tehnică și anume, prin firmă specializată. **Paza va fi asigurată pe toată durata de execuție a lucrărilor** conform cerințelor din Documentația de atribuire. Anexat va transmitem oferta pentru servicii de paza și protecție primită de la firma de specialitate pentru acest obiectiv /.../”.

... - ... SA a transmis, anexat răspunsului anterior reprodus, oferta cu nr. 736/10.10.2022 din partea SC ... SRL în care se regăsesc precizate următoarele aspecte relevante cauzei:

«/.../ Oferta pentru serviciile de pază umană este de 203.856,18 lei plus TVA - Durata: septembrie 2023-noiembrie 2025, 24/24h pentru paza umana la MODERNIZARE DJ 154, KM 17+000 - 51+720, LIMITA DE JUDEȚ ... - ... - DN 17, JUDEȚUL ... - la Organizare de șantier în zona „Intrare principală” /.../».

Autoritatea contractantă a cerut noi clarificări, prin adresa nr. V/8039/07.04.2023, solicitând următoarele:

«/.../ Pentru justificarea costurilor cu serviciilor de pază ați prezentat Oferta cu nr. 736/10.10.2022 din partea SC ... SRL în care sunt precizate următoarele:

"Oferta pentru serviciile de pază umană este de 203.856.18 lei plus TVA - Durata: septembrie 2023 - noiembrie 2025, 24/24H pentru paza umana la

MODERNIZARE DJ154, KM 17+000 - 51+720, LIMITA DE JUDEȚ ... - ... - DN 17, JUDEȚUL ... - la Organizare de șantier în zona „Intrare principală”.

Având în vedere că lucrările se execută în perioada 19.09.2023 - 14.11.2025, rezultă că trebuie asigurate servicii de pază pentru 788 zile x 24 ore/zi = **18.912 ore**

Împărțind costul de **203.856,18 lei** fără TVA la numărul de ore **18.912 ore** ar rezulta un tarif orar de **10,78 lei/oră** .

Prin urmare, vă solicităm **să justificați**, cum se respectă tariful minim orar legal de **15,239 lei/oră** /.../».

La această solicitare de clarificări, ofertantul ... - ... SA a răspuns prin adresa cu nr. 1393/R/10.04.2023, precizând următoarele:

«/.../ Având în vedere solicitarea transmisă de dumneavoastră, nr. V/8039/07.04.2023, referitoare la oferta nr. 736/10.10.2022 pentru serviciile de paza, vă atașăm răspunsul primit de la furnizorul acestor servicii.

Conform celor indicate prețul propus de acesta este pentru perioada efectivă de execuție, **nefiind incluse perioadele de sistare a lucrărilor** respectiv perioadele de iarnă reprezentate pe grafic.

Astfel, în numărul total de zile dintre 19.09.2023 - 14.11.2025, au fost considerate 788 de zile minus perioadele de iarnă reprezentate pe graficul inclus în propunerea tehnică a subscisei, 15.11.2023-15.03.2024 și 15.11.2024-15.03.2025, rezultând un număr de 788 zile - 243 zile - 545 zile

calendaristice. **Costul de 203.856,18 lei este raportat doar la cele 545 zile**, tariful minim orar fiind respectat.

Totodată, dorim sa menționam faptul ca in cadrul organizării de șantier, containerele pentru personal și pentru paza au incluse dotări cu camere video pentru supravegherea continua a amplasamentului. Menționam si faptul ca prin răspunsul transmis la clarificarea anterioara (Clarificare V/6878/28.03.2023, Răspuns 1224/R/28.03.2023) subscrisa a precizat: „Paza va fi asigurata pe toata durata de execuție a lucrărilor conform cerințelor din Documentația de atribuire”.

Nu vor exista stocuri de materiale sau utilaje in amplasament, suma comunicata de furnizor este de 110.041,09 lei fără TVA (respectând costurile la nivelul anului curent).

In cazul in care comisia consideră necesar, prin acest răspuns ne acordam acceptul in ceea ce privește SUPLIMENTAREA valorii ofertei noastre cu suma adițională precizată de furnizor in valoare de 110.041,09 lei, suma care raportat la valoarea totală a ofertei reprezintă 0,108%, procent extrem de mic raportat la suma totală oferită. Totodată, dorim sa precizam ca aceasta suma poate fi acoperită din procentele de cheltuieli indirecte si profit ale societății noastre, in valoare de 16% (cheltuieli indirecte) + 2% (profit).

Aspectele clarificate mai sus nu conduc la o modificare susceptibilă a ofertei subscrisei, care să producă un avantaj incorect în raport cu ceilalți participant la procedura de atribuire /.../».

... – ... SA a transmis, anexat răspunsului anterior reprodus, adresa fără număr de înregistrare și nedată la emitent, emisă de SC ... SRL, cu privire la oferta nr. 736/10.10.2022 anterior menționată, în care sunt precizate următoarele aspecte relevante cauzei:

„/.../ Conform graficului transmis de dumneavoastră pentru execuția lucrărilor, în vederea ofertării serviciilor de pază, am luat in considerare doar perioada efectivă de execuție a lucrărilor. Am considerat ca pe timpul sistării lucrărilor, cele 2 ierni reprezentate in perioadele nov. 2023 - martie 2024, respectiv nov. 2024 - martie 2025, nu va fi necesară paza. In cazul in care vor fi necesare serviciile de paza in perioadele neincluse in oferta, acestea vor fi in valoare de 110.041,09 lei (fără TVA) /.../”.

Cu privire la aceste aspecte, în raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023 și în adresa nr. V/12319/29.05.2023, prin care i-a fost comunicat ofertantului contestator rezultatul procedurii, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

«/.../ Prin urmare, **răspunsul ofertantului a fost considerat neconcludent** de către Comisia de evaluare, fiind aplicabile următoarele prevederi legale:

- art. 136 alin. (3) din HG 395/2016: „în cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă”, în sensul că ofertantul nu a putut justifica că valoarea de 203.856,18 lei plus TVA acoperă realizarea serviciilor de pază pe toată durata de execuție a contractului, așa cum este solicitat în Fișa de date;

- art. 137 alin. (3) litera (d) din HG 395/2016: „în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice”;

- art. 137 alin. (3) litera (a) din HG 395/2016: „în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”;

- art. 137 alin. (3) litera (c) din HG 395/2016: „în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (c) conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate”; în sensul că ofertantul nu a putut justifica ca valoarea prevăzută pentru serviciile de pază acoperă tariful orar

minim legal, pentru plata costurilor cu agenții de securitate care vor asigura paza șantierului /.../».

Contestatorul consideră că oferta sa a fost respinsă în baza pretensei neconcludențe a răspunsurilor la solicitările de clarificări privind justificarea costului cu serviciile de pază, respectiv absența justificării acestui cost, cu toate că a inserat în cadrul propunerii sale tehnice precizări privind asigurarea serviciului de pază prin intermediul unei firme specializate. Or, contestatorul consideră că s-a angajat să presteze servicii de pază pe toată durata contractului, iar evaluarea autorității a fost de un formalism excesiv, dată fiind valoarea redusă a serviciilor de pază aferente perioadei de timp friguros, iar contestatorul și-a asumat să realizeze din fonduri proprii serviciile aferente perioadei de timp friguros.

În ceea ce privește susținerile contestatorului, potrivit cărora nu era necesară includerea în propunerea tehnică a serviciilor de pază umană cu agenți, pe perioada friguroasă, în care nu se execută lucrări și nu sunt păstrate stocuri în cadrul organizării de șantier, Consiliul constată netemeinicia acestora, dat fiind faptul că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a precizat, în mod clar, conform celor reproduse la o pagină anterioară a prezentei decizii, necesitatea asigurării serviciilor de pază pe toată durata de execuție a contractului, inclusiv pe perioadele de timp friguros.

În vederea dovedirii îndeplinirii cerinței, prin documentația de atribuire au fost formulate două solicitări distincte, respectiv prezentarea unei declarații prin care ofertantul se angajează să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului, respectiv includerea în cadrul Propunerii Financiare, printre altele, a costurilor cu paza șantierului.

Cu privire la aceste cerințe, ofertantul contestator a precizat, în propunerea sa tehnică, că ***„paza și accesul în șantier /.../ 24/24 ore prin firmă specializată sau prin personal propriu desemnat în acest sens, care va fi realizată din cabina de poartă, la intrarea în incintă /.../ Dispozitivul de pază al obiectivului este format dintr-un 1 post permanent fiind amplasat în zona «Intrare principală» acoperit de agenți de securitate, care efectuează serviciul în post fix, dar cu funcții de patrulare, în ture între 6-12 ore fiecare, după cum va fi necesar. Într-o tură de lucru va fi responsabilă o singură persoană /.../ Organizarea de șantier va fi considerată pe întreaga durată de execuție a lucrărilor /.../”.***

Date fiind aceste precizări din cadrul propunerii tehnice a ofertantului contestator, Consiliul constată acesta a respectat cerința din documentația de atribuire, cu privire la depunerea unei declarații din care să rezulte faptul că va asigura paza șantierului pe toată durata de execuție a contractului, prin intermediul unui post de pază permanent, acoperit cu agenți de securitate.

Această constatare a Consiliului este confirmată și de cele precizate de contestator în răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. V/6878/28.03.2023 adresată de autoritatea contractantă, în care a precizat, printre altele, faptul că *„paza va fi asigurată pe toată durata de execuție a lucrărilor conform cerințelor din documentația de atribuire”*.

În ceea ce privește precizările ofertantului contestator din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023, potrivit cărora prețul ofertat pentru servicii de pază, conform ofertei firmei specializate, este aferent prestării serviciilor respective doar pe perioada

în care sunt derulate activități pe șantier și nu include paza pe perioadele de timp friguros, constituie admiterea existenței unei omisiuni în cadrul propunerii sale tehnice. Consiliul constată că nu poate fi admisă susținerea contestatorului, potrivit căreia paza în perioadele de timp friguros poate fi realizată exclusiv prin amplasarea de camere video, dat fiind faptul că, în propunerea sa tehnică, această modalitate de pază nu a fost menționată, fiind precizat explicit faptul că paza se va face „cu agenți”. Chiar dacă solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă, anterior reproduse, au vizat conținutul propunerii financiare, din răspunsurile ofertantului contestator se deduce clar faptul că omisiunea de a include în ofertă paza șantierului pe perioada friguroasă este de natură a reprezenta o omisiune din cadrul propunerii tehnice.

Astfel, Consiliul constată că, în ceea ce privește propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii de ofertantului contestator, aceasta cuprinde o omisiune, în sensul că nu include servicii de pază a șantierului, executate cu agenți de pază, pentru perioada de timp friguros, sau aceste servicii ar fi urmat a fi executate prin intermediul unor camere de luat vederi, contrar angajamentului asumat de ofertant prin propunerea sa tehnică.

Astfel, pentru ca oferta să îndeplinească cerințele documentației de atribuire, este necesară includerea în propunerea tehnică de astfel de servicii de pază.

Or, prin răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023, acesta a precizat disponibilitatea de a elimina omisiunea „/... dacă vor fi necesare servicii de pază pe perioada de iarnă, în care lucrările vor fi sistate /.../”, menționând și o cuantificare servicii lor omise din propunerea sa tehnică.

În ceea ce privește această omisiune, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica incidența dispozițiilor art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele:

„Art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

/.../

(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor [alin. \(1\)](#) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(7) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau
b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) *cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;*

b) *cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;*

c) *în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;*

d) *modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;*

e) *modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe”.*

În ceea ce privește îndeplinirea cumulativă a condițiilor precizate la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată faptul că există o cuantificare în valoare nominală a omisiunii, acesta fiind de 110.041,09 lei, fără TVA, conform răspunsului ofertantului contestator la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023 a autorității contractante. De asemenea, o cuantificare teoretică a valorii omisiunii poate fi considerată și valoarea serviciilor similare, oferite de ... SRL și considerate de autoritatea contractantă a fi suficientă pentru prestarea acestora, respectiv suma de 420.000 lei, fără TVA (pag. 10630 din Vol. 10/11 al dosarului cauzei), sumă care este cu 216.143,82 lei, fără TVA, mai mare decât suma inclusă în oferta depusă de ofertantul contestator pentru serviciile de pază, respectiv 203.856,18 lei, fără TVA.

În ceea ce privește prețurile oferite de ... – ... SA și de ... SRL, acestea sunt de 99.233.043,65 lei, fără TVA, respectiv de 105.990.000,00 lei, fără TVA.

Consiliul constată că, în ceea ce privește îndeplinirea condiției de la art. 134 alin. (9) lit. a) din HG nr. 395/2016, cuantificarea teoretică a valorii omisiunii este situată sub procentul de 1% din prețul total al ofertei contestatorului, respectiv este mai mică decât suma de 992.330,44 lei, fără TVA.

În mod similar, Consiliul constată că, în ceea ce privește îndeplinirea condiției de la art. 134 alin. (9) lit. b) din HG nr. 395/2016, cuantificarea teoretică a omisiunii nu este de natură a conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice, dat fiind faptul că pragul valoric precizat la art. art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 este de 26.093.012 lei, aplicabil în cazul contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de lucrări.

În ceea ce privește îndeplinirea condiției de la art. 134 alin. (9) lit. c) din HG nr. 395/2016, cuantificarea teoretică a valorii omisiunii nu conduce la modificarea clasamentului celor două oferte în discuție, în cazul ipotetic al includerii valorii omisiunii în oferta contestatorului. Astfel, propunerea tehnică a contestatorului a obținut 34,20 puncte, superior celui obținut de propunerea tehnică depusă de ... SRL, de 32,3 puncte (pag. 2966 din Vol. 3/11 al dosarului cauzei). Pe de altă parte, în cazul în care propunerea financiară a contestatorului ar fi fost punctată, aceasta ar fi obținut punctajul maxim conform factorului de evaluare

„preț”, dat fiind faptul că prețul acesteia este mai mic decât prețul ofertei ... SRL, chiar și în ipoteza adăugării valorii teoretice maxime a omisiunii, diferența dintre aceste oferte fiind de 6.756.956,35 lei, fără TVA (105.990.000,00 - 99.233.043,65 = 6.756.956,35 lei, fără TVA).

De asemenea, Consiliul constată că, în ceea ce privește îndeplinirea condiției de la art. 134 alin. (9) lit. d), corectarea omisiunii nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fiind vorba strict de prestarea serviciilor de pază pe întreaga durată a contractului, așa cum s-a angajat, în mod declarativ, ofertantul contestator în propunerea sa tehnică.

În final, în ceea ce privește îndeplinirea condiției de la art. 134 alin. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată faptul că, în documentația de atribuire, nu a fost precizat în mod clar faptul că omisiunea de a oferta servicii de pază pe întreaga durată a contractului constituie motiv de respingere a ofertei.

Prin urmare, Consiliul constată faptul că omisiunea din propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii de ofertant contestator este de natură a reprezenta o omisiune care se încadrează în prevederile art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, neputând constitui motiv de respingere a ofertei faptul că ofertantul contestator, prin răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023, a precizat disponibilitatea de a elimina omisiunea și de a presta servicii de pază pe întreaga durată a contractului, similar serviciilor deja incluse în propunerea sa tehnică, prin intermediul unei firme specializate.

Dat fiind faptul că omisiunea constatată de Consiliu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, Consiliul va analiza susținerile autorității contractante cu privire la neincluderea în propunerea financiară a unor sume suficiente pentru a asigura prestarea serviciilor de pază a șantierului, cu agenți, conform propunerii tehnice.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, privind faptul că ofertantul contestator nu a justificat, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023, Consiliul constată netemeinicia acesteia, dat fiind faptul că suma precizată de contestator, în răspunsul său, este mai mare decât suma pe care autoritatea contractantă a considerat-o ca fiind minimul necesar pentru prestarea serviciilor de pază.

Astfel, prin solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a considerat că suma minimă necesară prestării serviciilor de pază a șantierului, în condiții de legalitate, este de 288.199,97 lei, fără TVA (18.912 ore x 15,239 lei/oră), iar suma pe care contestatorul a avut-o în vedere pentru prestarea serviciilor respective, inclusiv cea aferentă

omisiunii de a oferta servicii de pază a șantierului pe timp friguros, a fost de 313,897,27 (203.856,18 + 110.041,09 = lei, fără TVA).

De asemenea, Consiliul constată și netemeinicia susținerilor autorității contractante, potrivit căreia ofertantul contestator a modificat propunerea financiară, în condițiile în care acesta, prin răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023, acesta a precizat mai multe opțiuni cu privire la modul în care este posibilă acoperirea valorii omisiunii, printre care și acoperirea acestora din sumele prevăzute, în oferta sa, ca profit și oferind o cuantificare a valorii omisiunii.

Or, cu toate că autoritatea contractantă nu a menționat faptul că este posibilă acoperirea valorii omisiunii din profitul menționat în propunerea financiară (procent de 2%, conform precizărilor de la pag. 10570 din Vol. 8/11 al dosarului cauzei), Consiliul constată că valoarea teoretică a omisiunii (maxim 216.143,82 lei, fără TVA, conform celor reținute de Consiliul la o pagină anterioară a prezentei decizii, reprezentând circa 0,22% din prețul ofertei contestatorului) reprezintă mai puțin decât cota de profit acută în vedere de ofertant.

Astfel, ofertantul contestator nu a modificat, prin răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023 a autorității contractante, conținutul propunerii financiare, ci doar a precizat modul în care va fi acoperită omisiunea, astfel încât să dovedească faptul că pot fi executate, în prețul ofertat, serviciile de pază a șantierului, cu agenți, pe întreaga perioadă a contractului.

Or, în analiza efectuată de autoritatea contractantă, aceasta a avut în vedere exclusiv imposibilitatea modificării propunerii financiare sau a acoperirii omisiunii din capitolul de cheltuieli indirecte, dar nu a fost verificată și posibilitatea acoperirii acestora din cota de profit cuprinsă în ofertă, cu toate că ofertantul contestator a precizat această posibilitate în răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. V/8039/07.04.2023 a autorității contractante.

În acest sens, Consiliul constată și faptul că, în cadrul procedurii, urmează a fi atribuit un contract cu preț forfetar, în cadrul căruia riscurile cu privire la prețurile ofertate sunt preluate într-o măsură semnificativă de către ofertant, după cum rezultă și din prevederile clauzei 49.1 din modelul de contract care face parte din documentația de atribuire, în care sunt precizate următoarele: *„Cu excepția cazurilor expres prevăzute în Condițiile Contractuale, Antreprenorul nu va fi îndreptățit să solicite o creștere a sumei forfetare invocând motivul că lucrarea sau serviciul a necesitat mai multă muncă sau a costat mai mult decât anticipat inițial, și, de asemenea, Beneficiarul nu va fi îndreptățit să solicite o diminuare a prețului forfetar invocând motive opuse celor menționate mai sus”*.

Or, date fiind aceste cele anterior menționate, Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă nu a demonstrat imposibilitatea îndeplinirii contractului de către ofertantul contestator, omisiunea identificată fiind de natură a conduce doar la diminuarea cotei de profit pe care acest ofertant a avut-o în vedere la elaborarea ofertei.

De asemenea, în ceea ce privește faptul că propunerea tehnică nu a fost corelată cu propunerea financiară, Consiliul constată că nu este temeinică susținerea autorității contractante, dat fiind faptul că, așa cum rezultă din răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări nr.

V/8039/07.04.2023 a autorității contractante, aceste două propuneri au fost corelate, problema identificată de autoritatea contractantă fiind o omisiune la nivelul propunerii tehnice. Or, prin corectarea acestei omisiuni, nu se admite modificarea propunerii financiare, contravaloarea omisiunii urmând a fi suportată de contestator, din cota de profit utilizată pentru calcularea prețului ofertei.

Astfel, dat fiind faptul că autoritatea contractantă nu a verificat incidența prevederilor art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că verificarea răspunsului contestatorului ... – ... SA, transmis

ca urmare a solicitării de clarificări nr. V/8039/07.04.2023 a autorității contractante, coroborat cu oferta depusă de acesta și cu alte documente avute la dispoziție de autoritatea contractantă, nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu. Mai precis, comisia de evaluare a dat dovadă atât de superficialitate în evaluarea acestei oferte, cât și de un formalism excesiv, atunci când a respins oferta contestatorului ca fiind neconformă, această decizie fiind doar rezultatul interpretării eronate de către respectiva comisie a prevederilor legale privind evaluarea ofertelor, în situația în care era evident că ofertantul contestator a precizat disponibilitatea sa de a corecta omisiunea din oferta sa, prin prestarea de servicii de pază a șantierului pe toată durata contractului, cu acoperirea costurilor aferente omisiunii din cadrul profitului avut în vedere la întocmirea ofertei, critica sub acest aspect urmând a fi admisă.

În ceea ce privește modul în care au fost ofertate serviciile de pază de către ofertantul ... SRL, cu privire la care contestatorul critică utilizarea unui număr de agenți insuficient în cazul în care unul dintre aceștia ar fi în concediu de odihnă/medical, Consiliul constată că ofertantul criticat a inclus în ofertă un număr de 4 norme de agent de pază pe durata de 30 de luni, respectiv un agent de pază/tură, 24 de ore din 24, 7 zile din 7, tratamentul aplicat în evaluarea acestei oferte nefiind egal cu cel aplicat pentru evaluarea ofertei contestatorului.

Or, contrar celor susținute de contestator, acest număr de agenți de pază nu reprezintă persoanele desemnate pentru a executa serviciile de pază, ci norme de lucru, care pot fi acoperite cu alte persoane în cazul în care unul dintre agenți este în concediu. Pe de altă parte, contestatorul nu a precizat care este natura și valoarea omisiunii criticate, critica sa vizând strict faptul că, în cazul în care unul dintre agenți este în concediu, numai un alt agent, dintre cei trei precizați în oferta ... SRL, pot presta serviciile.

Date fiind considerentele reținute în cadrul criticii anterioare, Consiliul va respinge această critică, ca nefondată, întrucât că ... SRL a inclus în oferta sa norme de lucru pentru agenții de pază, nefiind precizate numele persoanelor care efectuează serviciile, iar în cazul acordării unor concedii anumitor agenți de pază, serviciile urmează a fi prestate de alți agenți, în cadrul aceleiași norme.

În ceea ce privește modul de evaluare a ofertei ... SRL, contestatorul formulează următoarele critici:

- participarea ofertantului declarat câștigător la o practică concertată de tip cartel, în vederea trucării licitațiilor publice, reprezintă o abatere profesională gravă, care constituie motiv de excludere în baza art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016, prevederi ce transpun

dispozițiile art. 57 alin. (4) lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice;

- nu sunt îndeplinite condițiile pentru neaplicarea motivului de excludere privind abaterea profesională, prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, dat fiind faptul că ... SRL nu a furnizat dovezi concrete și suficiente care să îi probeze credibilitatea, iar evaluarea realizată de autoritatea contractantă este superficială, realizată în mod discreționar;

- suma de 2.000.000 lei, alocată de ofertantul ... SRL pentru remedierile din perioada de garanție, nu a fost inclusă în capitolul corect din cadrul propunerii tehnice, fapt care constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.

Analizând critica potrivit căreia oferta ... SRL este inacceptabilă, ca urmare a incidenței cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că, prin Decizia nr. 71/14.12.2020, Consiliul Concurenței a sancționat societatea ... SRL, alături de alte de societăți, pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, precum și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Încălcările regulilor de concurență, au constat în următoarele acțiuni/inacțiuni:

- înțelegeri/practici concertate având ca scop alterarea procesului competitiv, în contextul participării părților implicate în cadrul a 45 dintre licitațiile analizate, organizate de către diverși administratori/proprietari de fond forestier din România, cu privire la care se reține încălcarea normelor de concurență;

- întâlniri/discuții între reprezentanți ai întreprinderilor implicate, unele dintre acestea constituind acțiuni cu caracter de coluziune, care au facilitat comportamentul comercial coordonat realizat prin schimburi de informații sensibile din punct de vedere comercial privind necesarul de materie primă, politica de achiziție de masă lemnoasă, organizarea internă a întreprinderilor, precum și strategia comercială de participare la anumite licitații sau conduita de a licita/de a nu licita pentru anumite contracte;

- contacte directe cu competitorii de la nivel local, cu o putere de piață redusă.

De asemenea, contestatorul arată că ... SRL figurează în Lista operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații, actualizată în mod constant de Consiliul Concurenței, iar societatea nu a recunoscut fapta și nu a aplicat pentru politica de clemență, menționează contestatorul.

Analizând criticile contestatorului, Consiliul constată faptul că în *„Lista actualizată a operatorilor economici față de care a expirat termenul de trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență și pentru care nu e mai aplică prevederile legislației din domeniul achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și concesiunilor de lucrări și servicii, privind situațiile de excludere de la procedura de atribuire pentru săvârșirea unei abateri profesionale grave, constând în încălcarea reglementarilor din domeniul concurenței, prin participarea la o faptă anticoncurențială de tip cartel care vizează trucarea de licitații”*

(<https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2023/07/blacklist-27.07.2023.pdf>), la pag. 1, se regăsește ... SRL.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 167 și art. 171 din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele:

„Art. 167. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

/.../

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

/.../

(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.

(4) Dispozițiile alin. (1) lit. c) sunt aplicabile și în situația în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin. (2) este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1).

/.../

Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de

concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

/.../

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.

Consiliul constată netemeinicia susținerilor contestatorului cu privire la obligația autorității contractante de a exclude din procedură ofertantul ... SRL, pentru existența motivului de excludere precizat la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, având în vedere faptul că dispozițiile legale incidente cauzei prevăd posibilitatea ca orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, care atrag excluderea din procedura de atribuire, poate furniza dovezi care să arate că a adoptat măsuri de autocorectare, iar măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Or, în DUAE depus în cadrul procedurii de ... SRL, acesta a precizat la punctul C, următoarele (pag. 405 din Vol. 2/11 al dosarului cauzei):

„Răspunsul dumneavoastră : Nu ne aflăm în situația de excludere prevăzută de art. 167, alin. 1, lit. c), raportat la alin. 3, întrucât, conform art. 171, alin. 1-3, ne demonstrăm în concret credibilitatea, având în vedere că:

- Declarație de credibilitate privind măsurile concrete luate de operatorul economic SC ... SRL în vederea conformării cu regulile din domeniul dreptului concurenței .

-Am adoptat un program de conformitate cu regulile de concurență.

-Am adoptat măsuri tehnice, organizatorice și la nivel de personal pentru respectarea politicii de concurență.

În sprijinul acestor afirmații, vă rugăm să analizați documentele anexate la prezentul DUAE.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

DA

Descriere: Conform documentelor prezentate”.

Astfel, dat fiind faptul că ofertantul ... SRL a declarat, în DUAE depus în cadrul procedurii, faptul că a adoptat măsuri de autocorectare cu privire la existența motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că sunt aplicabile dispozițiile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dat fiind faptul că operatorului economic nu i-a fost impusă, prin hotărârea definitivă a unei

instanțe de judecată, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă.

În acest sens, este relevantă și jurisprudența CJUE, respectiv Cauza C-267/18, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 14173/21.06.2023, înregistrat la CNSC sub nr. .../..., în care Curtea a reținut următoarele

„(27) Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie

în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

(28) Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

(29) Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”.

Prin urmare, Consiliul urmează a verifica în ce măsură autoritatea contractantă a analizat aspectele în discuție în conformitate cu dispozițiile art. 171 alin. (3¹), respectiv ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere.

În setul de documente transmis de ... SRL, ca urmare a solicitării autorității contractante de a prezenta documentele care dovedesc aspectele declarate în DUAЕ depus în cadrul procedurii, Consiliul a regăsit următoarele:

- Declarație de credibilitate privind măsurile concrete luate de operatorul economic ... SRL în vederea conformării cu regulile de domeniul dreptului concurenței (pag. 3924 și următoarele din vol. 7/11 al dosarului cauzei);

- Extras din Decizia nr. 71 din 14.12.2020 a Consiliul Concurenței (pag. 3930 și următoarele din vol. 7/11 al dosarului cauzei);

- Scrisoare de garanție de piață nr. 50BSLG21001 din 15.04.2021 emisă de OTP BANK ROMÂNIA SA (pag. 3940 și următoarele din vol. 7/11 al dosarului cauzei);

- Certificat de grefă din 08.10.2021 prin care se certifică că pe rolul Secției a IX a contencios administrativ și financiar la data de 26.02.2021 a fost înregistrat dosarul nr. 1200/2/2021 în care se solicită anularea

Deciziei nr. 71 din 14.12.2020 și anularea Ordinului nr. 128 din 17.02.2016 și nr. 773 din 21.05.2018 (pag. 3943 și următoarele din vol. 7/11 al dosarului cauzei).

În Procesul-verbal nr. 11 privind evaluarea documentelor suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. V/11470/19.05.2023, Consiliul a regăsit analiza realizată de comisia de evaluare în acest sens, cu privire la motivele de excludere menționate la art. 167 alin. (1) din

Legea nr. 98/2016 (pag. 4576 și următoarele din Vol. 4/11 al dosarului cauzei), după cum urmează:

«/.../ Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței Răspunsul ofertantului: Nu ne aflăm în situația de excludere prevăzută de art. 167, alin. 1, Ut. c), raportat la alin. 3, întrucât, conform art. 171, alin. 1-3, ne demonstrăm în concret credibilitatea, având în vedere ca:

- Declarație de credibilitate privind măsurile concrete luate de operatorul economic SC ... SRL în vederea conformării cu regulile din domeniul dreptului concurenței.

- Am adoptat un program de conformitate cu regulile de concurență.

- Am adoptat măsuri tehnice, organizatorice și la nivel de personal pentru respectarea politicii de concurență.

În sprijinul acestor afirmații, va rugăm să analizați documentele anexate la prezentul DUA.

Întrebare DUA: Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

Răspunsul ofertantului: DA. Conform documentelor prezentate.

Ofertantul a prezentat:

- Declarație de credibilitate privind măsurile concrete luate de operatorul economic ... SRL în vederea conformării cu regulile de domeniul dreptului concurenței;

- Decizia nr. 71 din data de 14.12.2020 emisă de CONSILIUL CONCURENȚEI;

- Scrisoare de garanție de piață nr. 50BSLG21001 din 15.04.2021 emisă de OTP BANK ROMÂNIA SA;

- Certificat de grefă din 08.10.2021 prin care se certifică că pe rolul Secției a IX a contencios administrativ și financiar la data de 26.02.2021 a fost înregistrat dosarul nr. 1200/2/2021 în care se solicită anularea Deciziei nr. 71 din 14.12.2020 și anularea Ordinului nr. 128 din 17.02.2016 și nr. 773 din 21.05.2018.

ANALIZĂ SITUAȚIE DE EXCLUDERE:

Având în vedere faptul că:

- Decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă, aceasta fiind contestată în instanță, operatorul economic beneficiază de prezumția de nevinovăție;
- activitățile care au făcut obiectul contractului sunt din anul 2011, trecând peste 10 ani de la abaterea precizată în Decizia Consiliului Concurenței;
- operatorul economic a implementat în mod efectiv un program de conformare cu dreptul concurenței, elaborat în conformitate cu Ghidul Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență;
- Consiliul Concurenței a reținut la punctele 868 și 869 două circumstanțe atenuante: "existența și implementarea efectivă a unui program de conformare cu regulile de concurență și acțiuni seminarii de instruire cu tematică de conformare cu regulile de concurență cu partenerii săi comerciali externi";

- *în Opinia comună ANAP - CONSILIUL CONCURENȚEI, se reține că printre dovezile care pot fi prezentate de operatorii economici din această situație, este și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței;*
- *rezultă că operatorul economic SC ... SRL și-a demonstrat în mod în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, prin urmare fiind aplicabile prevederile art. 171 alin. (2) din Legea 98/2016: "în cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind*

suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”.

În urma explicațiilor aduse, se consideră că explicațiile aduse sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității și se decide să nu se excludă operatorul economic în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (2) din Legea 98/2016:

”în cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire” /.../».

Cu privire la constatarea autorității contractante, potrivit căreia Decizia nr. 71 din 14.12.2020 emisă de Consiliul Concurenței, nu este definitivă, aceasta fiind contestată în instanță, iar operatorul economic beneficiază de prezumția de nevinovăție, Consiliul constată netemeinicia acesteia, dat fiind faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 nu impun existența unei decizii a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative care să aibă caracter definitiv, ci de existența unui astfel de act care a intrat în circuitul civil și care produce efecte juridice, nefiind probat faptul că Decizia nr. 71 din 14.12.2020 a fost suspendată sau anulată de instanță, ci doar cu privire la faptul că există un proces pe rolul instanței cu privire la aceasta.

De asemenea, în ceea ce privește susținerea autorității contractante cu privire la faptul că activitățile care au făcut obiectul contractului sunt din anul 2011, trecând peste 10 ani de la abaterea precizată în Decizia nr. 71 din 14.12.2020 a Consiliului Concurenței, Consiliul constată netemeinicia acesteia, dat fiind faptul că termenul de 3 ani precizat la art. 171 alin. (5) lit. b) se calculează de la data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă, această constatare fiind unul dintre mijloacele de probă pe care îl pot invoca autoritățile/entitățile contractante în vederea dovedirii faptului că ofertantul a comis o abatere profesională gravă.

În acest sens, este relevantă și jurisprudența CJUE, respectiv Cauza C-124/17, în care Curtea a reținut următoarele:

„(...) Prin intermediul celei de a treia și al celei de a patra întrebări, care trebuie analizate împreună, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic are un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere menționate la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere trebuie calculată de la data deciziei autorității respective.

Potrivit indicațiilor care figurează în cererea de decizie preliminară, Oficiul Federal al Concurenței a aplicat Laeis Vossloh o sancțiune pentru

participarea sa, până în anul 2011, la acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul înțelegerii privind căile ferate. Această întreprindere susține că «evenimentul relevant» în sensul articolului 57 alineatul (7) din directiva menționată, de la care se calculează perioada maximă de excludere, este constituit de sfârșitul participării la înțelegere. Instanța de trimitere arată că expunerea de motive din GWB privind articolul 126 din această lege, care transpune respectivul articol 57 alineatul (7), ar putea confirma teza potrivit căreia acel eveniment este constituit de decizia autorității competente în materie de concurență.

Mai întâi, potrivit articolului 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, statele membre stabilesc perioada maximă de excludere dacă operatorul economic nu ia niciuna dintre măsurile prevăzute la articolul 57 alineatul (6) din această directivă pentru a-și demonstra fiabilitatea, iar, în cazul în care perioada de excludere nu a fost stabilită prin hotărâre definitivă, această durată nu trebuie să depășească trei ani de la data evenimentului relevant, în cazurile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) din directiva menționată.

Deși alineatul (7) al articolului 57 din Directiva 2014/24 nu aduce mai multe precizări cu privire la natura «evenimentului relevant» și în special la momentul la care acesta se produce, trebuie să se arate că această dispoziție prevede, pentru motivele de excludere obligatorii menționate la alineatul (1) al acestui articol și în cazul în care perioada de excludere nu a fost stabilită prin hotărâre definitivă, că perioada de cinci ani trebuie calculată de la data condamnării pronunțate prin hotărârea definitivă, fără a ține seama de data la care s-au produs faptele care au dat naștere acestei condamnări. Astfel, pentru aceste cauze de excludere, această durată se calculează începând cu o dată care intervine, în anumite cazuri, mult după săvârșirea faptelor materiale constitutive ale încălcării.

În speță, comportamentul care intră sub incidența motivului de excludere relevant a fost sancționat printr-o decizie a autorității competente, pronunțată în cadrul unei proceduri reglementate de dreptul Uniunii sau de dreptul național și prin care se urmărește constatarea unui comportament ilicit în raport cu o normă de drept. În această situație, din motive de coerență cu calculul termenului prevăzut pentru cauzele de excludere obligatorii, dar și de previzibilitate și de securitate juridică, **este necesar să se considere că durata de trei ani prevăzută la articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 se calculează de la data acestei decizii.**

Această soluție pare cu atât mai justificată cu cât, astfel cum a subliniat avocatul general la punctele 83-85 din concluzii, **existența unor comportamente care restrâng concurența nu poate fi considerată dovedită decât după adoptarea unei astfel de decizii**, care califică din punct de vedere juridic faptele materiale în acest sens.

Pe de altă parte, astfel cum a subliniat Comisia, operatorul economic interesat își menține, în această perioadă posibilitatea de a adopta măsurile prevăzute la articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 în scopul de a-și demonstra fiabilitatea, chiar dacă dorește totuși să participe la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

În consecință, **perioada de excludere trebuie calculată începând nu de la participarea la încălcare, ci de data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă.**

Rezultă că trebuie să se răspundă la a treia și la a patra întrebare că articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de autoritate competentă, durata

maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective. /.../

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a patra) declară:

Articolul 80 din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energie transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE coroborat cu articolul 5 alineatul (6) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei

2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că nu se opune unei dispoziții din dreptul național care impune unui operator economic care dorește să își demonstreze fiabilitatea în ciuda existenței unui motiv de excludere relevant să clarifice pe deplin faptele și împrejurările care au legătură cu infracțiunea sau cu abaterea săvârșită, cooperând în mod activ nu numai cu autoritatea însărcinată cu investigația, **ci și cu autoritatea contractantă, în cadrul rolului propriu al acesteia din urmă**, pentru a aduce dovada restabilirii fiabilității sale, cu condiția ca această cooperare să fie limitată la măsurile strict necesare acestei examinări.

Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 5 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective”.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul constată că data începând cu care se calculează perioada de excludere pentru operatorii economici supuși investigației nu se calculează prin raportare la perioada în care s-au produs faptele, respectiv anul 2011, ci prin raportare la momentul în care produce efecte Decizia Consiliului Concurenței nr. 71 din 14.12.2020, prin care a fost constatată încălcarea normelor de concurență de către autoritatea competentă.

În privința celor menționate în Decizia nr. 71 din 14.12.2020, Consiliul Concurenței a reținut, la punctele 868 și 869 (pag. 3935 din Vol. 7/11 al dosarului cauzei), circumstanțe atenuante aplicabile în cazul anumitor operatori economici menționați în decizia amintită, printre care și ... SRL, constând în „*existența și implementarea efectivă a unui program de conformare cu regulile de concurență*” și în „*faptul că /.../ au dovedit derularea de acțiuni/seminarii de instruire cu tematică conformare cu regulile de concurență cu partenerii săi comerciali externi*”, acestea având ca efect diminuarea nivelului de bază al amenzii aplicate.

Or, printre elementele care pot dovedi adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri de autocorectare se regăsesc, potrivit celor menționate în „*Opinia comună cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, ale art. 184 din legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 84 din legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare*” a ANAP și a Consiliul Concurenței, publicată pe site-ul Consiliul Concurenței la data de

09.08.2022

(<https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2020/08/Opinie-comuna-CC-ANAP.pdf>), și „/.../ *decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, prin care se constată aplicarea unui regim sancționator mai favorabil operatorului economic /.../*”, fiind corectă decizia autorității contractante de a lua în considerare aceste circumstanțe atenuante în analiza realizată cu privire la gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere.

Un alt aspect analizat de autoritatea contractantă, cu privire la gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere, a

stabilit faptul că operatorul economic a implementat în mod efectiv un program de conformare cu dreptul concurenței, elaborat în conformitate cu Ghidul Consiliului Concurenței, privind conformarea cu regulile de concurență. Potrivit aceleiași opinii comune a ANAP și Consiliului Concurenței, printre dovezile ce pot fi prezentate de operatorul economic în vederea stabilirii faptului că a adoptat măsuri de autocorectare este și următoarea:

*„/.../ operatorul economic poate furniza dovada implementării efective a unui program în conformitate cu legislația în domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență **și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor**”.*

Or, din documentele transmise de ... SRL și analizate de autoritatea contractantă, rezultă faptul că măsurile clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, adoptate de ... SRL, sunt menționate în *„Declarația de credibilitate”* depusă de acesta, iar implementarea lor efectivă rezultă din faptul că, la punctele 868 și 869 din Decizia nr. 71 din 14.12.2020, Consiliul Concurenței a reținut, în aplicarea circumstanțelor atenuante menționate la o pagină anterioară a prezentei decizii, implementarea efectivă a unor astfel de măsuri.

Rezultă că operatorul economic SC ... SRL și-a demonstrat în mod în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, prin urmare fiind aplicabile prevederile art. 171 alin. (2) din Legea 98/2016, reproduse la o pagină anterioară a prezentei decizii.

Date fiind aceste considerente, Consiliul va respinge, ca nefondate, criticile formulate de contestator cu privire obligația autorității contractante de a exclude oferta ... SRL, ca urmare a existenței motivului de excludere precizat la art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016 și ca urmare a faptului că nu sunt îndeplinite condițiile pentru neaplicarea motivului de excludere privind abaterea profesională, prevăzute la art. 171 alin. (2) din același act normativ;

În analiza ultimei critici formulată de contestator cu privire la oferta depusă în cadrul procedurii de ... SRL, potrivit căreia propunerea financiară criticată se abate de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice, Consiliul are în vedere prevederile din cadrul Formularului de propunere tehnică (Formular 10, pag. 46 din fișierul publicat în SEAP în anexa anunțului de participare .../..., sub identificatorul *„[.../00013] 04. Modele de formulare rev.1 -semnat.docx.pdf.p7m”*, cerința de la pct. 12.2. Garanții acordate, care precizează următoarele:

„12.2. Garanții acordate.

Se va preciza durata de garanție acordată lucrărilor. Perioada de garanție a lucrării va fi de minim 72 de luni /.../. Pe parcursul perioadei de garanție V/8038/07.04.2023.

Autoritatea contractantă își rezerva dreptul de a analiza și verifica conformitatea termenului ofertat din punctul de vedere al asigurării îndeplinirii de către operatorii economici a cerințelor solicitate prin Caietul de sarcini, cu scopul protejării acesteia împotriva ofertelor care prevăd termene nesustenabile/care nu pot fi fundamentate.

Ofertele care prevăd o perioadă de garanție nesustenabilă/care nu poate fi fundamentată din punct de vedere tehnic, logistic și a resurselor prevăzute în oferta, de natură să nu asigure satisfacerea cerințelor din Caietul de Sarcini, vor fi respinse ca neconforme /.../”.

În cadrul aceluiași fișier, Consiliul a regăsit Formularul nr. 5.a „Anexa la formularul de ofertă” (pag. 55 din fișier), având următoarea structură:

	DENUMIRE CAPITOL DIN DEVIZUL GENERAL	Valoare
1.2.	Amenajarea terenului	
1.3.	Amenajări pentru protecția mediului și aducerea terenului la starea inițială	
1.4.	Cheltuieli pentru relocarea/protecția utilităților	
3.5.4.	Documentații tehnice necesare în vederea obținerii avizelor /acordurilor / autorizațiilor	
3.5.6.	Proiect tehnic și detalii de execuție	
3.8.1.	Asistență tehnică din partea proiectantului	
3.8.1.1	Asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor	
3.8.1.2	Asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de garanție a lucrărilor	
4.1.	Construcții și instalații	
5.1.	Organizare de șantier	
	Total /.../ (lei fără TVA)	
/.../		

În propunerea financiară depusă în cadrul procedurii de ... SRL a fost inclus un tabel centralizator în care, la poziția 4.1.16, este menționat „Perioada de garanție a lucrărilor 84 luni” și suma de 2.000.000 lei, fără TVA (pag. 10612 din Vol. 10/11 al dosarului cauzei).

Prin solicitarea de clarificări nr. V/8038/07.04.2023, autoritatea contractantă a solicitat ... SRL următoarele (pag. 3834 din Vol. 7/11 al dosarului cauzei):

«ÎNTREBARE 1:

În cadrul propunerii financiare ați prezentat art. 4.1.16 Perioada de Garanție alocată lucrărilor 84 de luni, unde ați cuprins un cost de 2.000.000,00 lei.

Având în vedere:

- tipul procedurii de atribuire: proiectare cu execuție;
- că, pentru a putea fi decontate aceste cheltuieli, ele trebuie prevăzute înainte de Procesul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor;
- Conform ORDINULUI MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, TRANSPORTURILOR SI LOCUINȚEI Nr. 1561 din 15.10.2002 pentru aprobarea reglementării tehnice „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice”, indicativ P 91/1-02: aceste cheltuieli ar trebuie să se regăsească la A. Cheltuieli de interes general și de executare a lucrărilor -14. Cheltuieli neimputabile pentru efectuarea remedierilor și refacerilor de lucrări:

vă solicităm să clarificați cuprinderea cheltuielilor **pe perioada de garanție a lucrărilor**, în cadrul capitolului de deviz 4.1. Construcții și instalații /.../»

În cadrul Ordinului nr. 1561/2002, invocat de autoritatea contractantă, sunt precizate următoarele:

„14. Cheltuieli neimputabile pentru efectuarea remedierilor și refacerilor de lucrări

- Cheltuieli neimputabile pentru efectuarea lucrărilor de remediere a deficiențelor consemnate în procesele verbale de recepție, precum și a acelor lucrări apărute în perioada de verificare în exploatare a comportării lucrărilor de construcții-montaj*

• Cheltuieli neimputabile pentru efectuarea remedierilor și refacerilor în timpul execuției lucrărilor”

... SRL a răspuns prin adresa nr. 720/10.04.2023, precizând următoarele:

«/.../ Potrivit documentației de atribuire, fiecare dintre participanții la procedură avea obligația de a întocmi o propunere financiară care să acopere toate costurile necesare realizării contractului supus prezentei proceduri, pentru prezentarea acesteia ofertanții având obligația să utilizeze formularele incluse în Documentația de Atribuire.

Sub acest aspect, la evaluarea ofertei trebuie avut în vedere că autoritatea contractantă, prin documentația pusă la dispoziție, nu a prevăzut în anexele la formularul de oferta niciun capitol aferent costurilor alocate de ofertant pentru garanția lucrărilor.

Drept urmare, pentru a face dovada că am avut în vedere la întocmirea propunerii financiare toate și orice costuri referitoare la garanția asumată, în cadrul Graficului pentru eșalonare a plăților am prevăzut o linie distinctă, demers permis de chiar conținutul documentației de atribuire, respectiv de Formular nr. 5°, potrivit cu care:

„ 1. Fiecare ofertant are dreptul de a elimina , sau de a adăuga după caz, linii în buget, în funcțiile de estimările de categorii de activități / lucrări care fac obiectul procedurii”

Mai mult, prin Răspunsul consolidat nr. V/21938 din 04.10.2022, pct. 24, participanții la procedura au primit următoarele informații:

„Ofertanții au obligația de a include obligatoriu în oferta minim activitățile/categoriile de lucrări indicate în Formularul 5c - Grafic de eșalonare a plăților (...).

In cadrul acestor activități/categorii de lucrări ofertanții au libertatea (și obligația) de a-și prevedea propriile subcapitole, în funcție de propria tehnologie de execuție.”

Drept urmare, considerentul pentru care aceste categorii de cheltuieli au fost cuprinse la capitolul de deviz 4.1 a constat în faptul că, **nicăieri în documentația publicată în SEAP autoritatea contractantă nu a prevăzut un capitol distinct pentru acestea.**

Pe de altă parte, important pentru autoritatea contractantă este că subscrisa a inclus în cadrul propunerii financiare aceste cheltuieli, dat fiind că, pentru a putea fi prevăzute la elaborarea Proiectului tehnic de execuție, aceste sume trebuie să fie incluse în devizele / listele de cantități.

În condițiile în care la elaborarea Proiectului tehnic de execuție antreprenorul nu are voie să solicite sume suplimentare pentru execuția contractului, față de cele Cheltuielile neprevăzute, iar achizitorul nu poate mai puțin decât suma totală oferită, am ales că la elaborarea ofertei să includem respectivele categorii de cheltuieli la cap. 4.1, urmând ea, în măsura în care vom fi declarați câștigători, **întocmirea listelor de cantități să se realizeze cu respectarea prevederilor legale în materie /.../”.**

Comisia de evaluare a analizat răspunsul ... SRL la solicitarea de clarificări nr. V/8038/07.04.2023, consemnând, în procesul-verbal nr. 10 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. V/9722/28.04.2023, reținând argumentele prezentate de ... SRL și menționând faptul că *„în propunerea tehnică, ofertantul descrie măsurile aplicate de ofertant pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție cordată, la punctul 12, conform modelului de propunere tehnică pus la dispoziția ofertanților de către*

autoritatea contractantă”, precum și „faptul că aceste cheltuieli cu remedierea și refacerilor de lucrări, înlocuire strat uzură etc. sunt necesare pe perioada de execuție ofertată”, constatând faptul că răspunsul la solicitarea de clarificări este concludent.

Consiliul constată că este corectă concluzia autorității contractante, dat fiind faptul că nu a existat în cadrul documentației de atribuire o indicație cu privire la modul de includere a cheltuielilor în cadrul propunerii financiare, cu toate că există o cerință expresă ca suma aferentă îndeplinirii obligațiilor antreprenorului, de pe parcursul perioadei de garanție, să fie evidențiate distinct în cadrul propunerii financiare.

Faptul că aceste cheltuieli au fost evidențiate ca un capitol separat nu este de natură a face imposibilă plata lor înainte de recepția la terminarea lucrărilor, similar celelalte categorii de cheltuieli incluse în propunerea financiară, iar modul în care vor fi executate lucrările urmează a fi stabilit ulterior, în cursul etapei de proiectare.

Consiliul constată că nu este temeinică nici susținerea contestatorului, potrivit căreia aceste cheltuieli sunt destinate remedierii defectelor apărute în perioada de garanție, dat fiind faptul că autoritatea contractantă a constatat existența unor activități ale antreprenorului din această perioadă, care sunt desfășurate planificat/preventiv și nu sunt condiționate de apariția sau remedierea unor defecte.

Pentru considerentele anterior reținute, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica formulată de contestator cu privire la faptul că suma de 2.000.000 lei, alocată de ofertantul ... SRL pentru remedierile din perioada de garanție, nu a fost inclusă în capitolul corect din cadrul propunerii tehnice, fapt care constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, potrivit căreia nu oferta depusă de ... SRL nu respectă această obligație, ci oferta contestatorului, care, în fapt, este neconformă cu prevederile documentației de atribuire, deoarece în cadrul propunerii financiare nu se regăsesc cuantificate distinct costurile previzionate pentru garanția acordată, Consiliul nu o va analiza, dată fiind incidența principiului disponibilității. Potrivit acestui principiu, limitele contestației sunt stabilite de contestator care a precizat obiectul contestației (solicitările adresate Consiliului), Completul de soluționare fiind ținut de contestația prezentă și neputând depăși limitele acesteia, deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității

Autoritatea contractantă solicită Consiliului ca, în conformitate cu prevederile art. 61¹, alin. (5¹) din Legea nr. 101/2016, în cazul

respingerii contestației, să fie reținută cauciunea constituită de contestator.

Consiliul va avea în vedere dispozițiile legale de al art. 61¹, alin. (5) și alin. (5¹) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele

„Art. 61¹. - /.../ (5) *Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânării definitive a hotărârii Consiliului. Cauțiunea nu se restituie celui care a depus-o în măsura în care autoritatea contractantă face dovada că asupra acesteia a formulat cerere în fața instanței pentru plata despăgubirii*

cuvenite până la împlinirea termenului de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii.

(5¹) *În situația în care autoritatea contractantă câștigă în mod definitiv contestația depusă în cadrul procedurii de achiziție publică, aceasta are obligația de a efectua demersurile necesare pentru reținerea cauțiunii constituite la Consiliu de către operatorul economic care a depus contestația, în vederea și în limita acoperirii prejudiciilor create de întârzierile înregistrate în finalizarea procedurii de atribuire”.*

Consiliul constată că dispozițiile legale analizate prevăd posibilitatea reținerii cauțiunii numai în situația în care autoritatea contractantă „câștigă în mod definitiv contestația depusă în cadrul procedurii de achiziție publică”, iar această reținere a cauțiunii este efectuată „în vederea și în limita acoperirii prejudiciilor create de întârzierile înregistrate în finalizarea procedurii de atribuire”.

Or, pe lângă faptul că, prin prezenta decizie, Consiliul a admis o parte din criticile formulate de contestator, decizia emisă de Consiliu poate fi atacată cu plângere, în termenul legal, de către părți, nefiind definitivă la momentul emiterii.

Pentru aceste considerente, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, solicitarea autorității contractante de a fi reținută cauțiunea constituită de contestator în vederea soluționării prezentei contestații.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ... – ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., respectiv criticile cu privire la respingerea, ca neconformă, a ofertei depusă de respectivul contestator în cadrul procedurii,

va anula, în parte, raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă ... – ... SA în procedurii și la aplicarea criteriului de atribuire și

va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă în cadrul procedurii de ... – ... SA în cadrul procedurii, începând cu propunerea tehnică, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivare.

Consiliul va respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestator.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va respinge cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, formulată de ... SRL.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ... – ... SA, în
contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., respectiv criticile cu privire

la respingerea, ca neconformă, a ofertei depusă de respectivul contestator în cadrul procedurii,

Anulează, în parte, raportul procedurii nr. V/12077/25.05.2023 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă ... – ... SA în cadrul procedurii și la aplicarea criteriului de atribuire și

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă în cadrul procedurii de ... – ... SA în cadrul procedurii, începând cu propunerea tehnică, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivare.

Respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestator.

Respinge cererea de intervenție formulată de ... SRL.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

...

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține ... (...) de pagini.