



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 347/28.08.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 54697/28.08.2024, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva adresei nr. 7271/22.08.2024 de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drum comunal ..., județul ..., km 0+000 – km 2+743”, se solicită admiterea contestației, anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește desemnarea ofertei depuse de Asocieria ... - ... ca fiind admisibilă și conformă, anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește acordarea ofertei câștigătoare 20 puncte și 5 puncte ofertei sale pentru factorul de evaluare tehnic [factorul de evaluare vizând Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor)] și respectiv clasarea ofertei sale pe locul 2 și în ceea ce privește clasarea concurente pe locul 1, anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește declararea ofertei depuse de asocieria contestatoare pe locul al doilea și în ceea ce privește desemnarea drept câștigătoare a ofertei depuse de Asocieria ... - ..., anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertelor în conformitate cu cele stabilite în decizia CNSC ce se va pronunța, precum și, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la dosarul achiziției publice pe care îl va înainta autoritatea contractantă.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... critică modalitatea autorității contractante de evaluare a ofertelor, respectiv declararea ofertei Asocierii ... - ... ca fiind conformă și declarată câștigătoare.

I. Aspecte de fapt relevante

În cadrul respectivei proceduri de atribuire, contestatorul arată că a depus o ofertă competitivă și structurată tehnic, astfel încât să atingă punctajul maxim pentru ambii factori de evaluare tehnică. Cu toate acestea, în data de 22 august 2024, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că oferta sa s-a clasat pe locul al doilea, obținând doar 5 de puncte pentru factorul de evaluare tehnic 2 - iar oferta câștigătoare depusă de Asocieria ... - ..., în ciuda deficiențelor evidente ale propunerii tehnice, a primit punctajul maxim de 20 puncte.

Așa cum se va argumenta mai jos, decizia autorității contractante este nelegală:

(i) pe de o parte, întrucât comunicarea de rezultat nu respectă rigorile impuse de art. 215 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;

(ii) pe de altă parte, întrucât autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corect punctajul pentru factorul de evaluare tehnic 2 (Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați - planul de management al calității lucrărilor).

Deși comunicarea de rezultat este un act administrativ și ca atare, survine autorității contractante obligația de a-l motiva prin cuprinsul său, în speranța că se va edifica asupra modului de punctare al celor două oferte, contestatorul a formulat o cerere de acces la dosarul achiziției publice. Urmare a acestei cereri, autoritatea i-a comunicat raportul procedurii și 4 procese verbale de evaluare. Ca urmare a resolicitării actelor netransmise, autoritatea contractantă i-a comunicat că le va pune la dispoziție, însă ulterior, s-a primit doar o adresă de răspuns în care se argumenta refuzul de a se comunica alte informații, bazat pe o pretinsă declarație de confidențialitate, neprobată, a ofertantului câștigător. Din procesele verbale comunicate NU reiese modalitatea de depunere a ofertelor. În plus, nici documentele de calificare nu au fost puse la dispoziție și nici rapoartele experților cooptați, deși aceste documente nu intră sub incidența declarației depuse.

Așa cum se va detalia mai jos, decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală.

II. Motive care susțin admiterea contestației

2.1. Încălcarea prevederilor art. 215 lit. c) din Legea nr. 98/2016. Decizia de depunere a ofertei contestatorului este nemotivată

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 7275/22.08.2024, din care se citează, s-a adus la cunoștința contestatorului faptul că oferta s-a clasat pe locul al doilea.

Deși rezultatul procedurii întocmit de către autoritatea contractantă este un act administrativ și, ca atare, trebuie să cuprindă motivarea în concret a

măsurilor adoptate, depunerea ofertei contestatorului cu privire la acest factor de evaluare tehnic 2 (factorul de evaluare vizând Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametri calitativi solicitați - planul de management al calității lucrărilor), nu a fost argumentată de către comisia de evaluare.

Din analiza raportului procedurii rezultă că asocierii contestatoare i s-ar fi acordat doar 5 puncte cu privire la acest factor de evaluare, însă nici din acest document nu rezultă modul de punctare.

În continuare, se citează prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și se precizează că prin sintagma „caracteristicile și avantajele” se înțelege, de bună seamă, atât diferențierea de punctaj, cât mai ales motivarea în fapt (aspectele concrete din ofertă care au format convingerea comisiei de evaluare în luarea deciziei de punctare în acel mod).

Textul legal nu face altceva decât să particularizeze obligația autorității contractante de motivare a actului pe care îl emite, obligație care de altfel există în cazul oricăror acte administrative.

Importanța motivării este cu atât mai pregnantă cu cât în primul ciclu procesual, CNSC a constatat modalitatea deficitară în care a fost evaluată sub aspect tehnic oferta contestatorului și a impus autorității reevaluarea acesteia. Mai mult, aplicând factorul de evaluare, oferta a fost depunctată în mod discreționar, în timp ce oferta câștigătoare, căreia, de exemplu îi lipsesc o serie de proceduri tehnice de execuție, i s-a acordat punctaj maxim, respectiv toate cele 20 de puncte.

Importanța motivării actului administrativ a fost subliniată în repetate rânduri atât în jurisprudență națională, cât și în cea europeană și se citează din Deciziile nr. 1580/11.04.2008 și nr. 649/09.2011, pronunțate de ÎCCJ, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și din Hotărârea din 21 septembrie 2000 Mediocurso c. Comisia, cauza C-462/98, a Curții Europene de Justiție.

În speță, autoritatea contractantă se rezumă așadar la indicarea punctajului obținut de către ofertantul câștigător și la indicarea locului din clasament pe care oferta l-a obținut, fără a analiza și prezenta în concret care au fost argumentele concrete pentru care oferta sa a primit pentru acest factor de evaluare doar 5 de puncte din cele 20 prevăzute de documentație.

În sensul reglementat de art. 215 alin. (1) lit. c) mai sus citat, avantajele de/punctate în cadrul unei oferte se stabilesc, în mod evident, prin analiza reperelor redade în documentație, pe care trebuia să le atingă ofertantul pentru a primi punctaj maxim pe factorul de evaluare în discuție și, inevitabil, prin compararea cu oferta considerată câștigătoare.

Or, în speță, ceea ce i s-a adus la cunoștință contestatorului prin comunicarea de rezultat, este doar concluzia avantajelor ofertei câștigătoare, respectiv punctajul său în comparație cu cel al contestatorului.

Această modalitate de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă rigorile impuse de art. 215 alin. (1) lit. c) și conduce la concluzia nulității comunicării transmise de autoritatea contractantă, chiar fără a se mai analiza orice alt motiv de nelegalitate invocate prin prezenta contestație. Sancțiunea este cu atât mai evidentă cu cât asocierii contestatoare a încercat să se edifice asupra modului de punctare anterior sesizării CNSC, însă autoritatea

nu i-a permis accesul/ nu i-a comunicat vreun document care să ateste această parte a evaluării.

Într-o decizie relativ recentă, din care se citează, Decizia nr. 1088/C5/2024, CNSC a admis contestația formulată împotriva unui rezultat al procedurii, în care autoritatea contractantă nu a motivat depunerea ofertei contestatorului.

2.2. Autoritatea contractantă a aplicat greșit punctajul factorului de evaluare tehnic 2 (Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați - planul de management al calității lucrărilor), în ceea ce privește oferta contestatorului și oferta câștigătoare

Așa cum rezultă din raportul procedurii, oferta sa, arată contestatorul, a primit pentru acest factor de evaluare doar 5 puncte, fără a se menționa în vreun fel depunerea ofertei, pe când oferta câștigătoare a însumat 20 de puncte deși, așa cum se vede în procesul verbal de evaluare tehnică, din cuprinsul acesteia lipsesc o serie de proceduri necesare execuției contractului (ex. Procedura tehnică de execuție privind executarea săpăturilor, Procedura tehnică de execuție a lucrărilor de terasamente pentru drumuri, Procedura tehnică de execuție drumuri cu îmbrăcăminte din mixturi asfaltice, Procedura tehnică de execuție a straturilor de fundație din balast/balast amestec optimal, Procedura tehnică de execuție stratului de fundație piatră spartă, Procedura tehnică de execuție a lucrărilor pe timp friguros, Procedura tehnică de execuție organizare de șantier, Procedura tehnică de execuție pentru trasarea lucrărilor, Procedura tehnică de execuție pentru întocmirea cărții tehnice a construcției, Procedura tehnică de execuție privind recepția, Procedura tehnică de execuție predare-primire amplasament și a bornelor de reper, Procedura tehnică de execuție pentru podețe, rigole carosabile, rigole și șanțuri permeate).

Potrivit fișei de date achiziției, cel de-al doilea factor de evaluare pentru componenta tehnică a fost stabilit ca fiind Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor) Componenta tehnică 20% Punctaj maxim factor 20.

Algoritm de calcul: Punctajul tehnic total al acestui factor se calculează prin însumarea punctajelor tehnice obținute în urma aplicării fiecărui subfactor de evaluare. Punctajul aferent unui subfactor de evaluare va fi obținut prin acordarea punctajului corespunzător obținut de oferta respectivă la evaluarea acelu subfactor.

Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată corespunzătoare din Planul Calității, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) din PT:

- este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu tehnologia de executare a lucrărilor și activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite (complete), Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor - 9 p;

- este prezentat la modul general și nu reflectă caracteristicile specifice ale contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor - 4 p.

Organizarea propusă de ofertant pentru realizarea controlului calității în toate stadiile de execuție - se va analiza informația furnizată în Planul Calității și Personalul contractului din Propunerea tehnică:

- nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite - 6p;

- este identificat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizațională a ofertantului cu controlul calității însă nu este detaliat - 3 p.

Corelarea Graficului fizic de execuție a lucrării și Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată în graficul fizic de execuție a lucrării (fără valori), pe zile, luni, pe categorii de lucrări, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) - Propunere tehnică:

- relația dintre graficul fizic de execuție a lucrării / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu abordarea tehnică propusă - 5 p;

- există neconcordanțe între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele - 3 p.

Determinarea punctajului total: $PT = P1 + P2 + P3$ unde: PT - punctajul total (maximum 100 p).

Este adevărat că, raportat la terminologia utilizată în documentația de atribuire, modalitatea de formulare a modului de punctare al factorilor de evaluare poate fi interpretată subiectiv, însă, o potențială redare deficientă a prevederilor documentației nu trebuie să aibă ca efect depunctarea artificială a ofertelor.

În mod firesc, în lipsa unei comunicări explicite a modului de aplicare a factorului de evaluare, nu se poate cunoaște care au fost aspectele pe care autoritatea contractantă le-a apreciat ca fiind insuficient prezentate, astfel încât să atragă depunctarea ofertei contestatorului.

Pentru început, contestatorul arată că a respectat toate cerințele documentației de atribuire, în vederea acordării punctajului maxim.

Spre analiză, se redă, în continuare, comparativ analiza celor două oferte pentru fiecare subfactor în cauză:

> Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată corespunzătoare din Planul Calității, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) din PT;

> Organizarea propusă de ofertant pentru realizarea controlului calității în toate stadiile de execuție - se va analiza informația furnizată în Planul Calității și Personalul contractului din Propunerea tehnică;

> Corelarea Graficului fizic de execuție a lucrării și Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată în graficul fizic de execuție a lucrării (fără valori), pe zile, luni, pe categorii de lucrări, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) - Propunere tehnică:

- relația dintre graficul fizic de execuție a lucrării / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu abordarea tehnică propusă - 5 p;
- există neconcordanțe între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele - 3 p.

2.3. Autoritatea contractantă nu a respectat principiul egalității de tratament în aplicarea acestui factor de evaluare

Așa cum s-a arătat mai sus, în privința modului de punctare a factorului de evaluare, documentația de atribuire nu cuprinde jaloane/puncte concret riguroase care trebuie să fie verificate în ofertele participante, ci anumite terminologii pot lăsa loc arbitrariului.

Fără a aduce în discuție o potențială nelegalitate a documentației de atribuire în acest moment, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele respectând egalitatea de tratament, exclusiv pe baza cerințelor impuse pentru stabilirea punctajului aferent factorului de evaluare.

Punctarea / depunctarea ofertelor se poate realiza doar prin raportare la cerințele deja înscrise în documentație și nu prin aplicarea unei evaluări subiective.

Astfel, demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor a fost tratat de către contestator astfel încât să acopere toate cerințele impuse pentru calificativul maxim și cu toate acestea, a primit 5 puncte în detrimentul ofertei clasate pe primul loc, care pentru acest factor a primit toate cele 20 de puncte).

2.4. Oferta câștigătoare nu respectă prevederile caietului de sarcini

În mod nelegal, autoritatea contractantă a declarat admisibilă oferta câștigătoare, în realitate, aceasta încalcă prevederile fișei de date a achiziției și a caietului de sarcini, cu privire la următoarele aspecte:

- partea scrisă a propunerii tehnice nu se corelează cu datele înscrise în Graficele de execuție;

- procedurile tehnice de execuție nu se corelează cu datele din documentația de atribuire, sunt incomplete și neadaptate proiectului;

- rapoartele de încărcare nu se corelează cu graficul de execuție și cu listele de cantități;

- ofertantul nu a respectat perioadele de iarnă și zilele libere legale;

- ofertantul a procedat la elaborarea de documente pe baza unor normative ce nu se mai află în vigoare;

- lipsesc o serie de proceduri tehnice de execuție, astfel cum s-a arătat și la pct.2.2 din contestație. Se arată, cu titlu exemplificativ, că oferta tehnică a asocierii câștigătoare nu cuprinde procedura tehnică de execuție pentru săpătură, șanțurile de pământ și pentru execuție podețele tubulare, conform specificațiilor tehnice din Studiul de fezabilitate;

- organigrama societății nu corespunde cu celelalte informații prezente în propunerea tehnică;

- programul PCCVI nu este corelat cu prevederile documentației de atribuire;

- listele de cantități nu sunt corelate cu necesitățile prevăzute prin proiectul tehnic;

- consumurile prevăzute pe articolele de deviz sunt nejustificat de scăzute, ducând la o imposibilitate de execuție;

- ofertantul declarat câștigător nu justifică prețurile ofertate, nu declară furnizorii/ nu justifică accesul la toate resursele materiale (spre exemplu, în ceea ce privește semnalizarea, nu se prezintă modul de asigurare a marcajului la sol aferent semnalizării rutiere, cu specificațiile tehnice impuse de Studiul de fezabilitate);

De asemenea, nu se detaliază modul de asigurare a accesului la resursele materiale necesare realizării semnalizării rutiere specifice proiectului, orizontală și verticală, nu se declară furnizorii și nu se justifică, în consecință, prețurile cotate.

- ofertantul nu justifică și nu corelează distanțele de transport, raportat la furnizorii de materiale declarați (pentru balast, piatră spartă, beton asfaltic, nisip, criblură, beton pentru realizarea podețelor tubulare ,etc);

- nu s-a respectat cerința conform căreia persoanele desemnate pentru proiectare și asistență tehnică nu trebuie să facă parte din personalul de execuție tehnică propus;

- conform caietului de sarcini, pag. 23, lucrările cotate ar fi trebuit să includă cel puțin 8 activități.

Or, din oferta tehnică a asocierii declarate câștigătoare lipsesc activitățile de asigurare a tuturor materialelor și produselor necesare, a tuturor utilajelor necesare și a echipamentelor, planul de control al execuției, certificările și rezultatele testelor materialelor, etc.

- nu s-au respectat în integralitate soluțiile tehnice din studiul de fezabilitate;

- nu a fost întocmită lista, în forma tabelară, solicitată de caietul de sarcini, cu constrângerile fizice și măsurile de remediere;

- nu a fost întocmită lista de identificare a riscurilor ce pot apărea pe parcursul derulării contractului, împreună cu măsurile de prevenire și remediere a acestora;

- nu a fost prezentată strategia pentru evitarea conflictului de interese;

- ofertantul nu a prezentat organigrama de proiect, cu evidențierea relațiilor de subordonare și a fluxurilor de comunicare;

- ofertantul, în cadrul ofertei sale tehnice, nu îndeplinește cerința conform căreia se va dimensiona structura de personal și o listă completă a acestuia.

Acesta nu a dimensionat corect structura personalului și nu a prezentat o listă completă a personalului propus care să facă facilă corelarea acestuia cu forma de deținere a acestuia.

- ofertantul nu a prezentat lista de echipamente astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini, în acest sens, nu au fost prezentate nici documente care să ateste că echipamentele propuse spre utilizare și efectiv utilizate pentru realizarea proiectării și a execuției sunt de bună calitate, noi sau într-o stare foarte bună, astfel cum se solicită prin caietul de sarcini (pag. 30-33);

- nu a prezentat deciziile de numire internă pentru acest proiect, pentru responsabilul SSM și cel cu asigurarea calității, conform caietului de sarcini;

- nu a prezentat, în mod complet, modul în care va avea acces, pe toată durata derulării contractului, la echipamentele/utilajele/mașinile/sculele de lucru și nici nu au fost prezentate toate documentele suport relevante pentru softuri, echipamente hardware necesare, mai ales pentru partea de proiectare, conform caiet de sarcini.

Ofertantul nu a prezentat lista de echipamente astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini, în acest sens, nu au fost prezentate nici documente care să ateste că echipamentele propuse spre utilizare și efectiv utilizate pentru realizarea proiectării și a execuției sunt de bună calitate, noi sau într-o stare foarte bună.

- nu este prezentată infrastructura raportat la lucrările necesare realizării proiectului și în conformitate cu cerința din caietul de sarcini;

- organizarea de șantier nu este corelată cu necesitățile proiectului;

Ofertantul declarat câștigător nu a respectat cerința privind descrierea organizării de șantier și a modului de funcționare a acestuia pe perioada contractului, nu a prezentat lista furnizorilor de utilități cu care va încheia contracte și nici procedura derulată, în vederea încheierii acestora.

Nu au fost identificate zonele potrivite pentru șantierul ce urmează să se stabilească și unde vor fi amplasate birourile, atelierele, magaziile, utilajele, rezervele de materiale, inclusiv accesul adecvat la și de la șantier, utilități, conform fișă de date, cap. XII.

Ofertantul nu a depus memoriul justificativ și nici planșa solicitată prin fișa de date. În acest sens, trebuie arătat faptul că ofertanții care nu prezintă planul de organizare a șantierului conform cerințelor din caietul de sarcini afectează în mod direct calitatea și valoarea ofertei lor. Acest lucru se datorează faptului că organizarea de șantier este un element esențial în evaluarea capacității ofertantului de a executa proiectul conform standardelor și în termenele prevăzute. Lipsa detaliilor necesare sau prezentarea incorectă poate sugera o subevaluare a costurilor reale și a resurselor necesare, ceea ce distorsionează compararea corectă a ofertelor.

- nu a fost prezentat planul de mobilizare în vederea realizării intervențiilor pe perioada de garanție, potrivit fișei de date a achiziției, cap. XIII, citat.

Cerința impunea o anumită rigoare în prezentarea planului de mobilizare, cu indicarea concretă a modului și termenului de intervenție, a duratelor de remediere, precum și cu precizarea resurselor de personal și tehnice alocate, conform celor solicitate și prin caietul de sarcini și în documentul intitulat instrucțiuni pentru ofertanți. Or, asocierea declarată câștigătoare nu prezintă un plan în sensul celor solicitate prin documentația de atribuire.

- nu au fost prezentate documentele de calitate pentru toate materialele necesare realizării proiectului, cum ar fi certificate de conformitate a controlului producției în fabrică, declarații de conformitate, declarații de performanță, (agregate, mixturi, betoane, materiale pentru armare) și nici rapoartele de inspecție pentru utilaje sau autorizări valabile pentru laboratoarele ce urmează să realizeze testele și încercările prevăzute în documentația de atribuire;

- nu a fost prezentată strategia anticorupție conform cerințelor fișei de date, pag. 10, pct. 1, citat.

Având în vedere toate aceste considerente, în realitate, oferta clasată pe primul loc este, în realitate, neconformă, sancțiune prevăzută în mod expres de dispozițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, sunt incidente în cauză și prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, respectiv ale art. 133 alin. (2) din același act normativ.

Față de cele mai sus expuse, contestatorul solicită să se aibă în vedere și lipsa corelării între oferta tehnică și cea financiară:

Este esențial ca oferta financiară să reflecte în mod fidel detaliile și cerințele specificate în oferta tehnică. În lipsa accesului direct la oferta financiară, există suspiciuni rezonabile că aceasta nu acoperă integral toate lucrările și materialele descrise în oferta tehnică. Se consideră că aceste discrepanțe reprezintă o încălcare a cerințelor de transparență și corectitudine impuse prin caietul de sarcini și legislația în vigoare.

Este foarte probabil ca anumite lucrări esențiale pentru proiectul de construcție a drumurilor, raportat la criticile ofertei tehnice aduse mai sus, cum ar fi lucrările de drenaj, execuție a podețelor tubulare, terasamente, stratul de uzură, semnalizare - verticală și orizontală, protecția mediului, teste, organizare de șantier, transport materiale, asistență tehnică etc., să nu fie cotate sau incluse în oferta financiară.

Fără aceste elemente esențiale, oferta financiară poate fi considerată incompletă și neserioasă, sugerând o posibilă subestimare a costurilor reale ale proiectului.

Contestatorul susține acest lucru, cu atât mai mult cu cât suspectează și intuiește lipsa de justificare a prețurilor propuse. În mod normal, prețurile din oferta tehnică ar trebui să fie susținute de documente justificative, cum ar fi oferte de la furnizori și calcule detaliate. Lipsa acestor documente ridică întrebări serioase cu privire la realismul și sustenabilitatea economică a ofertei financiare. În absența acestor justificări, este imposibil de evaluat dacă prețurile propuse sunt realiste și corecte. Lipsa justificării tuturor prețurilor cotate sugerează o ofertă nefundamentată, care nu este susținută de o bază economică solidă. Ofertele financiare care nu reflectă corect costurile reale pot ascunde riscuri de neîndeplinire a contractului sau de creștere ulterioară a costurilor prin acte adiționale.

De asemenea, este de remarcat și lipsa documentelor justificative și a ofertelor de la furnizori pentru toate resursele materiale necesare execuției contractului. Oferta financiară ar trebui să fie însoțită de oferte ferme de la furnizori pentru principalele materiale și servicii necesare execuției lucrărilor. Lipsa acestor documente justificative ridică suspiciuni cu privire la capacitatea ofertantului de a executa proiectul la costurile propuse, ceea ce poate afecta grav realizarea în termen și buget a lucrărilor de construcție a drumurilor.

2.5. În ceea ce privește lipsa accesului la dosarul achiziției publice

Așa cum s-a arătat mai sus, contestatorul a făcut toate diligențele prevăzute de lege în vederea edificării asupra modului de punctare al ofertelor și asupra evaluării ofertei câștigătoare.

Autoritatea contractantă a refuzat, în realitate, să dea eficiență prevederilor legale aplicabile, refuzând un acces real și efectiv la dosarul achiziției publice, în condițiile în care textul de lege prevede obligativitatea acesteia de a acorda accesul neîngrădit la dosar.

Astfel, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio dovadă în susținerea refuzului de acces la această ofertă, așa cum prevăd dispozițiile art. 57 teza finală din Legea nr. 98/2016, citate.

Prin urmare, nu este suficient ca ofertanții să indice în oferta acestora că anumite date și informații sunt confidențiale, fiind obligatoriu să facă și dovada în acest sens, cele două condiții fiind astfel cumulative.

Or, ofertantul declarat câștigător a declarat confidențiale întreaga propunere tehnică, financiară, precum și solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea, cu toate că în realitate doar anumite date și informații pot fi declarate ca atare și doar în contextul dovedirii acestui caracter de excepție.

Prin urmare, autoritatea contractantă putea refuza accesul la modul de evaluare, punctare, documentele de calificare, solicitările de clarificări transmise de aceasta. Aceste documente sunt excluse sferei confidențialității. Textele legale în vigoare permit accesul chiar și la propunerea tehnică/financiară/răspunsurile la solicitările de clarificări în situația în care NU s-a adus un mijloc de probă al confidențialității acestora, așa cum este în speță.

În lipsa unei probe concrete în susținere, refuzul autorității contractante de a asigura accesul la documentele din dosarul achiziției reprezintă un vădit abuz.

Astfel, legiuitorul a prevăzut în mod expres modalitatea în care operatorii economici pot avea acces la documentele din cadrul dosarului achiziției, menționându-se faptul că, în situația în care o parte dintre documente sunt declarate confidențiale, acest fapt trebuie demonstrat prin orice mijloc de probă.

În acest sens este și practica națională și europeană, relevante în susținerea solicitării contestatorului fiind următoarele hotărâri: C-5V21/ANTEA POLSKA și alții. Protecția confidențialității în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice trebuie pusă în balanță cu cerințele transparenței și protecției jurisdicționale efective; Hotărârea Curții din 24 iunie 1986, AKZO Chemie BV și AKZO Chemie UK Ltd împotriva Comisiei Comunităților Europene, pct. 28; Hotărârea Tribunalului din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. PA împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), EU:T:2013:3S, pct. 87.

În concluzie, având în vedere limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei, respectiv:

- demonstrarea confidențialității prin orice mijloc de probă;
- dreptul la un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale;
- respectarea principiului transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016;
- respectarea principiului tratamentului egal reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016,

este dincolo de orice dubiu că autoritatea contractantă a acționat în mod abuziv, refuzând fără nicio justificare accesul contestatorului la dosarul achiziției publice, în integralitate.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., solicită C.N.S.C., admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 7545/03.09.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 56021/03.09.2024, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația ..., prin care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată și nelegală, având în vedere următoarele motive:

- contestația este neîntemeiată și nelegală, susținerile privind o așa-zisă neconformitate a ofertei desemnată câștigătoare fiind nefondate;
- contestația este neîntemeiată și nelegală, în condițiile în care se solicită anularea procedurii fără a justifica vreun temei legal;
- contestația este neîntemeiată, susținerile cu privire la modalitatea în care i-a fost alocat punctajul fiind nefondate;
- contestația este neîntemeiată, în condițiile în care oferta contestatorului are prețul mai mare decât oferta declarată câștigătoare.

În fapt, la data de 26.08.2024, reprezentanții ... s-au prezentat la sediul Primăriei ... în vederea accesului la informațiile dosarului achiziției, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul a solicitat, în mod repetat, accesul la propunerea tehnică și financiară a Asocierii ... - ..., ofertă desemnată câștigătoare.

Se face precizarea că, în data de 23.08.2024, a fost primit e-mail de la contestator, prin care amenință întreaga comisie de evaluare cu plângeri penale.

Reprezentanții autorității contractante au trimis contestatorului informațiile dosarului achiziției, cu excepția accesului la oferta câștigătoare, declarată confidențială.

Prin răspunsul transmis de autoritatea contractantă în vederea acordării accesului la dosarul achiziției publice, s-a informat contestatorul de faptul că oferta Asocierii declarată câștigătoare, este confidențială.

Astfel, contestatorul a fost informat de faptul că autoritatea contractantă nu avea dreptul să permită accesul altor operatori economici la oferta depusă de către Asocierea ... - ... În data de 26.08.2024, ofertantul declarat câștigător a fost înștiințat de solicitarea contestatorului, iar acesta a prezentat adresă cu justificările confidențialității.

Cu privire la contestația formulată:

Solicitarea nr. I

Prin contestația depusă se reclamă faptul că autoritatea contractantă a acordat ofertei contestatorului 5 puncte la factorul Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor).

În primul rând, contestatorul apreciază în mod eronat faptul i-au fost acordate 5 puncte, întrucât așa cum s-a constatat în comunicarea ce i-a fost transmisă în data de 22.08.2024, i-au fost acordate 10 puncte din totalul de 20 puncte, iar acesta ignoră aspectul legat de punctajul acordat pentru factorul de preț, unde obține un punctaj mai mic datorită prețului mai mare ofertat.

Prin procesele-verbale întocmite de autoritatea contractantă, au fost respectate toate prevederile impuse de ANAP, prin Anexa 3 și 4 fiind detaliate toate aspectele așa cum au fost impuse de lege. Cu privire la punctajul

acordat, depunctarea pentru factorul Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor), a fost justificat astfel:

1) Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată corespunzătoare din Planul Calității, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) din Propunerea Tehnică: este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu tehnologia de executare a lucrărilor și activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității. Ofertantul a prezentat resursele la modul general și nu au fost prezentate toate resursele necesare pentru fiecare activitate (conform extraselor de resurse). Procedurile tehnice de execuție nu sunt actualizate, sunt identificate multe STAS-uri și normative abrogate. Ofertantul demonstrând parțial optimizarea resurselor = 4 puncte;

2) Organizarea propusă de ofertant pentru realizarea controlului calității nu este detaliată în toate stadiile de execuție. De asemenea, ofertantul nu a detaliat resursele alocate de fiecare asociat conform procentului de execuție declarat în acordul de asociere = 3 puncte;

3) Există neconcordanțe între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele = 3 puncte.

Se consideră ca neîntemeiată solicitarea ... cu privire la acordare punctajului acordat, în condițiile în care acesta a demonstrat că oferta nu îndeplinea condițiile de punctare maximă, iar depunctarea acestuia este justificată prin neprezentarea întrutotul a solicitărilor impuse pentru acordarea punctajului maxim.

În consecință, comisia de evaluare a derulat un proces de evaluare corect, respectând principiile achizițiilor publice - cu referire la „tratamentul egal” care, în această situație, este aplicabil fără echivoc. Comisia de evaluare nu ar fi putut acorda un punctaj egal celor doi ofertanți admiși la etapa tehnică, deoarece, inclusiv prin compararea gradului de detaliere al Metodologiei, reiese că în cadrul ofertei contestatorului lipsește detalierea corespunzătoare a resurselor (pe fiecare activitate și pe asociați).

Solicitarea nr. II

2.1. Contestatorul susține, în mod eronat, faptul că adresa de comunicare care i-a fost transmisă încalcă prevederile art. 215 lit. c) din Legea nr. 98/2016:

Se face precizarea și că procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare au fost întocmai cu Anexele impuse de ANAP, de asemenea comunicările au fost întocmite respectând prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum se poate constata din contestația formulată, se prezintă niște speculații privind intenția autorității contractante de a formula motive artificiale pentru depunctarea sa, însă aceasta doar a respectat principiul tratamentului egal între ofertanți, care stă la baza achizițiilor publice, atunci când a fost acordat punctajul pentru cei 2 ofertanți.

2.2. Contestatorul susține, în mod eronat, faptul că, autoritatea

contractantă a acordat greșit punctajul pentru cei 2 ofertanți:

În procesul-verbal a fost detaliat punctajul acordat pentru fiecare ofertant astfel:

Pentru Asocierea ... - ...

1. Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată corespunzătoare din Planul Calității, Planul de Control a calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) din Propunerea Tehnică: este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu tehnologia de executare a lucrărilor și activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite (complete), Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor = 9 puncte;

2. Organizarea propusă de ofertant pentru realizarea controlului calității în toate stadiile de execuție - se va analiza informația furnizată în Planul Calității și Personalul contractului din Propunerea tehnică: nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite = 6 puncte;

3. Corelarea Graficului fizic de execuție a lucrării și Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată în graficul fizic de execuție a lucrării (fără valori), pe zile, luni, pe categorii de lucrări, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) - Propunere tehnică: relația dintre graficul fizic de execuție a lucrării / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu abordarea tehnică propusă = 5 puncte.

Pentru Asocierea ... - ... - ...:

1. Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată corespunzătoare din Planul Calității, Planul de Control a Calității, Verificări și Încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) din Propunerea Tehnică: este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu tehnologia de executare a lucrărilor și activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția / gestionarea / controlul calității. Ofertantul a prezentat resursele la modul general și nu au fost prezentate toate resursele necesare pentru fiecare activitate (conform extraselor de resurse). Procedurile tehnice de execuție nu sunt actualizate, sunt identificate multe STAS-uri și normative abrogate. Ofertantul demonstrând parțial optimizarea resurselor = 4 puncte;

2. Organizarea propusă de ofertant pentru realizarea controlului calității nu este detaliată în toate stadiile de execuție. De asemenea, ofertantul nu a detaliat resursele alocate de fiecare asociat conform procentului de execuție declarat în acordul de asociere = 3 puncte;

3. Există neconcordanțe între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile / etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/ gestionarea/ controlul calității și resursele = 3 puncte;

Contestatorul speculează nefondat punctajul ofertantului câștigător, deși în cadrul procesului-verbal de achiziție, Anexa 3, au fost detaliate cerințele din oferta tehnică îndeplinite de fiecare ofertant.

2.3. Contestatorul susține, în mod eronat, faptul că nu a fost respectat

principiul tratamentului egal între ofertanți:

Autoritatea contractantă susține că a respectat principiul tratamentului egal între ofertanți, care stă la baza achizițiilor publice, atunci când a fost acordat punctajul pentru cei 2 ofertanți. Tocmai pe baza respectării acestui principiu a fost acordat punctajul.

2.4. Contestatorul susține, în mod eronat, faptul că oferta câștigătoare nu respectă prevederile caietului de sarcini:

În procesul-verbal întocmit de autoritatea contractantă - Anexa 3, au fost înșiruite toate cerințele din documentația de atribuire (fișa de date, instrucțiuni ofertanți, caiet de sarcini, formulare) și au fost prezentate detalii despre modalitatea prin care fiecare ofertant a îndeplinit cerințele.

Ofertantul câștigător a demonstrat că a îndeplinit cerințele, prin prezentare tuturor informațiilor solicitate.

Contestatorul pur și simplu a înșiruit niște neconcordanțe închipuite, care nu au nicio legătură cu prezenta procedură de atribuire, iar pentru celelalte prevederi din contestație, se prezintă un extras din procesul-verbal de evaluare, care atestă că respectiva contestație este nefondată și are ca pretext doar prelungirea etapei de evaluare și întârzierea semnării contractului de achiziție publică.

Analizând motivele invocate de contestator, se constată că acestea sunt o înșiruire de motive adunate de la alte proceduri, pentru că unele nu au nicio legătură cu prezenta procedură de atribuire, unele fiind inventate, ca apoi să se spună că ofertantul declarat câștigător nu le-a îndeplinit.

Cu privire la suspiciunile nefondate ale contestatorului privind solicitările de justificări de prețuri, se precizează că nu au fost necesare, întrucât ofertantul câștigător a oferat 97% din valoarea estimată, iar în propunerea financiară nu au fost identificate prețuri nejustificat de mici pentru a fi solicitate clarificări cu referire la aceste aspecte.

Se subliniază faptul că propunerea tehnică și financiară depusă de către ofertantul câștigător este completă și conformă și a îndeplinit toate cerințele impuse de documentația de atribuire și, de asemenea, punctajul acordat este corect.

2.5 Contestatorul susține, în mod eronat, faptul că nu i-a fost acordat acces la dosarul achiziției publice:

Contestatorului i s-a acordat acces la dosarul achiziției publice, mai puțin la documentele care au fost invocate ca fiind confidențiale.

Reprezentanții autorității contractante au trimis contestatorului informațiile dosarului achiziției publice, cu excepția accesului la oferta câștigătoare, declarată confidențială.

Prin răspunsul transmis de autoritatea contractantă în vederea acordării accesului la dosarul achiziției publice, asocierea contestatoare a fost informată de faptul că oferta Asocierii ... - ... este declarată confidențială.

Astfel, contestatorul a fost informat de faptul că autoritatea contractantă nu avea dreptul să permită accesul altor operatori economici la oferta depusă de către Asocieria ... - ... La data de 26.08.2024, ofertantul declarat câștigător a fost înștiințat de solicitarea contestatorului de studierea a dosarului achiziției publice, iar acesta a prezentat o adresă cu justificările confidențialității.

În concluzie, pentru motivele prezentate mai sus, ... consideră contestația ca fiind în fapt și în drept nemotivată, iar argumentele aduse de asocierea contestatoare sunt neîntemeiate și nelegale, motiv pentru care se solicită Consiliului respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă face precizarea că a suspendat în SEAP procedura de atribuire, în urma depunerii respectivei contestații.

Prin adresa nr. 371/05.09.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 56650/05.09.2024, ... transmite Răspuns, referitor la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care sintetizează argumentele ce combat susținerile acesteia.

Cu privire la faptul că decizia de depunctare a ofertei contestatorului este nemotivată și argumentația autorității contractante cu privire la punctajele oferite:

Se face precizarea că, dintr-o eroare de redactare, s-a menționat în contestație acordarea a 5 puncte pe factorul tehnic și nu 10. Această eroare de redactare nu are implicații asupra esenței problemei deduse judecării în fața Consiliului, și anume, faptul că autoritatea contractantă, în urma unei evaluări deficitare, a transmis o comunicare de rezultat nemotivată.

Fără a relua argumentele prezentate pe larg în contestație sub acest aspect, se reiterează doar că actul administrativ reprezentat de comunicare de rezultat NU poate fi motivat prin acte ulterioare extrinseci, așa cum este punctul de vedere.

Întrucât criteriul de atribuire se aplică prin factorii de evaluare existenți în documentație, raportat la prevederile art. 139 mai sus redate, autoritatea contractantă avea obligația să aplice, în concret, fiecărei oferte admisibile acești factori de evaluare și să stabilească punctajul relevând motivele care au determinat depunctarea, acolo unde era cazul.

În speță, ceea ce i s-a adus contestatorului la cunoștință prin comunicarea de rezultat este doar concluzia avantajelor ofertei câștigătoare, respectiv punctajul acesteia în comparație cu cel al său, iar în documentele ce au stat la baza presupusei evaluări nu se regăsește nici măcar o frază în care să se descrie argumentele concrete ce au dus la depunctarea ofertei contestatorului și/sau modul de aplicare a factorului tehnic în discuție asupra ofertei competitive.

Această modalitate de evaluare și comunicare a rezultatului procedurii, nu respectă rigorile impuse de legislația mai sus amintită și conduce la concluzia nulității comunicării transmise de autoritatea contractantă, chiar fără a se mai analiza orice alt motiv de nelegalitate invocate prin contestație.

Într-o decizie relativ recentă, Decizia 1088/C5/2024, CNSC a admis contestația formulată împotriva unui rezultat al procedurii, în care autoritatea contractantă nu a motivat depunctarea ofertei contestatorului, din care se citează.

În plus, nici măcar în poziția procesuală depusă de autoritate NU se argumentează în concret de ce pentru subfactorii precizați au fost acordate punctaje diferite celor două oferte. Altfel spus, ce anume lipsește în concret din propunerea tehnică a contestatorului în raport cu cerințele caietului de sarcini și ce anume se regăsește atât de bine argumentat în propunerea tehnică a competitorului, astfel încât să justifice diferența de punctaj.

Pretinsele motive indicate în punctul de vedere pentru punctajele

acordate, nu sunt suficiente pentru a demonstra o aplicare coerentă și transparentă a factorilor de evaluare. Termenii folosiți („foarte bine definite”, „realiste și foarte clar definite”) sunt subiectivi și nu sunt susținuți de exemple concrete sau referințe directe la elemente specifice din ofertele depuse.

De exemplu, pentru subfactorul „Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor”, nu este clar ce elemente specifice din oferta Asocierii ... - ... au justificat acordarea punctajului maxim (9 puncte), în timp ce oferta ... a fost depunctată până la 4 puncte. Autoritatea contractantă nu a indicat concret ce lipsuri majore ar fi avut oferta pentru a justifica această diferență semnificativă de punctaj.

Similar, la subfactorul „Organizarea controlului calității”, oferta contestatorului a primit doar 3 puncte, pe motivul că „nu a detaliat suficient resursele alocate”. În condițiile în care nu există în documentație o „grilă” care să releve în ce constă calificativul „suficient” indicat de autoritatea contractantă, NU se poate demonstra o modalitate imparțială de punctare (respectiv, de depunctare în acest caz).

Afirmațiile autorității contractante nu fac altceva decât să trădeze modalitatea subiectivă pe care aceasta a abordat-o în acordarea punctajului. Nu există explicații concrete care să clarifice ce fel de detalii suplimentare ar fi fost necesare și de ce aceste detalii ar fi influențat punctajul atât de dramatic. Justificarea este ambiguă și nu face referire la exemple concrete din documentația tehnică.

În plus, la subfactorul „Corelarea graficului fizic de execuție cu abordarea tehnică”, nu este clar cum a fost determinată conformitatea și ce criterii specifice au fost aplicate pentru a ajunge la punctajul maxim de 5 puncte pentru oferta asocierii ... - ..., în timp ce oferta contestatorului a primit doar 3 puncte. Această lipsă de detalii sugerează o aplicare subiectivă a criteriilor, care contravine principiilor de tratament egal și nediscriminare.

Afirmațiile expuse de autoritate nu includ o evaluare comparativă clară între cele două oferte. Conform art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, evaluarea ofertelor trebuie realizată într-un mod obiectiv și transparent. Fără o comparație directă și detaliată, este imposibil de verificat dacă procesul de evaluare a fost echitabil și dacă subfactorii de evaluare au fost aplicați în mod uniform.

De exemplu, autoritatea contractantă nu oferă o comparație explicită a modului în care fiecare ofertă a abordat resursele necesare, planurile de calitate, graficul de execuție etc., astfel încât să demonstreze în mod clar de ce oferta asocierii ... - ... a fost considerată superioară.

În ceea ce privește lipsa accesului la dosarul achiziției publice:

Așa cum s-a arătat mai sus, contestatorul a făcut toate diligențele prevăzute de lege în vederea edificării asupra modului de punctare al ofertelor și asupra evaluării ofertei câștigătoare. Textele legal în vigoare la care s-a făcut trimitere în contestație arată, în mod expres, că oferta NU poate fi declarată în bloc, dreptul ofertanților de a declara confidențiale se limitează la anumite informații din propunerea tehnică și financiară. Nici cu privire la această simplă afirmație a confidențialității nu este suficientă.

Autoritatea contractantă a refuzat, în realitate, să dea eficiență prevederilor legale aplicabile, refuzând un acces real și efectiv la dosarul

achiziției publice, în condițiile în care textul de lege prevede obligativitatea acesteia de a acorda accesul neîngrădit la dosar. În esență, autoritatea contractantă își ascunde procesul de evaluare deficitar în spatele unei declarații de confidențialitate care vizează alte aspecte decât îi permite legislația în vigoare. Chiar și așa, documentele întocmite de autoritate și experți cooptați NU pot intra sub sfera confidențialității în baza declarației unui terț. Aceste acte fac parte din dosarul achiziției publice, document căruia legislația îi stabilește în mod expres caracterul public.

De altfel, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio dovadă în susținerea refuzului de acces la această ofertă, așa cum prevăd dispozițiile art. 57 din Legea nr. 98/2016, citat.

Prin urmare, nu este suficient ca ofertanții să indice în ofertă că anumite date și informații sunt confidențiale, fiind obligatoriu să facă și dovada în acest sens, cele două condiții fiind astfel cumulative.

Or, ofertantul declarat câștigător a declarat confidențiale întreaga propunere tehnică, financiară, precum și solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea, cu toate că în realitate doar anumite date și informații pot fi declarate ca atare și doar în contextul dovedirii acestui caracter de excepție.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu putea refuza accesul contestatorului la modul de evaluare, punctare, documentele de calificare, solicitările de clarificări transmise de aceasta. Aceste documente sunt excluse sferei confidențialității. Textele legale în vigoare permit accesul chiar și la propunerea tehnică/financiară/răspunsurile la solicitările de clarificări în situația în care NU s-a adus un mijloc de probă al confidențialității acestora, așa cum este în speță.

În lipsa unei probe concrete în susținere, refuzul autorității contractante de a asigura contestatorului accesul la documentele din dosarul achiziției publice, reprezintă un vădit abuz.

Astfel, legiuitorul a prevăzut, în mod expres, modalitatea în care operatorii economici pot avea acces la documentele din cadrul dosarului achiziției, menționându-se faptul că, în situația în care o parte dintre documente sunt declarate confidențiale, acest fapt trebuie demonstrat prin orice mijloc de probă.

Astfel, în acest sens este și practica națională și europeană, relevante în susținerea solicitării fiind următoarele hotărâri: C-54/21/ANTEA POLSKA și alții. Protecția confidențialității în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice trebuie pusă în balanță cu cerințele transparenței și protecției jurisdicționale efective și Hotărârea Curții din 24 iunie 1986, AKZO Chemie BV și AKZO Chemie UK Ltd împotriva Comisiei Comunităților Europene, pct. 28. Totodată, prezintă relevanță și Hotărârea Tribunalului din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. PA împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), EU:T:2013:38, pct. 87, citat.

În concluzie, având în vedere limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei, respectiv:

- demonstrarea confidențialității prin orice mijloc de probă;
- dreptul la un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale;

- respectarea principiului transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016;

- respectarea principiului tratamentului egal reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016,

este dincolo de orice dubiu că autoritatea contractantă a acționat în mod abuziv, refuzând fără nicio justificare accesul la dosarul achiziției publice, în integralitate.

În fine, în privința pretinselor amenințări despre care face vorbire autoritatea contractantă, contestatorul menționează că abuzul a fost săvârșit de reprezentanții acesteia, în condițiile în care acesta a uzat de dreptul conferit de legislație pentru a avea acces la dosar, i s-a confirmat că i se pun la dispoziție documentele, reprezentanții săi s-au deplasat la sediul autorității contractante, unde au fost reasigurați că i se vor comunica documentele via e-mail, pentru ca ulterior să primească un refuz scris din partea autorității contractante, motivat pe o pretinsă declarație de confidențialitate, care nu respectă dispozițiile Legii nr. 98/2016.

«Dincolo de „jocul” și lipsa de respect demonstrată de reprezentanții autorității contractante, această abordare vădit abuzivă îmbracă forma infracțiunii de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor, reglementată de art. 246 din Codul penal. Comunicarea faptului că reprezentanții autorității contractante au săvârșit o astfel de faptă, care poate atrage răspunderea penală, nu reprezintă o amenințare, așa cum greșit susține autoritatea contractantă, ci o informare a asupra consecințelor faptelor discreționare ale acestora.»

Prin adresa nr. 59405/2970/C7/18.09.2024, Consiliul a comunicat contestatorului faptul că dosarul achiziției publice aferent Dosarului CNSC nr. 2970/2024, poate fi studiat la sediul instituției la data de 20.09.2024, între orele 10:00-12:00.

Reprezentatul contestatorului s-a prezentat la data și ora stabilită, a studiat dosarul achiziției publice, a ridicat fotocopiile solicitate, dar până la dat prezentei, nu a formulat Concluzii/Note scrise.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drum comunal ..., județul ..., km 0+000 – km 2+743”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 4,822,973, 83 lei fără TVA.

Potrivit procesului-verbal nr. 3101/03.04.2024 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, la procedura de atribuire s-au depus trei oferte, dintre care și cea a contestatorului ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ...

Potrivit mențiunilor din raportul procedurii nr. 7271/22.08.2024, oferta Asocierii ... – ... a fost declarată câștigătoare, cu suma de 4.693.028,23 lei fără TVA, respectiv 100 puncte.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare nr. 210520134/1, eliberată de către CEC BANK S.A. ..., la data de 29.08.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 88.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2970/2024.

Astfel, Consiliul constată că ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Preliminar, Consiliul are în vedere că în prezenta procedură de atribuire, anterior, a mai fost pronunțată Decizia nr. 1961/C7/2015/12.07.2024, prin care contestația fără număr de înregistrare la emitent din 03.06.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36294/11.06.2024, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., împotriva adresei nr. 5060/04.06.2024 de comunicare a rezultatului procedurii, a fost admisă și „Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 4537/20.05.2024, raportul procedurii nr. 5058/04.06.2024, în partea ce privește oferta depusă de către Asocieria ... – ... – ..., precum și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă ... ca, în termen de cel mult 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire și să reevalueze oferta depusă de către Asocieria ... – ... – ..., conform celor expuse în motivare.

Respinge solicitarea ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., privind anularea procedurii de atribuire, ca nefondată.

Respinge cererea contestatorului ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, ca nedovedită.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.”

Împotriva acestei Decizii nu a fost formulată plângere.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care autoritatea contractantă ... a evaluat oferta Asocierii ... – ... și a declarat-o ca fiind conformă și câștigătoare, iar oferta asocierii contestatoare s-a clasat pe locul al doilea.

Referitor la aspectul legat de studiu dosarului, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora „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 prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...).”

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea contestatorului ... de studiere a dosarului cauzei, aceasta prezentându-se la sediul CNSC la data de 20.09.2024.

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de

aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității contractante prevăzute la art. 145 și 215 în legătură cu transmiterea spre publicare a anunțului de atribuire și, respectiv, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire către candidați/ofertanți.

(3) Autoritatea contractantă poate impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)."

La art. 217 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a prevăzut următoarele:

„Art. 217:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției publice pentru fiecare contract de achiziție publică/acord-cadru încheiat, respectiv pentru fiecare sistem dinamic de achiziții lansat.

(2) Dosarul achiziției publice se păstrează de către autoritatea contractantă atât timp cât contractul de achiziție publică/acordul-cadru produce efecte juridice, dar nu mai puțin de 5 ani de la data încetării contractului respectiv.

(3) În cazul anulării procedurii de atribuire, dosarul se păstrează cel puțin 5 ani de la data anulării respectivei proceduri.

(4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public.

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

(7) Conținutul dosarului achiziției publice se stabilește prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi."

Dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele:

„(1) 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.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți. "

Iar dispozițiile art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 prevăd următoarele: *„(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.”*

Se reține faptul că la prezenta procedură au prezentat declarații de confidențialitate următoarele ofertante, respectiv:

- asocierea ... a declarat confidențiale propunerea tehnică și financiară, răspunsurile la solicitările de clarificări și documentele justificative DUAE cu privire la contracte;

- asocierea ... a declarat confidențiale propunerea tehnică și financiară.

Prin adresa nr. 58846/2970/C7/17.09.2024, Consiliu a solicitat ... să justifice/motiveze încadrarea documentelor confidențiale și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

... a transmis răspunsul său prin adresa nr. 1072/17.09.2024, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 58957/17.09.2024, prin care a prezentat *Dovada/Argumentarea* caracterului de confidențialitate.

Ținând seama de faptul că în cadrul ofertelor depuse, aflate la dosarul achiziției publice, se regăsesc declarații de confidențialitate din partea celor doi ofertanți la procedura de atribuire, privind anumite documente, astfel cum au fost amintite, Consiliul, cu ocazia invitării contestatorului ... la studierea dosarului achiziției publice, a comunicat acesteia următoarele, prin intermediul adresei nr. 59405/2970/C7/18.09.2024:

„ ... Ținând seama de faptul că ofertantul MIDA DRUM CONSTRUCT SRL și-a declarat confidențiale informațiile aferente din propunerea tehnică și financiară și răspunsurile la solicitările de clarificări, în situația în care doriți studierea respectivelor documente, trebuie să obțineți acordul scris al acestuia, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”

Așa cum a fost mai sus reținut, ținând seama de faptul că în cadrul ofertelor depuse de către operatorii economici, anumite documente depuse sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, și care au fost justificate/probate și însoțite de dovezi, Consiliul a pus la dispoziția contestatorului dosarul achiziției publice, *mai puțin* documentele declarate confidențiale de ofertanți, așa cum au fost mai sus amintite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precitate, situație în care nu au fost puse la dispoziția autoarei contestației, documentele provenind de la operatorii economici mai sus amintiți, întrucât constituie informații declarate confidențiale. Conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, *accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.*

Din economia tuturor aspectelor anterior redată, luând act de documentele aflate la dispoziția sa și susținerile părților, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatorului ..., care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, documentele declarate confidențiale ale contracandidatului, respectiv ofertantul ..., documentele depuse marcate sau indicate de către aceasta, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale.

Consiliul a pus la dispoziția contestatorului ... dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de contracandidatul acestuia, așa cum au fost mai sus amintite.

În ceea ce privește, însă, documentele întocmite de autoritatea contractantă respectiv procesele-verbale de evaluare și restul documentelor care nu au fost declarate confidențiale de ofertantele participante, acestea au fost puse la dispoziția autoarei contestației. Consiliul a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel autoritatea contractantă.

Pe de altă parte se are în vedere că autoarea contestației a formulat critici concrete vizavi de oferta reclamată.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare și 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.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes publică comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu - *de plano*, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încălca prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, *de plano*, fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferirii datelor vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială intră în competiție concurenți de pe aceeași piață și implicit cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții. Acest aspect, este tratat și de legiuitor, care protejează, *de plano*, în etapa contestației,

informațiile cuprinse în ofertele depuse declarate confidențiale, condiționând accesul la consultarea documentelor confidențiale de acordul scris al respectivilor ofertanți.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, *accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.*

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu se putea permite ofertantei contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale.

În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, *Varec SA împotriva État belge*, în considerentele căreia s-a statuat:

„34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, Rec., p. I- 1, punctul 44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori.”

De asemenea, în Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, s-au reținut următoarele:

„46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, acesteia îi revine, în principiu, obligația de a furniza explicații cu privire la modul în care accesul la acel document ar putea să aducă atingere concret și efectiv interesului protejat de o excepție prevăzută la articolul 4 din Regulamentul nr. 1049/2001 pe care această

instituție o invocă. În plus, riscul unei astfel de atingeri trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic. Cu toate acestea, este permis instituției în cauză să se întemeieze în această privință pe prezumții generale care se aplică anumitor categorii de documente, considerații de ordin general similare fiind susceptibile să se aplice unor cereri de divulgare cu privire la documente de aceeași

natură (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA,

T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor

comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și

T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică divulgarea (Hotărârea

din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob, C- 404/10 P, EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i- a fost refuzat accesul la oferta depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele avute în vedere de Hotărârea

din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38). Contrar celor susținute

de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre

care și informații cu privire la competențele și la metodele de lucru ale acestuia, la know-how-ul său,

la organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile propuse.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

56 În al doilea rând, trebuie să se constate că, în nicio etapă a procedurii, reclamanta nu a prezentat nici cel mai slab argument care să permită să se demonstreze că documentele solicitate nu erau acoperite de prezumția menționată mai sus.

57 În ceea ce privește borderoul de prețuri în ansamblul său, reclamanta susține că divulgarea acestui document nu ar putea aduce atingere intereselor comerciale ale ofertantului reținut, întrucât anunțul de atribuire indică nivelul prețurilor din oferta acestuia. Acest argument nu poate fi reținut, întrucât borderoul de prețuri este un document mult mai detaliat care indică, la fiecare rubrică, prețul serviciilor propuse, în timp ce anunțul de atribuire se limitează să indice în mod global valoarea contractului atribuit.

58 Situația este aceeași în cazul borderoului de prețuri recapitulativ care figurează în anexa la ofertă. Trebuie să se constate că acest document conține de asemenea informații referitoare la prețul serviciilor propuse, care sunt mai detaliate decât informația divulgată prin anunțul de atribuire. Prin urmare, borderoul recapitulativ intră de asemenea în domeniul de aplicare al prezumției menționate mai sus.

59 În consecință, Comisia era îndreptățită să considere că documentele în discuție, și anume oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ, și anexele I.A și II la contract erau acoperite de excepția referitoare la protecția intereselor comerciale, fără a proceda la examinarea lor concretă și individuală, după cum pretinde reclamanta.

60 În ceea ce privește argumentele reclamantei referitoare la existența unui presupus interes public superior care justifică divulgarea, acestea vor fi examinate mai jos, în cadrul celui de al patrulea aspect.

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care i-au

fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele articolului 113 din

Regulamentul financiar, chiar dacă s-ar presupune că sunt admisibile, este necesar să se constate

că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile.”

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

În aceeași direcție acționează și instanțele de judecată relevantă fiind Hotărârea nr. 354/2021 din data de 08.03.2021 emisă de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut următoarele:

*„În ceea ce privește **critica referitoare la asigurarea accesului la întregul dosar al cauzei** (în principal) sau cel puțin la înscrisurile care nu au fost declarate confidențiale de către Supercom la momentul depunerii ofertei (în subsidiar), petenta a susținut că solicitarea sa a fost respinsă atât de către autoritatea contractantă cât și de către CNSC, fără temei și fără argumente credibile/întemeiate, pe motiv că ofertele criticate sunt confidențiale în integralitate deoarece ofertanții le-au declarat confidențiale. Învederează petenta că acest refuz a determinat încălcarea dreptului la apărare și a accesului la probele care urmau a fi analizate de către CNSC, încălcarea principiul transparenței și al echității ("egalității armelor), petenta fiind în mod evident într-o poziție inferioară față de autoritatea contractantă, încercând să dovedească o situație de fapt și de drept fără a avea acces concret la dosarul de achiziție publică.*

Curtea constată că, în mod neîntemeiat, petenta susține că se află într-o poziție de inferioritate față autoritatea contractantă, esențială este asigurarea principiului egalității de tratament între ofertanți și nu în raport cu autoritatea contractantă.

Principiul egalității de tratament între ofertanți a fost respectat având în vedere faptul că toți ofertanții au depus declarații de confidențialitate în aceleași condiții. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a avut acces la întregul dosar al achiziției publice, la fel și Consiliul.

Accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității/entității contractante, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

(2) Dispozițiile alin. (1) nu afectează obligațiile autorității/entității contractante prevăzute la art. 66 și art. 91 și nici publicarea părților din contractele de concesiune încheiate fără caracter confidențial, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare.

(3) Autoritatea/entitatea contractantă poate impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea caracterului confidențial al informațiilor pe care aceasta le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)".

Accesul părților la dosarul cauzei, la sediul CNSC, se face conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează: „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. (3) în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.". Raportat la legislația în vigoare incidentă, se constată că, la autoritatea contractantă, ofertanții indică și dovedesc în cuprinsul ofertelor care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale (conform dispozițiilor art. 41 din Legea nr. 100/2016).

Curtea constată că S.C. Supercom SA a depus Declarația de confidențialitate odată cu depunerea ofertei (fila 242), iar adresa nr. 10793/04.11.2020 reprezintă dovedirea caracterului confidențial al înscrisurilor declarate, fiind astfel respectate dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 și art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

(...)

Mai mult, Curtea constată că petenta a prezentat la rândul său declarație de confidențialitate, acționând în aceeași manieră ca și intimata. Astfel, asocierea S.C. RER SUD SA - S.C. Rer Ecologic Service București Rebu SA a prezentat declarație de confidențialitate cu privire la:

(...)

Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi. În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar. Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52. Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) 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, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53. În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54. Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce

caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chimie și AKZO Chimie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29)".

Luând în considerare ansamblul considerentelor anterior expuse, Consiliul respinge, ca neîntemeiate, criticile contestatorului vizavi de pretinsa lipsă a dovedirii caracterului confidențial al informațiilor și datelor din oferta ..., constatându-se că în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitările formulate de contestator privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale (acestea fiind marcate și indicate de către ofertant, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, și care au fost justificate/probate și însoțite de dovezi) conform celor menționate anterior în considerentele expuse, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți". Un astfel de acord din partea ofertantei ... nu a fost pus la dispoziția contestatorului ...

Pe fondul cauzei, Consiliul are în vedere, cu prioritate, aspectul reclamat de contestator, în asociere, aspect ce vizează **conținutul adresei nr. 7275/22.08.2024, privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire**, ce este redat *in integrum*, și anume:

„Prin prezenta, vă informăm că în urma finalizării evaluării ofertei oferite de către societatea dvs. depuse în cadrul procedurii simplificate, demarată în vederea atribuirii unui contract de proiectare și execuție lucrări, în vederea atribuirii achiziției «MODERNIZARE DRUM COMUNAL ..., JUDEȚUL ..., KM 0+000 - KM 2+743», comisia de evaluare, din cadrul autorității contractante, a declarat oferta dvs. conformă.

Urmare a aplicării prevederilor art. 187 alin. (3) lit. a) din Legea 98/2016, a achizițiilor publice, aplicabil în vederea departajării ofertelor declarate conforme, urmare aplicării criteriului de atribuire, cel mai bun raport calitate - preț, oferta dvs. a acumulat 89,60 puncte, clasându-se pe locul II.

Vă comunicăm că oferta financiară depusă de Asocieria ... a fost declarată drept ofertă câștigătoare a procedurii simplificate, demarată în vederea atribuirii achiziției «MODERNIZARE DRUM COMUNAL ..., JUDEȚUL ..., KM 0+000 - KM 2+743», urmare aplicării criteriului de atribuire, cel mai bun raport calitate - preț, oferta depusă de Asocieria ... a acumulat 100 puncte, pentru valoarea de 4.693.028,23 lei fără TVA.

Eventualele contestații se pot depune în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. (b) din Legea 101/2016 până la data 29.08.2024 (...).

Vizavi de conținutul actului administrativ redat, ..., în asociere, reclamă următoarele aspecte:

- deși rezultatul procedurii întocmit de către autoritatea contractantă este un *act administrativ* și, ca atare, **trebuie** să cuprindă **motivarea în concret** a măsurilor adoptate, depunerea ofertei sale, arată contestatorul cu privire la factorul de evaluare tehnic 2 (*factorul de evaluare vizând Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați - planul de management al calității lucrărilor*), **nu** a fost argumentată de către comisia de evaluare;

- din analiza raportului procedurii rezultă că asocierii sale, arată contestatorul, i s-ar fi acordat **doar 5 puncte** cu privire la factorul de evaluare menționat anterior, însă nici din acest document nu rezultă modul de punctare.

- prin raportare la prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, prin sintagma „*caracteristicile și avantajele*” se înțelege, de bună seamă, atât diferențierea de punctaj, cât mai ales **motivarea în fapt** (*aspectele concrete din ofertă care au format convingerea comisiei de evaluare în luarea deciziei de punctare în acel mod*).

- textul legal nu face altceva decât să particularizeze **obligatia** autorității contractante de motivare a actului pe care îl emite, obligație care de altfel există în cazul oricăror acte administrative.

- importanța motivării actului administrativ a fost subliniată în repetate rânduri atât în jurisprudență națională, cât și în cea europeană și se citează din Deciziile nr. 1580/11.04.2008 și nr. 649/09.2011, pronunțate de ÎCCJ, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și din Hotărârea din 21 septembrie 2000 Mediocurso c. Comisia, cauza C-462/98, a Curții Europene de Justiție, în speță, autoritatea contractantă rezumându-se la indicarea punctajului obținut de către ofertantul câștigător și la indicarea locului din clasament pe care oferta l-a obținut, fără a analiza și prezenta în concret care au fost argumentele concrete pentru care oferta sa a primit pentru acest factor de evaluare doar 5 de puncte din cele 20 prevăzute de documentație;

- modalitatea de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă rigorile impuse de art. 215 alin. (1) lit. c) și conduce la concluzia **nulității** comunicării transmise de autoritatea contractantă, chiar fără a se mai analiza orice alt motiv de nelegalitate invocat prin prezenta contestație.

Pe de altă parte, Consiliul reține și susținerea achizitoarei sub acest aspect, exprimată în punctul de vedere transmis prin adresa nr. 7545/03.09.2024, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 56021/03.09.2024, respectiv faptul că, în opinia sa, „2.1. Contestatorul susține, în mod eronat, faptul că adresa de comunicare care i-a fost transmisă încalcă prevederile art. 215 lit. c) din Legea nr. 98/2016. Precizăm că procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare au fost întocmite cu Anexele impuse de ANAP, de asemenea comunicările au fost întocmite respectând prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.”

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, referitor la faptul că adresa nr. 7275/22.08.2024, privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, este nemotivată și încalcă dispozițiile Legii nr. 98/2016, se are în vedere faptul că achizitoarea a stabilit prin documentația de atribuire o serie de factori de evaluare, printre care și factorul de evaluare tehnic 2 (*factorul de evaluare vizând Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați - planul de management al calității lucrărilor*), aspectele reținute de achizitoare fiind menționate anterior în considerente, prin redarea *in integrum* a comunicării rezultatului procedurii.

Din analiza conținutului înscrisurilor existente la dosarul achiziției publice, Consiliul constată că niciunde nu se regăsesc **detaliat** motivele concrete care au stat la baza acordării punctajelor pentru ofertele în analiză, respectiv oferta contestatorului ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... și oferta desemnată câștigătoare, depusă de către Asocieria ... - ..., în referire la factorul de evaluare „*Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați - planul de management al calității lucrărilor*”.

Relativ la informațiile din comunicarea privind rezultatul procedurii transmise contestatoarei, Consiliul stabilește că ele **nu sunt suficiente** pentru

a determina în concret motivele care au stat la baza stabilirii ofertei contestatoare.

Menționarea doar a faptului că „Urmare a aplicării prevederilor art. 187 alin. (3) lit. a) din Legea 98/2016, a achizițiilor publice, aplicabil în vederea departajării ofertelor declarate conforme, urmare aplicării criteriului de atribuire, cel mai bun raport calitate - preț, oferta dvs. a acumulat 89,60 puncte, clasându-se pe locul II.

Vă comunicăm că oferta financiară depusă de Asocierea ... a fost declarată drept ofertă câștigătoare a procedurii simplificate, demarată în vederea atribuirii achiziției «MODERNIZARE DRUM COMUNAL ..., JUDEȚUL ..., KM 0+000 - KM 2+743», urmare aplicării criteriului de atribuire, cel mai bun raport calitate - preț, oferta depusă de Asocierea ... a acumulat 100 puncte, pentru valoarea de 4.693.028,23 lei fără TVA”, fără detalierea **punctuală și concretă** a modalității de punctare/acordare doar a 5 puncte cu privire la factorul de evaluare menționat anterior ofertei contestatorului și de prezentare a caracteristicilor și avantajelor ofertei câștigătoare în raport cu oferta ..., în asociere, prin raportare la prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, **nu echivalează cu o informare concretă și explicită**, contestatorul fiind pus în situația de a nu putea să își construiască o motivare judicioasă și corespunzătoare în favoarea ofertei depuse.

În același timp a fost afectat și principiul transparenței procedurii de atribuire, informațiile esențiale pentru analizarea corectitudinii evaluării ofertei depuse nefiind aduse la cunoștința sa.

În soluționare se are în vedere faptul că actul administrativ produce efecte juridice doar de la comunicare, astfel încât, în lipsa comunicării către contestatoare a deciziei privind *motivele concrete* [art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, prevede: (2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are **obligatia** de a cuprinde:

a) *fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, **caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa**, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru;*] care au stat la baza evaluării ofertei nu se poate aprecia temeinicia/netemeinicia criticilor formulate de autoarea contestației.

Așadar, prin necomunicarea celor mai sus amintite se constată că achizitoarea a nesocotit dispozițiile cuprinse în art. 215 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, vizavi de comunicarea rezultatului procedurii.

Achizitoarea, cu ocazia formulării punctului de vedere a argumentat aspectele reținute în sarcina ofertei contestatorului, însă Consiliul nu poate stabili temeinicia/netemeinicia raționamentului conturat de achizitoare, atâta vreme cât respectivele informații **nu au fost aduse la cunoștința acesteia, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire.**

Explicațiile aduse de autoritatea contractantă pe calea punctului său de vedere la contestație nu pot fi primite ca echivalând obligația de comunicare prevăzută de dispozițiile legale incidente, deoarece, pe de o parte, adresa de comunicare a rezultatului trebuie să reflecte conținutul raportului procedurii nr. 7277/22.08.2024, act emis de comisia de evaluare și aprobat de conducătorul autorității contractante (*unde, de asemenea, **nu** este consemnată modalitatea de acordare a punctajului*), și a cărei legalitate este reglementată de

legiuitor prin prevederile art. 142 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar pe de altă parte, pentru că nu se poate primi realizarea unui act din procedura de atribuire pe calea actului procedural emis în contextul litigiului de pe rolul Consiliului. Așa cum a fost anterior precizat, comunicarea rezultatului procedurii, reglementată la art. 215 din Legea nr. 98/2016, determină conduita de urmat a celui interesat de contestarea ei, astfel încât nu pot fi eludate dispozițiile legale incidente din Legea nr. 101/2016 prin informarea operatorului economic în fața Consiliului.

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase susținerile autoarei contestației, potrivit cărora *„prin raportare la prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, prin sintagma „caracteristicile și avantajele” se înțelege, de bună seamă, atât diferențierea de punctaj, cât mai ales motivarea în fapt (aspectele concrete din ofertă care au format convingerea comisiei de evaluare în luarea deciziei de punctare în acel mod). Textul legal nu face altceva decât să particularizeze obligația autorității contractante de motivare a actului pe care îl emite, obligație care de altfel există în cazul oricăror acte administrative”*.

Jurisprudența Consiliului este constantă, în sensul că orice decizie a autorității contractante trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe simple aprecieri ale membrilor comisiei de evaluare.

În baza art. 127 alin. (1) lit. n) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, comisiei de evaluare îi revine atribuția de *„elaborare a proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape și a raportului procedurii de atribuire”*, iar în temeiul art. 131 alin. (4) din aceleași norme, *„Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale”*.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că *„Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile”*.

Că modalitatea de comunicare a rezultatului procedurii unei achiziții publice nu reprezintă o formalitate, ci o înștiințare a participantului la procedură cu referire la **toate** acele informații care au concurat la determinarea deciziei comunicate, rezultă atât din faptul că legiuitorul a înțeles să reglementeze, în mod expres, această etapă a procedurii, cu indicarea precisă a conținutului pe care demersul autorității trebuie să îl aibă pentru fiecare situație în care se poate afla o ofertă, dar și din următoarele prevederi ale Legii nr. 101/2016:

- art. 10; *„Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente:*

d) precizarea actului atacat al autorității contractante;

e) obiectul contestației;

f) motivarea în fapt și în drept a contestației;

g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil.”

- art. 11: *„(1) În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. În cazul în care*

contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația este anulată."

- art. 21 alin. „(3) *Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.*”

Drept urmare, informarea legală a ofertantului reprezintă o **obligație** ce îi revine autorității contractante în justificarea actelor sale și pentru respectarea principiului transparenței actului decizional, dar și ca un instrument efectiv pus la dispoziția operatorului economic diligent, care cunoaște obligațiile autorității contractante, care înțelege ca, în scopul depunerii contestației, să acceseze informațiile din actele pe care aceasta este obligată să i le pună la dispoziție și care dorește să investească organismul de soluționare cu o contestație care să respecte toate rigorile Legii nr. 101/2016, pentru preîntâmpinarea situațiilor ce pot atrage sancțiuni din partea organismului administrativ-jurisdicțional.

În contextul de fapt analizat, prin comunicarea deficitară realizată de către autoritatea achizitoare, autoarea contestației s-a văzut pusă în situația de a contesta actul ei, dar fără să poată ști care sunt în concret raționamentele acesteia în luarea deciziei atacate, astfel încât să le combată cu argumente de fapt și de drept eficiente și precise, iar organismul de soluționare să nu poată cunoaște argumentele comisiei de evaluare în luarea deciziei analizate, pentru a verifica în cunoștință de cauză legalitatea actului atacat.

Pentru a putea argumenta în detaliu criticile cu privire la cerințele din adresa nr. 7275/22.08.2024, contestatorul trebuia să aibă cunoștință de aspectele/argumentele pe care achizitoarea l-a avut în vedere prin raportare concretă la conținutul ofertei depuse, așadar inclusiv prin menționarea argumentată a acestor aspecte ce au fost punctate/depunctate în aplicarea factorului de evaluare menționat, acesta este de fapt și motivul pentru care contestația este lipsită de o motivare în concret în consecință, motivare contestatorului fiind cu titlu de exemplu și presupuneri.

Adresa de comunicare a rezultatului trebuie să reflecte conținutul raportului procedurii, act emis de comisia de evaluare și aprobat de conducătorul autorității contractante, și a cărei legalitate este reglementată de legiuitor prin prevederile art. 52 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016 și art. 216 din Legea nr. 98/2016.

Comunicarea rezultatului procedurii, reglementată de dispozițiile legale amintite, determină conduita de urmat a celui interesat de contestarea ei, astfel încât nu pot fi eludate dispozițiile legale incidente din Legea nr. 101/2016 prin informarea operatorului economic în fața Consiliului.

În considerarea celor mai sus reținute, Consiliul constată temeinicia susținerilor contestatorului, în asociere, potrivit cărora „*modalitatea de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă rigorile impuse de art. 215 alin. (1) lit. c) și conduce la concluzia nulității comunicării transmise de autoritatea contractantă, chiar fără a se mai analiza orice alt motiv de nelegalitate invocat prin prezenta contestație*”, relevante în cauză fiind și Deciziile nr. 76/C11/2501/20.01.2016, nr. 539/C2/413/14.03.2017, nr.

675/C8/533,550/27.04.2020, nr. 1009/C8/942/18.06.2020 și nr. 120/C7/2917/18.01.2021.

Aceeași abordare este îmbrățișată și de curțile de apel, fiind relevante următoarele decizii:

- Decizia nr. 420/23.03.2016 Curtea de Apel Cluj:

„2. Contrar celor reținute de către Consiliu, Curtea apreciază că autoritatea contractantă era obligată să precizeze, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, numele ofertantului clasat pe locul II, legislația în domeniul achizițiilor publice prevăzând această obligație.

Astfel, art. 207 alin. (2) lit. c) din ordonanță prevede că adresa de comunicare a rezultatului procedurii va cuprinde, pentru fiecare ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuiască contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru. Așadar, legea impune a se realiza această comunicare nu doar în ceea ce privește oferta câștigătoare a respectivei proceduri de achiziție publică, ci impune comunicarea caracteristicilor și avantajelor relative ale ofertelor câștigătoare în raport de oferta celui căruia i se face comunicarea.(...)

În consecință, adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă cerințele legale sus-menționate, impunându-se anularea ei în temeiul acestui text de lege.”

- Decizia nr. 3037/11.04.2014 - Curtea de Apel Timișoara:

„1. Încălcarea obligației autorității de a comunica pentru fiecare ofertă respinsă motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele de considerare ca inacceptabilă și/sau neconformă a ofertei, nu poate fi acoperită prin invocarea dreptului ofertanților de a avea acces la dosarul achiziției publice în baza Legii nr. 544/2001. 2. Formularea de critici noi de către contestatoare, după expirarea termenului de contestare, prin intermediul notelor/concluziilor scrise, este tardivă

În replică, autoritatea a susținut că, chiar în ipoteza unei insuficiente motivări a comunicării rezultatului procedurii, petenta avea acces la dosarul de achiziție publică, conform Legii nr. 544/2001 privind informațiile de interes public, de care putea uza în fața autorității.

Curtea reține din lecturarea răspunsului aflat la dosarul de fond că, într-adevăr, autoritatea și-a încălcat obligația prevăzută de art. 207 alin. (2) lit. b) din ordonanță, ce impunea comunicarea pentru fiecare ofertă respinsă a motivelor concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă. Încălcarea acestei obligații nu poate fi acoperită prin invocarea accesului petentei la dosarul de achiziție publică potrivit prevederilor Legii nr. 544/2001, întrucât încălcarea unei obligații din partea autorității contractante nu poate fi acoperită prin invocarea unui drept eventual al participantului la procedură (acela de a studia dosarul de achiziție).”

- Decizia nr. 3964/17.05.2012 - Curtea de Apel Cluj:

„Potrivit art. 207 alin. 2 lit. c) din ordonanță, în cadrul comunicării rezultatului procedurii de achiziție publică autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, prezentând fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar necâștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei câștigătoare în raport cu oferta sa.

Deși autoritatea contractantă Județul S. a arătat că aceste elemente erau suficiente pentru că o detaliere semnifica o încălcare a prevederilor art. 208, aparținând de oferta tehnică a contracandidatului, de natură să îi prejudicieze interesele legitime, Curtea a apreciat că nu există o contradicție între art. 208 lit. b) și art. 207 alin. 2 lit. c) din ordonanță, pentru că autoritatea contractantă, prin prezentarea caracteristicilor și avantajelor relative ale ofertei câștigătoare nu prezintă însăși oferta tehnică, ci arată de ce anumite aspecte din ofertă sun mai avantajoase față de oferta prezentată de ceilalți ofertanți, pentru a exista o transparenți în cadrul procesului de evaluare.

Prin menționarea doar a punctajelor s-a încălcat principiul transparenței, astfel că se poate presupune o vătămare a ofertanților. Neindicând modalitatea de acordare a punctajelor, îi sensul de a arăta elementele care au condus la punctarea și depunctarea ofertelor, există suspiciunea de subiectivism și de încălcare a principiilor care au stat la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Cum acest rezultat comunicat nu cuprinde toate elementele necesare, este evident că asocierea ofertantă nu putea formula contestație în deplină cunoștință de cauză și nici nu poate cunoaște dacă într-adevăr s-a făcut o analiză corectă a ofertelor de către comisia de evaluare

De asemenea, respectarea principiului preeminenței interesului public, în sensul de a fi finalizat cât mai rapid procedura de atribuire, nu poate contraveni principiului transparenței pentru că în acest fel s-ar crea posibilitatea unor aprecieri subiective cu privire la acordare punctajului, după cum a reținut și Consiliul în decizia pronunțată.

Ca atare, în conformitate cu art. 285 din ordonanță, Curtea a respins excepția lipsei calității procesuale a Județului S. și a respins plângerea formulată de Județul S. împotriva deciziei Consiliului.”

Determinând că a fost privată de a face o analiză a motivelor **concrete** și a cunoașterii caracteristicilor și avantajelor relative ale ofertei câștigătoare în oferta sa, aspecte care au stat la baza acordării de punctaje diferite la factorul de evaluare menționat în considerente și, implicit, de o motivare în consecință, Consiliul constată că se impune transmiterea către Asocieria contestatoare a unei **noi comunicări** privind rezultatul procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor legale amintite în materia achizițiilor publice.

Fără a mai intra în detalii, în condițiile în care, așa cum s-a arătat anterior, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală privind informarea contestatorului și nu a dat posibilitatea acestuia de a fi informat concret, detaliat și argumentat asupra aspectelor care au stat la baza deciziei de acordare a punctajului ofertei depusă în cadrul procedurii de achiziție publică, pentru a se respecta principiul eficienței utilizării fondurilor publice și a tratamentului egal, Consiliul constată că aspectele ce vizează cele precizate în adresa nr. 7275/22.08.2024, privind comunicarea procedurii, care se constituie în critici punctuale în prezenta contestație formulată în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (**punctele 2.2 și 2.4 din conținutul contestației**), **nu vor face obiectul analizei și verificării de către Consiliu** (rolul organismului jurisprudențial fiind stabilit de dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2). Așadar atribuțiile Consiliului, potrivit prevederilor legale, sunt de analizare, din punct de vedere al legalității și temeiniciei, a actelor emise de către autoritatea/entitatea

contractantă în cadrul procedurii de atribuire în cauză și atacate de către persoana vătămată), obligația aceasta revenindu-i autorității contractante, motiv pentru care, sub acest aspect, Consiliul admite criticile aduse de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... și dispune obligarea PRIMĂRIEI COMUNEI ... la transmiterea către contestator a unei noi comunicări privind rezultatul procedurii, cu respectarea prevederilor legale amintite în materia achizițiilor publice.

În consecință, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., în contradictoriu cu

Anulează în tot adresa nr. 7275/22.08.2024 privind comunicarea rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ... la transmiterea către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... a unei noi comunicări privind rezultatul procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Anulează în tot adresa nr. 7275/22.08.2024 privind comunicarea rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ... la transmiterea către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... a unei noi comunicări privind rezultatul procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămăte.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 34 (treizecișipatru) pagini