

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., împotriva raportului procedurii nr. ..., emis de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ..., s-au solicitat următoarele:

1. cu titlu de chestiune prealabilă, acordarea accesului la procesele-verbale de evaluare și la ofertele ..., Asocierii ... și repunerea în termenul de a formula motive de contestație față de acestea;

2. anularea adresei nr. ..., prin care oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare;

3. anularea raportului procedurii nr. ... și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei ... și în ceea ce privește declararea drept admisibile a ofertelor Asocierii ..., ..., ...;

4. obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor clasate pe primele 4 locuri (...; Asocierea ...; ...; ...), cu respectarea legislației și a considerentelor deciziei ce va fi pronunțată și continuarea procedurii;

5. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

În temeiul art. 19 din Legea cu nr. 101/2016, accesul la documentele dosarului constituit la CNSC.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SA, cu sediul în ..., solicită următoarele:

1. Admiterea, în principiu, a prezentei cereri de intervenție;
2. Respingerea contestației formulată de ...;

3. Constatarea caracterului legal și temeinic al raportului procedurii și al actelor subsecvente acestuia, cu consecința menținerii lor în partea privitoare la oferta contestatorului;

4. În principal, admiterea cererii de acces la dosarul achiziției (oferta depusă de ... și comunicările aferente, precum și la documentele întocmite de entitatea contractantă în perioada evaluării ofertelor) și, în subsidiar, obligarea entității la a-i permite accesul nerestricționat la dosar.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... solicită respingerea contestației formulată de ... cu consecința menținerii actelor entității contractante din cadrul procedurii de atribuire în cauză.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererile de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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 de față prin care ... critică raportul procedurii nr. ..., emis de ..., în calitate de entitate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

I. Într-o primă critică, având în vedere că ofertații clasati pe primele 4 locuri nu au dovedit caracterul confidențial al ofertei, contestatorul apreciază că nu erau aplicabile prevederile art. 70 alin. (1) din Legea cu nr. 99/2016, motiv pentru care accesul la oferte nu putea fi îngăduit de către entitatea contractantă.

II. Pe fondul contestației, ... arată că ofertele clasate pe primele 4 locuri sunt afectate de următoarele motive de neconformitate:

1. Ofertanții nu au prezentat planșa cerută la pct. a) din Formularul 7;

2. Ofertanții nu au demonstrat că facilitățile vor rămâne în operare în timpul execuției;

3. Ofertanții au prezentat o metodologie de realizarea contractului neconformă;

4. Ofertanții nu au prezentat fișele tehnice ale producătorilor, în limba română;

5. Ofertanții nu au prezentat abordarea pentru organizarea și managementul subcontractanților;

6. Ofertanții au prezentat grafice Gantt neconforme;

7. Ofertanții nu au prezentat riscurile ce pot apărea pe parcursul activităților;

8. Ofertanții și-au modificat/completat ofertele prin răspunsurile la clarificări.

Față de cele de mai sus, ... solicită Consiliului admiterea contestației, cu cheltuieli de judecată.

În drept, se invocă art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. a solicitat Consiliului:

1. Respingerea contestației ... ca lipsită de interes;

2. În subsidiar, respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată;

3. Menținerea raportului procedurii și a rezultatului procedurii de atribuire.

În ceea ce privește lipsa de interes a contestatorului, organizatoarea procedurii arată că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, dreptul de a formula contestație este condiționat de existența cumulativă a unui interes legitim și a unui prejudiciu actual ori potențial, determinat de un act al entității contractante. Contestatorul a obținut 10 puncte din 40 la evaluarea tehnică și s-a clasat pe locul V, ultimul dintre ofertele admisibile. Chiar în ipoteza teoretică a anulării evaluării ofertelor clasate pe locurile I-IV, contestatorul nu poate demonstra existența unei șanse reale și efective de a obține contractul. Demersul său nu urmărește înlăturarea unui prejudiciu, ci obținerea accesului la dosarul achiziției pentru identificarea ulterioară a unor eventuale motive de contestare, ceea ce, apreciază entitatea contractantă, echivalează cu o contestație lipsită de interes.

Totodată, ... invocă inadmisibilitatea criticilor privind ofertele concurente întrucât contestația formulată excedează limitele stabilite de art. 8 din Legea nr. 101/2016, vizând, în mod direct, conținutul ofertelor altor operatori economici. Or, legea permite contestarea exclusiv a actelor entității contractante, iar nu reevaluarea ofertelor concurente din perspectiva unui ofertant participant. Evaluarea propunerilor tehnice și financiare este atributul exclusiv al comisiei de evaluare, conform dispozițiilor HG nr. 394/2016, aceasta beneficiind de o marjă de apreciere tehnică ce nu poate fi substituită de CNSC în lipsa unor încălcări vădite ale legii. Contestatorul nu indică astfel de încălcări, ci formulează aprecieri subiective asupra modului de redactare și conținut al ofertelor concurente.

În ceea ce privește caracterul confidențial al documentelor solicitate, entitatea contractantă învederează că a comunicat contestatorului raportul procedurii, documentul la care legea conferă acces, refuzul de a comunica restul documentelor fiind nu doar legal, ci obligatoriu. Divulgarea acestora ar fi încălcat dreptul operatorilor economici la protejarea secretelor comerciale și obligația de confidențialitate asumată de membrii comisiei de evaluare.

Pe fondul contestației, entitatea contractantă răspunde criticilor aduse de contestator, precizând următoarele:

V. Analiza criticilor formulate privind evaluarea tehnică

Criticile contestatorului referitoare la pretinsa lipsă a planșelor, a metodologiilor de execuție, a abordării riscurilor, a fișelor tehnice sau a organizării subcontractanților sunt formulate generic și fără indicarea unor elemente concrete de neconformitate.

Astfel:

1. Pretinsa lipsă a planșelor privind constrângerile amplasamentului:

Documentația de atribuire nu a impus un format rigid de prezentare (ex. o planșă unică), ci a solicitat informații relevante. Proiectul pus la dispoziție de entitatea contractantă conține deja constrângerile amplasamentului. Comisia a constatat că toți ofertanții au demonstrat cunoașterea realităților din teren.

2. Menținerea facilităților în operare pe durata execuției:

Aspectul a fost analizat unitar pentru toți ofertanții, pe baza informațiilor privind organizarea de șantier, constatându-se caracterul suficient și relevant al acestora.

3. Metodologia de execuție:

Cerințele nu au fost restrictive. Comisia a apreciat adecvarea soluțiilor propuse raportat la specificul lucrărilor, în condiții de tratament egal.

4. Fișe tehnice ale produselor:

Analiza ofertelor și a clarificărilor a demonstrat că informațiile furnizate sunt suficiente pentru evaluare, fără a fi necesară o formă sau structură impusă.

5. Organizarea subcontractanților:

Informațiile prezentate în oferte și clarificări au fost considerate adecvate pentru realizarea contractului.

6. Graficele Gantt:

Gradul de detaliere al acestora a constituit factor de evaluare, reflectat direct în punctajele acordate, fără a se constata neconformități.

7. Identificarea riscurilor:

Cerința a fost interpretată rezonabil, fără impunerea unei forme prestabilite, comisia constatând că ofertanții au demonstrat înțelegerea riscurilor aferente execuției.

Diferențele de punctaj acordate reflectă gradul de detaliere și adecvare a soluțiilor propuse, în special în ceea ce privește graficele Gantt, acestea fiind factori de evaluare tehnică asumați prin documentația de atribuire.

De asemenea, entitatea contractantă subliniază că solicitările de clarificări formulate au avut exclusiv rolul de a lămuri anumite neclarități identificate în cadrul evaluării, fiind adresate în mod nediscriminatoriu și în stricta conformitate cu dispozițiile art. 137-139 din HG nr. 394/2016.

Prin răspunsurile transmise, ofertanții nu au completat și nu au modificat ofertele inițiale, ci au explicat informațiile deja cuprinse în acestea. Afirmatia contestatorului potrivit căreia ofertele ar fi fost modificate prin clarificări este lipsită de suport probator și contrazisă de documentele încărcate în SEAP.

În ceea ce privește lipsa unui prejudiciu și caracterul speculativ al contestației, organizatoarea procedurii menționează că ... nu a indicat niciun act concret al entității contractante care să îi fi produs un prejudiciu. Între presupusele neregularități invocate și poziția sa în clasament nu există o legătură de cauzalitate, întrucât clasarea pe ultimul loc dintre ofertele admisibile este rezultatul propriei oferte, nu al evaluării celorlalți participanți. Contestația are un caracter speculativ, fiind formulată în scopul studierii dosarului achiziției și al identificării unor eventuale motive ulterioare de contestare, ceea ce contravine scopului Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SA a solicitat cele sus menționate.

Ulterior justificării admisibilității cererii sale, intervenientul apreciază contestația formulată de ... ca nefondată, întrucât:

1. Planșa solicitată la punctul a) din Formularul 7 - aceasta se regăsește, în oferta ... SA, la pagina 8 a propunerii tehnice, cu dimensiuni și etichete. Această planșă este însoțită, la paginile următoare, de text descriptiv. Planșa de la pagina 8 prezintă limitele instalațiilor, clădirile, zonele de depozitare, accesul în șantier și lucrările temporare, etichetele inserate în planșă fiind mai mult decât elocvente. Prin urmare, cerința este îndeplinită, critica fiind nefondată.

2. Cerința de la punctul b) din Formularul 7- potrivit căreia ofertanții aveau obligația de a demonstra că facilitățile ce trebuie menținute vor rămâne în operare în timp ce lucrările propuse se vor afla în execuție este îndeplinită și se regăsește la pag. 1-15 din propunerea tehnică (reprezentarea grafică se regăsește la pag.10).

3. Metodologia de realizare a contractului pe care a inclus-o în propunerea tehnică este conformă și întocmită după regulile impuse prin documentația de atribuire. Aceasta se regăsește în Planul Calității, cap. 7 DESCRIEREA ȘI EXECUȚIA LUCRĂRILOR, coroborat cu procedurile de execuție depuse pentru fiecare categorie de lucrări. Programul de execuție detaliat pe faze de lucrări, activități și resurse se regăsește la pag. 1554 - 1562.

4. A prezentat în cadrul ofertei Fișe tehnice în limba română pentru toate produsele ofertate. Acestea se regăsesc la paginile 1125 și au anexate fișele producătorului, precum și alte documente tehnice relevante (avize, agremente, etc)

5. Începând cu pagina 1547, în cadrul propunerii tehnice pe care a depus-o se regăsește Abordarea pentru managementul activității

subcontractanților în cadrul activităților din contract. În această secțiune a ofertei, a prezentat toți subcontractanții la care și-a propus să apeleze în executarea contractului, arătând modalitatea în care se va asigura coordonarea activităților acestora, măsurile de asigurare a calității prestațiilor subcontractanților, precum și modalitatea punctuală de gestionare a activității acestora în cadrul contractului, dar și alte informații relevante din perspectiva executării acestui contract.

6. Critica privind presupusa neconformitate a graficului Gantt din oferta sa este, din nou, nefondată. Începând cu pagina 1554, a inclus în propunerea tehnică un grafic complet și corect întocmit, pe structură WBS, care evidențiază în mod clar toate elementele enumerate de contestatoare la motivul nr. 6, critica fiind nefondată.

7. Informații detaliate în legătură cu Managementul riscurilor se regăsesc în propunerea tehnică începând cu pagina 127.

8. Critica privind pretinsa modificare a propunerii tehnice prin solicitările de clarificări este nefondată, dat fiind faptul că toate solicitările de clarificări care i-au fost adresate în etapa de evaluare a ofertelor s-au referit la lămurirea punctuală a unor informații prezentate deja în cadrul ofertei. Privind atât din perspectiva clarificărilor solicitate, precum și din perspectiva răspunsurilor pe care le-a formulat, limitele art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 au fost pe deplin respectate.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr., ... SRL a solicitat cele sus menționate.

În cuprinsul cererii de intervenție, intervenientul învederează că oferta contestatorului a fost clasată pe locul 5, iar oferta sa pe locul 3.

Întrucât ... în cuprinsul contestației a solicitat, printre altele, accesul la dosar, incluzând accesul nerestricționat la oferta ... SRL, intervenientul subliniază că justifică interes în formularea prezentei cereri de intervenție raportat la calitatea de ofertant în cadrul procedurii, dar și din prisma protecției confidențialității, a drepturilor și intereselor legitime, a secretelor comerciale/tehnice, dar și a informațiilor sensibile din oferta pe care a depus-o.

În continuare, ... SRL combate criticile contestatorului privind nelegalitatea restricționării accesului la dosar și a protejării confidențialității.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 99/2016, ale Normelor metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr., ... prezintă concluzii scrise în cuprinsul cărora fundamentează argumentele prezentate prin contestație, menținându-și, în totalitate, criticile formulate și, în plus, învederând că:

- pentru specialistul propus ca Șef Șantier - ing. ..., ofertantul ... SA a prezentat CV-ul și diploma de studii, fără o dovada a participării în cel puțin 2 contracte similare, cum era solicitat în caietul de sarcini;

- asocierea ... a propus ca Manager de Proiect pe ing. ... care, conform diplomei de studii, este inginer în profilul Construcții - specializarea Îmbunătățiri Funciare (pag. 866), or, prin răspunsul la clarificări nr. este acceptat cu condiția ca Șeful de Șantier să fie licențiat cu diploma de inginer în specialitatea Amenajări și Construcții Hidrotehnice, iar Șeful de Șantier propus este ..., care a absolvit facultatea Hidrotehnică din cadrul ..., la profilul Construcții, însă specializarea este Ingineria Mediului (pag. 872), deci, nu se respectă cerința, așa cum a fost clarificată.

Totodată, ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SA prezintă concluzii scrise, prin care argumentează aspectele precizate anterior în cererea de intervenție, menționând că motivul suplimentar invocat de contestator este nefondat întrucât, pentru specialistul propus ca Șef Șantier – ing. ..., dovada participării în cel puțin 2 contracte similare se regăsește la pag. 1331-1333 din oferta tehnică, unde s-au prezentat 2 recomandări de bună execuție, pentru investițiile: Echilibrarea și modernizarea rețelelor de distribuție a apei în municipiul ..., emisă de beneficiarul ... și Alimentare cu apă potabilă în comuna ... emisă de beneficiarul

Prin urmare, ... SA apreciază că a îndeplinit întocmai cerința documentației de atribuire.

Prin adresa nr., ... și-a completat punctul de vedere precizând că motivele suplimentare formulate de ... sunt tardive și nefondate motiv pentru care solicită respingerea lor în baza art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr., ... SRL a formulat concluzii scrise ca urmare a concluziilor scrise depuse de ... solicitând respingerea criticilor ca nefondate întrucât:

1. Planșa de la punctul a) din Formularul 7 se regăsește la pagina 98 a propunerii sale tehnice.

2. Textul descriptiv și planșele pot fi regăsite începând cu pagina 35 a propunerii tehnice.

3. Renunță la critică.

4. Echipamentul oferat este deja individualizat prin prezentarea documentelor producătorului, o eventuală mențiune privind codul de produs în ultima coloană a formularelor F5 reprezentând o simplă formalitate a propunerii tehnice care sub nicio formă nu poate conduce la respingerea ofertei pe care a depus-o, ci, eventual, la o solicitare de clarificare în sensul completării rubricii cu modelul din fișele de produs pe care le-a depus deja.

Pentru Fișa tehnică nr. 3 - documentația tehnică se regăsește începând cu pagina 769. Pentru fișa tehnică nr. 4 - a menționat în formularul F5 faptul că în pereții căminului se vor monta trepte de acces din OL 37 min, realizate din oțel protejat anticoroziv, înglobate în beton și cu protecție de cauciuc. În propunerea tehnică, la paginile 450, 451,

462, 465, a făcut referire la trepte și la faptul că vor fi montate în interiorul căminului. Pentru fișa tehnică nr. 8, autoritatea a menționat că documentația tehnică se va depune la livrarea echipamentelor.

În privința echipamentului de la fișa tehnică nr. 8 - SRC311, acesta este echipat cu PLC exact conform cerințelor documentației de atribuire, dovada fiind inclusiv în instrucțiunile echipamentului, unde dotarea se menționează expres.

De asemenea, la pagina 729 din ofertă se regăsește dovada faptului că echipamentul poate gestiona secvențe automate de curățire a colectorului și conductelor. Prin documentația de atribuire, autoritatea a solicitat doar depunerea fișelor tehnice de produs și nu a solicitat în mod expres depunerea unor fișe tehnice care să confirme îndeplinirea fiecărei cerințe în parte.

5. Renunță la critică.

6. Graficul depus conține:

- Rezervele de timp: Graficul Gantt prezentat la pag. 904 specifică Data de început și Data de sfârșit pentru fiecare activitate. Pentru orice activitate care nu face parte din drumul critic, rezerva de timp este perioada dintre Data de sfârșit și termenul final de execuție;

- Resursele necesare pe activități- muncitori si utilaje- în colanele dedicate (între denumirea activității și data de început), dar și la pagina 905 și urm., dar și începând cu pag. 914- Histograma muncitori, 917 și urm.;

- Punctele cheie de control - marcate conform Legendei - sunt evidențiate pe grafic;

- Perioadele de restricții în execuție- - nu există cerința de a evidenția perioade cu restricții pe grafic, aspect confirmat inclusiv prin răspunsul consolidat la întrebările 10 din clarificarea și 11 din clarificarea publicate de entitatea contractantă prin intermediul platformei SEAP;

7. În oferta sa, riscurile sunt tratate la paginile și în capitolele indicate mai sus. Astfel cum reiese din modalitatea de formulare a cerinței, entitatea a solicitat, la acest moment, ca ofertanții să prezinte doar identificarea riscurilor. La pagina 28 a caietului de sarcini, autoritatea a impus, drept activitate din perioada de execuție a contractului, organizarea de întâlniri între constructor și beneficiar, iar în cadrul acestora, constructorul are obligația de a prezenta o minută a întâlnirii care să cuprindă o listă de riscuri și măsurile propuse pentru înlăturarea riscurilor.

... a constituit cautiunea în quantum de

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

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului având ca obiect ..., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea totală estimată a achiziției este de ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Au fost primite în cadrul procedurii 7 oferte, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. ..., în care apare consemnat următorul clasament:

.....

....

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, pentru motivele evocate în cele ce preced, ... a depus contestația de față, prin care critică evaluarea celor 4 oferte mai bine clasate în raport cu propria ofertă.

Față de cererea de intervenție formulată de ... SA, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul câștigător potrivit raportului procedurii nr. ..., Consiliul, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție în interesul entității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

De asemenea, cu luarea în considerare a aceluiași prevederi legale, va fi admisă în principiu și cererea de intervenție depusă de ... SRL, interesul acestuia fiind cel de conservare a poziției ocupate în clasament, periclitat prin prezenta contestație.

Referitor la cererile de studiere a dosarului cauzei formulate de contestator și intervenientul ... SA, se reține că, potrivit legislației în vigoare, accesul la dosarul constituit la Consiliu se face în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, care stipulează 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.

Văzând că ofertanții de pe locurile 1-4, inclusiv contestatorul, au depus declarații de confidențialitate, Consiliul a solicitat acestora să precizeze dacă permit accesul la oferta depusă, precum și probarea și prezentarea justificării documentelor declarate confidențiale, în acord cu prevederile legale citate mai sus.

Prin răspunsurile formulate, ofertanții de pe locurile 1-4 au refuzat să permită accesul la propriile oferte, prezentând argumente care în opinia lor, demonstrează caracterul confidențial declarat, iar contestatorul ... a arătat că permite ... SA accesul la documentele din oferta sa în măsura și sub condiția în care Consiliul va acorda acces societății sale la documentele declarate confidențiale din oferta ... SA.

În analiza caracterului confidențial al documentelor declarate astfel, Consiliul reține următoarele:

Potrivit art. 70 din Legea nr. 99/2016, alin. (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 entității contractante, 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. și alin. (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).

Așadar, datele și informațiile ce pot fi indicate ca fiind confidențiale, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire, sunt numai cele care se încadrează în una dintre categoriile enumerate de acest text legal, și anume date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau date/informații protejate de un drept de proprietate intelectuală, același regim juridic avându-l fundamentările/justificările de preț/cost și, în toate cazurile, dreptul operatorilor economici de a le declara confidențiale trebuie să îndeplinească *dubla condiție expres prescrisă de legea internă*, anume condiția de a justifica caracterul confidențial, indicând categoria căreia îi aparțin datele/informațiile declarate confidențiale și condiția de a *dovedi* acest caracter.

Condiția probării caracterului confidențial este esențială pentru ca datele/informațiile având acest caracter să beneficieze de protecție, legiuitorul vorbind expres despre dovezi privind caracterul confidențial al unor informații din cuprinsul ofertei, nicidecum despre motive/argumente/ susțineri/ alegații/teoretizări. Astfel, pentru probarea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare, nu este suficientă menționarea în cuprinsul ofertei a informațiilor cu caracter confidențial și a cauzei / motivelor / argumentelor / susținerilor / alegațiilor/teoretizărilor privind caracterul confidențial al acestora, ci, trebuie indicate dovezi privind acest caracter, nefiind suficientă nici măcar indicarea dovezilor privind acest caracter, ci, corelativ, indicării lor exprese în cuprinsul ofertei, dovezile trebuie anexate, ele devenind, astfel, anexe la ofertă.

Se mai reține că norma din dreptul intern enunțată asigură echilibrul ce trebuie menținut între interesul celui ce declară confidențialitatea unor date/informații din oferta depusă într-o procedură de atribuire precum cea din prezenta cauză și interesul public ce constituie fundamentul principiului transparenței a cărei funcționare trebuie asigurată în cadrul unei atare proceduri, astfel că este conformă și cu exigențele dreptului european, așa cum rezultă din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, sens în care trebuie citată Hotărârea din cauza C-927/19, prin care, în partea relevantă pentru cauză, s-a statuat astfel:

6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia i-a fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz *este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată, care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile accesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.*

În contextul jurisprudențial citat și având în vedere lipsa dovezilor la care face legea referire, Consiliul apreciază că entitatea contractantă avea obligația de a da curs solicitării contestatorului de studiu a dosarului achiziției în integralitatea sa, de observat fiind și faptul că

declarația de confidențialitate depusă de ... SA nu include argumentația prezentată de acesta în răspunsul la justificarea confidențialității cerută de Consiliu.

Mai mult, se impune subliniat și faptul că pretinsa confidențialitate nu se poate întinde asupra întregii oferte – documente de calificare, propunere tehnică și propunere financiară, răspunsuri la clarificări, ci doar asupra părților din cuprinsul acesteia care cuprind informații de natura celor probate, ca atare, a fi confidențiale.

De asemenea, pretinsa confidențialitate nu se poate întinde asupra actelor comisiei de evaluare din etapa de evaluarea a ofertelor. Nicăieri în conținutul art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 nu se precizează că în sfera confidențialității intră și documentele de evaluare.

Cu luarea în considerare a celor de mai sus, Consiliul a asigurat accesul la dosarul achiziției publice în forma transmisă de entitatea contractantă la dosarul cauzei. Un refuz de a se permite accesul la oferta ... SA în baza argumentației prezentată de acesta în fața Consiliului ar fi de neacceptat, deoarece justificările prezentate acum de ofertant excedează celor prezentate în cadrul ofertei depuse.

Modul de a proceda al Consiliului este în acord cu cele reținute la pct. 55 din Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: (...) **Este de competența acestui organism să decidă** în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.

Ca urmare a asigurării accesului integral la dosarul achiziției, motivele noi de contestare formulate de ... pe cale concluziilor scrise, vor fi soluționate în considerarea celor stabilite de CJUE în cauza C-54/21:

4) Articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, trebuie interpretat în sensul că

în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca **dreptul procedural național să permită instanței sesizate să**

adopte, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă sau să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate.

Termenul de introducere a unei astfel de căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidentiale.

Instanța europeană face vorbire, așadar, despre o restabilire a dreptului la o cale de atac efectivă din momentul în care reclamantul are acces la ansamblul informațiilor care *au fost calificate în mod eronat drept confidentiale*, situație care se întâlnește și în speța de față.

În concluzie, câtă vreme contestatorul a avut acces la documentele dosarului achiziție în integralitatea sa abia cu ocazia studiului efectuat la Consiliu, este evident că nu i se poate refuza verificarea temeiniciei criticilor formulate pe calea concluziilor scrise.

Termenul în care criticile noi trebuie formulate este de 10 zile de la studiul dosarului efectuat la sediul CNSC, respectat în cazul de față. Contestatorul a efectuat studiul la sediul CNSC la data de, deci în interiorul termenului menționat.

A transmis contestatorul concluziile sale scrise, pe lângă CNSC, și entității contractante și celelalte părți din dosar, principiul contradictorialității fiind astfel respectat. De precizat este și faptul că entitatea contractantă dar și intervenienții au transmis la dosar puncte de vedere față de concluziile scrise ale

Prealabil analizei fondului contestației, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de entitatea contractantă, deoarece înlăturarea ofertelor clasate pe locurile 1-4, a căror evaluare este criticată, contrar opiniei entității contractante, deschide ... calea spre atribuirea contractului.

De altfel, practica constantă a Consiliului este în sensul de a reține un interes al contestatorului a cărei ofertă este clasată pe un loc inferior în clasament, chiar 5 cum este contestatorul, câtă vreme critică toate ofertele admisibile aflate în fața sa, iar nu în sensul reținerii unei lipse de interes cum invocă entitatea contractantă.

Nefondată este și inadmisibilitatea criticilor privind ofertele concurente, invocată de entitatea contractantă, câtă vreme contestatorul critică actele comisiei de evaluare pe care le consideră nelegale în ceea ce privește evaluarea ofertelor clasate pe locurile 1-4, demers ce se înscrie în limitele statuate de art. 2 alin. (2) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Trecând la analiza fondului contestației, față de problematica supusă analizei, Consiliul apreciază oportun a expune câteva considerente cu caracter general menite a contura cadrul în care vor fi efectuate verificările sale.

Astfel, se impune precizarea faptului că documentația de atribuire este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de toate părțile angrenate în derularea procesului competitiv.

Orice discuții, la acest moment, pe marginea modalității de prezentare a ofertei, în condițiile în care nu s-a uzat de dreptul de a contesta rigorile precizate în documentația de atribuire, sunt vădit tardive.

Nerespectarea cerințelor documentației de atribuire reprezintă motive care pot conduce la respingerea unei oferte. Cu alte cuvinte, lipsa unor documente/ informații/elemente ale propunerii tehnice nu este doar o abatere minoră și formală care ar putea fi acoperită prin răspunsul la o solicitare de clarificări, ci constituie un viciu serios cu consecințe dintre cele mai importante care implică însăși nevalabilitatea juridică a documentului transmis, solicitarea și acceptarea prezentării documentelor/informațiilor lipsă ulterior datei limită de depunere a ofertelor fiind aptă să atragă încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, în principal principiul tratamentului egal. Din această perspectivă, analiza unor asemenea situații necesită o atenție deosebită din partea comisiei de evaluare.

În acest context, se reține că, potrivit art. 139 din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 133 alin. (1) lit. f), comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Legislația pe linie de achiziții publice impune ca evaluarea fiecărei oferte să se raporteze numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate). În lumina dispozițiilor art. 88 din Legea nr. 99/2016, precum și art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, operatorii economici participanți la procedură trebuie să respecte cerințele documentației de atribuire și să depună o ofertă care să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, iar entitatea contractantă, în procesul de evaluare, este ținută să analizeze ofertele primite în raport de cerințele de participare necontestate, așa cum reglementează art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că

nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, în afara excepțiilor expres prevăzute de lege. Astfel, cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau ne...i clauzele. Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă.

Subliniază Consiliul că procedurile de achiziție publică implică un anumit grad de formalism, care poate fi invocat în susținerea legalității unui motiv de respingere constând în nerespectarea unei solicitări a documentației de atribuire.

De asemenea, se reține că, în procesul de evaluare a ofertelor primite, în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, însă, după cum s-a consemnat mai sus, nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant (art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016).

Așadar, orice demers de clarificare întreprins de comisia de evaluare cu un ofertant, trebuie să nu conducă la avantajarea incorectă a acestuia în raport cu ceilalți participanți la procedură. Prin urmare, acest demers de clarificare trebuie întreprins cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, principii care stau la baza atribuirii oricărui contract de achiziție publică.

În acest context, se impune a fi subliniată importanța egalității de tratament a ofertanților, care – conform jurisprudenței CJUE – are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la o procedură de achiziții publice.

Prin Hotărârea pronunțată la data de 11 mai 2017 în cauza **C-131/16**, în procedura Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Gornictwo Naftowe i Gazownictwo S. A., cu participarea: Digital Center sp. z o.o., CJUE a statuat că:

1) Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror

comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. In schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.

În considerentele sale, Curtea a reținut, printre altele:

27. Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELVSlovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28 Astfel a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).

29. Cu toate acestea, Curtea a avut ocazia să statueze că principiul egalității de tratament **nu se opune ca o ofertă să poată fi corectată sau completată punctual atunci când aceasta necesită în mod vădit o clarificare sau atunci când este vorba despre înlăturarea unor erori materiale evidente, însă cu condiția respectării anumitor cerințe** [a se vedea în acest sens, în cadrul unor proceduri de cerere de ofertă restrânse prevăzute de Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116), Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctele 35-45, în ceea ce privește etapa de apreciere a ofertelor, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctele 30-39, în ceea ce privește etapa de preselecție a ofertanților].

30. Mai întâi, **o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, să fie adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație și trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare** (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctele 42-44, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctele 34 și 35).

31. În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191 punctul 40, și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 36).

32. În sfârșit, cu titlu general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a le solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea

contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELVSlovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 41, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 37).

33. Cu toate acestea, o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele contractului, întrucât autoritatea contractantă este obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens *Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12*, EU:C:2013:647, punctul 40).

Depășind această introducere, Consiliul ia act că ... reclamă un comportament nelegal al entității contractante în evaluarea ofertelor clasate pe locurile 1-4, susținând că au fost declarate eronat drept admisibile, deoarece, în opinia sa, sunt neconforme.

Analizând prioritar neconformitățile invocate de contestator cu privire la oferta câștigătoare, depusă de ... SA, Consiliul constată cu privire la neconformitatea invocată la pct. 1 al contestației, potrivit cu care ... SA nu a prezentat *planșa cerută la pct. a) din Formularul 7*, nuanțată prin concluziile scrise ulterioare studiului dosarului în sensul că planșa regăsită la pag. 8 a propunerii tehnice nu conține limitele instalațiilor de proces, zonele de depozitare și accesul în șantier, următoarele:

Rigorile cu relevanță în cauză se regăsesc la cap. IV.4.1. – *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date, având conținutul:

I. Organizarea Lucrărilor – (Formular nr. 7) a) Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul în cauză: **Ofertantul va demonstra ca oferta sa este adecvata constrângerilor fizice impuse de amplasamentul în cauză, prin elaborarea unei planșe care sa prezinte, în special, următoarele: 1.Limitele instalațiilor, 2.Cladiri, 3.Zone de depozitare 4.Accese în șantier, 5.Lucrari temporare.** Planșa va include dimensiuni și etichete. b)Aspecte de ordin operațional ale lucrărilor existente ce trebuie menținute (acolo unde este cazul). Ofertantul va demonstra ca facilitățile ce trebuie menținute vor rămâne în operare în timp ce lucrările propuse se vor afla în execuție. Pentru demonstrare, se va utiliza text descriptiv, însoțit de planșe și/sau diagrame. Va fi prezentat Planul pentru toate Lucrările Temporare necesare pentru păstrarea funcțiunilor lucrărilor existente., dar și în cadrul Formularul nr. 7 – *Organizarea lucrărilor*, sub forma:

Ofertantul va furniza cel puțin următoarele informații minime:

a) Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentele în cauză:

Ofertantul va demonstra că oferta sa este adecvată constrângerilor fizice impuse de amplasamentele în cauză, prin elaborarea unei planșe care sa prezinte, în special, următoarele:

1. Limitele instalațiilor de proces
2. Conductele, canalele și camerele principale
3. Clădiri

4. Zone de depozitare
5. Accese în șantier
6. Lucrări temporare

Plansa (plansele) se refera la spatiul (spatiile) organizarii de santier a Antreprenorului, astfel incat sa demonstreze ca activitatile necesare pentru organizarea lucrarilor se pot desfasura in coexistenta cu posibilele constrangeri impuse de amplasamentul identificat de ofertant pentru aceasta.

Din coroborarea prevederilor enunțate, rezultă că s-a impus în sarcina ofertanților obligația întocmirii unei/unor planșe care să conțină cel puțin elementele indicate în fișa de date respectiv în Formularul nr. 7.

Fiind de netăgăduit obligația ofertanților de a întocmi oferta cu respectarea întocmai a prevederilor documentației de atribuire, Consiliul constată că planșele prezentate de ... SA la pag. 8 și 9 din propunerea tehnică respectă cerințele impuse, conținând elementele la care face contestatorul referire.

Prin urmare, critica este nefondată.

Cu privire la neconformitatea de la pct. 2 al contestației, potrivit căreia ... *SA nu a demonstrat că facilitățile vor rămâne în operare în timpul execuției*, deoarece nu a prezenta *text descriptiv însoțit de planșe/diagrame care să demonstreze că facilitățile ce trebuie menținute vor rămâne în operare în timp ce lucrările propuse se vor afla în execuție, nefiind prezentat nici un plan de by-pass sau alte metode de menținere a utilităților actuale în funcțiune*, Consiliul reține că, potrivit pct. b) din Formularul nr. 7, ofertanții aveau obligația de a prezenta:

b) Aspecte de ordin operațional ale lucrărilor existente ce trebuie menținute (acolo unde este cazul)

Ofertantul va demonstra ca facilitățile ce trebuie menținute vor rămâne în operare în timp ce lucrările propuse se vor afla în execuție. Pentru demonstrare, se va utiliza text descriptiv, însoțit de planșe si/sau diagrame. Va fi prezentat Planul pentru toate Lucrările Temporare necesare pentru păstrarea funcțiunilor lucrărilor existente.

Analizând aceste prevederi, Consiliul observă că entitatea contractantă a inserat între paranteze expresia *acolo unde este cazul* și, de asemenea, nu a indicat explicit facilitățile la care se referă, obligație care îi revenea în considerarea principiului transparenței, statuat la art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016, transpus și la nivelul dispozițiilor art. 164 din același act normativ (Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.)

Relevante speței sunt și considerentele expuse în cauza Pippo Pizzo, în care CJUE a arătat că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorităților**

contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În acest context de drept, Consiliul nu poate realiza cenzura dorită de contestator, modalitatea în care acesta din urmă a înțeles să procedeze la întocmirea propriei oferte neputând constitui un reper în evaluarea ofertelor care se realizează prin raportare la cerințele documentație de atribuire iar nu prin raportare la celelalte oferte depuse.

Din verificarea Formularului nr. 7 prezent de ... SA, se observă că se regăsesc referiri la menținerea funcționalităților pe perioada execuție lucrărilor, reprezentarea grafică fiind asigurată de planșele de la pag. 8-9 din propunerea tehnică.

În consecință, critica va fi respinsă.

Cu privire la neconformitatea de la pct. 3 al contestației astfel cum a fost detaliată prin concluziile scrise, potrivit cu care ... SA a prezentat Metodologia de execuție în cadrul Planului Calității, a prezentat metodologii de execuție pentru activități incluse în contract, dar fără a evidenția cele care sunt critice în scopul obținerii rezultatelor așteptate, se constată următoarele:

În conținutul Formularului nr. 8 – *Metodologia pentru realizarea lucrării*, entitatea contractantă a cerut:

Ofertantul va prezenta cel puțin următoarele informații minime:

1. Metodologia de realizarea a contractului

- 1.1.1. Obiectivele contractului și sarcinile stabilite prin caietele de sarcini
- 1.1.2. Prevederile legale în domeniul de activitate aferent obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, ce pot avea incidente asupra derularii acesteia
- 1.1.3. **Metodologia de realizare a activităților (cu evidențierea activităților critice) în scopul obținerii rezultatelor așteptate.** Modul de îndeplinire al sarcinilor, astfel încât lucrările să răspundă cerințelor Beneficiarului și legislației în vigoare.
- 1.1.4. Modul de execuție a lucrărilor provizorii și a celor permanente (pregătire, etapele principale de execuție în corelare cu obiectele principale, teste și probe, terminare, perioadă de garanție).

Verificând propunerea tehnică depusă de ... SA, în care se identifică la pag. 1554 activitățile critice iar la pag. 86-262 descrierea activităților critice din punct de vedere al termenului de execuție, Consiliul reține ca pertinente apărările intervenientului prin prisma a ceea ce s-a cerut prin intermediul prevederilor enunțate.

Prin urmare, critica este nefondată.

Analizând neconformitățile prezentate la pct. 4 al contestației, Consiliul o reține nefondată pe cea legată de Fișa tehnică nr. 3 – *Conductă și fittinguri din PVC-U pentru rețeaua de canalizare gravitațională*, deoarece, așa cum corect susține și intervenientul, potrivit fișei tehnice depusă la pag. 1151-1154 din propunerea tehnică ... SA, produsul oferat este din PVC-U rigid neplastifiat, fabricat în conformitate cu standardul SR EN 1401-1. Or, țevile fabricate conform acestui standard au modul de elasticitate cerut de entitatea contractantă.

Se mai impune a fi observat că ... nu prezintă vreo probă din care să rezulte că produsul în discuție nu ar îndeplini specificația tehnică enunțată.

Astfel, critica este nefondată.

Cu privire la neconformitatea legată de Fișa tehnică nr. 4 – *Cămine cu cameră de lucru din elemente prefabricate din beton* se observă că ofertantul a confirmat îndeplinirea tuturor specificațiilor tehnice în conținutul Fișei tehnice nr. 4 regăsită la pag. 1155 din propunerea tehnică, înscris în care a indicat producătorul – ... din partea căruia, la pag. 160 a propunerii tehnice, se regăsește Oferta de preț nr. ...

Analizând oferta de preț arătată, Consiliul observă că în conținutul său se regăsesc o serie de specificații tehnice ale reperelor furnizate, respectiv dimensiuni, materiale de fabricație, codul produsului, astfel că cerința impusă se reține a fi îndeplinită.

Coroborat cu împrejurarea că autorul contestației nu probează nerespectarea vreunei specificații tehnice impuse de către produsul oferat de contracandidatul său, aspectul sesizat apare formalist și insuficient a fundamenta o decizie de respingere a ofertei în discuție cum dorește contestatorul să obțină, în cauză fiind pe deplin aplicabil și principiul proporționalității.

Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 mai 1998, National Farmers' Union și

alții, C-157/96, pct. 60). În general, proporționalitatea constă într-o

examinare a corespondenței dintre obiectivul sau obiectivele stabilite și mijlocul sau mijloacele alese în acest scop. Pentru a se respecta principiul proporționalității, măsurile adoptate trebuie să fie adecvate pentru realizarea obiectivelor legitime și nu trebuie să depășească ceea

ce este necesar pentru realizarea obiectivelor menționate (atunci când există mijloace alternative de reglementare, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare), iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile vizate (echilibru intern sau proporționalitate *stricto sensu*). A se vedea și hotărârile Jippes și alții (C-189/01, EU:C:2001:420, punctul 81), Agrana Zucker (C-309/10, EU:C:2011:531, punctul 42), Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, punctul 29) sau Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, punctul 58).

În această direcție practica instanțelor de judecată a statuat, *exempli gratia* fiind decizia nr. 387 din 16 februarie 2010 a Curții de Apel Cluj, secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, că reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta.,

considerente reiterate și în decizia nr. 3371 din 28 septembrie 2017 a aceleiași curți, sub forma: Prin urmare, nu este nici legală și nici oportună respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, trebuind să existe o corelare rezonabilă între abaterea identificată în cadrul ofertei depuse și gravitatea măsurii luate de autoritatea contractantă. Proporționalitatea reprezintă un criteriul adesea decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului, iar dispozițiile din HG nr. 925/2006 trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului este de a sancționa doar acele abateri ale ofertei care se deosebesc substanțial de viciile de formă, situație care însă nu se regăsește în speță, după cum s-a arătat.

Astfel fiind, neconformitatea invocată nu este aptă a conduce la respingerea ofertei ... SA.

Cele de mai sus se rețin și vizavi de neconformitatea invocată de contestator cu privire la Fișa tehnică nr. 5 – *Capace din material compozit pentru cămine*, situația ofertei ... SA fiind identică cu cea precedent analizată.

În ceea ce privește Fișa tehnică nr. 8 – *Stație de pompare apă uzată pluvială cu electropompe submersibile*, Consiliul constată, contrar opiniei contestatorului, că în Fișa tehnică nr. 8 prezentată de ... SA se regăsesc toate informațiile solicitate, inclusiv producătorul, identificat ca fiind Grundfos, și codul produsului, fișa tehnică menționată fiind însoțită de fișa conținând specificațiile produsului ofertat.

Întrucât neconformitatea de la pct. 5 al contestației nu vizează și oferta ... SA, Consiliul va analiza în cele ce urmează neconformitatea de la pct. 6 al contestației, prin care se impută ... SA faptul că graficul Gantt prezentat nu respectă cerințele impuse.

Cerințele privind întocmirea graficului Gantt, reține Consiliul, se regăsesc în cadrul Formularului nr. 11 – *Grafic fizic de derulare a lucrării* ... pus la dispoziție în cadrul documentației de atribuire, relevante sub aspectul conținutului documentului ce trebuia depus fiind și răspunsul la întrebarea 10 din răspunsul consolidat nr. ..., respectiv răspunsul la întrebarea nr. 11 din răspunsul consolidat nr., prin care

chestionată fiind, prin raportare la durata de execuție de 5 luni a contractului, asupra datei de început a lucrărilor dar și asupra perioadei considerată nefavorabilă și dacă aceasta trebuie inclusă sau nu în durata de execuție de 5 luni, entitatea contractantă nu a formulat răspunsuri explicite.

Verificând graficul Gantt depus de ... SA la pag. 1554 din propunerea tehnică a acestuia, prin raportare la prevederile documentației de atribuire astfel cum a fost clarificată, Consiliul nu achiesează opiniei contestatorului, apreciind că înscrisul în discuție conține informațiile cerute la un nivel satisfăcător.

În ceea ce privește evidențierea drumului critic ca o digramă separată, cum susține contestatorul că trebuia procedat dar ... SA nu a respectat, Consiliul observă, după cum corect învederează și acesta din urmă, existența unei necorelări între informațiile regăsite la pag. 21 din Formularul nr. 11 pus la dispoziție, în sensul în care se cere, pe de o parte, evidențierea drumului critic în cadrul graficului iar, pe de altă parte, ca diagramă separată.

... SA a evidențiat drumul critic în cadrul graficului Gantt, îndeplinind cerințele documentației, concluzie care s-ar fi impus însă și în situația prezentării unei diagrame separate, pe deplin aplicabilă fiind în situația invocată de contestator instituția viciului de formă care înlătură posibilitatea respingerii unei oferte doar pentru că o informație cerută se regăsește în ofertă dar nu într-un anumit loc.

Prin urmare, neconformitatea nu se susține.

Reținând că autorul contestației a renunțat la a mai invoca neconformitatea de la pct. 7 al contestației față de ofertantul câștigător, Consiliul, analizând neconformitatea imputată la pct. 8, respectiv că ... SA și-ar fi modificat/completat oferta prin răspunsurile la clarificări, o reține nefondată în contextul în care în Fișa tehnică nr. 8, diferit de celelalte fișe tehnice puse la dispoziție în cadrul documentației de atribuire, entitatea contractantă nu a solicitat a se prezenta fișe tehnice.

Respectivele fișe au fost solicitate ... SA dar și celorlalți ofertanți clasati pe locurile 1-4 în etapa de evaluare tehnică, răspunsurile formulate, la care se referă contestatorul, fiind în sensul depunerii respectivelor fișe.

În concluzie, răspunsul formulat de ... SA conținând fișele tehnice în referire la Fișa tehnică nr. 8 nu este unul de modificare nepermisă a propunerii tehnice cum încercă contestatorul să acrediteze.

Nu se susține nici motivul suplimentar de contestare formulat pe calea concluziilor scrise, legat de șeful de șantier – ing. ..., dovada participării la cel puțin două contracte similare fiind identificată la pag. 1331-1333 din propunerea tehnică depusă de ... SA, constând în 2 recomandări de bună execuție emise de Compania Aquaser SA și

Epuizată fiind verificarea evaluării ofertei desemnată câștigătoare, care nu a relevat elemente care să conducă la infirmarea evaluării

înfăptuită de entitatea contractantă, Consiliul va menține decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei ... SA.

Pe cale de consecință, criticile cu privire la ofertele clasate pe locurile 2 – 4 nu vor mai fi analizate, deoarece, oricare ar fi rezultatul acestei analize, nu este de natură a-i procura contestatorului beneficiul atribuirii contractului.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

Față de soluția prefigurată, cererea de intervenție depusă de ... SA va fi admisă.

De asemenea, va fi admisă cererea de intervenție depusă de ... SRL în contextul în care rămâne pe aceeași poziție în clasament.

Cererea de plată a cheltuielilor de judecată formulată de ..., constând în onorariu de avocat în quantum de lei, conform facturii nr., achitată online, va fi respinsă deoarece nu s-a dovedit în cauză culpa procesuală a entității contractante.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție depusă de ... SA.

Admite cererea de intervenție depusă de ... SRL.

Respinge cererea ... de plată a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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.