

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

DECIZIE

Nr. 2148/C1/2272

Data: 27.09.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45255/30.08.2021, formulată de SC SRL, în calitate de membru al Asocierii SC - SC SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentant convențional de SCA cu sediul profesional în, șos., domiciliu ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva raportului procedurii nr. 25391/17.08.2021 și a adresei de comunicare a rezultatului nr. 25391.2/17.08.2021, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în Piatra-....., str., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Servicii de elaborare documentații tehnico-economice etapa Proiect pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC), proiect tehnic de execuție (PTE) și detalii de execuție (DE), asistenta tehnică din partea proiectantului, precum și execuția lucrărilor, furnizarea, montajul, testarea și punerea în funcțiune a echipamentelor/bunurilor/dotărilor, pentru proiectul: «Implementare sistem bike-sharing în» cod SMIS 126605”, cod CPV: 34430000-0, s-a solicitat:

a) în principal, anularea raportului procedurii nr. 25391/17.08.2021 și a adresei de comunicare a rezultatului nr. 25391.2/17.08.2021 prin care oferta sa „a fost respinsă ca inacceptabilă” iar oferta SRL a fost desemnată câștigătoare, precum și anularea tuturor actelor subsecvente;

și,

i. în principal, în temeiul art. 26 alin. (10) teza a II-a din Legea nr. 101/2016, atribuirea contractului ce face obiectul procedurii de atribuire către contestatorul SC SRL ;

ii. în subsidiar, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou

raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului;

b. în subsidiar, în temeiul art. 26 alin. (3) coroborat cu art. 26 alin. (7) al Legii nr. 101/2016, anularea procedurii de atribuire organizate de

c. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 369/08.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47387/08.09.2021, ... SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J8/847/2001, având cod unic de înregistrare 14114110, reprezentant legal de și convențional de Societatea de Avocați „.....” - S.P.A.R.L., cu sediul profesional în, b-dul, domiciliu ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL solicitând admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată.

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

În fapt, contestatorul precizează că prin adresa nr. 25.391.2/17.08.2021, autoritatea contractantă i-a transmis rezultatul procedurii de atribuire, comunicându-i admiterea ofertei depuse de celălalt operator economic participant în procedură, anume, departajarea fiind realizată în urma punctajelor obținute.

În opinia sa această decizie este nelegală - drept urmare, atât rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 25.391.2/17.08.2021, cât raportul procedurii de atribuire nr. 25.391/17.08.2021 se impun a fi anulate.

A. Oferta este inacceptabilă. În mod nelegal și-a completat oferta neconformă după data limită de depunere a ofertelor.

În susținere contestatorul invocă prevederile din Secțiunea IV, punctul 4.3 din FDA, intitulată „Modul de prezentare al ofertei” unde se impun următoarele obligații: „Operatorii economici vor transmite pe SICAP oferta (DUAE completat, declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016, propunerea tehnică, propunerea financiară, documentul doveditor privind constituirea garanției de participare, formularele solicitate, draft contract asumat), numai în format electronic și numai până la data și ora limită stabilită

pentru depunerea ofertelor în anunțul de participare. Sub sancțiunea respingerii ofertei conform art. 137 alin. (2) litera j) din HG 395/2016, toate documentele (oferta, documentele care o însoțesc) vor fi semnate cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SICAP numai de către operatorii economici înregistrați”.

Totodată, arată că potrivit art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016: „în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: j) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.

Astfel, contestatorul susține că atât fișa de date a achiziției cât și dispozițiile legale prevăd condiția esențială a existenței semnăturii pentru ca o oferta să fie considerată acceptabilă.

Având în vedere lipsa semnăturii electronice asupra documentelor din oferta transmisă de către, la data de 02.02.2021 contestatorul consideră că a încercat să acopere acest motiv de inacceptabilitate prin emiterea solicitării de clarificări nr. 3091.1. Concret, arată că autoritatea contractantă a transmis solicitarea de a redepune patru documente:

„Având în vedere faptul că a fost identificat în cadrul ofertei dvs. un fișier, „Documente de calificare” nesemnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, vă solicităm retransmiterea următoarelor documente semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat:

1. Declarație privind conflictul de interese -; dat fiind faptul că formularul a fost datat în 25.02.2021, vă rugăm, redată;

2. Acord de subcontractare nr. 1/25.01.2021, încheiat între și SC SRL; de asemenea, vă rugăm să specificați și procentul de realizare a contractului de către subcontractant;

3. Declarație privind conflictul de interese - SC SRL; dat fiind faptul că formularul a fost datat în 25.02.2021, vă rugăm, redată;

4. Împuternicirea SC SRL în favoarea pentru reprezentare în cadrul prezentei proceduri”.

Contestatorul consideră că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3091.1/02.02.2021, ... a completat nelegal oferta tehnică. Astfel, ... a suplinit un element inexistent în oferta depusă inițial, anume semnătura electronică a documentelor indicate de către autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări. Raportat la

mențiunile citate din FDA și din HG nr. 395/2016, contestatorul arată că în loc să aplice sancțiunea respingerii ofertei, autoritatea contractantă a procedat în contradicție cu dispozițiile legale solicitând suplinirea lipsurilor.

În aceste condiții, susține că se creează o situație mai avantajoasă pentru ofertantul care a omis să depună documentele necesare fără a fi semnate electronic, prin semnarea acestora după expirarea termenului de depunere a ofertelor.

Prin urmare consideră că nu și-a asumat conținutul documentelor depuse dar ne semnate electronic. Depunerea documentelor ne semnate electronic care alcătuiesc oferta, echivalează cu nedepunerea acestora, ceea ce conduce la situația depunerii unei oferte incomplete și neconforme ce trebuia respinsă.

În susținere invocă jurisprudența Curților de Apel (decizia nr. 160/11.09.2019 a Curții de Apel Pitești, decizia nr. 1046/23.02.2018 a Curții de Apel, decizia nr. 845/01.07.2020 a Curții de Apel și decizia nr. 2224/19.06.2013 a Curții de Apel Pitești).

B. Nu au fost avute în vedere criterii obiective comune ofertanților pentru determinarea autonomiei bicicletelor electrice.

Invocând dispozițiile art. 196 alin. (1) și (3) și ale art. 212 alin. (1) lit. (b) din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că modul de elaborare al documentației de atribuire nu poate fi utilizat de către un operator economic astfel încât acesta să aibă o libertate de apreciere nelimitată în privința cerințelor tehnice. Într-o astfel de ipoteză, pentru a se limita riscul de a fi depuse oferte care nu pot fi comparate, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări astfel încât informațiile furnizate de operatorii economici să nu fie neuniforme.

În concret, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a indicat în documentele de achiziție nicio formulă de calcul a autonomiei bicicletelor electrice. Singura formulă indicată în fișa de date a achiziției este cea prin care se determină punctajului pentru acest subfactor, înlocuind autonomia care trebuie cunoscută „din fișa tehnică a bicicletei electrice”. Cu atât mai mult că, pentru calcularea acestei autonomii, nu există o formulă general recunoscută sau aprobată de o anumită autoritate, ceea ce înseamnă că, în speță, fiecare ofertant și-a stabilit propriul sistem de calcul. Or, pentru obținerea unui rezultat real, trebuie avuți în vedere o multitudine de factori, dintre care amintim: temperatura, înclinația drumului, viteza, condiții meteorologice, greutatea ciclistului, presiunea cu care se pedalează etc.

Astfel, arată că la stabilirea autonomiei, fiecare ofertant a particularizat acești factori în mod discreționar, rezultatul obținut fiind valabil raportat doar la propriul sistem de calcul.

De asemenea, susține că autoritatea contractantă nici măcar nu a solicitat ofertanților indicarea metodei de calcul pentru a realiza în mod real și obiectiv departajarea.

C. Oferta depusă de către prezintă informații nereale.

Citând dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 contestatorul precizează că a declarat în mod nereal o autonomie de 3 ori mai mare decât autonomie propusă de contestator, imposibil de realizat din punct de vedere tehnic. Dimensiunea autonomiei se poate deduce din formula indicată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, respectiv autonomie propusă de ofertant (în cazul SC ELECTROGRUP SA, 80 km) înmulțit cu punctajul maxim (20 de puncte) împărțit la autonomia cea mai mare dintre cele propuse de ofertanți, punctajul obținut de contestator fiind de 7,8 puncte.

Autonomie propusă (n) x Punctaj autonomie maximă/Autonomie maxima ofertată.

După efectuarea operațiilor matematice aplicate și pentru SC WIND TECHNOLOGIES SRL, valoarea lui X (anume a autonomiei) devine de 230 km, o autonomie imposibil de realizat pentru o bicicletă electrică.

Concret, contestatorul susține că motoarele sunt clasificate în funcție de numărul de wați. Astfel, în mod normal, motoarele de biciclete electrice au de la 250W până la 1200W, iar cu cât mai multă putere, cu atât mai mare va fi și consumul de energie. În continuare, redă câteva caracteristici relevante:

- Voltajul indică puterea potențială a bateriei. Un voltaj mai mare asigură o putere mai mare, iar valorile tipice sunt de 24V, 36V și 48V.

- Amperi/oră indică numărul de amperi care poate fi generat într-o oră, iar de regulă această valoare variază între 8 Ah la 20 Ah.

- Wați/oră indică nivelul de putere stocat în baterie calculat în wați/oră. Acesta se obține înmulțind voltajul cu amperi/oră. În mod uzual, o bicicletă electrică va consuma undeva între 8 și 16 wați/oră pe fiecare kilometru parcurs, volumul variind în funcție de factori descriși în paragraful inițial al acestui capitol. Așadar, calculând numărul de wați/oră și împărțindu-l la estimarea de wați/kilometru se poate obține o estimare realistă a autonomiei.

Contestatorul precizează că o baterie de 400 Wați/oră pe un teren plat unde se consumă 8 wați/oră per kilometru va avea o autonomie de 50 de kilometri ($400\text{Wh}/8\text{Wh/km}=50\text{ km}$), după care va fi epuizată complet.

Acest exemplul este pur ipotetic, un traseu rar poate fi perfect plat, în condiții de zero vânt, astfel încât realitatea să copieze fidel calculul, așa că luarea unei marje de eroare este obligatorie pentru un rezultat valid.

Având în vedere punctajul minim obținut de Asocieria SC SA – SC SRL la o autonomie de 80 km (anume 7.8 puncte), aplicând același punctaj și pentru și folosind formula de calcul a punctajului autonomiei indicată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, rezultă că autonomia declarată este de 230 km (potrivit calcului detaliat la paragraful de mai sus). Această autonomie este total nerealistă și nu ar putea fi atinsă niciodată, în condițiile de utilizare ale unei biciclete electrice în mod real. Declararea unei autonomii nerealiste pentru o bicicletă electrică ce echivalează cu autonomia unui autoturism electric (Dacia Spring, cu o autonomie de aproximativ 300 de km), nu poate fi luată în considerare în condițiile utilizării în regim electric.

Contestatorul susține că în cadrul procedurii de achiziție publică o atenție deosebită trebuia acordată metodei de calcul și de verificare de către autoritatea contractantă a acestei operații, ținând cont de faptul că punctajul pentru acest criteriu era de 20 de puncte. Este evident că declararea unei autonomii neverificate superioare față de cea declarată de către ceilalți ofertanți creează un avantaj major ofertantului. Autoritatea contractantă nu a depus toate diligențele pentru a se asigura că autonomiile bicicletelor electrice pot fi atinse în mod real. Ținând cont și de variabilele ce trebuie avute în vedere la determinarea autonomiei bicicletelor electrice, ofertanții au avut foarte ușor posibilitatea de a efectua calculul în avantajul lor raportându-se la condițiile optime de utilizare a produselor.

Referitor la situația prezentării unor informații nereale în ofertă, invocă ca jurisprudență Decizia nr. 1492 din 04.09.2018 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În opinia sa cele de mai sus demonstrează că autoritatea contractantă a respins în mod nelegal oferta sa, a favorizat prin solicitarea de completare a documentelor după îndeplinirea termenului și nu a stabilit o modalitate de calcul comună pentru determinarea unui punctaj real.

Pentru aceste motive solicită:

a) în principal, anularea raportului procedurii nr. 25391/17.08.2021 și a adresei de comunicare a rezultatului nr. 25391.2/17.08.2021 prin care oferta sa „a fost respinsă ca inacceptabil” iar oferta a fost desemnată câștigătoare, precum și anularea tuturor actelor subsecvente;

și,

i. în principal, în temeiul art. 26 alin. (10) teza a II-a din Legea nr. 101/2016, atribuirea contractului ce face obiectul procedurii de atribuire către contestatorul SC SRL ;

ii. în subsidiar, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului;

b. în subsidiar, în temeiul art. 26 alin. (3) coroborat cu art. 26 alin. (7) al Legii nr. 101/2016, anularea procedurii de atribuire organizate de

c. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 45343/30.08.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207451232/1, tranzacția: 1119923856/1918703669 din data de 26.08.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 182.192,00 lei.

Prin adresa nr. 28029/06.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 46733/06.09.2021, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație solicitând respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă precizează că în etapa de evaluare a DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, conform proceselor verbale nr. 3091/02.02.2021 și nr. 3342/03.02.2021, comisia de evaluare a ofertelor a identificat faptul că ofertantul a încărcat în SEAP fișierul „Documente de calificare” nesemnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Analizând o situație similară descrisă printr-o decizie CNSC, anexată la prezentul punct de vedere, obiect al unei contestații, CNSC a avut următorul punct de vedere: „dat fiind faptul că celelalte documente postate au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, denotă faptul că ofertantul deține certificat acreditat pentru semnătură electronică extinsă.

Lipsa unui document cât și prezentarea unui document fără semnătură electronică extinsă trebuie să facă obiectul unei solicitări de confirmare, așa cum este aceasta reglementată de art. 209. alin. 1 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „(1) 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/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței” coroborat cu dispozițiile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016,

„(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte”.

Drept urmare, autoritatea precizează că a ofertelor a decis solicitarea retransmiterii documentelor semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat. Ofertantul SC SRL a retransmis în termen, documentele solicitate semnate cu semnătură electronică.

Referitor la critica contestatorului privind documentația de atribuire, respectiv: „autoritatea contractantă nu a indicat în documentele de achiziție nicio formulă de calcul a autonomiei bicicletelor electrice. Singura formulă indicată în FDA este cea prin care se determină punctajului pentru acest subfactor, înlocuind autonomia care trebuie cunoscută „din fișa tehnică a bicicletei electrice”. Cu atât mai mult că, pentru calcularea acestei autonomii, nu există o formulă general recunoscută sau aprobată de o anumită autoritate, ceea ce înseamnă că, în speță, fiecare ofertant și-a stabilit propriul sistem de calcul. Or, pentru obținerea unui rezultat real, trebuie avuți în vedere o multitudine de factori, dintre care amintim: temperatura, înclinația drumului, viteza, condiții meteorologice, greutatea ciclistului, presiunea cu care se pedalează etc.

La stabilirea autonomiei, fiecare ofertant a particularizat acești factori în mod discreționar, rezultatul obținut fiind valabil raportat doar la propriul sistem de calcul”, autoritatea contractantă menționează faptul că în perioada de solicitări de clarificări, înainte de depunerea ofertelor, nu a existat nicio solicitare de clarificări privind formula de calcul a

autonomiei bicicletei, iar contestarea acestui aspect după comunicarea rezultatului procedurii este extrem de tardivă, ceea ce înseamnă că toți operatorii economici participanți în cadrul procedurii și-au însușit documentația de atribuire.

Având în vedere cele menționate autoritatea contractantă consideră nefondată contestația formulată de SC SRL și solicită respingerea acesteia.

Prin adresa nr. 369/08.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47387/08.09.2021, ..., a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL solicitând admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată.

Astfel, arată că potrivit art. 17 din Legea nr. 101/2016 operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, în conformitate cu dispozițiile Codului de procedură civilă, în termen de 10 zile de la publicarea în SEAP a contestației. Dispozițiile art. 61 din Codul de procedură civilă prevăd că oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenientul susține că justifică un interes legitim și actual în participarea la judecata contestației, având în vedere că oferta sa a fost declarată câștigătoare și are așteptarea legitimă ca autoritatea contractantă să încheie contractul de achiziție publică cu el. Altfel spus, dreptul câștigat în procedura de achiziție este contestat și prin demersul efectuat urmărește protejarea acestuia. Față de acest aspect, jurisprudența a statuat că ofertantul declarat câștigător se impune a fi introdus în cauză în conformitate cu art. 78 din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 16¹ din Legea nr. 554/2004.

Având în vedere obiectul contestației și calitatea sa de ofertant a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare, solicită Consiliului să constate că justifică un interes propriu legitim și actual în participarea la judecata procesului și prin urmare să admită în principiu prezenta cerere de intervenție.

Intervenientul precizează că decizia autorității contractante de a declara oferta sa câștigătoare este temeinică și legală fiind dată cu respectarea tuturor dispozițiilor legale în materie.

Referitor la semnătura electronică extinsă, intervenientul arată că dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016 prevăd faptul că oferta este considerată inacceptabilă atunci când „Oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.

Cu privire la acest aspect arată că a depus oferta semnată cu semnătură electronică extinsă în procedură.

Potrivit acestor dispoziții legale numai în situația în care întreaga ofertă și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă se va respinge oferta ca inadmisibilă.

Prin urmare susține că atunci când, din eroare, nu întreaga ofertă, ci anumite documente au fost încărcate fără semnătură electronică extinsă, devin incidente dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă având obligația de a solicita operatorului economic să depună documentele semnate cu semnătură electronică extinsă.

Dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, invocate de contestator nu trebuie interpretate astfel încât să creeze un motiv pur formalist de respingere a ofertelor care ar încuraja un comportament discreționar din partea autorității contractante. Interpretarea contestatorului este contrazisă de dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 și întreaga jurisprudență a Curții de Justiție a Uniunii Europene care obligă autoritatea contractantă să solicite clarificări pentru a lămuri toate aspectele ofertelor înainte de a ajunge la sancțiunea drastică a respingerii.

Intervenientul arată că în Cauza T-50/05, CJUE a statuat în sensul în care autoritatea contractantă trebuie să ia toate măsurile pentru a evita excluderea candidaților în baza unor deficiențe din documentația depusă care ar putea fi depășite dacă autoritatea contractantă exercită un nivel corespunzător de diligență, o conduită contrară fiind o încălcare a principiilor proporționalității și al buneii administrări.

Totodată, precizează că jurisprudența invocată de contestator nu este aplicabilă în prezenta speță întrucât, (i) nu este o modificare/completare de ofertă, toate informațiile și documentele relevante regăsindu-se în posesia autorității contractante încă de la data depunerii ofertei - Hotărârea Manova, Decizia CAB 1046/2018, Decizia CA8 845/2020; (ii) autoritatea contractantă nu a „negociat în mod confidențial oferta” - Hotărârea SAG ELV Slovensko. Jurisprudența CNSC este constantă în sensul de a permite ca prin răspunsurile la solicitările de clarificări să se îndrepte eroarea materială vădită a depunerii unui document fără semnătură electronică extinsă. Menționează, cu titlu de exemplu: Decizia publicată în Buletinul Oficial 2067 din 2020, decizia nr. 3767/20.06.2018, emisă de Curtea de Apel

Or, atâta timp cât informațiile solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire se regăsesc în ofertă, autoritatea nu

poate exclude un operator economic din procedură, pe motive care țin de forma documentelor și nu de conținutul acestora.

În caz contrar, consideră că s-ar afecta principiul proporționalității și al bunei administrări, aducând autoritatea contractantă în situația în care, din lipsa de concurență ar accepta o ofertă vădit inferioară atât din perspectivă financiară, cât și tehnică. În acest sens, face trimitere la oferta Asocierii SC SRL – SC SRL care are un punctaj mai mic decât oferta sa atât la componenta financiară cât și tehnică.

Față de aspectele arătate anterior, solicită să se respingă criticile contestatorului referitoare la semnătura electronică extinsă ca netemeinice și nelegale.

Referitor la autonomia bicicletelor arată că așa cum în mod corect a constatat Consiliul în dosarul nr. 1702/2021, prin Fișa de date a procedurii, la punctul II.2.5 Criterii de atribuire - 4, s-a stabilit că „Autonomia trebuie să reiasă din fișa tehnică a bicicletei electrice”.

De asemenea, arată că prin prezenta contestație, contestatorul critică tardiv documentația de atribuire, pretinzând faptul că autoritatea ar fi trebuit să stabilească o formulă de calcul. Însă, criticile contestatorului cu privire la stabilirea unei formule de calcul în documentația de atribuire care să fie aplicabilă tuturor operatorilor economici sunt tardiv formulate, potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin documentația de atribuire s-a stabilit modalitatea în care se va proba autonomia bicicletelor - fișa tehnică a bicicletelor electrice. În măsura în care contestatorul nu a depus fișa tehnică a bicicletelor aceasta ar fi trebuit să fie sancționată cu excluderea din procedură și nicidecum să i se permită să dovedească autonomia bicicletelor printr-o formulă de calcul.

Mai mult, dacă contestatorul a primit solicitări de clarificări privind calculul autonomiei bicicletelor, aceasta ar fi trebuit să critice acele solicitări de clarificări, astfel cum a făcut intervenientul, orice critică formulată la acest moment fiind tardivă.

Prin urmare, contrar criticilor contestatorului, în prezenta procedură nu se poate reține un „mod neuniform de abordare a soluțiilor tehnice”, ci faptul că oferta contestatorului este neconformă potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Ofertantul nu ar fi trebuit să „particularizeze acest factor în mod discreționar”, cum recunoaște că a făcut-o contestatorul prin contestația formulată. Ofertantul avea obligația de a depune fișa tehnică a bicicletelor electrice, așa cum s-a impus prin Fișa de date.

În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora o anumită ofertă ar fi prezentat informații nereale, acestea sunt simple supoziții, nedepunând nicio proba în acest sens.

Mai mult, susține că din explicațiile oferite de contestator se constată o înțelegere vădit greșită a modului de funcționare a bicicletelor electrice. Modalitatea de calcul a autonomiei bicicletelor electrice nu este aceeași cu aceea a unui autoturism electric, în cazul bicicletelor electrice existând timpi de inerție care se calculează în mod corespunzător în cadrul autonomiei bicicletei. Altfel spus, motorul funcționează doar atunci când utilizatorul apasă pe pedală, în restul timpului nefiind consumată energia deși bicicleta efectiv funcționează.

Prin urmare arată că Fișa producătorului justifică și dovedește fără putință de tăgadă autonomia fiecărei biciclete, orice supoziție cu privire la această autonomie impunându-se a fi respinsă.

Față de argumentele arătate anterior, solicită respingerea criticilor referitoare la autonomia bicicletelor, admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate ca neîntemeiată.

Prin adresele nr. 47581/2272/C1/09.09.2021 și nr. 47735/2272/C1/ 10.09.2021 Consiliul a solicitat atât contestatorului cât și intervenientului să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

..... a răspuns prin adresa nr. 372/10.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 47953/13.09.2021 precizând următoarele:

Astfel cum rezultă din cuprinsul contestației formulate de SC SRL, acesta nu aduce nicio critică cu privire la informațiile cuprinse în oferta declarată câștigătoare. Contestatorul critică pe de o parte forma unor documente și nu conținutul lor, respectiv existența semnăturii electronice pe 2 formulare a căror conținut atestă cele deja declarate în DUAE (că nu există un conflict de interese și persoana împuternicită în procedură), iar pe de cealaltă parte critică însăși documentația de atribuire și modalitatea în care s-a stabilit că se va justifica autonomia bicicletelor.

Cu privire la autonomia bicicletelor înscrisă în Fișa tehnică a acestora, intervenientul susține că contestatorul are acces la punctajul său. Accesul la orice alte informații suplimentare nu se justifică din perspectiva criticilor formulate. Mai mult, contestatorul nu critică modalitatea de evaluare a propriei oferte care a obținut un punctaj mai mic decât al câștigătorului atât pentru factorii de evaluare tehnici, cât și

financiar. Dată fiind contestația formulată și solicitarea de a avea acces la oferta câștigătoare, în opinia sa acest demers este o încercare de a avea acces la oferta sa, know-how-ul acesteia și secretele comerciale care sunt cuprinse în ofertă.

Asocierea contestatoare este un competitor al său, având în vedere că acționează în cadrul aceleiași piețe relevante. A permite contestatorului accesul la partea din oferta sa care a fost declarată confidențială, în condițiile în care nu există nicio critică care să privească acele informații, consideră că duce la denaturarea concurenței.

Astfel, consideră solicitarea de acces la dosar a contestatorului vădit lipsită de interes în raport de obiectul și motivele contestației.

În justificarea caracterului confidențial al ofertei intervenientul precizează că modul de întocmire al ofertei are la bază o metodologie de ofertare care a fost dezvoltată în cadrul companiei, iar punerea acesteia la dispoziția unui terț este de natură să prejudicieze interesele legitime ale sale ca urmare a posibilității utilizării acestui model de ofertare, de către un terț, în cadrul altor proceduri de atribuire, chiar în concurență cu el.

De asemenea, arată că informațiile cuprinse în justificarea ofertei tehnice și a ofertei financiare se circumscriu protecției oferite de Directiva 2016/943 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale și a Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale.

Intervenientul precizează că acordurile comerciale materializate în cadrul ofertei, necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, intră sub incidența sferei de „secret comercial”.

Solicitările de clarificări și răspunsurile la solicitările de clarificări primite sunt confidențiale întrucât conțin informații protejate de Directiva 2016/943 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate, informații protejate de Regulamentul (UE) 2016/679, precum și secrete comerciale cuprinse în acordurile comerciale anexate prezentei.

În raport de principiul protecției informațiilor confidențiale și a protecției juridice efective, în situația în care Consiliul ar aprecia că nu sunt îndeplinite cerințele referitoare la justificarea caracterului confidențial al ofertei, se impune analizarea caracterului necesar al informațiilor în raport de criticile aduse de contestator.

Arată că niciuna dintre criticile contestatorului nu vizează propunerea sa financiară. Criticile contestatorului vizează, în principal, forma anumitor documente și factorul de evaluare - autonomia bicicletelor care reiese din raportul final al procedurii, nefiind justificat accesul la întreaga ofertă tehnică și la oferta financiară a sa.

Aceleași concluzii se desprind și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care în cauza Varec a stabilit că în cadrul unei căi de atac, principiul contradictorialității nu implică accesul părții nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire, principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuind a fi pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective.

Față de argumentele arătate anterior, solicită respingerea cererii de acces la oferta sa, la solicitările de clarificări și răspunsurile la solicitările de clarificări, formulată de contestatorul SC SRL .

Pentru a proba caracterul confidențial al ofertei depune alăturat acordul de confidențialitate încheiat între SR și, acordul de confidențialitate încheiat între SRL și, acordul de confidențialitate încheiat între SRL și, precum și nota de informare privind prelucrarea datelor cu caracter personal și condițiile de asigurare privind garanția de participare la licitație.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 48200/14.09.2021 SC SRL a răspuns solicitării Consiliului precizând că informațiile care țin de propunerea tehnică nu pot fi dezvăluite conform legii nici direct nici indirect – prin dezvăluirea unor documente care redau aceste informații, întrucât ele dețin un caracter confidențial protejat de lege.

Contestatorul precizează că întreaga ofertă tehnică depusă de Asocierea SC SRL este confidențială (oferta tehnică integral, documentele prin care se demonstrează calificarea și experiența similară a experților principali și secundari, lista echipamentelor folosite), întrucât oferta conține informații care pot fi clasificate ca secrete comerciale, aceste informații se referă la practici și procese care, în general, nu sunt cunoscute publicului sau oricărei terțe părți, a căror publicare ulterioară ar acorda, dacă sunt dezvăluite, un avantaj economic unei alte părți. Datele înscrise în cuprinsul ofertei tehnice cât și financiare reprezintă atât secrete tehnice cât și comerciale.

Secretele comerciale și tehnice declarate confidențiale trebuie să aibă o importanță esențială în sensul că dacă un alt operator comercial ar cunoaște detaliile, modul de abordare a lucrării și metodologia de realizare a lucrărilor, ofertantul respectiv va putea pierde avantajul competitiv, în viitoare proceduri de achiziție publică, fapt de natură a-i cauza în mod evident un prejudiciu.

Contestatorul susține că 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 vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Astfel, arată că în cuprinsul ofertei tehnice a Asocierii SC SRL, se precizează metodologia de lucru implementată la nivelul Asocierii. Întrucât aceasta a fost concepută în exclusivitate pentru proiectele aflate în derulare exclusiv de către contestator, există un risc evident în privința concurenței și în mod implicit ar afecta grav activitatea profesională. Toate informațiile ce rezultă din oferta tehnică sunt expresia directă a know-how-ului său. În privința resurselor umane, respectiv a persoanelor implicate în prezenta procedură, cu preponderență a experților nominalizați, solicită a se observa că pentru aceștia au fost înaintate și declarații de disponibilitate. În vederea întocmirii și asumării celor declarate, expertul și-a exprimat acordul în privința ofertantului. Cu alte cuvinte, acesta își oferă serviciile conform pregătirii sale profesionale, strict ofertantului. Pe de altă parte, consideră că datele cuprinse în Curriculum Vitae, precum și în toate diplomele profesionale, recomandările sunt asociate direct cu titularul acestora, astfel încât neacordarea caracterului confidențial al acestora, ar constitui o prelucrare a datelor cu caracter personal în lipsa consimțământului persoanelor vizate, respectiv cu nerespectarea Regulamentului nr. 679/2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date. În atare condiții, solicită să se constate caracterul confidențial al acestor documente și al tuturor datelor cu caracter personal referitoare la aceste persoane.

În privința datelor cuprinse în oferta financiară, susține că în situația în care aceasta nu ar fi declarată confidențială ar conduce la denaturarea concurenței și a prețurilor practicate de contestator fiind strict legate de activitatea sa. În egală măsură, informațiile cuprinse în oferta financiară apreciază că se circumscriu noțiunii de „secret comercial”.

Contestatorul consideră că a oferi accesul unor competitori esențiali ai SC SRL la aceste informații reprezintă o vătămare a secretelor de afaceri ale sale. În acest mod, competitorii săi ar obține accesul la know-how al SC SRL care le va permite un beneficiu ilegal în viitoare proceduri de ofertare. Or, jurisprudența instanței unionale a arătat deja că o astfel de permisiune nu poate fi acordată de o instanță

națională indiferent de dreptul de acces la instanță a unui reclamant, sub consecința unor grave prejudicii aduse operatorului economic vătămat.

Pentru toate motivele sus expuse, solicită respingerea cererii de a avea în orice fel acces la documentele declarate confidențiale din cadrul ofertei SC SRL.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 49464/21.09.2021, SC SRL transmite Note scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

Contestatorul invocă tardivitatea cererii de intervenție formulată de, prin raportare la dispozițiile art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 care stabilesc: „cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia”.

În acest sens susține că cererea de intervenție voluntară formulată de nu a fost comunicată contestatorului SC SRL. Cererea de intervenție nu a fost transmisă prin email sau fax ori prin serviciul poștal nici la adresa sediului social și nici la adresa sediului ales, anume la SCA Pentru aceste motive, cererea de intervenție voluntară formulată nu a fost comunicată niciodată contestatorului, motiv pentru care aceasta este tardivă, raportat la dispozițiile art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul susține că în mod nelegal și-a completat oferta neconformă după data limită de depunere a ofertelor.

Astfel, arată că nici autoritatea contractantă prin punctul de vedere și nici prin cererea de intervenție tardivă nu neagă faptul că în urma solicitării de clarificări nr. 3091.1/02.02.2021 formulate de către autoritatea contractată, ... și-a completat oferta tehnică prin depunerea ulterioară a documentelor având semnătură electronică.

Prin urmare, consideră că a suplinit un element inexistent în oferta depusă inițial, anume semnătura electronică a documentelor indicate de către autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări. Raportat la mențiunile din fișa de date a achiziției și din HG nr. 395/2016, susține că în loc să aplice sancțiunea respingerii ofertei, în mod nelegal autoritatea contractantă a procedat în contradicție cu dispozițiile legale solicitând suplinirea lipsurilor.

Contestatorul arată că prin punctul de vedere exprimat de către autoritatea contractantă, aceasta invocă o pretinsă tardivitate a criticilor

formulate de el. Contrar celor susținute de către autoritatea contractantă, SC SRL precizează că nu formulează critici față de documentația de atribuire, ci specifică faptul că, în lipsa unor criterii specifice de calcul a autonomiei în documentația de atribuire, ... ar fi trebuit să realizeze un calcul concret și verificabil al autonomiei bicicletelor propuse.

Or, aspectul privind lipsa caracterului suficient de clar al autonomiei bicicletelor electrice ale a fost antamat chiar de către autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificări nr. 17.133/1/03.06.2021 prin care acesta a transmis:

„În aceste condiții, oferta dvs. privind autonomia de 550 km necesită fundamentare, de aceea vă rugăm să aduceți argumente asupra modului în care se atinge autonomia bicicletei electrice declarată în cadrul ofertei tehnice”.

Raportat la faptul că exact modul de stabilire al autonomiei în oferta tehnică a a reprezentat obiectul unor solicitări de clarificări din partea autorității contractante, în opinia sa, în mod cert nu se poate reține că autoritatea contractantă și-a contestat propria documentație de atribuire. Rezultă astfel că SC SRL nu formulează critici împotriva documentației de atribuire, ci critică faptul că autonomia invocată de către încalcă prevederile caietului de sarcini.

Contestatorul precizează că autonomia a fost calculată de către cu încălcarea prevederilor caietului de sarcini.

Concret, arată că la punctul 5.7. „Cerințe privitoare la execuția lucrărilor și furnizarea echipamentelor”, pagina 34, prevederile caietului de sarcini stabilesc specificațiile tehnice ale bicicletei electrice astfel:

„Baterie încapsulată în cadrul bicicletei: Li-Ion 36V, 10h cu capacitate de min 70% după 1000 de cicluri de încărcare;

Sistem electric de asistare a deplasării prevăzut cu buton oprit/pornit; Autonomie: 60 km;

Senzor de măsurare a vitezei de deplasare și sistem de afișaj al gradului de încărcare a bateriei; Sistem angrenaj viteze;

Motor: 36V pe roata din spate; Putere: 250 W”.

Astfel, consideră că s-a stabilit că oferta tehnică va propune un motor și o baterie.

Cu toate acestea, potrivit fișei producătorului pentru ofertantul, ..., s-a stabilit în „Anexa specificații tehnice” (pagina 000212 a dosarului achiziției aflat la Consiliu) că specificațiile bicicletei sunt:

Motorizare Motor: H400 250W 36V

Montaj motor: pe roata din spate

Motor opțional: Active Line M215

Tip asistare: la pedalare

Baterie încapsulată în cadru

Caracteristici baterie: 625Wh, 36V

Capacitate 70% după 1000 cicluri de încărcare

Caracteristici Baterie secundară opțională: 625Wh, 36V

Autonomia maximă: 550 km

Sistem electric de asistare a vitezei cu buton oprit/pornit.

Prin urmare, ... a propus un motor pe roata din spate și un motor opțional, apoi o baterie de 625Wh plus o baterie secundară de 625 Wh.

În realitate, contestatorul susține că a propus o ofertă alternativă caietului de sarcini, cu dublul specificațiilor tehnice din documentația de atribuire.

Fără respectarea principiilor tratamentului egal, al transparenței și nediscriminării, consideră că autoritatea contractantă a permis ofertantului să propună caracteristici tehnice diferite de cele prevăzute în caietul de sarcini, fără a informa și celălalt ofertant cu privire la această posibilitate.

De asemenea, contestatorul arată că prin solicitarea de clarificări nr. 13.511.1/29.04.2021, autoritatea contractantă a solicitat să se clarifice dacă bicicleta ofertată de către urma să includă motorul opțional (al doilea) și bateria secundară opțională, astfel:

„Referitor la caracteristicile bicicletei electrice prezentate în cadrul ofertei tehnice la pag. 288, vă rugăm clarificați dacă acestea vor fi echipate inclusiv cu motorul opțional și bateria secundară opțională, sau aceste elemente vor trebui achiziționate separat de autoritatea contractantă”.

Prin adresa nr. 5160/05.05.2021, ... a răspuns la punctul 15: „confirmăm că opționalele bicicletei electrice la care faceți referire nu trebuie achiziționate separat de autoritatea contractantă”.

În mod concret, contestatorul precizează că putea propune un număr nedefinit de baterii și motoare, în mod necenzurat de către autoritatea contractantă, fără ca această posibilitate să fie de asemenea oferită și celui alt operator economic ofertant, SC SRL. Or, în acest context, consideră că oferta ar fi trebuit să fie respinsă ca inacceptabilă de către autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că a declarat în mod nereal o autonomie de 3 ori mai mare decât autonomie propusă de GTX, imposibil

de realizat din punct de vedere tehnic, astfel cum va indica în cele ce urmează.

Raportat la autonomia declarată de către, de 550 km, prin solicitarea de clarificări nr. 17.133/1/03.06.2021 autoritatea contractantă a solicitat: „luând în considerare același raționament, având în vedere faptul că bicicleta este dotată cu două baterii, distanța parcursă va fi dublă, respectiv de 125 km.

Astfel, raportându-ne la cei 550 km menționați în propunerea tehnică a bicicletei electrice, rezultă că aproximativ 23% din această distanță poate fi acoperită în mod electric iar pentru restul distanței este necesară pedalarea (funcționare mecanică).

În aceste condiții, oferta dvs. privind autonomia de 550 km necesită fundamentare, de aceea vă rugăm să aduceți argumente asupra modului în care se atinge autonomia bicicletei electrice declarată în cadrul ofertei tehnice”. Mai mult, contestatorul arată că autoritatea contractantă a continuat: „în cazul în care fundamentarea dvs. nu clarifică autonomia declarată de 550 km oferta va fi respinsă în baza prevederilor art. 215, paragraful (5¹) din Legea nr. 98/2016”.

Prin răspunsul nr. 5256/07.06.2021 transmis de către, se arată că acesta a susținut: „autonomia a fost calculată de producător prin raportare la tipul de bicicletă ofertată rezultă fără putință de tăgadă din Fișa postului producătorului - pag. 297 din oferta tehnică depusă”.

Apoi, contestatorul arată că a „justificat” autonomia prin a prezenta următorul calcul:

„Puterea motorului de 250W este MAXIMA, nu medie, motorul reglându-și puterea și implicit consumul în funcție de multiplii factori precum condițiile drumului, condiții atmosferice, viteza de deplasare, utilizator.

Astfel, luând în considerare un consum mediu de 30Wh motorul poate funcționa 41,66 ore rezultând că la viteză de 13,203 km/h se parcurge distanța de 550 km.

Vă rugăm notați că viteza de 13,203 km/h este o viteză care se atinge chiar și pe orice bicicletă mecanică cu efort minim, fiind la limita inferioară a vitezei posibile de deplasare, în condițiile în care o persoană se deplasează mergând pe jos cu viteza de 6,5 km/h.

Totodată subliniem că bicicleta este echipată cu un sistem de 7 viteze care fac deplasarea foarte ușoară”.

Contestatorul susține că, raționamentul nu poate fi primit.

Concret, la o baterie de 625W/h, cu o putere a motorului de 250W, aceasta poate funcționa 2,5 h. Astfel este imposibil ca în 2,5 h să fie parcursă o autonomie de 550 km, această situație fiind posibilă doar în

condiția în care biciclistul circula cu o viteză de 200 km/h (imposibil) - acest calcul este prezentat pentru o bicicletă full electrică.

Contestatorul arată că calculând pentru o bicicletă asistată electric, pentru a ajunge la o autonomie de 550km cu o bicicleta cu două motoare de 250W și două baterii de 625Wh, rezultă un consum de 2,27 W/km. Prin regula de 3 simplă, dacă la o viteză medie de 15km/h o bicicletă electrică consumă 8W/km, rezultă că la consumul de 2,27W/km bicicleta ar avea o viteză de 4,25km/h, o viteză la care biciclistul nu își poate menține nici măcar echilibrul pe bicicletă (este dubitabil randamentul unui motor la un consum de 2,27Wh, în condițiile în care un simplu bec consuma 60Wh). În aceste condiții bicicleta electrică propusă de ofertantul nu are utilitate, realizând în teorie (pentru că în practică o bicicletă nu se poate deplasa cu 4,25km/h) 4,25km/h, în condițiile în care o persoană fără a depune un efort considerabil realizează 5km/h.

Prin urmare, consideră că autonomia declarată de este nereal fundamentată.

Mai mult, arată că prin solicitarea de clarificări nr. 19444/23.06.2021, autoritatea contractantă a revenit nefiind lămurită de către ofertant, solicitând:

„Pentru a îndepărta orice nelămurire privitoare la specificațiile tehnice oferite, comisia de evaluare vă solicită prezentarea fișei tehnice semnată de către un reprezentant al producătorului (nume în clar și semnătură) iar pentru susținerea autonomiei declarate de 550 km, vă solicităm prezentarea rezultatului unei testări omologate care să certifice autonomia bicicletei electrice oferite”.

Această solicitare de clarificări a fost anulată parțial de către Consiliu, prin Decizia nr. 1643/C1/1702/28.07.2021, astfel că autoritatea contractantă nu a mai putut solicita o testare omologată. Cu toate acestea, motivul pentru emiterea solicitării de clarificări nr. 19444/23.06.2021 a rămas același: lipsa unui răspuns realist din partea, din care să rezulte în mod obiectiv maniera în care acest ofertant a stabilit o autonomie de 550 km pentru bicicletele existente în oferta sa tehnică.

Contestatorul consideră că în cadrul procedurii de achiziție publică o atenție deosebită trebuia acordată metodei de calcul și de verificare de către autoritatea contractantă a acestei operații, ținând cont de faptul că punctajul pentru acest criteriu era de 20 de puncte. Este evident că declararea unei autonomii neverificate superioare față de cea declarată

de către ceilalți ofertanți creează un avantaj major ofertantului. Autoritatea contractantă nu a depus toate diligențele pentru a se asigura că autonomiile bicicletelor electrice pot fi atinse în mod real. Ținând cont și de variabilele ce trebuie avute în vedere la determinarea autonomiei bicicletelor electrice, ofertanții au avut foarte ușor posibilitatea de a efectua calculul în avantajul lor raportându-se la condițiile optime de utilizare a produselor.

Prin adresa nr. 393/21.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 49700/22.09.2021 depune Concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

Referitor la obiectul contestației intervenientul face următoarele mențiuni:

- Cu prioritate se impune a se avea în vedere că prin petitul contestației, se solicită de către contestator anularea raportului procedurii nr. 25.391/17.08.2021 și a adresei nr. 25.391./17.08.2021 „prin care oferta GTX a fost respinsă ca inacceptabilă”, deși rezultatul procedurii privind oferta contestatorului nu este întemeiat pe dispozițiile art. 215 alin. 3 și 4 din Legea nr. 98/2016 sau a art. 137 alin. (2) din HG nr. 365/2016.

- Nu este prezentat de către contestator niciun motiv de nelegalitate aferent evaluării propriei oferte pentru care să fie necesară reevaluarea acesteia. Cu atât mai mult arată că în speță nu sunt incidente prevederile art. 26 alin. (10) teza II din Legea nr. 101/2016.

- Contestatorul nu prezintă niciun motiv în susținerea capătului de cerere prin care solicită anularea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește criticile referitoare la semnătura electronică extinsă intervenientul precizează următoarele:

În vederea respectării principiilor proporționalității și a bunei administrări, intervenientul consideră că lipsa semnăturii electronice nu atrage, în mod automat, incidența dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, ci, se impune, în prealabil, aplicarea art. 209 din Legea nr. 98/2016, contrar susținerilor contestatorului.

Astfel, susține că atunci când, din eroare, nu întreprinde ofertă, ci anumite documente au fost încărcate fără semnătură electronică extinsă, devin incidente dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă având obligația de a solicita operatorului economic să depună documentele semnate cu semnătură electronică extinsă.

Mai mult, consideră că depunerea ulterioară, a unei părți din documentele solicitate, cu semnătură electronică extinsă, nu este de natură a crea un avantaj față de ofertele concurente, fiind neîntemeiată critica contestatorului referitoare la o pretinsă încălcare a principiului tratamentului egal.

Referitor la autonomia bicicletei, pentru început intervenientul susține că este tardivă critica contestatorului referitoare la formula de calcul a autonomiei bicicletelor - „nu au fost avute în vedere criteriile obiective comune ofertanților pentru determinarea autonomiei bicicletelor electrice”, aceasta reprezentând o veritabilă critică a documentației de atribuire.

Intervenientul susține că prin Fișa de date a procedurii, la punctul II.2.5 Criterii de atribuire - 4, s-a stabilit pentru autonomia bicicletelor: „Autonomia trebuie să reiasă din fișa tehnică a bicicletei electrice”.

De asemenea, menționează că a formulat contestație împotriva solicitării de clarificări nr. 19444.1/23.06.2021 prin care, pentru dovedirea autonomiei, autoritatea contractantă solicita prezentarea rezultatului unei testări omologate care să certifice autonomia bicicletei electrice oferite.

Contestația sa a fost admisă prin Decizia CNSC nr. 1643/C1/1702/28.07.2021, iar în conformitate cu documentația de atribuire și Decizia CNSC, dovada autonomiei bicicletei electrice oferite se face prin „fișa tehnică”.

Mai mult, intervenientul precizează că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 19444.1/23.06.2021, a arătat următoarele: „Ca răspuns la solicitare de clarificări, vă punem la dispoziție declarația producătorului, prin care acesta menționează că nu există nicio entitate sau instituție la nivel internațional care să înregistreze o testare omologată privind autonomia bicicletei electrice” (Răspuns nr. 1914/25.06.2021).

Prin urmare concluzionează că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a stabilit modalitate de dovedire a autonomiei bicicletei electrice - Fișa tehnică a producătorului, și nu prin indicarea „metodei de calcul”, cum se pretinde de către contestator.

Astfel arată că prin necontestarea în termenul legal al prevederilor documentației de atribuire, prevederile acesteia au devenit obligatorii pentru toți ofertanții, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute de art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Or, contestarea modalității de întocmire a documentației de atribuire cu privire la lipsa unei „formule de calcul a autonomiei bicicletei electrice” este tardiv formulată.

Totodată susține că societatea contestatoare pretinde cu rea-credință existența unor informații „nereale” în ceea ce privește o anumită

ofertă, prezentând alegații referitoare la un algoritm de calcul utilizat de aceasta, cu referiri și la modalitatea de calculare a punctajului (I), făcând comparații cu autoturismele electrice și nedepunând nicio probă în acest sens.

În opinia sa fișa producătorului justifică și dovedește fără putință de tăgadă autonomia fiecărei biciclete, orice supoziție cu privire la această autonomie impunându-se a fi respinsă.

Mai mult, consideră că societatea contestatoare nu prezintă coerență în ceea ce privește autonomia bicicletei ofertată de către ea, aceasta, prin răspunsul la clarificări nr. 1478/17.05.2021 prezentând o autonomie de la 50 km la 215 km, comisia de evaluare având în vedere la evaluarea ofertei autonomia maximă și nu 80 de km cum se susține în contestație.

Pentru toate aceste motive solicită Consiliului admiterea cererii de intervenție formulată de și respingerea contestației.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Servicii de elaborare documentații tehnico-economice etapa Proiect pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC), proiect tehnic de execuție (PTE) și detalii de execuție (DE), asistenta tehnică din partea proiectantului, precum și execuția lucrărilor, furnizarea, montajul, testarea și punerea în funcțiune a echipamentelor/bunurilor/ dotărilor, pentru proiectul: «Implementare sistem bike-sharing în» cod SMIS 126605”, cod CPV: 34430000-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1024861/30.09.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 9.109.595,52 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 47387/ 08.09.2021, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea entității contractante.

Prin declarația de confidențialitate aflată la fila 2 din vol. 3 și fila 282 din vol. 1 aferente dosarului CNSC nr. 1702/2021, cei 2 ofertanți menționează:

- asocierea SC SA - SC SRL:

„[x] informațiile cuprinse în propunerea tehnică sunt confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală;

[x] informațiile cuprinse în propunerea financiară considerate a fi confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală sunt următoarele:

- *propunerea tehnică în totalitate;*
- *propunere financiară în totalitate”;*

•:

„[x] informațiile cuprinse în propunerea tehnică sunt confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală;

[x] informațiile cuprinse în propunerea financiară considerate a fi confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală sunt următoarele:

1. propunerea tehnică în integralitatea sa (inclusiv cu toate documentele suport: memoriu tehnic organizare de șantier, planuri de instruire, PCCVI, proceduri ISO, grafic Gantt);

2. Declarație licențe software;

3. Contract închiriere echipamente necesare pentru realizarea de construcții, prestare de servicii de montaj și punere în funcțiune stații de bike-sharing și automate;

4. Toate broșurile echipamentelor și softurilor oferate;

5. Experții propuși pentru realizarea contractului, atât identitatea lor cât și documentele care justifică experiența și recomandările pentru proiectele realizate în cariera lor;

6. Formularul de ofertă financiară și anexa la formular;

7. Clarificările ulterioare atât pe parte tehnică cât și pe parte financiară”.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorului și intervenientului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele

legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”, Consiliul a solicitat SC SRL și prin adresele nr. 47735/2272/C1/10.09.2021 și nr. 47581/2272/C1/ 09.09.2021, să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertanții în cauză au răspuns după cum urmează:

..... a răspuns prin adresa nr. 372/10.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 47953/13.09.2021 precizând că SC SRL nu aduce nicio critică cu privire la informațiile cuprinse în oferta declarată câștigătoare, acesta criticând pe de o parte forma unor documente și nu conținutul lor, respectiv existența semnăturii electronice pe 2 formulare a căror conținut atestă cele deja declarate în DUAE (că nu există un conflict de interese și persoana împuternicită în procedură), iar pe de cealaltă parte critică însăși documentația de atribuire și modalitatea în care s-a stabilit că se va justifica autonomia bicicletelor.

Cu privire la autonomia bicicletelor înscrisă în Fișa tehnică a acestora, intervenientul susține că contestatorul are acces la punctajul său. Accesul la orice alte informații suplimentare nu se justifică din perspectiva criticilor formulate. Mai mult, contestatorul nu critică modalitatea de evaluare a propriei oferte care a obținut un punctaj mai mic decât al câștigătorului atât pentru factorii de evaluare tehnici, cât și financiar. Dată fiind contestația formulată și solicitarea de a avea acces la oferta câștigătoare, în opinia sa acest demers este o încercare de a avea acces la oferta sa, know-how-ul acesteia și secretele comerciale care sunt cuprinse în ofertă.

Asocierea contestatoare este un competitor al său, având în vedere că acționează în cadrul aceleiași piețe relevante. Consideră că a permite contestatorului accesul la partea din oferta sa care a fost declarată confidențială, în condițiile în care nu există nicio critică care să privească acele informații, duce la denaturarea concurenței.

Prin urmare, apreciază solicitarea de acces la dosar a contestatorului vădit lipsită de interes în raport de obiectul și motivele contestației.

În justificarea caracterului confidențial al ofertei intervenientul precizează că modul de întocmire al ofertei are la bază o metodologie de ofertare care a fost dezvoltată în cadrul companiei, iar punerea acesteia la dispoziția unui terț este de natură să prejudicieze interesele legitime ale sale ca urmare a posibilității utilizării acestui model de ofertare, de către un terț, în cadrul altor proceduri de atribuire, chiar în concurență cu el.

De asemenea, arată că informațiile cuprinse în justificarea ofertei tehnice și a ofertei financiare se circumscriu protecției oferite de Directiva 2016/943 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale și a Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale.

Intervenientul precizează că acordurile comerciale materializate în cadrul ofertei, necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, intră sub incidența sferei de „secret comercial”.

Solicitările de clarificări și răspunsurile la solicitările de clarificări primite sunt confidențiale întrucât conțin informații protejate de Directiva 2016/943 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate, informații protejate de Regulamentul (UE) 2016/679, precum și secrete comerciale cuprinse în acordurile comerciale anexate prezentei.

În raport de principiul protecției informațiilor confidențiale și a protecției juridice efective, în situația în care Consiliul ar aprecia că nu sunt îndeplinite cerințele referitoare la justificarea caracterului confidențial al ofertei, se impune analizarea caracterului necesar al informațiilor în raport de criticile aduse de contestator.

Arată că niciuna dintre criticile contestatorului nu vizează propunerea sa financiară. Criticile contestatorului vizează, în principal, forma anumitor documente și factorul de evaluare - autonomia bicicletelor care reiese din raportul final al procedurii, nefiind justificat accesul la întreaga ofertă tehnică și la oferta financiară a sa.

Aceleași concluzii se desprind și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care în cauza Varec a stabilit că în cadrul unei căi de atac, principiul contradictorialității nu implică accesul părții nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire, principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuind a fi pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective.

Pentru a proba caracterul confidențial al ofertei depune acordul de confidențialitate încheiat între SR și, acordul de confidențialitate încheiat între SRL și, acordul de confidențialitate încheiat între SRL și, precum și nota de informare privind prelucrarea datelor cu caracter personal și condițiile de asigurare privind garanția de participare la licitație.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 48200/14.09.2021 SC SRL a răspuns solicitării Consiliului precizând că informațiile care țin de propunerea tehnică nu pot fi dezvăluite conform legii nici direct nici indirect – prin dezvăluirea unor documente care redau aceste informații, întrucât ele dețin un caracter confidențial protejat de lege.

Contestatorul precizează că întreaga ofertă tehnică depusă de Asocieria SC SRL este confidențială (oferta tehnică integral, documentele prin care se demonstrează calificarea și experiența similară a experților principali și secundari, lista echipamentelor folosite), întrucât oferta conține informații care pot fi clasificate ca secrete comerciale, aceste informații se referă la practici și procese care, în general, nu sunt cunoscute publicului sau oricărei terțe părți, a căror publicare ulterioară ar acorda, dacă sunt dezvăluite, un avantaj economic unei alte părți. Datele înscrise în cuprinsul ofertei tehnice cât și financiare reprezintă atât secrete tehnice cât și comerciale.

Secretele comerciale și tehnice declarate confidențiale trebuie să aibă o importanță esențială în sensul că dacă un alt operator comercial ar cunoaște detaliile, modul de abordare a lucrării și metodologia de realizare a lucrărilor, ofertantul respectiv va putea pierde avantajul competitiv, în viitoare proceduri de achiziție publică, fapt de natură a-i cauza în mod evident un prejudiciu.

Contestatorul susține că 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 vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Astfel, arată că în cuprinsul ofertei tehnice a Asocierii SC SRL, se precizează metodologia de lucru implementată la nivelul Asocierii. Întrucât aceasta a fost concepută în exclusivitate pentru proiectele aflate în derulare exclusiv de către contestator, există un risc evident în privința concurenței și în mod implicit ar afecta grav activitatea profesională. Toate informațiile ce rezultă din oferta tehnică sunt expresia directă a know-how-ului său. În privința resurselor umane, respectiv a persoanelor implicate în prezenta procedură, cu preponderență a experților nominalizați, solicită a se observa că pentru aceștia au fost înaintate și declarații de disponibilitate. În vederea întocmirii și asumării celor declarate, expertul și-a exprimat acordul în privința ofertantului. Cu alte cuvinte, acesta își oferă serviciile conform pregătirii sale profesionale, strict ofertantului. Pe de altă parte, consideră că datele cuprinse în Curriculum Vitae, precum și în toate diplomele profesionale, recomandările sunt asociate direct cu titularul acestora,

astfel încât neacordarea caracterului confidențial al acestora, ar constitui o prelucrare a datelor cu caracter personal în lipsa consimțământului persoanelor vizate, respectiv cu nerespectarea Regulamentului nr. 679/2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date. În atare condiții, solicită să se constate caracterul confidențial al acestor documente și al tuturor datelor cu caracter personal referitoare la aceste persoane.

În privința datelor cuprinse în oferta financiară, susține că în situația în care aceasta nu ar fi declarată confidențială ar conduce la denaturarea concurenței și a prețurilor practicate de contestator fiind strict legate de activitatea sa. În egală măsură, informațiile cuprinse în oferta financiară apreciază că se circumscriu noțiunii de „secret comercial”.

Contestatorul consideră că a oferi accesul unor competitori esențiali ai SC SRL la aceste informații reprezintă o vătămare a secretelor de afaceri ale sale. În acest mod, competitorii săi ar obține accesul la know-how al SC SRL care le va permite un beneficiu ilegal în viitoare proceduri de ofertare. Or, jurisprudența instanței unionale a arătat deja că o astfel de permisiune nu poate fi acordată de o instanță națională indiferent de dreptul de acces la instanță a unui reclamant, sub consecința unor grave prejudicii aduse operatorului economic vătămat.

Pentru toate motivele sus expuse, solicită respingerea cererii de a avea în orice fel acces la documentele declarate confidențiale din cadrul ofertei SC SRL.

La aceste răspunsuri generaliste, niciunul din cei 2 ofertanți nu a administrat vreun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 reglementează existența unor aspecte obiective care conduc la concluzia că dezvăluirea informațiilor ar putea prejudicia interesele legitime ale operatorului economic. Însă în speță nu au fost identificate astfel de aspecte obiective, ... și SC SRL alegând să indice că ofertele tehnice și financiare sunt „în bloc” confidențiale. În acest sens este și jurisprudența Curții de Apel, Decizia nr. 687/2016.

Consiliul reține că obiectul prezentei proceduri de atribuire nu constă în construcția unor biciclete personalizate astfel încât vreunul din cei 2 ofertanți să se regăsească în situația de a-i fi divulgate proceduri și

brevete utilizate în procesul de fabricație ci constă în furnizarea unor produse de serie pentru care s-a solicitat prezentarea de fișe tehnice din partea producătorului, aceste înregistrări fiind destinate în mod uzual promovării respectivelor produse prin intermediul internetului sau a magazinelor de specialitate.

Faptul că unul dintre ofertanți a înșiruit lista brevetelor utilizate de produsele sale nu înseamnă că accesul contracandidatului său la propunerea tehnică ar conduce la aflarea unor secrete de fabricație câtă vreme propunerea tehnică și răspunsurile la solicitările de clarificări nu conțin detaliile acestor brevete sau modul în care au fost implementate în produsul finit ci doar anumite materiale de promovare ale produsului finit.

Analizând răspunsurile anterior menționate, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului și intervenientului care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția propunerilor financiare, care nu au făcut obiectul vreunei critici și a informațiilor cu caracter personal.

Anterior, în cadrul aceleiași proceduri, pe rolul Consiliului, a fost depusă contestația nr. 282/05.07.2021 înregistrată sub nr. 35310/08.07.2021, formulată de, împotriva solicitării de clarificări nr. 19444.1/23.06.2021 emisă de către, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Servicii de elaborare documentații tehnico-economice etapa Proiect pentru autorizarea executării lucrărilor (PAC), proiect tehnic de execuție (PTE) și detalii de execuție (DE), asistenta tehnică din partea proiectantului, precum și execuția lucrărilor, furnizarea, montajul, testarea și punerea în funcțiune a echipamentelor/bunurilor/dotărilor, pentru proiectul: «Implementare sistem bike-sharing în» cod SMIS 126605”, cod CPV: 34430000-0, solicitând: anularea solicitării de clarificări nr. 19444.1/ 23.06.2021 și obligarea autorității contractante la evaluarea ofertei în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

Prin decizia nr. 1643/C1/1702/28.07.2021, Consiliul a admis contestația formulată de în contradictoriu cu autoritatea contractantă, a anulat în parte adresa de solicitare clarificări nr. 19444.1/23.06.2021, în ceea ce privește prezentarea unei testări omologate care să certifice autonomia bicicletei electrice ofertate și a obligat autoritatea contractantă la continuarea evaluării ofertei contestatorului cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Decizia Consiliului nr. 1643/C1/1702/28.07.2021 nu a fost atacată cu plângere devenind definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauza soluționată anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

În cadrul contestației care face obiectul prezentei, SC SRL solicită anularea raportului procedurii nr. 25.391/17.08.2021 emis de autoritatea contractantă urmare a reevaluării dispusă prin decizia CNSC anterioară, apreciind că oferta trebuia respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a fost transmisă cu semnătură electronică extinsă, motiv pentru care Consiliul va analiza în cele ce urmează această critică prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Consiliul va reține că, în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1024861/00023] Fisa Date_ DF1095267.pdf” intitulate generic „fișa de date”, la secțiunea IV.4.3 - Modul de prezentare a ofertei, autoritatea contractantă a formulat următoarele cerințe:

„Operatorii economici vor transmite pe SICAP oferta (DUAE completat, declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea

*nr. 98/2016, **Propunerea tehnică, Propunerea financiară, documentul doveditor privind constituirea garanției de participare, formularele solicitate, draft contract asumat**), numai în format electronic și numai până la data și ora limită stabilită pentru depunerea ofertelor în anunțul de participare. Sub sancțiunea respingerii ofertei conform art.137, alin.(2), litera j) din HG 395/2016, toate documentele (oferta, documentele care o însoțesc) vor fi semnate cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SICAP numai de către operatorii economici înregistrați”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale din cuprinsul HG nr. 395/2016, forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 60 alin. (1): *„Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”;*

- art. 62 alin. (1): *„În cazul în care, în scopul verificării conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini sau în scopul verificării propunerii financiare, autoritatea contractantă solicită prezentarea anumitor clarificări/completări, atât solicitarea, cât și răspunsul ofertantului se transmit în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”;*

- art. 123 alin. (2): *„Operatorul economic depune oferta, DUAЕ, documentele de calificare, răspunsurile la solicitările de clarificări numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP”;*

- art. 123 alin. (3): ***„Documentele prevăzute la alin. (2) se semnează cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale”;***

- art. 137 alin. (1): *„Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme”;*

- art. 137 alin. (2) lit. j): ***„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.***

Din analiza atât a prevederilor documentației de atribuire cât și a dispozițiilor legale anterior citate, rezultă că toate documentele (ofertă tehnică, propunerea financiară, răspuns la clarificări etc.) se depun de ofertanți în mod imperativ prin asumarea acestora prin semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat. Altfel spus, legiuitorul nu a stabilit vreo excepție de la această regulă respectiv nu a indicat vreun document exceptat sau vreo împrejurare în care ar fi posibilă transmiterea ofertei semnată parțial electronic, fiind aplicabil principiul de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”* potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă.

Neconformarea ofertanților la această cerință legală atrage sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă conform prevederilor art. 137 alin. (2) lit. j) din HG 395/2016 care dispune în sensul că: ***„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.***

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că, în cadrul ofertei depuse de, în secțiunea „**Documente de calificare**”, aferentă prezentei proceduri **nu** au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, următoarele documente:

- „- Declarație privind conflictul de interese -; ”
- Acord de subcontractare nr. 1/25.01.2021, încheiat între și SC SRL;
- Declarație privind conflictul de interese - SC SRL;
- Împuternicirea SC SRL în favoarea pentru reprezentare în cadrul prezentei proceduri”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă fără a face aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, a permis în urma unei solicitări de clarificări prin adresa nr. 3091.1/02.02.2021 retransmiterea de către a documentelor lipsă indicate mai sus prin semnătură electronică extinsă, încălcându-și astfel propria documentație de atribuire.

Consiliul va reține faptul că riscul lipsei semnăturii electronice extinse la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nesemnării electronice cu semnătura extinsă a unei părți din ofertă (**4 documente aferente documentelor de calificare**), potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul fișei de date modul de transmitere a acestuia respectiv prin semnare electronică cu semnătura extinsă, subliniind astfel aplicabilitatea prevederilor art. 123 alin. (2) din HG nr. 395/2016. Sub acest aspect, Consiliul reține că, în condițiile existenței prevederilor legale menționate anterior, precum și a dispozițiilor neechivoce din documentația de atribuire, lipsa semnăturii electronice extinse a fișierelor conținând documentele de calificare depuse în SEAP echivalează cu însăși lipsa transmiterii documentelor în cauză.

Faptul că a transmis aceste documente în forma cerută de lege respectiv documentația de atribuire, în urma solicitării de clarificări este lipsit de relevanță în soluționarea prezentei deoarece ofertantul în cauză nu a transmis respectivele fișiere semnate electronic autorității contractante înainte de expirarea termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor astfel cum avea obligația potrivit prevederilor art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016 anterior citat coroborat cu art.

104 alin. (3) și art. 60 alin. (1) din aceeași normă juridică potrivit căruia: „Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”.

Verificând legalitatea declarării ca și admisibilă a ofertei respective de către autoritatea contractantă, Consiliul constată că, potrivit exigențelor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii.

De asemenea, în condițiile art. 49 și 50 din același act normativ, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Contrar susținerilor autorității contractante și intervenientului, lipsa semnăturii electronice extinse a ofertei nu este doar o abatere minoră și formală care să poată 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 înlocuirii înscrisurilor fără semnătură electronică din oferta cu cele semnate electronic fiind de natură să atragă după sine în mod automat încălcarea principiilor mai sus menționate, raționament care se regăsește și în Hotărârea nr. 3048/CA/08.12.2017, pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul nr. 525/35/CA/2017.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea 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 ambele părți în derularea procesului competitiv.

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza **C-213/2017, CJUE** s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45:

„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18

octombrie 2001, SIAC Construction, C- 19/00, Rec., p. I- 7725, punctul 34, și

Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C- 448/01, Rec., p.

I- 14527, punctul 47), constituie într- adevăr, temeiul directivelor privind

procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre

altele, Hotărârea Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și

Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351, punctul 73), iar

obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea

din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213,

punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C- 21/03 și C- 34/03,

Rec., p. I- 1559, punctul 26)”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu avea dreptul să solicite sau să accepte înlocuirea documentelor ofertei depuse de către fără semnătură electronică cu altele în varianta semnată electronic (astfel cum susține acesta în cererea de intervenție) având în vedere că, prin acceptarea unei astfel de înlocuiri a ofertei, s-a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu a fost semnată electronic, situație sancționată potrivit art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ca inacceptabilă într-o ofertă conformă și, eventual, câștigătoare.

În cadrul **Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte 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. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 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, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 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 în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a 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 (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare și stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f), i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei depusă de, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei câștigătoare sunt fondate, urmând să fie admise.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul criticilor din contestație, câtă vreme indiferent de natura acestora nu poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei declarate câștigătoare, rezultatul fiind același.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC SRL (în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va respinge cererea de intervenție formulată de, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Referitor la solicitarea contestatorului SC SRL privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și

documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Ori, întrucât contestatorul nu a depus documente doveditoare din care să rezulte cuantumul și detalierea cheltuielilor efectuate, Consiliul va respinge ca nedovedită solicitarea acestuia privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de judecată.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție formulată de, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nedovedită solicitarea contestatorului de acordare a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 33 (treizecișitrei) pagini