



**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. ...**

**Data: ...**

Prin contestația nr. 321/12.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38219/13.07.2023, formulată de SC ... SRL, cu sediul social în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal de ... - director general și convențional prin ..., cu sediul în ..., împotriva raportului procedurii nr. 15951/05.07.2023 și a adresei de comunicare nr. 15953/05.07.2023, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ572 km 102+500 - 128+519 limită județ ... - ... - lucrări de stabilizare a terenului de fundare sector 102+500 - 116+795 și lucrări accesorii”, anunț de participare nr. .../30.03.2023, s-a solicitat:

1. anularea deciziei autorității contractante, prin care oferta SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă și neconformă;

2. anularea raportului procedurii nr. 15951/05.07.2023, sub aspectul deciziei de declarare a ofertei SC ... SRL ca fiind inacceptabilă și neconformă, respectiv de desemnare ca admisibilă, conformă și câștigătoare a ofertei depuse de SC ... SRL, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, respectiv a actelor subsecvente acesteia;

3. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată.

Cu adresa nr. 1372/17.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 39113/18.07.2023, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., C.U.I. ..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional de ... — Societate civilă de avocați, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., a depus cerere de intervenție voluntară prin care solicită introducerea sa, în calitate de intervenient accesoriu în dosarul nr. ..., iar prin decizia care se va pronunța, să se dispună, admiterea cererii de intervenție atât în principiu, cât și pe fond; respingerea contestației ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante privind rezultatul procedurii de atribuire.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

### CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația formulată de SC ..., împotriva raportului procedurii nr. 15951/05.07.2023, a adresei de comunicare nr. 15953/05.07.2023 și a refuzului autorității contractante de a-i permite accesul la documentele din dosarul achiziției publice, prin care solicită admiterea acesteia și adoptarea măsurilor precizate mai sus.

I. Preliminar, contestatoarea arată că, potrivit fișei de date a achiziției, prezenta procedură are legătură cu Proiectul ... „*Proiectare și execuție: Modernizare DJ 572 km 102+500 - 128+519 Limită jud. ... - ...*” - Contractul nr. 138/01.09.2021 aflat în derulare cu antreprenorul general SC ... SRL.

Având în vedere că, în cazul unei modificări substanțiale, autoritatea contractantă avea obligația să încheie un nou contract de achiziție publică pentru activitățile rămase de executat (sau după caz, pentru lucrările/serviciile/produsele aferente modificării substanțiale, în condițiile în care acestea pot fi executate independent de contractul inițial) printr-o procedură de atribuire nouă, JUDEȚUL ... a lansat prezenta licitație.

În cadrul acestei proceduri au participat cu oferte doi ofertanți, respectiv: SC ... SRL și SC ... SRL, care este și antreprenorul general – operatorul economic căruia i-a fost atribuit contractul de achiziție publică inițial, având nr. 138/01.09.2021.

Contestatoarea susține că a depus în cadrul acestei proceduri o ofertă care respectă toate prevederile documentației de atribuire, fiind admisibilă și conformă, dar cu toate acestea, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, a fost declarată ca fiind inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, și neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, oferta SC ... SRL fiind declarată

acceptabilă și conformă iar, ulterior câștigătoare a procedurii de atribuire, decizie pe care o consideră nelegală.

II. Cu privire la admisibilitatea și conformitatea ofertei SC ... SRL arată că:

1. Nu sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și nici prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În esență, autoritatea contractantă a considerat oferta SC ... SRL ca fiind inacceptabilă și neconformă motivat de faptul că a indicat în Lista cu utilaje anexată propunerii tehnice același utilaj („Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8 t”) inclusiv pentru utilajul „Cisternă de apă de 8 t”, prevăzut în C8cp – *Lista privind consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect*.

Raportat la faptul că s-a indicat o singură cisternă de apă în lista de utilaje anexată propunerii tehnice, autoritatea contractantă a considerat că oferta ... SRL nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini și nu respectă cerințele documentației de atribuire.

În acest context, contestatoarea consideră că decizia autorității contractante este nejustificată întrucât, pe de-o parte, „autocisterna de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire” și „cisterna de apă de 8 t” reprezintă, în esență, același tip de utilaj care îndeplinește aceleași funcții, iar, pe de altă parte, niciunde în fișa de date/caietul de sarcini/proiectul tehnic nu se precizează obligativitatea deținerii a două cisterne de apă, în lipsa acestora neputându-se executa lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă/neconformă.

Mai mult, raportat la modul în care este prezentată derularea activităților de execuție în Proiectul tehnic aferent, apreciază că este evident că lucrările de stabilizare nu se vor executa în paralel/concomitent cu lucrările de montare a dispozitivelor de scurgere (rigole carosabile), ci ulterior acestora, pentru fiecare tronson de drum de maxim 500 m pe o singură bandă, care va fi predat, pe rând, autorității contractante.

În acest context, amintim următoarele:

- Conform art. III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate din fișa de date (pag. 6):*

*„Utilaje, instalații și echipament tehnic*

*În conformitate cu Ordinul 1417/2022 ofertantul care se înscrie în calitate de ofertant individual la o procedură de achiziție publică completează formularul de utilaje disponibil în sistem prin asocierea fiecărui utilaj predefinit din propriul registru și îl depune în SEAP odată cu oferta, în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice. Utilajele necesare a fi predefinite sunt cele care se regăsesc în Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect C8cp.*

*Formularul utilajelor este disponibil în sistem pentru operatorii economici participanți care depun ofertă la o procedură de achiziție*

*publică pentru realizarea obiectivelor de investiții din domeniul proiectelor de infrastructură de transport și va cuprinde cel puțin următoarele tipuri de informații care se completează de către operatorul economic pentru fiecare utilaj declarat în cadrul ofertei: categorie/subcategorii utilaj; denumire utilaj; model/marca (completează ofertantul); date de identificare utilaj conform tipului de identificare prevăzut în Nomenclatorul de utilaje; alte informații; perioada de disponibilitate a utilajului, pentru îndeplinirea contractului, etc conform cerințelor din Registrul de utilaje.*

*Modalitatea de îndeplinire:*

*Operatorul economic care se înscrie în calitate de ofertant individual la o procedură de achiziție publică completează formularul de utilaje disponibil în sistem prin asocierea fiecărui utilaj predefinit din propriul registru și îl depune în SEAP odată cu oferta, în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice. Utilajul poate fi declarat la o procedură de achiziție publică numai dacă a fost predefinit în prealabil în registrul propriu al utilajelor.”*

Contestatoarea mai arată că în *Lista C8cp privind consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe Proiect*, sunt prevăzute 8 utilaje, printre care „cisterna de apă” care apare menționată de două ori, întrucât aceasta trebuie utilizată pentru două categorii de lucrări distincte, separate, orele de funcționare fiind astfel, implicit, separate.

Caietul de sarcini amintește de utilajele necesare numai în cadrul art. 5.5 (pag. 12), unde se stipulează strict următoarele: „Se va prezenta modalitatea de acces la echipamentele și utilajele necesare pentru execuția lucrărilor”.

În cadrul proiectului tehnic (pag. 20, 21 și 25), proiectantul a prevăzut, în concret, detalii privind momentul la care este necesară intervenția utilajului cisternă de apă, respectiv numai în contextul realizării stratului de pământ local stabilizat cu lianți hidraulici. Astfel, nu se precizează niciunde necesitatea intervenției, în paralel, a două cisterne de apă.

În acord cu dispozițiile fișei de date și cele ale caietului de sarcini, sus-amintite, petenta susține că a anexat propunerii tehnice, documentul intitulat - Anexa 2 – Lista utilajelor de construcție, în care a prezentat 14 tipuri de utilaje pregătite pentru executarea contractului, printre care se regăseau și toate utilajele amintite de autoritate în Lista C8cp, motiv pentru care consideră că autoritatea avea obligația de a analiza lista în ansamblul său, la nivel global, prin raportare la caracteristicile activităților prevăzute în proiectul tehnic, pe care antreprenorul urmează să le realizeze în cadrul execuției lucrărilor ce fac obiectul contractului.

Aceasta face precizarea că peste tot în cuprinsul documentației de atribuire se stipulează, referitor la modalitatea efectivă de lucru, faptul că lucrările se vor efectua pe tronsoane separate, de maxim 500 m pe o singură bandă, urmată de verificarea și recepția fiecărui tronson, în parte

(art. 10.2 din caietul de sarcini). Nu se vor preda deodată mai mult de 2 tronsoane de maxim 500 m din motive de lucrări de mișcarea terasamentelor și de execuție a straturilor rutiere superioare (balast, piatră spartă, strat de bază mixturi asfaltice) care sunt în sarcina antreprenorului general (SC ... SRL) și de condiționarea menținerii circulației rutiere pe amplasamentul șantierului (pag. 25 din proiectul tehnic).

Totodată, arată că prin răspunsul nr. 226/29.05.2023 la solicitarea de clarificări nr. 12794/24.05.2023, a precizat că *„Utilajul Cisternă apă de 8t este unul și același cu utilajul „Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8t prezentat la poziția cu nr. 1 în documentul Lista utilaje în conformitate cu ORDINUL 1417/2022, din fișierul denumit Anexe resurse utilizate în contract.pdf, toate informațiile privind descrierea utilajului regăsindu-se la poziția antemenționată”*.

De asemenea, prin răspunsul nr. 226/21.06.2023 la solicitarea de clarificări nr. 14752/20.06.2023, petenta arată că a prezentat următoarele: *„În graficul fizic prezentat, subscrisa a alocat timp suficient atât pentru realizarea lucrărilor de stabilizare cât și pentru realizarea lucrărilor aferente rigolelor*.

*Deși aparent se presupune ca aceste lucrări se suprapun, deoarece s-a prezentat graficul cu alocarea activităților pe luni, în fapt, lucrările care necesită același utilaj se vor executa intercalat, în săptămâni diferite ale aceleiași luni, astfel încât lucrările să nu excedă perioada asumată prin graficul fizic și nici să nu fie perturbată buna execuție a desfășurării lucrărilor cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a impus prin documentația de atribuire (PT – parte scrisă pag. 25): Efectuarea stratului stabilizat se va face pe tronsoane, maxim 500 m pe o singură bandă, urmată de verificare și recepția tronsonului ....., care presupun o perioadă de timp în care utilajul poate fi mobilizat în altă activitate”*.

Concluzionând, contestatoarea arată că în ceea ce privește oferta sa:

- nu sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, atât timp cât a răspuns în termen la toate solicitările de clarificări adresate și a conferit răspunsuri pertinente și concludente, în acord cu documentația de atribuire și cu oferta întocmită.

- nu sunt incidente nici dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG. Nr. 395/2016, atât timp cât în caietul de sarcini nu există absolut nicio cerință sau prevedere care să impună deținerea obligatorie a două cisterne de apă de către ofertanți. Din contră, potrivit caietului de sarcini, ofertanții aveau obligația de a prezenta utilajele pe care le alocă executării contractului, raportat la lucrările ce trebuie realizate, precum și modalitatea de acces la acestea. Astfel, apreciază că a respectat întocmai aceste dispoziții, prin propunerea tehnică înaintată, respectiv prin întocmirea documentului intitulat: *Anexa 2 - Lista utilaje în conformitate cu Ordinul 1417/2022*.

- nu sunt incidente nici prevederile art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016, aceasta respectând toate cerințele de admisibilitate și

conformitate impuse de documentația de atribuire. A prezentat propunerea tehnică în acord cu proiectul tehnic și caietul de sarcini puse la dispoziție de autoritate, a prevăzut execuția tuturor lucrărilor necesare, conform graficelor de execuție, a arătat care sunt utilajele pe care le va folosi pentru executarea contractului (toate acestea regăsindu-se inclusiv în Lista C8cp), precum și modalitatea de acces la acestea și momentul intervenției lor, în cadrul execuției lucrărilor.

Contestatoarea face precizarea că absolut toate tipurile de utilaje incluse în Lista C8cp de către autoritate se regăsesc în *Anexa 2 - Lista utilaje în conformitate cu Ordinul 1417/2022*, înaintată odată cu propunerea tehnică, sens în care și cerințele fișei de date au fost respectate, în integralitate.

De asemenea, consideră că a dovedit că are capacitatea tehnică și profesională de execuție a lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziție, respectând cerințele documentației de atribuire.

În opinia sa, susținerea autorității contractante potrivit căreia lucrările de stabilizare se execută concomitent, în paralel, cu lucrările de montare a dispozitivelor de scurgere (rigole carosabile) reprezintă o apreciere personală a autorității contractante, pusă în discuție intenționat, abia ulterior finalizării procedurii de atribuire, raportat la faptul că din niciun document aferent achiziției nu reiese o atare obligație în sarcina antreprenorului.

Graficul general de realizare a investiției este un grafic sumar, constituit pe luni de execuție, în care nu sunt marcate separat lucrările privind montarea dispozitivelor de scurgere (rigole carosabile), pentru a se putea trage concluzia eronată a autorității contractante, că ambele tipuri de lucrări se realizează concomitent. Montarea rigolelor se va efectua pentru fiecare tronson de maxim 500 m, în parte, ulterior realizării execuției lucrărilor de stabilizare a terenului, sens în care modalitatea de execuție propusă de subscrisa prin propunerea tehnică este perfect fezabilă și în acord cu proiectul tehnic și caietul de sarcini:

*„Lucrările care necesită același utilaj se vor executa intercalat, în săptămâni diferite ale aceleiași luni, astfel încât lucrările să nu excedă perioada asumată prin graficul fizic și nici să nu fie perturbată buna execuție a desfășurării lucrărilor cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a impus prin documentația de atribuire (PT – parte scrisă pag. 25): Efectuarea stratului stabilizat se va face pe tronsoane, maxim 500 m pe o singură bandă, urmată de verificare și recepția tronsonului (...), care presupun o perioada de timp în care utilajul poate fi mobilizat în altă activitate.”*

Cele două denumiri, ușor distincte, utilizate de autoritate pentru cisternele de apă, în cadrul Listei C8cp, se referă, în realitate, la același tip de utilaj – „cisternă de apă de 8 t”, având aceleași funcții și aceleași utilități.

Contestatoarea apreciază că nu se poate considera că nu ar fi prevăzut în cadrul ofertei toate utilajele impuse în Lista C8cp – fiecare dintre acestea regăsindu-se și în Lista utilajelor înaintată.

Pentru toate aceste considerente, consideră că motivele care au stat la baza respingerii ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă sunt în realitate, artificiale, oferta îndeplinind, în integralitate, toate condițiile documentației de atribuire.

2. În continuare, învederează că prin respingerea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale, autoritatea contractantă a încălcat vădit principii esențiale și dispoziții legale în materia achizițiilor publice, respectiv a încălcat atât principii generale de drept, cât și principiile generale care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării licitațiilor publice, precum și principiul general al securității juridice/încrederii legitime, principiul transparenței în achiziții publice, stipulat la art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea 98/2016 și principiul proporționalității.

A. În ceea ce privește principiul securității juridice/încrederii legitime, arată că acesta reprezintă o consecință a dreptului modern, fiind ridicat în prezent, în dreptul național, la rang de normă constituțională de către Curtea Constituțională, prin jurisprudența sa continuă.

Contestatoarea susține că prin sancționarea sa cu eliminarea din cadrul procedurii, pentru un motiv artificial precum cel invocat în raportul procedurii, autoritatea contractantă a încălcat vădit principiul securității juridice/al încrederii legitime.

*Per a contrario*, dacă autoritatea contractantă ar fi prevăzut în mod expres obligația ofertanților de a deține, ca o condiție de calificare/de conformitate a ofertelor, două cisterne de apă de 8 tone, cu siguranță SC ... SRL ar fi întocmit oferta în acord cu aceste dispoziții exprese.

B. În ceea ce privește principiul transparenței, contestatoarea arată că autoritatea contractantă avea obligația de a include în documentația de atribuire toate cerințele minime și de conformitate pe care operatorii economici trebuiau să le respecte în cadrul întocmirii ofertelor.

*Per a contrario*, autoritatea contractantă, în procesul de evaluare al ofertelor, nu era îndreptățită să respingă ofertele depuse ca neconforme/inacceptabile, decât pentru neîndeplinirea unor cerințe expres stipulate în cuprinsul documentației de atribuire, orice alte motive care exced acestora fiind inadmisibile, nefondate și neîntemeiate.

Contestatoarea solicită observarea că autoritatea contractantă a încălcat în mod flagrant acest principiu, în contextul în care a respins oferta sa ca neconformă pentru că aceasta „*nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*”, cerințe neprevăzute, în realitate, nici de caietul de sarcini, nici de restul documentației de atribuire, cerințe care nu fuseseră detaliate sau amintite deloc în cuprinsul documentației de atribuire aferente.

În egală măsură, argumentele invocate de autoritate, ulterior finalizării procedurii de atribuire, potrivit cărora lucrările de stabilizare a terenului se vor executa concomitent cu cele de montare a rigolelor, atât timp cât o atare precizare nu este stipulată nici în proiectul tehnic, nici în caietul de sarcini și nu reiese din niciun document al achiziției, afectează și mai mult transparența întregii proceduri de achiziție.

C. În opinia petentei, principiului proporționalității trebuie analizat dacă „regula” invocată de autoritate trece testul calității relației dintre mijloace, obiectivul urmărit prin instituirea acestei măsuri fiind desemnarea ca fiind câștigător a celui ofertant care are oferta cea mai avantajoasă raportat la criteriul de atribuire instituit și care prezintă cele mai multe garanții pentru executarea lucrării în mod conform și optim.

În acest sens, contestatoarea consideră că declararea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale pentru că nu a prevăzut același utilaj de două ori în cuprinsul Listei de utilaje anexate propunerii tehnice, în contextul în care utilajul necesar a fost prezentat, acesta există, s-a demonstrat modul de acces la acesta, precum și modalitatea de intervenție în cadrul execuției lucrărilor, reprezintă o măsură excesivă, raportat la scopul achiziției, la cerințele documentației de atribuire și la normele legale care guvernează evaluarea ofertelor.

De asemenea, contestatoarea apreciază că pe lângă încălcarea principiilor enunțate mai sus, autoritatea contractantă a încălcat vădit și dispozițiile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 133 alin. (1) și (2) din HG. nr. 395/2016, în condițiile în care propunerea sa tehnică corespundea tuturor cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini și în documentația de atribuire.

III. Cu privire la accesul la dosarul achiziției publice, consideră că s-au încălcat dispozițiile art. 57 din Legea 98/2016 și îndrumarea ANAP privind analiza confidențialității ofertelor.

Contestatoarea învederează că, după publicarea raportului procedurii a solicitat accesul la dosarul de achiziție al procedurii, respectiv a solicitat autorității contractante, prin e-mail, să-i comunice, în format electronic, documentele ce formează dosarul achiziției publice și care nu sunt protejate de declarațiile de confidențialitate ale ofertanților.

Față de această solicitare, Județul ... a comunicat, prin adresa nr. 16096/06.07.2023, că celălalt participant la procedură, SC ... SRL, a declarat și dovedit oferta sa ca fiind confidențială, în integralitate, sens în care nu poate comunica absolut niciun document din dosarul achiziției publice.

Contestatoarea consideră că autoritatea avea obligația de a-i comunica totuși acele documente care fac parte integrantă din dosarul achiziției publice și care nu sunt considerate confidențiale, potrivit legii, ca spre exemplu procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare, pe durata procedurii de atribuire, în care sunt consemnate reținerile comisiei și analiza ofertelor participante.

Astfel, procesele-verbale nu reprezintă, conform legii, „informații care fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost”, înaintate de ofertanți, astfel încât acestea să aibă caracter confidențial și să fie protejate de prevederile art. 57 alin. (4) din HG nr. 395/2016, raportat la dispozițiile art. 217 alin. (4), (5), și (6) teza I, art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precum și a dispozițiilor art. (1) și art. (2) lit. b) din Legea nr. 544/2001.

Așadar, odată cu finalizarea procedurii de atribuire și publicarea raportului procedurii, toate documentele care formează obiectul dosarului de achiziție publică și care nu reprezintă *„informații care fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost”*, declarate și probate ca fiind confidențiale, au caracter public, autoritatea contractantă are obligația legală de a conferi accesul la acestea, în termen de cel mult o zi lucrătoare de la data transmiterii unei solicitări în acest sens.

În acord cu dispozițiile legale mai sus arătate, contestatoarea susține că a transmis autorității contractante, la data de 10.07.2023, o nouă solicitare de acces la dosarul achiziției publice, solicitând cel puțin accesul la procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare, pe parcursul evaluării, aceste documente având caracter public, conform legii.

La această solicitare, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 16606/11.07.2023, în sensul că inclusiv respectivele procese verbale conțin informații cu caracter confidențial privind pe celălalt ofertant, pe care autoritatea nu are dreptul să le dezvăluie, raportat la prevederile art. 57 alin. 1 din Legea 98/2016.

Așadar, autoritatea contractantă nu a permis accesul la absolut niciun document din cadrul dosarului achiziției publice, deși potrivit legii, avea această obligație, contestatoarea apreciind că i-a fost restricționat, în mod nelegal și nejustificat accesul la dosarul achiziției, motiv pentru care susține că nu a avut posibilitatea concretă de a verifica/analiza legalitatea/conformitatea ofertei depuse de celălalt participant la procedură, respectiv de a formula eventuale pretenții concrete privind oferta declarată câștigătoare.

Contestatoarea admite că celălalt ofertant a declarat/dovedit că propunerea tehnică și financiară sunt confidențiale în integralitate, însă consideră că autoritatea contractantă a adoptat o conduită contrară dispozițiilor art. 57 din Legea 98/2016 și contrară *Îndrumării ANAP privind analiza confidențialității ofertelor*.

În acest sens, invocă următoarele dispoziții legale: art. 57 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016, *Îndrumarea ANAP privind analiza confidențialității ofertelor*,

De asemenea, în *Îndrumarea ANAP* sunt reglementate, pe rând, toate aspectele care pot fi declarate confidențiale în cadrul ofertelor depuse, cu mențiunea că nici DUAЕ și nici documentele suport DUAЕ/documentele de calificare nu sunt prevăzute ca reprezentând astfel de aspecte.

În mod similar, nici actele întocmite de comisia de evaluare, pe parcursul evaluării, nu se pot subscrie informațiilor ce poartă caracter confidențial, potrivit art. 57 din Legea 98/2016 și potrivit *Îndrumării ANAP*.

Cu adresa nr. 17070/17.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 38981/17.07.2023, Județul ... a transmis punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca nefondată.

I. Cu privire la motivele invocate de contestatoare pentru care consideră că oferta depusă a fost în mod eronat declarată inacceptabilă neconformă, autoritatea contractantă face precizarea că prin documentația de atribuire s-a solicitat ca ofertanții să prezinte modalitatea de acces la echipamentele utilajele necesare pentru execuția lucrărilor, respectiv pentru toate utilajele cuprinse în C8cp — Lista privind consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect, iar prin răspunsul nr. 1 din secțiunea E a Răspunsului consolidat nr. 9917 din 21.04.2023 se solicită ca *„ofertanții/subcontractanții/terții susținători/asocierea vor completa toate utilajele din C8 conform celor solicitate prin documentația de atribuire cu formularele aferente”*.

Astfel, s-a solicitat un număr de 8 utilaje, iar în conformitate cu C8 - Lista privind consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect (Anexa nr. 1), acestea sunt:

- 1) Autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire;
- 2) Automacara 5 to, Hmax=6,5 m deschidere max=5,5m;
- 3) Cisterna de apă de 8 t;
- 4) Compactor static autopurtat cu rulouri (valțuri) r8-14, de 14tf;
- 5) Compactor static autopropulsat pe pneuri 10, 1-16tf;
- 6) Excavator pe pneuri motor termic (buldoexcavator) 0,21-0,39

mc;

- 7) Freză reciclator 2100 DCR;
- 8) Încărcător frontal pe pneuri până la 2,6-3,9 m.

Potrivit documentației tehnice, utilajul de la pct. 3 „Cisterna de apă de 8 t”, este un utilaj alocat la execuția lucrărilor de stabilizare (Reciclare în profunzime a structurilor rutiere degradate din pământ balast prin stabilizarea cu lianți hidraulici) este folosit cum se specifică prin caietul de sarcini, pagina 19, ultimul paragraf: *„prin racordarea cisternei la reciclator, în acest fel stropirea realizându-se uniform, evitându-se supraumezirea locală”*.

Pe când, utilajul de la pct. 1 „Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8t”, este un utilaj care este alocat realizării stropirii stratului de agregate naturale cilindrare (balast) în vederea atingerii umidității optime de compactare, conform caietului de sarcini cap. - Fundații de balast (paginile 97-102), aferente Lucrărilor suplimentare-dispozitive de scurgere (rigole carosabile). Totodată, tehnologia de reciclare a staturilor de balast presupune o dozare strictă a cantității specificată de către un laborator autorizat. În acest sens, o cantitate prescrisă de laborator (litri/mp) nu poate fi aplicată în teren decât de o autocistenă care are în dotare un sistem electronic de dozare a apei.

În conformitate cu cerințele documentației de atribuire, sunt solicitate 2 utilaje distincte, având în vedere că lucrările se execută concomitent conform graficului execuției lucrărilor. Cele două utilaje au funcții similare în ceea ce privește transportarea și aplicarea apei necesare pentru execuția lucrărilor, însă potrivit documentației tehnice în speță, aceste două utilaje „Cisterna de apă de 8t” și „Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8t” sunt folosite în procese tehnologice distincte,

respectiv: cisterna se racordează la reciclator (utilaj solicitat de asemenea prin C8 — pct. 7) alocat la execuția lucrărilor de stabilizare, iar „Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8", este utilizat pentru execuția lucrărilor suplimentare.

Conform propunerii tehnice depuse de contestatoare, la poziția întâi din formularul Lista cu utilaje conform Ordinului nr. 141/2022, este precizat utilajul „Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8 t", care urmare a răspunsului contestatoarei la solicitarea de clarificări nr. 12794/24.05.2023, este unul și același cu utilajul „Cisterna de apă de 8 t". În fapt, utilajul poartă doar denumirea de autocisternă cu dispozitiv de stropire, dar este un autotractor cu cisternă, conform informațiilor suplimentare precizate de contestatoare prin formularul Lista cu utilaje conform Ordin 141/2022.

Așadar, contestatoarea a propus folosirea unui singur utilaj, în speță utilajul autotractor cu cisternă atât pentru lucrările de stabilizare a terenului de fundare, cât pentru lucrările accesorii, cu toate că în graficul general de realizare a investiției publice lucrările menționate mai sus se suprapun pe o perioadă de 9 (nouă) luni, nerespectând astfel cerințele solicitate.

Potrivit răspunsului la solicitările de clarificări nr. 14752/20.06.2023, contestatoarea declară că „lucrările care necesită același utilaj se vor executa intercalat, în săptămâni diferite ale aceleiași luni", însă prin documentația tehnică nu este specificat că cele două tipuri de lucrări necesită același utilaj.

Autoritatea contractantă învederează că, dacă contestatoarea avea în vedere să folosească un singur utilaj de stropire, avea posibilitatea de a uza de prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pentru a se clarifica înainte de termenul limită de deschidere a ofertelor cu privire la cerințele documentației de atribuire. În timp ce autoritatea contractante a solicitat un număr de 8 utilaje, iar contestatoarea a oferat doar 7 utilaje.

Totodată, având în vedere că fiecare proces tehnologic aferent fiecărui tip de lucrare are alocate utilaje distincte (pag 19 din caietul de sarcini), executantul de specialitate trebuie să asigure măsurile organizatorice și tehnologice corespunzătoare pentru respectarea strictă a prevederilor solicitate. Acest lucru se regăsește în formularul C8 prin nominalizarea de utilaje distincte, alocate fiecărui tip de lucrare, astfel încât procesul tehnologic de realizare a execuției lucrărilor să fie executat liniar, în concordanță cu graficul de execuție.

II. Cu privire la caracterul confidențial al ofertelor, autoritatea contractantă arată că a confirmat disponibilitatea pentru a fi consultate documentele care nu sunt confidențiale la sediul autorității contractante, însă contestatoarea a solicitat comunicarea documentelor în format electronic. Față de acest aspect, autoritatea contractantă susține că a confirmat disponibilitatea pentru a fi consultate documentele care nu sunt confidențiale și a reamintit că ofertantul clasat pe locul I a declarat și demonstrat caracterul confidențial al ofertei depuse, potrivit art. 57 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatoarea a revenit cu solicitarea transmiterii proceselor verbale, însă autoritatea contractantă a răspuns că informațiile preluate din ofertele depuse nu își pierd caracterul confidențial ca urmare a transpunerii lor în procesele verbale de evaluare a ofertelor.

Drept urmare, invocând respectarea prevederilor art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu a acordat acces contestatoarei la documentele solicitate, invocând declarația de confidențialitate depusă de către ofertantul declarat câștigător, în care sunt prezentate motivele concrete care justifică un asemenea regim juridic, precum și dovezile anexate declarației, în conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din H.G. 395/2016.

Autoritatea contractantă subliniază că, prin prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 este reglementată obligația autorității contractante de a proteja toate informațiile pe care operatorii economici le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale participanților la procedurile de atribuire.

Aceasta arată că, în speță, ofertantul declarat câștigător, în cadrul Declarației de confidențialitate (propunerea tehnică paginile 483-487 și propunerea financiară paginile 21-73) declară motivat (date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale și dreptul de proprietate intelectuală) că propunerea tehnică (Metodologia de execuție, paginile 1 - 164; Personalul disponibil propus pentru executarea contractului, paginile 165 - 188; Planul de management al calității, paginile 189 - 275; Procedurile de realizare a lucrărilor, paginile 276 - 388; Programul Propriu de Control al Calității, Verificări și Încercări, paginile 389 - 406; Autorizație laborator, paginile 407 - 470; Echipamente/instalații/utilaje pentru executarea contractului, paginile 471 - 475; Tabel cu sursele de aprovizionare (furnizori) pentru principalele materiale, pagina 476; Declarația privind garanția acordată lucrărilor, pagina 477; Declarație referitoare la obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, pagina 478; Declarație respectare normative, pagina 479; Declarație privind însușirea documentației de atribuire, pagina 480; Declarație privind acceptarea clauzelor contractuale, pagina 481; Graficul fizic, pagina 482), propunerea financiară, integral, corespondența ce va fi purtată cu autoritatea contractantă în procesul de evaluare a ofertei, solicitările de clarificări și răspunsurile la solicitările de clarificări, precum și documentele suport DUAЕ, au caracter confidențial.

Alăturat, aceasta a depus justificarea caracterului confidențial al ofertei depuse, fiind depuse o serie de documente (oferte, facturi, contracte de vânzare-cumpărare, contracte de furnizare, etc...) care dovedesc și susțin caracterul confidențial declarat.

În cadrul Declarației de confidențialitate, informațiile declarate confidențiale privesc, în principal, modul de formare a prețurilor unitare, productivitatea, consumurile ratele de profit utilizate, metodologii, proceduri, respectiv informațiile care țin de know-how-ul unei companii de construcții, de politicile sale interne. Redactarea ofertei financiare are ca fundament informațiile din oferta tehnică, mai exact formarea

prețurilor unitare ofertate sunt realizate de studiile de piață, de ofertele emise de diverși operatori economici, de lista furnizorilor de materiale de construcții care se califică drept secret comercial având în vedere că relația comercială a societății cu partenerii săi (furnizorii) cu care ofertantul are o relație economică, fiind rezultatul unei colaborări de lungă durată, în urma căreia se obțin o serie de facilități cum ar fi prețul și termenul de livrare.

Propunerea financiară este dependentă de programul de lucru ofertat ca parte a propunerii tehnice, respectiv modul de executare a lucrărilor, succesiunea și intercorelarea lor, reprezintă un impact major asupra costurilor finale ale proiectului. Ofertarea unui program de lucru apt care respectă cerințele documentațiilor tehnice a termenelor de execuție este elaborată prin deținerea unui know-how specific, a căror dezvoltare către terți ar permite acestora folosirea informațiilor la elaborarea propriilor oferte, de asemenea cunoașterea modului în care vor fi elaborate ofertele în proiecte viitoare.

Propunerea tehnică a ofertantului cuprinde, conform cerințelor autorității contractante, metodologia de execuție și procedurile de realizare a lucrărilor care reprezintă un produs intelectual, acestea putând să ofere informații cu privire la modul de organizare al societății, politica comercială, resursele tehnice, managementul intern, elaborate și dezvoltate de operatorii economici de-a lungul mai multor ani de activitate, care se constituie într-un avantaj competițional pentru aceștia, avantaj care ar putea fi compromis prin dezvoltarea acestor informații către competitori.

Documentele de calificare sau capitolul privind resursele umane din cadrul propunerii tehnice conține date cu caracter personal, copii după cărți de identitate, contracte de muncă alte documente, prin urmare furnizarea unor astfel de informații ar reprezenta o încălcare a obligației de confidențialitate prevăzute în Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările completările ulterioare, respectiv în contractul de muncă, precum și în Legea nr. 190/ 2018 privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European al Consiliului din 27 aprilie 2016, privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal privind libera circulație a acestor date de abrogare a Directivei 95/46/CE.

În susținere, arată că elocvente sunt considerentele Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 mai 2013, cauzele conexe T399/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documentele celui declarat câștigător: *„(...) protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, (...) care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (...). Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca*

*AC să nu divulge informații cu privire la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unei proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi".*

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că nu ar fi avut dreptul de a acorda acces operatorilor economici solicitanți la oferta câștigătoare, întrucât conține informații privind activitatea comercială și politica de management, a căror dezvăluire ar aduce atingere secretelor de afaceri/comerciale ar încălca astfel normele de concurență privind informațiile comerciale sensibile.

Tot în susținere, aceasta face trimitere la Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale și califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este accesibilă persoanelor din mediu care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe pentru a fi menținută în regim secret. Potrivit Consiliului Concurenței, următoarele informații pot fi calificate drept secrete comerciale: informații tehnice legate de know-how-ul unei întreprinderi, procese secrete de producție, surse de aprovizionare, liste de clienți distribuitori, planuri de marketing, cantități produse vândute, cote de piață.

În acest context, consideră că atitudinea autorității contractante a fost una diligentă, o atitudine menită să protejeze un drept al operatorilor economici, atitudine care de altfel ar fi fost apreciată de către contestatoare în cazul în care aceasta ar fi avut calitatea procesuală diametral opusă, de parte contestată.

Având în vedere prejudiciile care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un competitor, consideră că dreptul la acces invocat de contestatoare trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale.

În concluzie, referitor la faptul că contestatorul nu a avut acces la documentele declarate confidențiale, consideră că acțiunea autorității contractante este justificată, autoritatea contractantă având în vedere obligația sa de a proteja informațiile cu caracter confidențial, astfel cum au fost ele justificate de către ofertant, punând în balanță toate categoriile de interese implicate.

Raportat la argumentele expuse prin punctul de vedere, autoritatea contractantă apreciază că a demonstrat că evaluarea a fost realizată cu

respectarea tuturor principiilor achizițiilor publice și a normelor legale în vigoare și solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

Prin cererea de intervenție, SC ... SRL solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației.

În ceea ce privește interesul, intervenienta arată că acesta rezidă din împrejurarea că s-a clasat pe locul I, respectiv din calitatea de ofertant declarat câștigător, al cărui scop este acela de a semna contractul, interesul fiind ca actele autorității contractante să fie menținute.

Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție, invocă și citează dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, solicitând admiterea, în principiu, a cererii sale de intervenție, în calitate de intervenient voluntar, în dosarul CNSC nr. ....

În ceea ce privește respingerea ofertei depusă de SC ... SRL, motivat de faptul că ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței din documentația de atribuire referitoare la utilajele necesare pentru execuția lucrărilor, respectiv nu a făcut dovada deținerii unei cisterne de apă de 8 tone, cu titlul preliminar, intervenienta învederează că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, astfel că toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din Anexa la HG nr. 395/2016.

În acest context, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a prezenta înscrisuri prin care să facă dovada îndeplinirii cerințelor minime ale documentației de atribuire, iar comisia de evaluare, în aplicarea dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. f) coroborate cu cele ale art. 133 alin. (1) și (2) din anexa HG nr. 395/2016, avea obligația să verifice și să se asigure că propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime stabilite de autoritatea contractantă.

Cu privire la acest aspect, în susținere, intervenienta citează din Decizia Consiliului nr. ... din 06.06.2014, apreciind că autoritatea contractantă nu putea declara admisibilă o ofertă care nu a respectat cerințele documentației, evaluarea ofertelor realizându-se strict în raport de cerințele impuse cu respectarea principiului transparenței în SEAP.

Tot cu referire la caracterul obligatoriu al documentației, intervenienta citează din Decizia Consiliului nr. ... din 04.07.2018, precum și din jurisprudența CJUE, care la punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, care a reținut următoarele: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)".

Aceasta mai arată că tot în acest sens a reținut instanța europeană și în cauza C-42/13: *„Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40)”*.

În raport de cele mai sus menționate, arată că la soluționarea raportului juridic litigos relevante sunt cerințele de la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, redate mai sus, iar conform informațiilor din Formularul C8cp Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a face dovada deținerii, printre altele, a următoarelor utilaje necesare realizării obiectului contractului: autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire și cisternă apă de 8 t.

De asemenea, potrivit răspunsului consolidat nr. 9917 din 21.04.2023, participanții la procedura de atribuire au fost informați cu privire la următoarele aspecte referitoare la utilaje:

*„La momentul inițierii procedurii de atribuire menționată mai sus și anume data de 30.03.2023, nu era disponibilă această funcționalitate, ea fiind publicată începând cu data de 04.04.2023, astfel că ofertanții/subcontractanții/terții susținători/asocierea vor completa toate utilajele din C8 conform celor solicitate prin documentația de atribuire cu formularele aferente. Pentru utilajele/echipamentele provenite prin contracte de închiriere se va menționa și numărul, data contractului de închiriere”*.

Așadar, prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a impus participanților la procedura de atribuire să facă dovada deținerii a două cisterne de apă, dovadă pe care societatea contestatoare nu a făcut-o, în propunerea tehnică fiind evidențiată în mod exclusiv Autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire.

Intervenienta apreciază că nu pot fi primite susținerile formulate în contestație referitoare la modul în care este prezentată derularea activităților de execuție, dar nici pe cele privitoare la faptul că în Lista C8cp cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect cisterna de apă ar apărea de două ori, întrucât trebuie utilizată pentru două categorii de lucrări distincte, având în vedere că referirea se face la două utilaje distincte, iar dacă contestatoarea avea neclarități în ceea ce privește numărul de utilaje necesare executării lucrărilor, avea obligația de a solicita clarificări din partea autorității contractante.

Cu privire la numărul de utilaje pe care ofertanții aveau obligația să-l evidențieze în cadrul ofertei, în scenariul prezentat în contestație, în sensul că ar fi același utilaj, intervenienta arată că, din analiza duratei contractului, raportat la consumul necesar în vederea execuției lucrărilor, acest raționament este eronat, dat fiind că, utilizând un singur utilaj pe

toată durata de 11 luni a contractului, ar rezulta un necesar de consum zilnic de 28,08 ore, aspect inadmisibil de realizat în condițiile în care ziua are 24h.

Interveninta mai consideră că nefondate sunt inclusiv afirmațiile din contestație referitoare la graficul de execuție, potrivit cu care în cadrul documentației de atribuire nu ar fi menționat expres că lucrările de stabilizare se vor face în paralel cu execuția rigolelor, deoarece în cadrul documentației a fost publicat graficul de execuție (fișierul 4 Grafic de Execuție.pdf), care la pag. 2 are prevăzute atât rigola carosabilă, cât și accesele și parapetul de protecție metalic, a se executa concomitent cu ultimele tronsoane ale stabilizării.

Astfel, consideră că, în măsura în care oferta depusă de SC ... SRL ar fi fost declarată admisibilă, deși societatea contestatoare nu a prevăzut în cadrul ofertei toate utilajele solicitate prin documentația de atribuire, comisia de evaluare ar fi încălcat flagrant principiile transparenței și al tratamentului egal, în condițiile în care SC ... SRL a respectat întrutotul cerințele impuse de autoritatea contractantă.

În susținerea respectării principiilor transparenței și al tratamentului egal, intervenienta citează din Decizia civilă nr. 34 din 16 februarie 2023 pronunțată de Curtea de Apel București: *„Astfel, în hotărârea din cauza Manova, C-336/12, instanța europeană a reținut că 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 EL V Slovensko și alții, C-599/10, punctele 36 și 37.*

*(...) Relevante sunt și aprecierile CJUE din cauza Cartiera dell'Adda, C-42/12, în care s-a reținut că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C336/12, EU:c:2013:647, PUNCTUL 40). Această obligație strictă ce revine autorității contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18. Astfel, pe de o parte, 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”.*

Intervenienta consideră că aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecății, în condițiile în care, în raport de caracterul obligatoriu

al documentației de atribuire, o eventuală soluție de admitere a contestației nu s-ar putea pronunța decât cu nerespectarea celor două principii.

În ceea ce privește susținerea/argumentele din contestație referitoare la principiul securității juridice/încrederii legitime, intervenienta consideră că asemenea argumente ar trebui respinse ca fiind tardiv formulate, în considerarea faptului că orice nemulțumire/neclaritate în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire trebuia să facă obiectul unei contestații.

Totodată, consideră că aceste susțineri sunt nefondate, având în vedere că în cadrul documentației de atribuire a fost prevăzut, transparent, obligativitatea deținerii a două utilaje distincte, respectiv Autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire și Cisternă apă de 8 t.

Pentru aceleași considerente apreciază că nici argumentele privitoare la presupusa încălcare a principiului transparenței nu pot fi primite, respingerea ofertei depuse de SC ... SRL realizându-se pentru nerespectarea unor cerințe prevăzute în documentația de atribuire.

Tot astfel, consideră că nici principiul proporționalității nu a fost încălcat de către comisia de evaluare, dat fiind că, așa cum rezultă din cuprinsul documentației de atribuire, era necesară dovada deținerii a două utilaje distincte, iar nu doar a unuia, care să fie menționat de două ori în Formularul C8cp.

Referitor la accesul la dosarul achiziției publice, arată că autoritatea contractanta nu a pus la dispoziția societății contestatoare procesele-verbale de evaluare, întrucât în cuprinsul acestora au fost inserate informații din oferta SC ... SRL declarate ca fiind confidențiale, astfel fiind respectate prevederile art. 57 și ale art. 217 din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, intervenienta apreciază că toate aceste aspecte fac dovada faptului că evaluarea ofertelor în cadrul procedurii de atribuire s-a realizat cu respectarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire și a legislației în materia achizițiilor publice, motiv pentru care solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună admiterea cererii de intervenție atât în principiu, cât și pe fond, respingerea contestației și menținerea actelor autorității contractante ca fiind temeinice și legale.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției la sediul CNSC, prin adresa nr. 1431/27.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 41288/28.07.2023, SC ... SRL a depus concluzii scrise, prin care solicită Consiliului să aibă în vedere motivele de fapt și de drept expuse pe larg în cuprinsul contestației, precum și în prezentele concluzii scrise, raportat la faptul că oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă motivat de faptul că ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței obligatorii din documentația de atribuire referitoare la utilajele necesare pentru execuția lucrărilor.

Intervenienta reiterează că, în condițiile în care contestatoarea nu a ofertat autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire și o cisternă apă de 8 t, utilaje solicitate de autoritatea contractantă prin

documentația de atribuire, ci doar unul dintre aceste două utilaje, în mod corect oferta depusă de autoarea contestației a fost respinsă, întrucât aceste utilaje au fost solicitate prin documentația de atribuire și nu reprezintă același tip de utilaj care îndeplinește aceleași funcții.

Intervenienta punctează că utilajul „cisternă de apă de 8 t” se racordează la reciclator și execută lucrările suplimentare-stabilizare, iar utilajul „autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire” este angrenat pentru lucrările suplimentare - dispozitive de scurgere (rigole carosabile), lucrări executate concomitent, conform graficului execuției lucrărilor.

Aceasta arată că deși contestatoarea consideră corect răspunsul oferit la solicitarea de clarificări, acesta nu a fost considerat concludent de către comisia de evaluare, din cuprinsul procesului-verbal nr. 15160 din 20.06.2023 rezultă că, potrivit documentației de atribuire, lucrările se realizează cu 2 utilaje diferite, însă SC ... SRL a propus folosirea unui singur utilaj, cu toate că în Graficul general de realizare a investiției lucrările menționate mai sus se suprapun pe o perioadă de 9 luni.

Raportat la susținerile din contestație și la argumentele prezentate în cererea de intervenție, intervenienta consideră că acestea fac dovada deplină a faptului că evaluarea ofertelor în cadrul procedurii de atribuire s-a realizat cu respectarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire, precum și a legislației în materia achizițiilor publice, aspect pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea ca temeinice și legale a actelor autorității contractante.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de .... lei, prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de CEC BANK – Sucursala ...

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61<sup>1</sup> alin. (5) - (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

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

În calitate de autoritate contractantă, JUDEȚUL ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ572 km 102+500 - 128+519 limită județ ... - ... - lucrări de stabilizare a terenului de fundare sector 102+500 - 116+795 și lucrări accesorii”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../30.03.2023, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 15.657.300,72 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare: prețul ofertei - pondere 85% și perioada de garanție acordată lucrărilor - pondere 15%.

Potrivit declarației de participare publicată în SEAP în data de 08.05.2023 și a procesului-verbal nr. 12589/22.05.2023, la această procedură au fost depuse două oferte, respectiv de către SC ... SRL și de

către SC ... SRL, contestatoarea și respectiv intervenienta din prezenta cauză.

Conform raportului procedurii nr. 15951/05.07.2023, oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și neconformă, în baza art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL, cu 100 puncte.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, în care critică motivele de respingere a ofertei sale.

În cadrul acestei proceduri, a depus cerere de intervenție SC ... SRL, câștigătoarea procedurii.

Având în vedere faptul că, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii, SC ... SRL are interesul de a se păstra actele întocmite de autoritatea contractantă în forma lor actuală, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

În ceea ce privește accesul la documentele dosarului achiziției publice, Consiliul constată că ambii ofertanți au depus declarații privind confidențialitatea propunerilor tehnice și financiare.

Consiliul a aplicat principiul tratamentului atunci când a permis atât contestatoarei, cât și intervenientei, studierea dosarului achiziției publice la sediul său, neoferind spre studiu propunerile tehnice și financiare declarate confidențiale, dar oferind accesul integral la documentele emise de autoritatea contractantă (proces-verbale de evaluare, raportul procedurii), potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 15953/05.07.2023, autoritatea contractantă a motivat decizia de respingere a ofertei contestatoarei, prin aceea că, deși prin documentația de atribuire s-a solicitat prezentarea unei liste cu 8 utilaje necesare pentru executarea contractului, între care figurau: 1) *Autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire* și 3) *Cisternă de apă de 8 t*, SC ... SRL nu a prezentat cele două utilaje, ci doar utilajul autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire, motivând că acest utilaj este unul și același cu utilajul cisternă de apă de 8 tone.

În soluționare, Consiliul are în vedere prevederile pct. III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date, potrivit cărora:

„Utilaje, instalații și echipament tehnic

În conformitate cu Ordinul 1417/2022, ofertantul care se înscrie în calitate de ofertant individual la o procedură de achiziție publică completează formularul de utilaje disponibil în sistem prin asocierea fiecărui utilaj predefinit din propriul registru și îl depune în SEAP odată cu oferta, în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice. **Utilajele necesare a fi predefinite sunt cele care se regasesc în Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect C8cp.**

Formularul utilajelor este disponibil în sistem pentru operatorii economici participanți care depun ofertă la o procedură de achiziție

publică pentru realizarea obiectivelor de investiții din domeniul proiectelor de infrastructură de transport și va cuprinde cel puțin următoarele tipuri de informații care se completează de către operatorul economic pentru fiecare utilaj declarat în cadrul ofertei: categorie/subcategorii utilaj; denumire utilaj; model/marca (completează ofertantul); date de identificare utilaj conform tipului de identificare prevăzut în Nomenclatorul de utilaje; alte informații; perioada de disponibilitate a utilajului, pentru îndeplinirea contractului etc. conform cerințelor din Registrul de utilaje.

### **Modalitatea de îndeplinire:**

Operatorul economic care se înscrie în calitate de ofertant individual la o procedură de achiziție publică completează formularul de utilaje disponibil în sistem prin asocierea fiecărui utilaj predefinit din propriul registru și îl depune în SEAP odată cu oferta, în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice. Utilajul poate fi declarat la o procedură de achiziție publică numai dacă a fost predefinit în prealabil în registrul propriu al utilajelor."

Consiliul reține că în Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect C8cp se găsește o listă cu 8 utilaje, între care:

- „1) Autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire, (...)
- 3) Cisternă de apă de 8 t”.

Totodată la pag. 25 din documentul „Parte scrisă 1”, parte a documentației de atribuire se prevede:

„În vederea evitării oricăror riscuri în întârzierea, sistarea și deteriorarea lucrărilor aferente contractului nr. 138 din data de 01.09.2021 „Lot 2 = Modernizare DJ 572 km 102+500 - 128+519 limita județ ... - ...”, executantului nu i se va permite demobilizarea utilajelor și forței de muncă și oricăror altor resurse necesare implementării contractului, până la aprobarea recepției la terminarea lucrărilor, adică pe durata implementării contractului.”

Această ultimă cerință a fost reconfirmată de către autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat la nr. 9917/21.04.2023, în care, la întrebarea nr. 1 de la pct. C a răspuns, astfel:

«Răspunsul nr. 1: Vă confirmăm următoarele:

- că sintagma „durata implementării contractului” se referă la contractul supus prezentei proceduri de achiziție și nicidecum la contractul nr. 138 „Lot 2 = Modernizare DJ 572 km 102+500 - 128+519 limita județ ... - ...”,
- că nu este permisă demobilizarea parțială sau totală a utilajelor și forței de muncă pe întreaga durată de implementare de 11 luni a prezentului contract.”

Prin urmare, conform acestor prevederi ale documentației de atribuire, ofertanții au obligația de a face dovada deținerii tuturor celor 8 utilaje, pe care au obligația de a le ține mobilizate pe toată perioada de execuție a contractului.

Nefiind contestată, documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie atât pentru ofertanți, care au obligația întocmirii ofertelor în

conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care are obligația de a evalua ofertele raportat la prevederile documentației de atribuire.

A desconsidera prevederile documentației de atribuire și a accepta o ofertă care nu îndeplinește integral prevederile acesteia înseamnă, implicit, încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal și nediscriminării.

Consiliul constată că în documentul „Anexe resurse utilizate în contract-semnat.pdf” din oferta contestatoarei, la pag. 4/38 se găsește tabelul „Lista utilajelor de construcție”, în care la poziția 1 figurează „Autocisternă cu dispozitiv de stropire cu m.a.j. 5-8 t”, iar la pag. 28/39 se găsește tabelul „Lista utilaje în conformitate cu Ordinul 1417/2022”, în care la pct. 1 figurează utilajul „Autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8 to”, care este de fapt un autotractor cu cisternă. În niciunul dintre aceste documente nu figurează utilajul cisternă de apă de 8 t și nici un al doilea utilaj autocisternă cu dispozitiv de stropire 5-8 to

Consiliul nu poate lua în considerare susținerea contestatoarei, potrivit căreia acest utilaj ofertat îndeplinește funcțiile aferente a două utilaje similare, respectiv „autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire” și „cisternă de apă de 8 t”.

Atâta vreme cât în documentația de atribuire s-a prevăzut necesitatea deținerii a două utilaje, nu se poate considera îndeplinită cerința prin prezentarea unui singur utilaj.

Mai mult, nu se susține nici afirmația contestatoarei din răspunsul la clarificări nr. 226/21.06.2023, potrivit căruia lucrările care necesită acest utilaj se vor executa intercalat, în săptămâni diferite ale aceleiași luni, din Formularul F6 - Graficul general de realizare a investiției publice depus la oferta contestatoarei reieșind că lucrările de stabilizare a lucrărilor de fundare, pentru care este necesară „Cisternă de apă de 8 t” și lucrările suplimentare pentru dispozitive de scurgere (rigole carosabile), pentru care este necesară „autocisternă de apă de 5-8 t cu dispozitiv de stropire” se execută simultan pe o perioadă de 9 luni de zile, iar în celelalte 2 luni se execută doar una din aceste lucrări.

Prin urmare nu este posibilă utilizarea unui singur utilaj de acest tip în ambele lucrări, întrucât acestea se desfășoară simultan.

Având în vedere că cerința privind utilajele, care nu a fost îndeplinită de ofertanta contestatoare, este o cerință de calificare, fiind prevăzută la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date, devin aplicabile prevederile art 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016:

„(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”.

Este lipsit de relevanță faptul că autoritatea contractantă a invocat alt temei de drept ca motiv al respingerii ofertei contestatoarei, atâta vreme cât motivarea în fapt a deciziei a fost corectă.

O decizie de modificare a temeiului de drept pentru respingerea ofertei contestatoarei nu ar profita contestatoarei, a cărei ofertă va fi tot respinsă, în baza unui alt temei de drept, însă ar prelungi perioada până la încheierea contractului, ceea ce ar afecta interesul public, acela de încheiere cât mai rapidă a contractului și de demarare a execuției lucrărilor.

Prin urmare, pentru toate motivele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

În consecință, având în vedere decizia de respingere a contestației, în temeiul art. 66 și 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile 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:**

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL ....

În temeiul art. 66 și 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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

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

Redactată în 5 exemplare, conține 24 (douăzeci și patru) pagini.