



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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. 1288/C5/1291

Data: 29.07.2020

Prin contestația nr. 1031/30.06.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 26057/01.07.2020 și, respectiv, sub nr. 26140/ 01.07.2020, precizată prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 26400/02.07.2020, ... SRL, cu sediul în satul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de Administrator și convențional, de SCPA ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, la SCPA ... din municipiul ..., a contestat adresa nr. 29567/24.06.2020 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări pentru investiția «Creșterea mobilității urbane în orașul ..., județul Bistrița-...» – componentă neînchepută (lotul I - Proiectare și execuție lucrări INFRASTRUCTURA RUTIERĂ ȘI PIETONALĂ; lotul II - Proiectare și execuție lucrări DEPOU)”, LOTUL 1 - Proiectare și execuție lucrări INFRASTRUCTURA RUTIERĂ ȘI PIETONALĂ, coduri CPV 45233142-6 (Rev.2), 71322000-1(Rev.2), 71356200-0 (Rev.2), inițiată de ORAȘUL ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în orașul ..., ... și a solicitat obligarea autorității contractante la anularea deciziei prin care oferta depusă de ... SA a fost declarată admisibilă și câștigătoare, anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior-menționate, inclusiv a Raportului procedurii nr. 29562/ 24.06.2020 și a adresei nr. 29567/24.06.2020, acte publicate în SEAP în data de 25.06.2020, precum și la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei câștigătoare de la verificarea admisibilității acesteia.

...SA, în calitate de ofertant declarat câștigător, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată convențional prin avocat ..., având adresa de comunicare a tuturor actelor de procedură la avocat ... din municipiul ..., a formulat cererea de intervenție fără număr de înregistrare la emitentă, datată 09.07.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 27634/10.07.2020, respectiv, sub nr. 28130/14.07.2020, în cauza care formează obiectul prezentului dosar și a solicitat admiterea atât în principiu, cât și pe fond, a cererii de intervenție, respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de ... SRL și, pe cale de consecință, menținerea ca temeinice și legale a rezultatului procedurii, a raportului procedurii nr. 29562/24.06.2020, precum și a actelor anterioare și/sau subsecvente.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia aduce la cunoștință că oferta sa a fost declarată admisibilă dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, oferta depusă de ... SA fiind declarată câștigătoare, cu o propunere financiară de 7.986.574,79 lei.

În cele ce urmează, contestatoarea prezintă argumente potrivit cărora oferta câștigătoare trebuia respinsă, întrucât aceasta prezintă numeroase deficiențe care se încadrează în motivele de inadmisibilitate prevăzute de lege.

O primă critică a ... SRL vizează prețul neobișnuit de scăzut oferat de ... SA. Astfel, raportându-se la prevederile fișei de date a achiziției de la cap. IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare” și la faptul că oferta câștigătoare nu a fost însoțită de o fundamentare a costurilor, așa cum rezultă din mențiunile din cadrul raportului procedurii, contestatoarea consideră că membrii comisiei de evaluare au încălcat dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul tratamentului egal, în condițiile lipsei, din oferta câștigătoare, a informațiilor obligatorii impuse prin documentația de atribuire și prin demersul acestora constând în solicitarea de clarificări și acceptarea completării ofertei. Sub acest aspect, se face trimitere la jurisprudența CJUE.

Contestatoarea arată că, din studiul dosarului achiziției publice, a observat că ... SA a prezentat, în oferta inițială, exclusiv următoarele documente: Devizul general, Formularul F1 - Centralizator privind cheltuielile pe obiectiv și Formularul F2 - Centralizator privind cheltuielile pe obiecte, fiind astfel nesocotite dispozițiile din fișa de date care îl obligau să prezinte în detaliu fundamentarea costurilor. În cuprinsul Centralizatorului privind cheltuielile pe obiecte, ofertantul a identificat fiecare stradă în parte, valoarea totală a lucrărilor aferente acestor obiective fiind de 7.582.879,92 lei fără TVA (reprezentând capitolul 4.1 Construcții și instalații C+M din Devizul General), fără a realiza vreo detaliere pe fiecare stradă în parte cu tipul de lucrări ce urmează să fie executate (realizare infrastructură, suprastructură drum, scurgerea

apelor, semnalizare rutieră, amenajare accese, podețe, realizare trotuare etc.).

Având în vedere cele mai sus precizate, contestatoarea precizează că membrii comisiei de evaluare nu au evidențiat, nici în procesele verbale intermediare și nici în raportul procedurii de atribuire, modul în care ofertantul câștigător a detaliat și justificat costurile aferente realizării obiectului contractului, atitudine de natură a determina încălcarea principiului transparenței.

Nu în ultimul rând, se mai arată că, ofertantul câștigător a oferat în mod artificial cheltuielile indirecte într-un procent foarte scăzut care nu poate fi justificat în mod real, nejustificând procentul cheltuielilor indirecte conform Ordinului nr. 1568/2002, fiind nesustenabile costurile privind personalul cheie nominalizat pentru îndeplinirea contractului (manager de proiect, șef de șantier, SSM, CQ, etc.).

În ceea ce privește propunerea tehnică depusă de ... SA, contestatoarea aduce la cunoștință că, deși autoritatea contractantă i-a limitat accesul la documentele declarate confidențiale de către ofertant, fără a fi probat caracterul confidențial, are certitudinea că ofertantul criticat nu a respectat următoarele cerințe privind propunerea tehnică care vizează serviciile de proiectare:

1. Descrierea și detalierea serviciilor oferite în așa fel încât să corespundă cu necesitățile achizitorului formulate la nivelul caietului de sarcini;

2. Descrierea modului de realizare a serviciilor de proiectare în conformitate cu cerințele specifice din Hotărârea de Guvern nr. 907/2016, privind etapele de elaborare și conținutul - cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, actualizată cu modificările și completările ulterioare;

3. Oferta tehnică trebuie să conțină lista experților puși la dispoziția contractului și detalii despre autorizațiile acestora de a presta servicii de proiectare;

4. Oferta tehnică trebuie să conțină detalii privind asigurarea managementului calității în conformitate cu standardele specifice;

5. Oferta tehnică trebuie să conțină o secțiune de analiză multicriterială a riscurilor și metode/procedee de evitare/estompăre/reducere a acestora;

6. Nominalizarea activităților și sarcinilor concrete care vor fi încredințate personalului implicat în îndeplinirea contractului;

7. Asumarea faptului că asistența tehnică se va face pe întreaga durată a execuției lucrării.

O altă critică a ... SRL vizează modalitatea de elaborare și de prezentare a Graficului Gantt și a Drumului critic, care au fost realizate la nivel de deviz, nu la nivel de articol de deviz. Mai mult, se constată că Graficul Gantt a fost conceput sumar, fără a oferi informațiile relevante necesare verificării capacității ofertantului de a respecta termenul de execuție, nefiind respectate cerințele expres prevăzute la pct. 4.2 din Instrucțiunile pentru ofertanți.

Față de aceste aspecte, autoarea contestației apreciază că membrii comisiei de evaluare trebuiau să dispună respingerea ofertei în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În final, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației ... SRL a depus la dosarul cauzei un set de înregistrări.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 26376/02.07.2020, autoritatea contractantă ORAȘUL ... a remis raportul procedurii nr. 29562/24.06.2020.

Contestatoarea ... SRL a precizat, prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 26400/02.07.2020, faptul că prezenta contestație vizează lotul 1 al procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 995/02.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 26532/03.07.2020, ... SRL a comunicat, în original, Recipisa de consemnare nr. 206360477/1 din 02.07.2020, emisă de CEC Bank – Sucursala Bistrița, în sumă de 88.000 lei.

Prin adresa nr. 26811/1291/C5/06.07.2020, Consiliul a solicitat autorității contractante înaintarea dosarului achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, oferta depusă de ... SA, precum și dovezi privind publicarea în SEAP a contestației și transmiterea punctului de vedere către contestatoare.

ORAȘUL ... a transmis prin mijloace electronice (e-mail) adresa nr. 31681/08.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 27732/ 10.07.2020, reprezentând punctul de vedere referitor la contestație.

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că ofertantului contestator i s-a acordat accesul la dosarul achiziției (documentele neconfidențiale), în data de 29.06.2020, considerând că prin resolicitarea privind studierea dosarului, acesta dorește doar „tergiversarea judecării contestației și specularea informațiilor extrase din context”.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut de către ofertantul declarat câștigător, autoritatea contractantă susține că toate afirmațiile acesteia sunt făcute pe baza unor presupuneri, fără a analiza propunerea financiară depusă de ... SA și fără a avea la bază documentele pe care comisia de evaluare le-a analizat în mod detaliat și obiectiv.

ORAȘUL ... arată că procedura de licitație a fost una de tipul „proiectare + execuție”, iar ofertarea nu presupunea depunerea, în cadrul ofertei, a listelor cu cantități de lucrări. Mai mult, nici în caietul de sarcini nu a fost solicitată depunerea listelor cu cantități de lucrări cu detalieri pe fiecare stradă în parte, deoarece s-a avut în vedere ofertarea pe sume forfetare în acord cu prevederile Instrucțiunii ANAP cu privire la procedurile de tipul proiectare + execuție.

Autoritatea contractantă consideră că oferta ... SA este completă și conținea încă de la început „o defalcare rezonabilă a fiecărei componente”, însă comisia de evaluare a considerat necesar, în baza art. 209 din Legea nr. 98/2016, să solicite o detaliere mai precisă, tocmai pentru a verifica dacă aceasta conține toate elementele deja invocate/detaliat în propunerea tehnică. În urma răspunsului la clarificări, ofertantul a transmis detaliere/ argumentare, iar comisia de evaluare a considerat că răspunsul este suficient și condiția este îndeplinită, ofertantul nemodificând oferta, așa cum susține contestatoarea.

În continuare, autoritatea contractantă apreciază că solicitarea comisiei de evaluare nu este o abatere de la legislația achizițiilor și nici nu afectează principiul tratamentului egal între ofertanți, făcând astfel trimitere la art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, se arată că transmiterea de către ofertantul declarat câștigător a detalierei sumelor forfetare nu este în măsură să afecteze tratamentul egal și nici să cauzeze un dezavantaj celui alt ofertant (contestatar), în condițiile în care nu era o cerință expresă în cadrul documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă subliniază că nu a identificat motive pentru care ar fi trebuit să solicite justificarea prețului (pe motivul prețului neobișnuit de scăzut), oferta de preț conținând toate elementele de costuri necesare realizării investiției, simpla raportare a contestatoarei la propria ofertă/preț nereprezentând un etalon/motiv/argument real pentru a considera că prețul ofertat de ofertanții concurenți este neobișnuit de scăzut, iar legislația nu mai prevede un nivel sub care o ofertă ar trebui să fie verificată din perspectiva prețului neobișnuit de scăzut.

În ceea ce privește critica referitoare la cuantumul costurilor indirecte, autoritatea contractantă susține că valoarea costurilor indirecte nu a fost un element solicitat al propunerii financiare, în consecință el nu putea fi evaluat/supus analizei comisiei. Mai mult de cât atât, autoritatea contractantă se întreabă de unde cunoaște contestatoarea valoarea/cuantumul costurilor indirecte ale ofertantului câștigător, în condițiile în care nu s-a solicitat indicarea în cadrul ofertei și nici în oferta declarată câștigătoare nu se aduce vorbire despre acest cuantum și nici nu este indicat de comisie în cadrul documentelor de evaluare. Totodată, în condițiile în care ofertarea s-a făcut pe sume forfetare – fără liste de cantități, orice referire la costurile indirecte nu este justificată.

Referitor la critica ... SRL cu privire la neconformitățile de natură tehnică ale ofertei câștigătoare, autoritatea contractantă apreciază că toate afirmațiile contestatoarei sunt pe baza unor presupuneri, oferta câștigătoare fiind argumentată, după cum urmează:

- descrierea și detalierea serviciilor oferite se regăsesc în propunerea tehnică, pag. 6-7, 22-56, serviciile fiind detaliate ca sarcini (managementul contractului de proiectare, analizarea studiilor și standardelor existente, documente tehnico-economice și asistența tehnică), pentru fiecare în parte fiind identificate și detaliate sub-sarcini;

- descrierea modului de realizare a serviciilor de proiectare în conformitate cu cerințele specifice din HG nr. 907/2016 se regăsește în propunerea tehnică pag. 20-22 sub forma metodologiei de realizare a serviciilor de proiectare. Ofertantul își asumă întocmirea proiectului în conformitate cu legislația în vigoare la data întocmirii acestuia. Conținutul cadru al proiectului pentru autorizarea executării lucrărilor de construire conform HG nr. 907/2016 este prezentat la pag. 34-35 din propunerea tehnică;

- Organigrama propusă pentru proiect se regăsește la pag. 58 din propunerea tehnică, iar personalul principal implicat în prestarea serviciilor, cu indicarea calificărilor deținute și a raporturilor de muncă cu ofertantul sunt centralizate sub formă de tabel la pag. 59, enumerând, astfel, experții cheie; pentru fiecare expert propus sunt detaliate

sarcinile în cadrul contractului, sunt prezentate CV-uri, diplome de studii și certificate, precum și declarații de disponibilitate (pag. 138 - 198 din propunerea tehnică);

- detalii privind asigurarea managementului calității în conformitate cu standardele specifice – se regăsesc în propunerea tehnică, pag. 23 – 26, ca sarcina 0 a contractului: - Managementul contractului de proiectare, având ca sub-sarcini: Mobilizarea; Managementul proiectului și alocarea resurselor; Menținerea unei relații optime de colaborare cu personalul omolog al beneficiarului. Pentru asigurarea managementului calității sunt prezentate resursele materiale și umane implicate, precum și livrabilele aferente acestei activități;

- capitolul privind analiza multicriterială a riscurilor este cuprins la paginile 203 – 219 din propunerea tehnică și tratează aspecte precum: stabilirea contextului, identificarea riscurilor, aprecierea riscurilor, tratarea riscurilor potențiale (prevenirea, reducerea impactului, transferarea și acceptarea riscului). Ofertantul prezintă o analiză detaliată a modului de abordare a riscurilor ce pot apărea pe parcursul implementării contractului și măsurile de diminuare în raport cu prevederile caietului de sarcini;

- tabelul cu nominalizarea activităților și sarcinile concrete încredințate personalului este prezentat la paginile 220-221. Tabelul cuprinde toate activitățile necesare prestării serviciilor de proiectare și de asistență tehnică pe parcursul execuției lucrărilor, resursele umane și tehnice alocate pentru acest contract;

- la pag. 223 din propunerea tehnică se regăsește angajamentul ofertantului privind asigurarea asistenței tehnice pe întreaga durată de execuție a lucrărilor și respectarea tuturor cerințelor caietului de sarcini ce privesc această activitate. De asemenea, în Graficul fizic de realizare a serviciilor de proiectare, asistența tehnică se regăsește ca activitate permanentă pe durata execuției lucrărilor.

În final, autoritatea contractantă învederează că Graficul GANTT și drumul critic au fiecare câte un număr de 205 puncte de referință fiind detaliat la nivel de fiecare lucrare/etapă/obiect, așa cum prevedea caietul de sarcini. Comisia de evaluare a evaluat corect și legal toate ofertele, strict după cerințele clar exprimate ale documentației de atribuire, considerând și demonstrând în cadrul proceselor-verbale de evaluare tehnică că ambele oferte sunt conforme și admisibile.

Având în vedere cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, întrucât toate criticile acesteia sunt nefondate.

Punctul de vedere al autorității contractante transmis și în original, înregistrat la Consiliu sub nr. 27501/09.07.2020, a fost însoțit de copia dosarului achiziției publice și de oferta contestatoarei și cea a ofertantului declarat câștigător.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a formulat cererea de intervenție fără număr de înregistrare la emitentă, datată 09.07.2020, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 27634/10.07.2020, respectiv, sub nr. 28130/14.07.2020, în cauza care formează obiectul prezentului dosar, prin care ...SA, în calitate de ofertant declarat câștigător, a solicitat admiterea atât în principiu, cât și pe fond, a cererii de intervenție,

respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de ... SRL și, pe cale de consecință, menținerea ca temeinice și legale a rezultatului procedurii, a raportului procedurii nr. 29562/24.06.2020, precum și a actelor anterioare și/sau subsecvente.

Intervenienta arată că prețul oferit de societatea sa, de 7.986.574,79 lei (fără TVA), reprezintă 89,79 % din valoarea estimată a contractului, de 8.894.036,63 lei (fără TVA), deci nu poate fi considerat un preț neobișnuit de scăzut, aspect evaluat de autoritatea contractantă, așa cum rezultă din raportul procedurii, unde, la pct. 3.2.3. - Evaluarea propunerilor financiare, secțiunea „Analiza ofertei depuse de către ofertantul ... SA”, la verificarea criteriului „Prețurile sunt neobișnuit de scăzute în comparație cu valoarea estimată?”, răspunsul este „NU”.

De asemenea, intervenienta arată că, prin adresa de clarificări nr. 28881/04.06.2020, autoritatea contractantă a solicitat clarificarea fundamentării costurilor, societatea sa răspunzând prin adresa nr. 2140/R/09.06.2020, clarificând modul de fundamentare a costurilor, printr-o detaliere a acestora și listele cu prețuri unitare, răspuns ce a fost considerat concludent.

Sub acest aspect, intervenienta face trimitere la clarificările autorității contractante cu privire la documentația de atribuire, respectiv, clarificarea nr. 25119/31.03.2020, răspunsurile nr. 7 și nr. 11. Intervenienta invocă și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, din care rezultă că autoritatea contractantă a efectuat o analiză și verificare fundamentată și riguroasă a ofertei sale, asigurându-se de posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. De asemenea, intervenienta consideră că răspunsul nr. 2140/R/09.06.2020 nu poate fi considerat o completare sau modificare a ofertei, întrucât oferta depusă inițial nu a fost modificată sau completată, ci, prin acest răspuns, doar s-au detaliat/justificat costurile incluse în prețul ofertei.

...SA subliniază și faptul că nu are obligația de a detalia, pentru fiecare stradă în parte, tipul de lucrări ce se vor executa și prețurile unitare, adică liste de cantități și prețuri. Mai mult, având în vedere că procedura este de tipul proiectare și execuție și că listele de cantități în baza cărora se va realiza execuția lucrărilor și decontarea acestora se vor realiza în etapa de elaborare a proiectului tehnic, etapă ulterioară semnării contractului, autoritatea contractantă a specificat în mod expres că ofertanții nu trebuie să întocmească și să prezinte Listele de cantități, ofertarea făcându-se doar până la nivelul formularului F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la cheltuielile indirecte, despre care pretinde că „au fost ofertate într-un procent foarte scăzut care nu poate fi justificat în mod real”, intervenienta susține că acesta este un argument pur formal, artificial, atâta vreme cât contestatoarea nu cunoaște conținutul propunerii sale financiare, declarată confidențială, și deci nu poate face aprecieri cu privire la procentul scăzut al acestor cheltuieli.

Astfel, intervenienta observă că autoarea contestației nu arată în ce constă încălcarea prevederilor Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiect de construcții pentru investiții realizate din fondurile publice, susținerile fiind pur formale și generale,

iar Ghidul nu conține vreo dispoziție care să oblige ofertanții să prevadă un anumit procent al cheltuielilor indirecte, o normă valorică a cotei de cheltuieli indirecte.

Referitor la criticile contestatoarei cu privire la propunerea sa tehnică, intervenienta învederează că aceasta respectă cerințele documentației de atribuire, fiind analizată de comisia de evaluare, care, în mod corect și legal, a stabilit conformitatea ei. Astfel, intervenienta prezintă, în continuare, cuprinsul propunerii sale tehnice și paginile aferente fiecărui capitol al acesteia.

Intervenienta aduce la cunoștință și faptul că au fost prezentate, la pag. 634-638, Graficul Gantt, însoțit de Programul de execuție, la pag. 639-665, precum și Drumul critic, la pag. 666-670 din propunerea tehnică. Graficul Gantt și Drumul critic conțin toate cerințele, atât defalcarea pe categorii de lucrări - deviz (ex: infrastructură, suprastructură, semnalizare rutieră, etc.), cât și la nivelul operațiilor - articolelor de deviz (ex: săpătură în teren excedentar, strat de uzură BA 16, etc.); obiectele sunt identificate pe Graficul Gantt - ex: Obiect I - Reabilitare Strada Crișan, Obiect 8 - Trotuare aferente străzii Crișan, etc.

Intervenienta menționează că, din Graficul Gantt se poate observa că toate activitățile au dată de început și dată de finalizare, precum și durată de îndeplinire, fiind evidențiate și legăturile (interdependențele) dintre activități, cât și resursele pentru fiecare dintre ele (manoperă, utilaje, materiale). Graficul Gantt este însoțit de un Program de execuție (descrierea graficului), unde sunt evidențiate toate tipurile de lucrări cu resursele alocate (utilaje, manoperă și material).

În final, intervenienta solicită accesul la dosarul achiziției publice.

Prin adresele nr. 27771/1291/C5/10.07.2020 și nr. 27772/1291/C5/ 10.07.2020, Consiliul a informat părțile că pot transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de ...SA.

ORAȘUL ... a răspuns solicitării CNSC nr. 27772/1291/C5/ 10.07.2020, prin adresa nr. 31807/13.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28220/14.07.2020, prin care a menționat că nu are nicio obiecție față de cererea de intervenție.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că înaintea termenului de depunere a ofertelor, prin răspunsul consolidat la clarificările privind documentația de atribuire, a clarificat faptul că „Ofertanții nu trebuie să întocmească și să atașeze ofertei lor listele de cantități. Ofertarea se va face forfetar, doar până la nivelul formularului F2 (deoarece este procedură de tipul proiectare + execuție)”, prin urmare propunerea financiară depusă de ofertantul declarat câștigător a conținut formularele F1 și F2, în etapa evaluării financiare solicitându-se detalierea costurilor și nu completarea ofertei.

Prin adresa nr. 28440/1291/C5/15.07.2020, Consiliul a invitat contestatoarea ... SRL, la data de 16.07.2020, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 28516/1291/C5/16.07.2020, Consiliul a invitat intervenienta ...SA, la data de 17.07.2020, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 29286/22.07.2020, ... SRL a comunicat Concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, a transmiterii punctului de vedere al autorității contractante

precum și a depunerii cererii de intervenție, prin care a constatat inadmisibilitatea ofertei declarate câștigătoare, întrucât aceasta este favorizată prin modul de evaluare, exemplificând în acest sens actele de evaluare și rapoartele expertului tehnic cooptat, din care rezultă faptul că oferta ... nu a fost însoțită de o fundamentare a costurilor, astfel cum s-a solicitat în mod expres prin documentația de atribuire, iar lipsa acestor informații esențiale din oferta inițială nu putea fi complinită prin solicitarea de clarificări și acceptarea completării substanțiale a ofertei, fără încălcarea principiului tratamentului egal.

Astfel, contestatoarea arată că, deși autoritatea contractantă are dreptul să ceară ofertantului lămuriri privind conținutul ofertelor, acest drept trebuie exercitat cu extremă prudență astfel încât să nu fie favorizat respectivul ofertant, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 fiind explicite în acest sens.

Se mai reiterează faptul că în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 28881/04.06.2020, ... menționează că a apreciat că prezentarea unei fundamentări a costurilor în cadrul propunerii financiare la etapa ofertării ar fi fost redundantă, fiind astfel evidentă intenția ofertantului de a nu respecta o cerință impusă de către autoritatea contractantă, nefiind astfel în prezența unei omisiuni involuntare. Sub acest aspect, contestatoarea invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În continuare, ... SRL aduce o nouă critică în ceea ce privește cuprinsul solicitării de clarificări nr. 27369/ 19.05.2020 (pct. 2), prin care se solicită ... să clarifice de ce nu a menționat în ofertă executarea zidului de sprijin pe Strada Comoara, fiindu-i sugerată inclusiv modalitatea de răspuns, respectiv existența unei erori, în opinia acesteia, acest aparent viciu de formă fiind concludent din perspectiva lipsei de diligență a ofertantului în formularea ofertei dar și raportat la avantajul economic pe care și l-a creat prin omisiunea ofertării unei componente importante a lucrării, cu impact major asupra prețului ofertat.

Astfel, se arată că, din analiza Studiului de fezabilitate S.F. - NR. 062 - 2018 din octombrie 2018, respectiv fișierul „ETF2_Studiu de fezabilitate_semnate.pdf”, paginile 76- 79, Obiectiv 2 - Modernizare strada Comoara, rezultă că la tipul de Lucrări Conexe este specificată necesitatea unui zid de sprijin de la km 0+055 -0+305.00 datorită lărgirii platformei. Acest aspect privind descrierea zidului de sprijin din beton este detaliat și în fișierul 1. „DALI_PARTE SCRISĂ_11 STRĂZI ORAȘ pdf”, pus la dispoziție în documentația de atribuire unde (pag. 114) sunt menționate liste de cantități pentru „Modernizare Strada Comoara” și sunt detaliate cantități de lucrări estimate de proiectant. La categoria de Lucrări Conexe, zidul de sprijin are o cantitate de realizare de 300 ml și un preț unitar estimat la 2.000 lei/ml, însumând o valoare de 600.000 lei.

Contestatoarea observă că valoarea estimată a acestei componente importante a lucrărilor reprezintă 7,51% din valoarea ofertei depuse de ... CLUJ SA ($600.000,00/7.986.574,79 \text{ lei} \times 100 = 7,51 \%$), motiv pentru care nu pot fi incidente dispozițiile legale privind abaterile tehnice minore sau corectarea viciilor de formă raportat la caracterul major al modificării care favorizează în mod nepermis ofertantul câștigător.

Este adus la cunoștință de către contestatoare un alt argument care confirmă lipsa justificării prețului ofertat, și anume faptul că a fost

acceptată explicația ofertantului conform căreia salariul angajaților ... este peste nivelul minim garantat legal. În acest sens, contestatoarea apreciază că această afirmație este nedovedită, nefiind depuse documente suport relevante din care să rezulte nivelul de salarizare practicat la nivelul societății pentru categoriile de personal implicate în derularea contractului, confirmându-se astfel lipsa de rigoare a analizei realizate de către comisia de evaluare cu privire la justificările de preț neconcludente furnizate de către ofertant.

În final, contestatoarea solicită să se verifice respectarea riguroasă de către ofertant a exigențelor documentației de atribuire în ceea ce privește modul de prezentare a propunerii tehnice, conținutul graficului Gantt, descrierea modului efectiv de prestare a serviciilor de proiectare din perspectiva respectării dispozițiilor legale specifice, analiza riscurilor și a măsurilor de evitare/diminuare, lista și atribuțiile experților, obținere autorizații, managementul calității.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 30253/28.07.2020, contestatoarea a făcut dovada comunicării concluziilor scrise către autoritatea contractantă și intervenientă.

Aspecte privind confidențialitatea

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că autoarea contestației și intervenienta au solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

Pentru a stabili care documente vor fi puse la dispoziția contestatoarei pentru a fi studiate la sediul CNSC, Consiliul a procedat la verificarea documentelor transmise de entitatea contractantă, sens în care a constatat următoarele:

- ...- ... CLUJ SA a depus atât în propunerea tehnică cât și propunerea financiară, câte o „Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial”, prin intermediul căroră a declarat confidențiale propunerea tehnică și propunerea financiară (inclusiv clarificările ulterioare aferente acestora);

- ... SRL a depus „Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial”, în cadrul căreia a declarat confidențiale propunerea tehnică și propunerea financiară (inclusiv clarificările ulterioare aferente acestora).

Având în vedere „Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial” din cadrul ofertelor depuse de ... SRL și ...- ... CLUJ SA, transmise de către autoritatea contractantă ORAȘUL ..., cu adresa nr. 31681/08.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 27501/09.07.2020, prin care, atât intervenienta, cât și contestatoarea, au declarat confidențiale propunerea tehnică (în totalitate) și propunerea financiară (în totalitate), inclusiv clarificările ulterioare aferente acestora, Consiliul, prin adresele nr. 28057/1291/C5/13.07.2020 și nr. 28058/1291/C5/13.07.2020, a solicitat intervenientei și contestatoarei, în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să justifice încadrarea înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale” și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

...- ... CLUJ SA a răspuns la solicitarea CNSC nr. 28057/1291/C5/13.07.2020, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28265/15.07.2020, prin care a susținut că declararea înscrisurilor din cuprinsul ofertei ... ca având caracter confidențial se bazează pe următoarele temeuri juridice din legislația privind achizițiile publice: art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 19 alin. (1), (3), (4) și (5) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, intervenienta susține că propunerea tehnică a fost declarată confidențială, întrucât descrie modul efectiv de realizare a lucrărilor, a fost elaborată și reprezintă un concept integrat și interdependent, concepută special pentru acest proiect, pentru a asigura eficientizarea lucrărilor și a procedurilor de lucru, atât ca element de timp cât și de cost. În cadrul propunerii tehnice au fost incluse soluții tehnice, care sunt părți componente ale unei opere științifice, de creație intelectuală, care aparțin colectivului care a întocmit oferta. Mai mult decât atât, aceste informații reprezintă secret comercial întrucât cuprind Metodologia privind execuția lucrărilor propriu ofertantului.

Următoarele capitole din propunerea tehnică sunt confidențiale:

- Planul Calității, deoarece reprezintă secret comercial și a fost elaborat pe baza know-how-ului specific ... și cuprinde metodologii și proceduri de lucru proprii elaborate și actualizate pe baza vastei sale experiențe în domeniu. Planul calității s-a elaborat în urma studierii Standardelor, Normativelor și Legii calității în construcții, iar metoda de abordare a lucrărilor este creație proprie bazată pe experiența acumulată;

- Metodologia, Secvențierea, Procedurile tehnice de execuție și Planul de Control s-au realizat în urma studierii tuturor legilor privind calitatea în construcții, iar modul concret de îndeplinire al acestora s-a făcut prin creația proprie, fără să se apeleze la proceduri generice sau copiate din alte surse;

- Planul SSM s-a realizat în urma studierii tuturor legilor și a standardelor din domeniul siguranței și securității în muncă, iar modul concret de îndeplinire al acestora s-a făcut prin creație proprie, fără să se apeleze la proceduri generice sau copiate din alte surse. Acesta a fost elaborat pe baza know-how-ului specific ... și cuprinde metodologii și proceduri de lucru proprii elaborate și actualizate pe baza vastei sale experiențe în domeniu coroborat cu legislația în vigoare;

- Planul cu măsurile privind protecția mediului s-a realizat în urma studierii tuturor legilor legate de Mediu;

- Planul de trafic este creație proprie bazată pe experiența acumulată în timp de ...;

- Responsabilități ale personalului implicat din cuprinsul propunerii tehnice conține informații cu caracter personal referitor la resursele umane ale ..., față de care societatea sa și-a asumat respectarea dispozițiilor legale prevăzute în Codul Muncii privind confidențialitate informațiilor;

- Organigrama și Personal de Specialitate, deoarece diplomele și calificările personalului conțin date cu caracter personal. Mai mult, cunoașterea datelor incluse în CV-ul personalului propus spre realizarea contractului în cauză, poate aduce beneficii și/sau avantaje

competitorilor cunoscând experiența personalului, informații pe care le pot utiliza în proceduri viitoare. Aceste informații reprezintă secret comercial;

- Informațiile despre echipamentele/instalațiile/utilajele aflate la dispoziția ofertantului pentru executarea contractului deoarece atât marca, cât și modelul sau capacitățile de execuție, numărul acestora precum și timpii de execuție pe care îi ofertează, cumulat pot aduce prejudicii odată cu divulgarea acestor tipuri de informații cu caracter de secret comercial;

- Graficul de execuție, deoarece la elaborarea acestuia s-a ținut cont de cerințele documentației de atribuire și a fost realizat prin deținerea unui know-how specific ..., bazat pe vasta experiență în domeniu, procedurile și politicile sale interne.

Intervenienta subliniază că propunerea financiară a fost declarată confidențială, întrucât cuprinde prețurile oferite pe categorii de lucrări, precum și graficul fizic și valoric defalcat pe activități și sub-activități, elaborat pe baza soluțiilor propuse prin propunerea tehnică și detaliază prețuri care sunt rezultatul negocierilor individuale purtate de societatea sa cu furnizorii de materiale pentru acest proiect, precum și cu alți prestatori de servicii, în baza unor relații partenariale de lungă durată cu aceștia, ce au condus la obținerea unor facilități privind prețurile și/sau termenele de livrare, astfel că dezvăluirea acestora îi poate crea semnificative prejudicii comerciale. Toate ofertele de preț, chiriile aferente utilajelor, listele de furnizori sunt rezultatul eforturilor și negocierilor realizate de ... în scopul obținerii celor mai bune soluții tehnice și financiare de realizare a contractului, respectiv reprezintă secret comercial.

Se mai arată că Listele de cantități și modul de defalcare al prețurilor unitare aferente fiecărui articol de deviz constituie un aspect important, din perspectiva confidențialității, întrucât generarea prețurilor unitare depinde de materiale, forța de muncă, echipament, transport, cheltuieli indirecte și profit. Toate aceste elemente pot fi oferite în diferite feluri, conducând la un rezultat diferit al prețului unitar final, în funcție de experiența și politica de ofertare a fiecărui operator economic.

Intervenienta învederează că, prin contractele de furnizare materiale de construcții, s-a angajat față de furnizori să păstreze confidențialitatea anumitor informații din cuprinsul acestora. De asemenea, având raporturi comerciale pe o perioadă îndelungată cu anumiți furnizori de materiale, ... beneficiază de diverse avantaje față de competitori, în privința prețurilor la materiale, eventuale discount-uri și termene de plată. Astfel, divulgarea informațiilor din cuprinsul propunerii financiare sau eventualelor răspunsuri la solicitări de clarificări referitoare la propunerea financiară, ar putea aduce prejudicii ..., în cazul în care și competitorii săi obțin aceleași avantaje ca și societatea sa ca urmare a vizionării propunerii financiare.

În ceea ce privește clarificările, intervenienta subliniază că fiecare dintre cele comunicate sunt în directă legătură cu documentele depuse în ofertă, a căror confidențialitate a fost mai sus justificată, prin urmare, se impune menținerea caracterului confidențial și în ceea ce privește Clarificările depuse în cadrul procedurii de atribuire.

Mai mult, se arată că propunerea financiară este elaborată și în baza graficului de execuție (Graficul Gantt), parte a Propunerii Tehnice, iar modul de planificare al lucrărilor, succesiunea activităților și alte elemente interconectate la acestea, au impact major asupra propunerii financiare, astfel că, un program de execuție realist, care să răspundă întru-totul cerințelor din cadrul specificațiilor tehnice, precum și respectarea termenelor de execuție, cu diminuarea costurilor finale, poate fi elaborat doar prin deținerea unui know-how adecvat și specific fiecărui ofertant în parte, iar dezvăluirea unor astfel de informații poate atrage după sine utilizarea în alte scopuri a terților, cunoașterea modului de elaborare al ofertei sale și chiar a prețului pe care societatea sa îl poate oferta în cadrul procedurilor ulterioare.

De asemenea, intervenienta face trimitere și la devizele elaborate în cadrul prezentei proceduri și modul de stabilire a prețurilor utilizate în cadrul ofertei, care constituie un aspect important din perspectiva confidențialității, întrucât în compunerea prețurilor, un impact major îl au materialele, forța de muncă, echipamentele, transportul, cheltuielile indirecte și profitul, elemente care provin atât din experiența de lungă durată pe care ... o are cu partenerii săi, cât și din experiența de-a lungul numeroaselor contracte derulate în România, întrunind totodată experiența și cunoștințele în domeniu a colectivului care a întocmit oferta.

În continuare, ...- ... CLUJ SA invocă prevederile art. 1¹ lit. d) din Legea nr. 11/1991, art. 3 alin. (2) și art. 4 alin. (3) din OUG nr. 25/2019.

În sprijinul argumentelor sale, intervenienta invocă și prevederile art. 21 din Directiva 2014/24/UE, Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva Etatbelge și Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA).

Prin urmare, având în vedere că societatea sa a justificat și demonstrat caracterul confidențial al ofertei și date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin textele de lege precizate, intervenienta solicită CNSC să nu permită accesul contestatoarei la documentele declarate confidențiale.

Contestatoarea ... SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 28058/1291/C5/13.07.2020, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28342/15.07.2020, prin care a apreciat faptul că, raportat la obiectul contestației și la conținutul acesteia care vizează exclusiv oferta declarată câștigătoare, nu se justifică ca oferta depusă de ... SRL să fie pusă la dispoziția societății interveniente, cu atât mai mult cu cât cererea de intervenție are caracter accesoriu, nefiind formulate critici/pretenții cu privire la oferta sa, prin urmare, în conformitate cu dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016, exprimându-și refuzul față de consultarea de către intervenientă a documentelor depuse de către ... SRL în cadrul procedurii de atribuire, în special în ceea ce privește informațiile declarate ca fiind confidențiale.

Astfel, contestatoarea învederează că propunerea tehnică vizează însuși know-how-ul tehnologic aplicat de societatea sa pentru realizarea obiectului contractului, incluzând descrierea particularizată a modului

propriu în care societatea sa înțelege să execute lucrările, toate elementele acestei descrieri fiind rezultatul experienței îndelungate de care a beneficiat, fiind prin esență secrete comerciale, acestea îndeplinind cerința prevăzută de art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991 privind concurența neloială, în sensul în care nu sunt cunoscute la nivel general și nu sunt ușor accesibile concurenților, fiind luate toate măsurile rezonabile pentru protejarea acestora, cum ar fi obligațiile salariaților referitoare la păstrarea secretului comercial și nedivulgarea informațiilor confidențiale.

De asemenea, contestatoarea susține că prețurile practicate de societatea sa, întocmite pe baza ofertelor de la furnizori/parteneri, reprezintă secret comercial protejat de lege în măsura în care respectivele prețuri sunt rezultatul unor negocieri repetate și al unor relații de colaborare îndelungate, bazate pe respect, încredere și confidențialitate, iar o eventuală divulgare a acestor informații este de natură a aduce la cunoștința competitorilor informații importante pe care aceștia le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, respectiv pentru a avea acces la prețurile practicate și implicit de furnizorii săi, eventual a obține prețuri identice sau mai mici decât ale societății sale, putând constitui chiar o măsură de presiune a acestora față de furnizori, în cazul în care există furnizori comuni.

Or, o asemenea abordare produce în mod evident un prejudiciu ... SRL, mai menționează contestatoarea, inclusiv prin pierderea avantajului economic pe care îl are pe piață prin utilizarea unei asemenea soluții tehnice, respectiv prin apelarea la anumiți furnizori și practicarea anumitor prețuri, aducându-se astfel o gravă atingere inclusiv principiului concurenței loiale.

Mai mult, contestatoarea subliniază că legislația specială a achizițiilor publice este completată, în materie de confidențialitate, de dispozițiile art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public, acestea exceptând, de asemenea, de la liberul acces al cetățenilor, informațiile privind activitățile comerciale și financiare, în condițiile atingerii principiului concurenței loiale, importanța protejării și garantării informațiilor pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală rezultând inclusiv din prevederile art. 19, art. 27 alin. (11), respectiv art. 35 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, contestatoarea face trimitere și la prevederile art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991, precizând că soluția tehnică propusă, respectiv prețurile negociate de societatea sa nu reprezintă informații accesibile competitorilor săi, motiv pentru care societatea sa a luat toate măsurile rezonabile pentru ca astfel de informații să rămână confidențiale.

În continuare, contestatoarea invocă practica europeană, respectiv Hotărârea din data de 14.02.2008 a Curții de Justiție Europene, Cauza 450/06, Varec SA împotriva statului belgian.

Având în vedere cele de mai sus, ... SRL solicită să se ia act de caracterul confidențial al propunerilor tehnică și financiară și al clarificărilor care le vizează și să restricționeze accesul intervenientei la acestea în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere susținerile părților, Consiliul apreciază că în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte este relevantă Hotărârea

din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat:

- în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar;

- protecția secretelor comerciale constituie un principiu general;

- în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora;

- având în vedere prejudiciul care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora;

- organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei și a intervenientei, care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, întregul dosar al achiziției al cărui conținut este prevăzut de dispozițiile art. 148 din HG nr. 395/2016, precum și răspunsurile la clarificări, care fac parte integrantă din dosarul achiziției publice [art. 148 lit. j)], l) din HG nr. 395/2016: *„Dosarul achiziției publice trebuie să cuprindă documentele întocmite/primate de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, cum ar fi, dar fără a se limita la următoarele: (...); j) formularele de ofertă depuse în cadrul procedurii de atribuire; (...); l) solicitările de clarificări, precum și clarificările transmise/primate de autoritatea contractantă;],* mai puțin:

- ofertantului ... SRL, propunerea tehnică și propunerea financiară depuse de ...- ... CLUJ SA, precum și anexele atașate de ...- ... CLUJ SA răspunsurilor la solicitările de clarificări, datate 22.05.2020 și 10.06.2020, care conțin informații din propunerea tehnică și financiară declarate confidențiale de acest ofertant;

- ofertantului ...- ... CLUJ SA, propunerea tehnică și propunerea financiară depuse de ... SRL, precum și anexa atașată de ... SRL răspunsului la solicitarea de clarificări, datat 22.05.2020, care conține informații din propunerea tehnică declarată confidențială de acest ofertant. De altfel, studierea acestor documente este și lipsită de interes

de vreme ce intervenienta a formulat, exclusiv, susțineri cu privire la oferta sa.

De altfel, Consiliul a aplicat și principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând unui ofertant, care la rândul lui a invocat caracterul confidențial al unor documente, accesul la documentele similare ale altui ofertant.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

ORAȘUL ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări pentru investiția «Creșterea mobilității urbane în orașul ..., județul Bistrița-...» – componentă neînchepută (lotul I - Proiectare și execuție lucrări INFRASTRUCTURA RUTIERĂ ȘI PIETONALĂ; lotul II - Proiectare și execuție lucrări DEPOU)”, coduri CPV 45233142-6 (Rev.2), 71322000-1 (Rev.2), 71356200-0 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la 03.04.2020, modificat prin anunțul tip erată nr. EN1017533/19.03.2020, la 10.04.2020, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 9.986.020,50 lei.

Procedura de atribuire a fost divizată în 2 loturi, prezenta contestație vizând lotul 1 - Proiectare și execuție lucrări INFRASTRUCTURA RUTIERĂ ȘI PIETONALĂ.

În cadrul procedurii de atribuire, pentru lotul 1 au depus oferte 2 operatori economici, respectiv ... SRL și ... CLUJ, aspect consemnat în procesul verbal nr. 25347/10.04.2020.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii aferent lotului 1, consemnat în raportul procedurii nr. 29562/24.06.2020, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de ... CLUJ, în timp ce oferta depusă de ... SRL a fost poziționată pe locul 2 în clasament.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. 29567/24.06.2020, ofertantul ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentului dosar.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, prin adresa nr. 995/02.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 26532/03.07.2020, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206360477/1 din 02.07.2020, eliberată de CEC Bank – Sucursala Bistrița, în sumă de 88.000,00 RON, aferentă lotului contestat.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la cererea de intervenție transmisă Consiliului prin mijloace electronice (e-mail) la data de 09.07.2020, formulată de ... CLUJ (ofertant declarat câștigător), Consiliu constată că aceasta a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu,

operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 02.07.2020, contestația formulată de ... SRL, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 13.07.2020 (în condițiile în care 12.07.2020 a fost duminică, zi nelucrătoare), rezultând că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației și consolidării poziției sale de ofertant poziționat pe locul 1 în clasamentul final, motiv pentru care califică cererea de intervenție depusă drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... CLUJ este situată pe locul 1, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată în legătură cu acest aspect, deci implicit menținerea deciziei entității contractante de a poziționa pe locul 1 oferta sa, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că din conținutul contestației rezultă nemulțumirea contestatoarei de decizia autorității contractante de a stabili ca ofertant câștigător pe CLUJ, în legătură cu oferta căruia a formulat următoarele critici:

- nu respectă cerințele privind elaborarea propunerii financiare:
- lipsa din oferta câștigătoare a informațiilor obligatorii impuse din documentația de atribuire, respectiv prezentarea în detaliu a fundamentării costurilor, iar prin solicitarea de clarificări și acceptarea completării ofertei, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) din același act normativ;
- nu a realizat o detaliere pe fiecare stradă în parte cu tipul de lucrări ce urmează a fi executate;
- autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit în mod corespunzător obligația de a verifica riguros dacă explicațiile ofertantului criticat sunt concludente, în condițiile în care nici în procesele verbale intermediare și nici în raportul procedurii nu sunt evidențiate informații referitoare la modul în care ofertantul în discuție a detaliat și justificat costurile;
- a oferat în mod artificial cheltuielile indirecte într-un procent foarte scăzut;

- autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea dispozițiilor legale privind justificarea prețurilor neobișnuit de scăzute decât într-un mod pur formal;
 - nu respectă cerințele privind modul de prezentare al propunerii tehnice;
- sunt abordate superficial elemente obligatorii ale ofertei, în ceea ce privește modul de elaborare a propunerii tehnice pentru serviciile de proiectare;
- Graficul Gantt și Drumul critic au fost realizate la nivel de deviz și nu la nivel de articol de deviz;
- Graficul Gantt a fost conceput sumar fără a oferi informații relevante necesare verificării capacității ofertantului de a respecta termenul de execuție, nefiind respectate cerințele prevăzute de pct. 42 din Instrucțiunile către ofertanți;
- Având în vedere caracterul sumar al propunerii tehnice aferente serviciilor de proiectare, depusă de ofertantul criticat (aproximativ 20 pagini) ofertantul a omis să prezinte în mod detaliat și relevant aspectele esențiale.

În analizarea criticilor care vizează modul de elaborare al propunerii financiare depusă de ... CLUJ și evaluarea acesteia, Consiliul apreciază relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016:

„ (1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1).

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv

numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței”.

- art. 136 din HG nr. 395/2016:

„(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă”.

Având în vedere că legislația actuală, spre deosebire de legislația anterioară (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006), nu definește ofertele cu preț neobișnuit de scăzut prin stabilirea unui procent din valoarea estimată, Consiliul reține că în conformitate cu prevederile art. 4 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, „prețurile produselor și tarifele serviciilor și lucrărilor se determină în mod liber prin concurență, pe baza cererii și ofertei”, aspect care este susținut și de propunerile financiare depuse de ofertanții participanți la procedură.

În acest context, Consiliul apreciază că propunerile financiare depuse în cadrul procedurii de atribuire reflectă eforturile operatorilor economici de a depune oferte competitive și preocupările lor pentru controlul și optimizarea costurilor iar, în speță autoritatea contractantă nu a considerat că oferta depusă de CLUJ (în valoare de 7.986.574,79 lei, reprezentând aproximativ 89% din valoarea estimată a contractului) are un preț aparent neobișnuit de scăzut, astfel încât aceasta nu a făcut verificări referitoare la acest aspect.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la nerespectarea cerințelor privind elaborarea propunerii financiare, întrucât din oferta câștigătoare ar lipsi informații obligatorii impuse din documentația de atribuire, respectiv fundamentarea costurilor, Consiliul constată următoarele:

În cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- la pct. II.2.4 Descrierea achiziției publice (natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele):

„Serviciile ce fac obiectul contractului vizat sunt:

(...)

Execuție lucrări INFRASTRUCTURĂ RUTIERĂ ȘI PIETONALĂ – lucrările constau în realizarea a 12 obiective:

- *Obiect 1 - Reabilitare Strada Crișan*
- *Obiect 2 - Modernizare Strada Comoara*
- *Obiect 3 - Modernizare Strada Avram Iancu*
- *Obiect 4 - Reabilitare Strada Vasile Nascu*
- *Obiect 5 - Modernizare Strada Dumitru Vartic*
- *Obiect 7 - Reabilitare Strada Tudor Vladimirescu*
- *Obiect 8 - Trotuare aferente străzii Crisan*
- *Obiect 9 - Trotuare aferente străzii Comoara*
- *Obiect 10 - Trotuare aferente străzii Avram Iancu*
- *Obiect 11 - Trotuare aferente străzii Vasile Nascu*
- *Obiect 12 - Trotuare aferente străzii Dumitru Vartic*
- *Obiect 14 - Trotuare aferente străzii Tudor Vladimirescu”;*

- la pct. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, s-au prevăzut următoarele: *„Propunerea financiară va fi prezentată numai în SEAP și numai până la data limită de depunere a ofertelor prevăzută în anunțul de participare simplificat. Propunerea financiară va fi prezentată pe fiecare lot în parte. Valoarea ofertată se va depune în SEAP, oferta va cuprinde atât serviciile cât și lucrările și trebuie să cuprindă atât prețurile pentru serviciile de proiectare (defalcate pe fiecare categorie solicitată) cât și pentru lucrările de construcții. **Oferta financiară va fi însoțită de o fundamentare a costurilor dar și o listă de prețuri/tarife unitare ce vor fi avute în vedere la potențialele variații de cantități rezultate în urma elaborării proiectului tehnic.** Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile solicitate cu privire la prețurile și tarifele respective (exprimate în Lei, fără TVA), precum și la alte condiții contractuale, financiare și comerciale legate de execuția lucrărilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini, astfel încât aceasta să asigure realizarea întregilor cantități de lucrări solicitate prin caietul de sarcini, cel puțin la nivelul calitativ stabilit, în conformitate cu prevederile legale aplicabile lucrărilor aferente contractului. (...)*”.

Prin adresa nr. 25119/31.03.2020 – Răspuns consolidat clarificări, răspunzând solicitării de clarificări formulată de un potențial ofertant, potrivit căreia „Vă rugăm să clarificați dacă listele de cantități prezentate în cadrul părții scrise din DALI, pag. 102 - 139, se pot folosi pentru întocmirea prețului din oferta financiară pentru lucrările de construcție și dacă reprezintă valori ale cantităților după care se pot face analize comparative în urma întocmirii fazei de proiect tehnic” (Întrebarea 7), autoritatea contractantă a precizat următoarele: **„Listele atașate la documentație nu au rolul de fi elemente ale ofertei.** Postarea lor s-a făcut doar în scopul asigurării transparenței totale a ofertanților și asigurării egalității de șanse. Aceste liste au avut unic scop de a justifica devizul elaborat la faza SF/DALI. **Ofertanții nu sunt obligați să țină cont de aceste liste. Ofertații nu trebuie să întocmească și să**

atașeze ofertei lor listele de cantități. Ofertarea se va face forfetar, doar până la nivelul formularului F2 (deoarece este procedura de tipul proiectare - execuție)". Același răspuns a fost formulat de autoritatea contractantă, în cadrul aceleiași corespondențe, în referire la întrebarea nr. 11, privind transmiterea unor antimăsurători aferente pentru mai multe obiective din contract.

De asemenea, în cadrul documentului intitulat „Instrucțiuni către ofertanți”, la „Modul de prezentare a propunerii financiare”, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „Propunerea financiară va fi prezentată numai în SEAP și numai până la data limită de depunere a ofertelor prevăzută în anunțul de participare simplificat. Propunerea financiară va fi prezentată pe fiecare lot în parte. Valoarea ofertată se va depune în SEAP, oferta va cuprinde atât serviciile cât și lucrările și trebuie să cuprindă atât prețurile pentru serviciile de proiectare (defalcate pe fiecare categorie solicitată) cât și pentru lucrările de construcții. Oferta financiară va fi însoțită de o fundamentare a costurilor dar și o listă de prețuri/tarife unitare ce vor fi avute în vedere la potențialele variații de cantități rezultate în urma elaborării proiectului tehnic. Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile solicitate cu privire la prețurile și tarifele respective (exprimate în Lei, fără TVA), precum și la alte condiții contractuale, financiare și comerciale legate de execuția lucrărilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini, astfel încât aceasta să asigure realizarea întregilor cantități de lucrări solicitate prin caietul de sarcini, cel puțin la nivelul calitativ stabilit, în conformitate cu prevederile legale aplicabile lucrărilor aferente contractului”.

Prevederile documentației de atribuire, clarificate prin răspunsurile formulate de autoritatea contractantă anterior împlinirii termenului limită de depunere a ofertelor, nu au fost contestate de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru operatorii economici care au depus oferte, aceștia având obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentație.

Din conținutul propunerii financiare depusă de ... CLUJ, rezultă că prețul ofertat a fost de 7.986.574,79 lei, în cadrul acesteia ofertantul depunând următoarele documente:

- devizul general, în cadrul căruia se regăsesc informații referitoare la valorile aferente următoarelor capitolele de cheltuieli și subcapitole ale acestora: cheltuieli pentru obținerea și amenajarea terenului, cheltuieli pentru proiectare și asistență tehnică, cheltuieli pentru investiția de bază, alte cheltuieli, cheltuieli pentru probe tehnologice și teste;

- centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv – formular F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv în care sunt redată cheltuielile aferente obținerii și amenajării terenului, pentru proiectare și asistență tehnică, pentru investiția de bază și alte cheltuieli;

- centralizatorul pe categorii de lucrări – formular F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, în cadrul căruia sunt evidențiate cheltuielile pentru investiția de bază defalcate în 12 obiecte, respectiv: Reabilitare strada Crișan, Modernizare strada Comoara,

Modernizare strada Avram Iancu, Reabilitare strada Vasile Nascu, Modernizare strada Dumitru Vartic, Reabilitare strada Tudor Vladimirescu, Trotuare aferente străzii Crișan, Trotuare aferente străzii Comoara, Trotuare aferente străzii Avram Iancu, Trotuare aferente străzii Vasile Nascu, Trotuare aferente străzii Dumitru Vartic, Trotuare aferente străzii Tudor Vladimirescu;

- „Graficul de prețuri și Graficul de plăți”, în cadrul căruia sunt indicate, pentru fiecare obiect al contractului ce urmează a fi executat, tipurile/categoriile de lucrări aferente realizării acestora și valorile corespunzătoare, defalcate pe luni.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare și ale expertului cooptat, Consiliul constată că, în cadrul raportului final al expertului cooptat, înregistrat sub nr. 28833/03.06.2020 și în procesul verbal nr. 28880/04.06.2020, referitor la propunerea financiară depusă de ... CLUJ, în legătură cu cerința din documentația de atribuire „oferta este însoțită de o fundamentare a costurilor”, s-a reținut „NU - se vor solicita clarificări”, sens în care, prin adresa nr. 28881/04.06.2020, a fost transmisă contestatoarei următoarea solicitare de clarificări: *«În conformitate cu cerințele caietului de sarcini (modul de întocmire a ofertei financiare) se solicită „Oferta financiară va fi însoțită de o fundamentare a costurilor dar și o listă de prețuri/tarife unitare ce vor fi avute în vedere la potențialele variații de cantități rezultate în urma elaborării proiectului tehnic”. Astfel, vă solicităm să ne transmiteți aceste justificări/argumentări ale costurilor (precum centralizatoare, liste prețuri, recapitulații, extrase consumuri, etc.)»*.

Ofertantul a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 2140/R/09.06.2020, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 28996/10.06.2020, invocând răspunsurile la întrebările 7 și 11 din adresa nr. 25119/31.03.2020 emisă autoritatea contractantă și precizând că a prezentat în cadrul ofertei formularele centralizatoare până la nivelul Formularului F2, ofertarea realizându-se forfetar pe fiecare obiectiv din cadrul investiției.

Atașat acestui răspuns, „pentru a putea avea în vedere potențiale variații de cantități rezultate în urma elaborării proiectului”, ofertantul ... CLUJ a depus documentul intitulat „Liste de cantități cu prețuri unitare”, în cadrul căruia a prezentat (în cadrul a peste 130 de poziții), pentru fiecare obiect din cadrul contractului, prețuri unitare și cantități aferente categoriilor și subcategoriilor de lucrări ce se efectuează în cadrul fiecărui obiect [ex: *obiect 1 – Reabilitare strada Crișan: Infrastructură stradă (săpătură în teren excedentar, teren foarte tare; demolări elemente din beton; frezare îmbrăcăminte asfaltică; pregătire platforme); Suprastructură stradă (faza premergătoare turnării straturilor de asfalt; strat uzură BA16, 4cm + preluare denivelări); Semnalizare rutieră (indicatoare, marcaje longitudinale, marcaje transversale); Lucrări conexe (ridicare la cotă cămine canalizare); Scurgerea apelor – canalizare pluvială (dezafectare guri de scurgere existente; guri de scurgere, racorduri)]*, precum și valori totale rezultate, în legătură cu care a precizat, însă, că nu vor sta la baza execuției/decontării lucrărilor.

Expertul cooptat a reținut în cadrul raportului înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 29106/11.06.2020, că „în urma

răspunsului la clarificări ofertantul a transmis o detaliere a costurilor și o listă de prețuri”. Membrii comisiei de evaluare au analizat răspunsul ofertantului și, în cadrul procesului verbal nr. 29107/11.06.2020, consemnând aceiași mențiuni ca expertul cooptat (respectiv „în urma răspunsului la clarificări ofertantul a transmis o detaliere a costurilor și lista de prețuri”), au stabilit că oferta este conformă.

Analizând, prin raportare la cele reținute anterior, critica autoarei contestației referitoare la faptul că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și principiul tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) din același act normativ solicitând clarificări ofertantului criticat și acceptând prezentarea, de către acesta, în detaliu a fundamentării costurilor, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, în condițiile în care, informațiile comunicate de ofertant în răspunsul înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 28996/ 10.06.2020, fac referire la valori care se regăsesc și în documentul intitulat „Grafic de prețuri și Grafic de plăți”, depus în propunerea financiară, în cadrul căruia sunt menționate valorile totale aferente categoriilor de lucrări din cadrul fiecărui obiectiv, valorile totale din răspunsul înaintat autorității contractante regăsindu-se în cadrul „Graficului de prețuri și Graficului de plăți”, în sensul că sunt identice cu acestea.

Potrivit art. 209 din Legea nr. 98/2016, *„(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. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.*

În speță, Consiliul constată că solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă ofertantului declarat câștigător nu încalcă prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, având în vedere faptul că aceasta nu a fost de natură să producă vreun avantaj ofertantului criticat în condițiile în care în cadrul propunerii financiare, așa cum s-a reținut în paragrafele anterioare, existau o serie de informații de bază referitoare la valorile aferente categoriilor și subcategoriilor de lucrări aferente fiecărui obiect al contractului. Prin răspunsul la clarificări, ofertanta câștigătoare justifică modul în care s-a ajuns la fiecare din valorile indicate în „Graficului de prețuri și graficului de plăți”, pornind de la cantități menționate în mod clar în răspunsul la clarificări, prețurile unitare fiind obținute printr-un simplu calcul matematic (valoare totală : cantitate = preț unitar), astfel încât critica autoarei contestației privind acest aspect este neîntemeiată.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător nu a realizat, în cadrul propunerii financiare, o detaliere pe fiecare stradă în parte cu tipul de lucrări ce urmează a fi executate, Consiliul constată că, față de cerințele documentației de atribuire, o asemenea obligație nu a fost stabilită în sarcina ofertanților.

Astfel, modul de ofertare stabilit de autoritatea contractantă corespunde Notificării privind bunele practici în realizarea achizițiilor aferente contractelor de lucrări pentru construcția/modernizarea obiectivelor de investiții, emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice la data de 30.05.2019, potrivit căreia:

„(...) în cazul contractelor care au ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor, modul de exprimare al prețului contractului are la bază sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării acestuia. Conform acestei abordări clasice, contractantul este de acord ca pentru un preț forfetar (fix) să realizeze toate operațiunile/lucrările necesare îndeplinirii fiecărui jalon/fază determinantă/punct critic stabilit de autoritatea contractantă, la nivelul de calitate și performanță impus de aceasta, riscul de cantități fiind preluat, prin urmare, de contractant. Autoritatea contractantă este de acord să plătească acest preț, prin contract fiind stabilite, de obicei, mai multe tranșe (plăți periodice) în corelare cu progresul fizic al lucrărilor. În acest context, Lista de prețuri/Graficul de eșalonare al prețurilor elaborată de autoritatea contractantă nu trebuie să aibă asociate liste de cantități obligatorii pentru ofertanți (acestea urmând a fi elaborate în procesul de realizare a proiectului tehnic, în conformitate cu prevederile pct. V din anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016), lista de prețuri fiind utilizată, în primul rând, pentru stabilirea unui mod unitar de întocmire a propunerilor financiare. În cazul acestor contracte unde prețul total are la bază defalcarea pe sume forfetare, documentația de atribuire (în special formularul de propunere financiară, respectiv Lista de prețuri/Graficul de eșalonare a prețurilor) trebuie să includă o listă a principalelor componente ale construcției care trebuie proiectate, executate, instalate, testate și puse în funcțiune împreună cu o defalcare rezonabilă a fiecărei componente. Nu se recomandă ca autoritățile contractante să pună la dispoziția operatorilor economici listele de cantități estimative de la nivelul studiului de fezabilitate/DALI-ului, deoarece acestea nu sunt definitive și pot fi utilizate doar pentru calcularea valorii estimate a contractului de lucrări.

În cazul acestor contracte unde prețul total are la bază defalcarea pe sume forfetare, documentația de atribuire (în special formularul de propunere financiară, respectiv Lista de prețuri/Graficul de eșalonare a prețurilor) trebuie să includă o listă a principalelor componente ale construcției care trebuie proiectate, executate, instalate, testate și puse în funcțiune împreună cu o defalcare rezonabilă a fiecărei componente. Nu se recomandă ca autoritățile contractante să pună la dispoziția operatorilor economici listele de cantități estimative de la nivelul studiului de fezabilitate/DALI-ului, deoarece acestea nu sunt definitive și pot fi utilizate doar pentru calcularea valorii estimate a contractului de lucrări”.

Pe de altă parte, din conținutul propunerii financiare, al cărei conținut a fost redat într-un paragraf anterior, rezultă că ofertantul a furnizat, în cadrul „Graficului de prețuri și graficului de plăți”, informații referitoare la cheltuielile, defalcate pe categorii de lucrări aferente fiecărui obiect din cele 12 care fac parte din prezentul contract. În aceste condiții, critica privind acest aspect este neîntemeiată.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit în mod corespunzător obligația de a verifica riguros dacă explicațiile ofertantului criticat sunt concludente, în condițiile în care nici în procesele verbale intermediare și nici în raportul procedurii nu sunt evidențiate informații referitoare la modul în care ofertantul în discuție a detaliat și justificat costurile, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, având în vedere mențiunile din procesul verbal nr. 29107/11.06.2020 privind evaluarea propunerilor financiare și raportul procedurii nr. 29562/24.06.2020, în cadrul cărora membrii comisiei de evaluare au consemnat depunerea detalierii costurilor și a listei de prețuri și au stabilit conformitatea ofertei.

Ordinul nr. 1581/2018, emis de Președintele Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, privind aprobarea formularelor standard ale proceselor-verbale intermediare de evaluare aferente procedurilor de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, stabilește conținuturi aferente proceselor verbale de evaluare și raportului procedurii, ce au fost respectate de către comisia de evaluare sub aspectul analizat.

În aceste condiții, Consiliul constată ca fiind neîntemeiată această critică.

Referitor la critica generală potrivit căreia ... CLUJ a ofertat în mod artificial cheltuielile indirecte într-un procent foarte scăzut, Consiliul o va respinge, fiind nedovedită, în condițiile în care, pe de o parte, autoritatea contractantă nu a stabilit prin documentația de atribuire, în sarcina ofertanților, obligația evidențierii costurilor aferente cheltuielilor indirecte, iar pe de altă parte, formularele depuse de ofertantul criticat nu conțin informații referitoare la acest tip de cheltuială, care, potrivit HG nr. 6047/2016, se regăsește evidențiată, în fapt, în cadrul formularelor F3, nesolicitate a fi depuse în prezenta procedură de atribuire. Autoarea contestației, fără să indice, cel puțin, procentul cheltuielilor indirecte pe care îl critică, nu a furnizat niciun fel de probe care să susțină critica privind acest aspect, deși, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”*, această regulă fiind exprimată prin adagiul *„actori incubit onus probandi”* (reclamantului îi incumbă sarcina probei). Așa cum Consiliul a arătat deja, în prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă nu a considerat necesar să facă verificări suplimentare cu privire la prețul ofertat de ... CLUJ, nefiind încălcată nicio dispoziție legală, astfel încât precizarea, din proprie inițiativă, a ofertantului criticat, din răspunsul la clarificări nr. 28996/ 10.06.2020, referitoare la faptul că salariul minim garantat în plată pentru angajații săi este peste nivelul stabilit de art. 71 din OUG nr. 114/2018, respectiv peste 17,928 lei/oră, este lipsită de relevanță nefiind precedată de o solicitare de clarificări în acest sens. În plus, Consiliul constată că majoritatea personalului cheie este angajat al ofertantului ... CLUJ.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că oferta depusă de ... CLUJ nu respectă cerințele privind modul de prezentare al propunerii tehnice, Consiliul constată următoarele:

În cadrul „Instrucțiunilor pentru ofertanți”, la „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a prevăzut următoarele:

„Propunerea tehnică va fi prezentată în așa fel încât să detalieze și să demonstreze îndeplinirea tuturor cerințelor din Caietele de sarcini. Oferta tehnică va fi realizată separat pe fiecare lot în parte.

4.1. Propunerea tehnică pentru serviciile de proiectare va conține:

1. Descrierea și detailarea serviciilor oferite în așa fel încât să corespundă cu necesitățile achizitorului formulate la nivelul Caietului de Sarcini;

2. Descrierea modului de realizare a serviciilor de proiectare în conformitate cu cerințele specifice din Hotărârea de Guvern nr. 907/2016, privind etapele de elaborare și conținutul – cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, actualizată cu modificările și completările ulterioare;

3. Oferta tehnică trebuie să conțină lista experților puși la dispoziția contractului și detalii despre autorizațiile acestora de a presta servicii de proiectare.

4. Oferta tehnică trebuie să conțină detalii privind asigurarea managementului calității în conformitate cu standardele specifice;

5. Oferta tehnică trebuie să conțină o secțiune de analiza multicriterială a riscurilor și metode/procedee de evitare/estompere/reducere a acestora;

6. Nominalizarea activităților și sarcinilor concrete care vor fi încredințate personalului implicat în îndeplinirea contractului ;(...)

4.2. Propunerea tehnică, pentru executarea lucrărilor de construcții-montaj va fi prezentată în așa fel încât să detalieze și să demonstreze îndeplinirea tuturor cerințelor din Caietele de sarcini. Oferta tehnică va fi realizată separat pe fiecare lot în parte. Aceasta va conține: (...)

c) programul de execuție (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrări (deviz), care să ilustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizare a lucrărilor. Justificarea termenului de execuție al lucrărilor pe zile și categorii de lucrări, la nivelul operațiilor (articolelor de deviz), graficul de îndeplinire a contractului va surprinde execuția lucrărilor, urmând să fie întocmit pe categorii de activități, identificate la nivelul fiecărui obiect în parte, în succesiunea logică de realizare a acestora și în corelare cu legislația în vigoare și resursele declarate, cu precizarea duratelor de îndeplinire și a datelor de începere și finalizare, precum și cu indicarea drumului critic, a interdependentelor dintre activități și a reperelor critice”.

Analizând conținutul propunerii tehnice pentru serviciile de proiectare, depusă de ofertantul criticat (pag. 6-238 din propunerea tehnică), Consiliul constată că CLUJ a inclus în cadrul acesteia următoarele informații:

- 1. Descrierea și detailarea serviciilor oferite – paginile 6-7 și 22-56;

- 2. Descrierea modului de realizare a serviciilor de proiectare în conformitate cu cerințele specifice din Hotărârea de Guvern nr. 907/2016 – pag. 20-23;
- 3. Lista experților puși la dispoziția contractului și detalii despre autorizațiile acestora de a presta servicii de proiectare – pag. 58-59 și 138-198;
- 4. Asigurarea managementului contractului de proiectare - pag. 23-26;
- 5. Analiza multicriterială a riscurilor și metode/procedee de evitare/estompăre/reducere a acestora – pag. 203 - 219;
- 6. Nominalizarea activităților și sarcinilor concrete care vor fi încredințate personalului implicat în îndeplinirea contractului – pag. 220 - 221.

Rezultă, astfel, că ofertantul criticat a inclus în propunerea tehnică informațiile solicitate de autoritatea contractantă, critica autoarei contestației privind acest aspect fiind neîntemeiată.

Consiliul nu poate reține nici critica autoarei contestației referitoare la caracterul „sumar al propunerii tehnice aferente serviciilor de proiectare, depusă de ofertantul criticat (aproximativ 20 pagini) ofertantul a omis să prezinte în mod detaliat și relevant aspectele esențiale”, în condițiile în care așa cum rezultă din cele expuse anterior, propunerea tehnică a ofertantului criticat privind activitatea de proiectare, conține, în fapt, peste 230 pagini.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că Graficul Gantt și Drumul critic au fost realizate la nivel de deviz și nu la nivel de articol de deviz, Consiliul constată următoarele:

Așa cum s-a reținut într-un paragraf anterior, în legătură cu propunerea tehnică pentru execuție, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea programului „de execuție (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, **la nivel de categorie de lucrări (deviz)**, care să ilustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor. Justificarea termenului de execuție al lucrărilor pe zile și categorii de lucrări, **la nivelul operațiilor (articolelor de deviz), graficul de îndeplinire a contractului va surprinde execuția lucrărilor, urmând să fie întocmit pe categorii de activități, identificate la nivelul fiecărui obiect în parte**, în succesiunea logică de realizare a acestora și în corelare cu legislația în vigoare și resursele declarate, cu precizarea duratelor de îndeplinire și a datelor de începere și finalizare, precum și cu indicarea drumului critic, a interdependențelor dintre activități și a reperelor critice”.

Din conținutul acestor prevederi ale caietului de sarcini, coroborate cu cerințele din documentația de atribuire referitoare la modul de prezentare a propunerii financiare menționate, așa cum au fost acestea clarificate prin răspunsul nr. 25119/31.03.2020 [„Listele atașate la documentație nu au rolul de fi elemente ale ofertei. Postarea lor s-a făcut doar în scopul asigurării transparenței totale a ofertanților și asigurării egalității de șanse. Aceste liste au avut unic scop de a justifica devizul elaborat la faza SF/DALI. Ofertanții nu sunt obligați să țină cont de aceste liste. **Ofertații nu trebuie să întocmească și să atașeze ofertei lor listele de cantități. Ofertarea se va face forfetar, doar**

până la nivelul formularului F2 (deoarece este procedura de tipul proiectare - execuție)”, respectiv lipsa obligației de a depune, în cadrul propunerii financiare, formularele F3 – Liste cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări, rezultă faptul că sintagma autorității contractante „la nivelul operațiilor (articolelor de deviz)” folosită în referire la graficul de îndeplinire a contractului, vizează, în fapt, operațiile/categoriile de lucrări.

Așa cum s-a mai reținut în prezentele considerente, documentația de atribuire, nu a fost contestată de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că aceasta și-a dobândit forța obligatorie atât pentru operatorii economici care au depus oferte, aceștia având obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentație

Analizând propunerea tehnică depusă de CLUJ rezultă că ofertantul a prezentat următoarele documente relevante speței:

- Graficul Gantt (paginile 634—638), care cuprinde, printre altele, informații referitoare la activitățile/categoriile de lucrări aferente contractul (identificate la nivelul fiecărui obiect), duratele și perioadele de realizare a acestora;

- „Prezentarea succintă a Graficului de execuție (durată activități, date început, date sfârșit)” – pag. 640-665;

- Graficul Gantt – Drum Critic (paginile 666—670).

Din conținutul acestor documente rezultă că ofertantul a îndeplinit cerința autorității contractante referitoare la informațiile ce trebuiau prezentate în cadrul acestora, documentele în discuție conținând informații la nivel de categorie de deviz, operații/categorii de lucrări, critica privind acest aspect fiind neîntemeiată.

Referitor la critica privind faptul că Graficul Gantt a fost conceput sumar fără a oferi informații relevante necesare verificării capacității ofertantului de a respecta termenul de execuție, nefiind respectate cerințele prevăzute de pct. 4.2 din Instrucțiunile către ofertanți, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, în condițiile în care, așa cum s-a reținut anterior, graficul Gantt conține informații referitoare la durata fiecărei activități din cadrul obiectelor ce fac parte din prezentul contract, informații care permit efectuarea verificării de către autoritatea contractantă a respectării termenului de execuție.

În ceea ce privește jurisprudența națională și europeană invocată de către contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă, având în vedere, pe de parte, faptul că în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți.

În ceea ce privește criticile noi formulate de autoarea contestației prin intermediul concluziilor scrise, critici care nu se regăsesc în cadrul contestației, acestea vor fi respinse ca inadmisibile, în temeiul dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează următoarele: „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea

concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL

Pe cale de consecință, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de CLUJ.

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL

Admite cererea de intervenție formulată de CLUJ

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 30 pagini.