



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

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., formulată de..., cu sediul în..., sector....., nr....., având CUI: RO... și număr de înregistrare la... J2..., reprezentată legal prin administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr...., emis de către autoritatea contractantă, cu sediul în..., sector....., nr...., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „...”, s-a solicitat:

- Admiterea prezentei contestații, astfel cum a fost acesta formulată;
- Suspendarea aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, inclusiv a... autorității contractante de a încheia contractului aferent procedurii cu ofertantul declarat câștigător;
- Dispunerea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, respectiv:
 - i) anularea adresei nr..... privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;
 - ii) anularea raportului procedurii nr.... și a tuturor actelor ulterioare ce decurg din acesta;
 - ...) reevaluarea și declararea ofertei depuse de către... ca fiind admisibilă,
 - iv) Obligarea Autorității Contractante la continuarea Procedurii de Atribuire și la stabilirea ofertei câștigătoare pe baza ofertelor admisibile și conforme, potrivit criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire,
- ...) reevaluarea ofertei depuse de către..., atât din punct de vedere al criteriilor de calificare, cât și financiare, acest ofertant neîndeplinind o mare parte din criterii;

- iv) respingerea ofertei depusă de către... ca fiind inacceptabilă și neconformă;
- viii) reluarea procedurii și stabilirea ofertei câștigătoare pe baza ofertelor admisibile și conforme, potrivit criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire;
- ix) întocmirea unui nou raport al procedurii, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, precum și cu documentația de atribuire;
- x) transmiterea de noi comunicări privind rezultatul procedurii;
- în subsidiar, solicită anularea tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă cu nerespectarea prevederilor legale în vigoare, în perioada de evaluarea a ofertelor depuse, iar dacă măsurile ce se vor dispune tind către aceasta, solicită anularea procedurii.

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

Preliminar, contestatorul face un scurt istoric al procedurii.

Precizează că ulterior emiterii... nr.... din..., prin care s-a luat act de către renunțarea de către... la soluționarea contestației, autoritatea contractantă a pus în practică cele dispuse prin adresa de remedieri nr...., în sensul că a anulat raportului procedurii și a revenit la etapa de evaluare tehnică.

Arată că în data de..., autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr...., la care s-a răspuns prin adresa nr..... Ulterior, în data de..., autoritatea contractantă a transmis o nouă solicitare de clarificări nr...., la care s-a răspuns prin adresa nr..... De asemenea, prin adresa nr....., autoritatea contractantă a transmis solicitările de clarificări, la care s-a răspuns prin adresa nr..... Ulterior, prin adresa nr. 8984 din..., autoritatea contractantă a comunicat faptul că oferta depusă este respinsă ca fiind inacceptabilă, în baza art. 134, alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește accesul la dosarul achiziției publice, precizează că prin adresa nr. 7346 din... a solicitat, autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, aceasta din urmă oferind accesul la dosarul fizic în data de..., orele 09:.... Menționează că nu a putut vizualiza absolut niciun document care să aibă legătură cu oferta depusă de către societatea câștigătoare pe motiv de confidențialitate; de asemenea, nu s-a oferit posibilitatea de a obține copii ale documentelor studiate. Ulterior, prin adresa nr....213 din..., autoritatea contractantă a comunicat faptul că ofertantul declarat câștigător a depus declarație de confidențialitate.

În opinia contestatorului, ofertantul declarat câștigător nu a justificat confidențialitatea ofertei sale, sens în care face trimitere la jurisprudența CJUE, a... și a curților de apel naționale.

Consideră de asemenea că autoritatea contractantă încalcă principiul tratamentului egal al părților, în speță fiind vorba despre doi ofertanți care au depus oferte însoțite de declarații de confidențialitate, doar unul dintre aceștia, în speță, prezenta societate contestatoare, depunând și dovada motivului pentru care solicită asigurarea confidențialității pentru documentele declarate ca fiind confidențiale

Pe fondul cauzei, contestatorul prezintă considerente cu privire la neconformitățile ofertei depuse de către oferta sa, constatate de către autoritatea contractantă.

1. Cu privire la solicitările de clarificări.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a apreciat ca nesatisfăcătoare răspunsurile la clarificări oferite, precum și documentele doveditoare în baza cărora acestea au fost redactate. Precizează că simpla absență a unui număr de înregistrare sau a unei date, nu poate duce la invalidarea unui document. Mai mult, faptul că prezenta societate este proprietara produselor software ofertate este o dovadă în sine a faptului că este în măsură să implementeze prin personal specializat produsele pe care ea însăși le-a creat.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că a prezentat extras din... de Evidență a Salariaților pentru a dovedi și a completa îndeplinirea de către personalul de specialitate desemnat a condițiilor prevăzute în documentația de atribuire.

2. Cu privire la interpretarea părtinitoare a răspunsurilor la clarificări oferite de către prezenta societate contestatoare.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a dat efectivitate rolului solicitărilor de clarificări, acestea fiind adresate și interpretate în mod tendențios, cu scopul unic al descalificării ofertei sale.

Apreciază de asemenea că se reimpune reevaluarea ofertei depuse și, implicit, stabilirea unui set de clarificări care să fie interpretate de către... de evaluarea în mod onest și complet, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice

3. Considerente cu privire la neconformitățile ofertei depuse de către ofertantul...

1. Lipsa identificării documentelor aferente achitării taxelor de către ofertantul... pentru sediul social.

Contestatorul precizează că în cadrul studiului dosarului achiziției publice, în data de..., a putut constata că ofertantul declarat câștigător nu a depus certificatul fiscal aferent sediului social al societății. În schimb, a depus certificatul fiscal pentru punctul de lucru situat în București, Str.... nr...., invocând pentru susținerea deciziei luate explicații privind noțiunea de domiciliu fiscal. Cu toate acestea, consideră că justificările ofertantului nu sunt suficiente pentru a acoperi nerespectarea cerințelor din Fișa de date aferentă procedurii, respectiv ale art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, cerințe care impun prezentarea dovezii achitării taxelor și impozitelor pentru sediul social(principal)

2. Documentele de calificare neactualizate pentru ofertantul declarat câștigător.

Susține că ulterior studiului dosarului achiziției publice a constatat faptul că, pe lângă..., sunt menționate în cadrul persoanelor cu funcție de conducere si domnul..., respectiv doamna.... Din verificările efectuate, aceste persoane nu se regăsesc menționate la..., iar în documentele din dosarul achiziției studiate, nu exista caziere judiciare pentru acestea, deși sunt declarate de ofertant, ca persoane din conducerea societății.

3. Prețul neobișnuit de scăzut al ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător.

Astfel cu se poate reține din raportul procedurii nr.... din data de..., oferta declarată câștigătoare este în valoare de..., în timp ce valoarea estimată a lotului 1 este de.... Astfel, oferta declarată câștigătoare este aproximativ...% din valoarea estimată a procedurii pentru Lotul 1, încadrându-se astfel în prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice (pe suport memory stick), precum și punctul de vedere nr...., cu privire la contestația în cauză.

Preliminar, autoritatea contractantă consideră necesar să evidențieze faptul că procedura de atribuire s-a desfășurat cu respectarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal, recunoașterii reciproce, transparenței, proporționalității și asumării răspunderii.

În ceea ce privește oferta..., precizează că a aplicat în mod efectiv principiul proporționalității, acordând acestuia posibilitatea de a clarifica și completa toate aspectele considerate necesare a fi clarificate, sens în care, arată că a transmis acestuia următoarele solicitări de clarificări:

- solicitarea nr.... din data de...,
- solicitarea nr.... din data de...,
- solicitarea nr.... din data de...,

la care aceasta a răspuns în termen, răspunsurile fiind semnate cu semnătură electronică extinsă și înregistrate la sediul autorității contractante.

1. Referitor la accesul la dosarul achiziției publice, respectiv la oferta declarată câștigătoare.

Arată că potrivit Procesului verbal de vizionare a dosarului achiziției, nr.....1... din data.... a avut acces la următoarele documente din dosarul achiziției:

- Documentele de calificare depuse de operatorii economici participanți la procedură;
- Proces-verbal al ședinței de deschidere (vizualizare) a ofertelor;
- Proces-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc;
- Documentele suport DUAE;
- Proces-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE;
- Raportul procedurii.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că ofertantul declarat câștigător a prezentat în cadrul ofertei, o declarație de confidențialitate a ofertei, precum și documente justificative.

2. Referitor la pretinsa discriminare, lipsă a tratamentului egal, lipsă de transparență și încălcarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă apreciază că această critică este neîntemeiată.

Precizează că pe parcursul procesului de evaluare... de evaluare a analizat fiecare ofertă în mod individual, exclusiv prin raportare la cerințele

caietului de sarcini și la documentele depuse de fiecare ofertant. Evaluarea ofertelor nu s-a realizat comparativ între operatorii economici, ci distinct, fiecare ofertă fiind analizată prin raportare la propriul său conținut și la cerințele caietului de sarcini

3. Referitor la solicitările de clarificări formulate de autoritatea contractantă, autoritatea contractantă precizează că a analizat documentele depuse de contestator și a constatat existența unor aspecte care necesitau explicații suplimentare pentru a putea verifica îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini. Arată că nu a procedat la respingerea ofertei, ci a aplicat principiul proporționalității, acordând operatorului economic posibilitatea de a clarifica toate aspectele apreciate ca fiind insuficient demonstrate; susține că niciuna dintre solicitările de clarificări nu a avut ca scop modificarea ofertei contestatorului, completarea unor elemente inexistente la momentul depunerii ofertei sau identificarea unor motive artificiale de respingere a acesteia

În ceea ce privește solicitările de clarificări referitoare la pregătirea experților care vor realiza activitățile prevăzute în contract, precizează că ofertantul avea obligația de a demonstra că va pune la dispoziția beneficiarului o echipă de implementare formată din personal cu competențe și experiență dovedite, capabilă să asigure realizarea tuturor activităților contractului; prin răspunsul la clarificări, acesta nu a prezentat dovezi (diplome, certificate, perioadele/ graficul în care sunt realizate programele interne de instruire, etc.). astfel încât autoritatea contractantă să poată aprecia îndeplinirea cerinței privind certificarea personalului desemnat.

4. Referitor la documentele privind achitarea taxelor și impozitelor pentru sediul social (principal), de către ofertantul..., autoritatea contractantă precizează că acesta a prezentat pentru sediul social din Str..... Nr...., Sector... București, următoarele documente:

- Certificat de atestare fiscală 111: 16... /..., emis de..... pentru...,

- Certificat de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local. nr...., emis de...,

- Certificat de cazier fiscal nr.... emis de..... pentru..., potrivit căruia solicitanta nu are fapte înscrise în cazierul fiscal.

De asemenea, pentru punctul de lucru din Str...., nr...., sector... București, unde societatea are declarat domiciliul fiscal a prezentat: Certificat de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate bugetului local nr.... emis de... și... a sectorului 5 prin care se atestă că solicitantul nu figurează în evidențele compartimentului fiscal cu creanțe bugetare de plată către bugetul local, conform evidențelor existente la data întocmirii.

5. În ceea ce privește critica potrivit căreia, nu s-au solicitat certificatele de cazier judiciar pentru... și..., menționate în Declarația privind conflictul de interese, prezentată de..., ca făcând parte din lista membrilor organului de conducere, autoritatea contractantă precizează că a avut în vedere Certificatul constatator emis de... Național al..., document oficial care reflectă structura de conducere și... investite cu atribuții de

reprezentare ale operatorului economic..... respectiv... nu figurează în certificatul constatator emis de O.N.R.C. ca persoane având atribuții de reprezentare, administrare sau control în cadrul societății, astfel că autoritatea contractantă nu avea temei obiectiv pentru solicitarea certificatelor de cazier judiciar aferente acestora.

6. În ceea ce privește prețul neobișnuit de scăzut, al ofertei... - valoarea ofertată reprezentând...% din valoarea estimată, autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr.... a solicitat acestuia, justificarea ofertei financiare; prin răspunsul nr..... a justificat modul de determinare al prețului final ofertat și a prezentat documente contabile ale societății precum: Situația activelor, datoriilor și capitalurilor proprii. Contul de profit și pierdere..... Pentru a clarifica care este valoarea de bază a soluției ofertate... de evaluare a considerat necesară transmiterea unei noi solicitări de clarificări. Ca răspuns, ofertantul a prezentat: Contractul de.../Colaborare nr..... justificând valoarea de bază/ achiziție (cost intern) a soluției ofertate de către....

Prin adresa nr....., înregistrată la..., contestatorul precizează că din motive obiective, reprezentantul societății care se poate deplasa la sediul... în vederea consultării dosarului cauzei, poate fi prezent, pentru studierea dosarului, în data de..., ora 12:....

Având în vedere documentele depuse de... în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta tehnică și oferta financiară, precum și raportat la faptul că se solicită „accesul la dosarul aflat pe rolul...”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr....., Consiliul îi solicită acestuia, să ne comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr...., republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

... răspunde prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr....., invocând în susținerea confidențialității ofertei sale, prevederile legale în domeniul achizițiilor publice, precum și:

1. Certificatul constatator al..., din care rezultă relația de afiliere și participația deținută de...;

2. Contractul de prestări servicii nr.... încheiat între... și..., inclusiv clauzele exprese de confidențialitate;

3.... seria...BV nr.... si anexele acestuia.

Prin adresa nr....., Consiliul îi comunică contestatorului termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul... în data de....

Ulterior, prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr...., contestatorul formulează concluzii scrise, prin care își menține argumentele prezentate în contestație. Prezentele concluzii scrise, nu vor fi redactate în conținutul..., însă vor fi avute în vedere la soluționarea contestației.

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr...., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., emisă de..., în cuantum de....

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL** **reține următoarele:**

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „...”.

Se reține că, prin contestația care face obiectul prezentei..., este nemulțumit atât de respingerea ofertei sale ca inadmisibilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cât și de modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta desemnată câștigătoare, aparținând -..., contestatorul solicitând accesul la dosarul achiziției invocând restricționarea nejustificată de către autoritatea contractantă a accesului lor la dosarul achiziției publice.

Întrucât accesul la dosarul achiziției publice condiționează posibilitatea contestatorului de a-și formula, în cunoștință de cauză, apărările pe fond, Consiliul se va pronunța cu înțâietate asupra modalității în care a asigurat autoritatea contractantă accesul la dosarul achiziției, cu atât mai mult cu cât acesta și-a întemeiat, în parte, criticile de fond pe caracterul limitat al documentelor la care au avut acces.

În acest sens, Consiliul va reține că, potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, *„Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii”, iar, potrivit alin. (6) al aceluiași articol, „Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost”.*

Din economia normelor juridice reproduse anterior rezultă că accesul ofertanților la dosarul achiziției publice constituie regula, iar restricționarea reprezintă excepția, aceasta din urmă fiind posibilă numai cu privire la informații din propunerile tehnice, din propunerile financiare și din fundamentările sau justificările de preț ori de cost, singurele categorii pe

care legiuitorul le-a avut în vedere, astfel încât documentele de calificare rămân, din start, în afara sferei înscrisurilor la care poate fi restricționat accesul pe motiv de confidențialitate, oricare ar fi mențiunile declarației depuse de ofertant.

Or, în speță, ofertantul... a declarat confidențiale în integralitate propunerea tehnică și propunerea financiară, iar autoritatea contractantă, a dat curs acestei declarații fără nicio cenzură, restricționând accesul contestatorului la aceste documente, apreciind că motivele sunt apte să justifice protecția informațiilor indicate, în raport cu dispozițiile legislației în materia achizițiilor publice privind protejarea informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale.

Consiliul mai reține că, potrivit art. 57 alin. (1) teza a doua din Legea nr. 98/2016, *„Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”*, iar, potrivit alin. (4) teza a doua al aceluiași articol, informațiile indicate ca fiind confidențiale *„trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”*, normă care fixează deopotrivă natura cerinței și momentul la care aceasta trebuie îndeplinită, respectiv la depunerea ofertei, astfel încât dovada caracterului confidențial să devină parte a ofertei.

Ținând seama de faptul că înscrisurile depuse... în cadrul procedurii de atribuire de au fost marcate *„CONFIDENȚIAL”*, respectiv *propunerea tehnică și propunerea financiară*, precum și raportat la faptul că s-a solicitat accesul la dosarul aflat pe rolul Consiliului, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul, în exercitarea rolului său activ, nu s-a limitat la a lua act de mențiunile declarațiilor de confidențialitate, ci, prin adresa nr....., a solicitat acestuia să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind *„confidențiale”*, să justifice această *încadrare și să demonstreze* prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

... a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., arătând că declarația sa de confidențialitate vizează *„întreaga ofertă și în special propunerea tehnică și financiară”*, *întrucât, a considerat necesar ca aceasta să fie inclusă în sfera secretului comercial*, modalitatea de realizare a serviciilor prezentată în propunerea tehnică reprezintă un concept propriu know-how rezultat din experiența dobândită în contractele executate până în prezent și că accesul competitorilor săi i-ar prejudicia interesul legitim de a menține secrete informațiile referitoare la relația cu partenerii.

Din analiza răspunsului, Consiliul reține că acesta nu este de natură a demonstra caracterul confidențial al înscrisurilor declarate ca atare și nici prejudiciul care ar urma să fie produs în urma dezvăluirii lor, deoarece, toate se rezumă la reproducerea definiției legale a secretului comercial și a unor considerente de principiu desprinse din jurisprudența invocată, fără a indica, în concret, care anume informații din cuprinsul ofertelor ar întruni condițiile

prevăzute de art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, din ce motive acestea ar dobândi o valoare comercială prin însuși caracterul lor secret și în ce ar consta, efectiv și previzibil, iar nu doar ipotetic, paguba pe care divulgarea lor ar produce-o.

În acest sens, s-a pronunțat și... **prin... nr. 525/..., pronunțată în dosarul nr...., reținând că restricționarea accesului la dosarul achiziției publice pentru motive de confidențialitate este o excepție de la principiul transparenței procedurii de atribuire și, ca orice excepție, este de strictă interpretare și aplicare, precum și că o declarație de confidențialitate întemeiată exclusiv pe o clauză contractuală „nu este suficientă în sine pentru a dovedi caracterul confidențial al informațiilor din oferta acestui operator economic, cât timp nu se arată, în concret, de ce acele informații sunt confidențiale, dincolo de convenția părților în sensul unei confidențialități de plano”, un raționament contrar presupunând ca,** prin simplul acord de voință al părților unui contract de furnizare a unor produse ce urmează a fi oferite într-o procedură de atribuire, să fie golițe de conținut dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și să fie anihilat dreptul celorlalți participanți la o cale de atac efectivă.

Consiliul subliniază că autoritatea contractantă nu are opțiunea de a acorda sau de a refuza accesul ofertanților la dosarul achiziției publice, ci are obligația de a asigura accesul neîngrădit la informațiile pentru care caracterul confidențial nu a fost dovedit, ca efect al principiului transparenței consacrat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, restricționarea accesului pe motive de confidențialitate constituind o excepție de la acest principiu și, ca orice excepție, fiind de strictă interpretare și aplicare, cu atât mai mult cu cât, în același sens, Curtea de Justiție a... a statuat, în cauza C-9... /..., că oferta, privită în ansamblul său, nu poate fi considerată confidențială, operatorul economic având doar posibilitatea de a indica anumite informații ca fiind confidențiale, iar cererea sa motivată rămâne supusă... ulterioare a autorității contractante și, eventual, a organismului care controlează deciziile acesteia.

Câtă vreme... de evaluare nu a procedat la verificarea temeiniciei declarațiilor de confidențialitate, ci le-a preluat ca atare, restricționând accesul în mod global, inclusiv asupra unor documente care, prin natura lor, nu puteau fi confidențializate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a restricționat în mod excesiv și nejustificat accesul contestatorilor la dosarul achiziției publice, motiv pentru care critica formulată de contestator..., sub acest aspect, sunt întemeiate.

Consiliul are în vedere, totodată, că această conduită a autorității contractante nu rămâne fără consecințe asupra mecanismului de remedii reglementat de Legea nr. 101/2016, deoarece prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 urmăresc tocmai ca ofertanții să poată formula, în termenul prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016, contestații care să cuprindă toate pretențiile și argumentele lor, iar eventualele remedii să fie dispuse eficient și cât mai rapid posibil, potrivit art. 1 alin. (1) din Directiva 89/665/CEE.

Rezultă, aşadar, că demersul întreprins de Consiliu în exercitarea rolului său activ a fost cel care a lămurit chestiunea confidenţialităţii, deoarece, în urma acestei corespondenţe, s-a putut constata că... nu a fost în măsură să indice, în concret, informaţiile protejate şi nici să probeze prejudiciul pe care l-ar produce divulgarea acestora; constatând, prin urmare, că declaraţia de confidenţialitate nu îndeplineşte condiţiile cumulative prevăzute de art.... alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi de art. 57 alin. (1) şi (4) din Legea nr. 98/2016, Consiliul a pus la dispoziţia contestatorului care şi-a manifestat dorinţa de a studia dosarul cauzei documentele aflate la dosarul constituit la Consiliu, procedând în acest sens prin adresa nr....., accesul efectiv fiind acordat în data de..., astfel încât, vătămarea invocată de contestator sub acest aspect a fost înlăturată în cursul procedurii de soluţionare, ceea ce face de prisos dispunerea vreunei măsuri de remediere distincte, critica privind accesul neîngrădit rămânând fără obiect.

Procedând la analiza contestaţiei, se reţine că autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului ca inacceptabilă, conform adresei comunicare rezultat nr.... reţinând ca motive:

- lipsa documentelor: diplome, certificate, perioadele/graficul în care sunt realizate programele interne de instruire pentru a susţine certificarea personalului desemnat; certificatele pentru finalizarea cu succes a programului intern de instruire privind utilizarea şi administrarea soluţiilor software dezvoltate şi furnizate de..., prezentate ca răspuns nu au dată şi număr de înregistrare, astfel că nu pot fi considerate dovezi, privind pregătirea experţilor care vor realiza activităţile prevăzute în contract;

- extrasele salariat REVISAL nu reflectă pregătirea persoanelor nominalizate în cadrul echipei ce va realiza activităţile prevăzute în contract.

Consiliul reţine drept relevante în soluţionare prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: *„Criteriile privind capacitatea şi cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare”*, prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, care stabilesc faptul că locul în care trebuie menţionate criteriile de calificare impuse de către autoritatea contractantă este anunţul de participare/simplificat/de concurs, iar, potrivit alin. (6) al aceleiaşi norme juridice: ***„Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”***.

Astfel, raportat la cele mai sus menţionate, Consiliul constată caracterul nefondat al motivelor de respingere a ofertei contestatorului, pe considerentul lipsei documentelor invocate, deoarece, autoritatea contractantă nu a solicitat prin anunţul de participare depunerea acestor documente de către ofertanţi, prezentarea acestora fiind menţionată doar în caietul de sarcini.

Consiliul reţine că, prin natura lor, diplomele, certificatele /atestatele în discuţie, reprezintă înregistrări de natura celor prevăzute la art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia: *„În procedurile de atribuire a*

contractelor de achiziție publică de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație sau că sunt membri ai unei astfel de organizații” coroborat cu art. 172 alin. (1) lit. a) din același act normativ, potrivit căruia: „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la: (...) capacitatea de exercitare a activității profesionale”.

Mai mult, prevederile art.... din HG nr. 395/2016, reglementează în mod clar, că, în vederea îndeplinirii, în calitate de ofertant/ofertant asociat/candidat/subcontractant, a unor criterii de calificare legate de anumite autorizații specifice, acestea trebuie solicitate expres în documentația de atribuire.

Mai precis, „Art.... - (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă”.

Or, câtă vreme, autoritatea contractantă nu a impus, prin anunțul de participare, vreo cerință de calificare privind prezentarea unor anume atestate, diplome/certificate în vederea executării contractului, rezultă că operatorii economici nu aveau obligația demonstrării deținerii acestor atestate/diplome, iar autoritatea contractantă nu avea obligația verificării acestui aspect și, pe cale de consecință, nici temei legal de respingere a ofertelor, în lipsa acestor documente.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de atribuire, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

La punctul 39 din... pronunțată în cauza C-.../15, CJUE a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2...4/18, unei autorități contractante îi revine

sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le a stabilit (a se vedea în special... din 10 octombrie..., Manova, C 336/12, EU: C:....:., punctul 40, și... din 6 noiembrie..., Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU: C:....:., punctele 42 și...)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

... (C-...8/14) Curtea a declarat că „normele fundamentale și principiile generale ale..., în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”.

Relevante sunt și considerentele 53 și 54 din... vs. Venizeleio-Pananeio (C-6/05) „ (53)(...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) În plus, acest principiu și această obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”.

În cauza... împotriva... (C-.../15) considerentul 39 și 47, CJUE a statuat: „(39) Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2...4/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special... din 10 octombrie..., Manova, C-336/12, EU: C:....:., punctul 40, și... din 6 noiembrie..., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU: C:....:., punctele 42 și...). (...) (47) În ceea ce privește argumentul întemeiat pe faptul că CRGT furnizase deja anterior serviciile care făceau obiectul cererii de ofertă și, în consecință, putea cunoaște existența contribuției în discuție în litigiul principal, este suficient să se constate că principiul egalității de tratament și obligația de transparență, care constituie corolarul acestuia, ar fi vădit încălcate în cazul în care un astfel de operator ar fi supus unor criterii care nu sunt stabilite prin cererea de ofertă și care nu ar fi aplicabile unor operatori noi.”

... dell'Adda SpA vs.... SpA (C-42/13) considerentul 44: „Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod

clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens... /... di Frutta, C-496/99 P, EU: C: 2...4: 236, punctele...-111)."

Această manieră de a proceda a autorității contractante apare ca nelegală în raport de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți. Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din presupusa eroare/omisiune a unor cerințe din cadrul documentației de atribuire.

Prin urmare, autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism exagerat, încercând în acest moment să impună, anumite condiții/cerințe care, care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați prin anunțul de participare, încălcând astfel principiul transparenței și tratamentului egal și care nu pot constitui motiv de admisibilitate/conformitate a unei oferte.

Situația este similară și în ceea ce privește motivul: „*extrasele din Revisal nu reflectă pregătirea persoanelor nominalizate în cadrul echipei (...)*”, prezentele considerente fiind pe deplin aplicabile.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr.... din 24 mai..., pronunțată de...:

„Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice.

Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile”.

Din jurisprudența comunitară invocată anterior rezultă că, autoritatea contractantă nu poate introduce, mascat, cerințe de calificare și selecție în cadrul caietului de sarcini sau a altor înscrisuri elaborate în cadrul procedurii, motivat de faptul că, potrivit art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 „*Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/ simplificat/de concurs*”.

Prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru... de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 1... alin. (1) din HG nr. 395/2016. Spre deosebire de specificațiile tehnice din caietul de sarcini, care sunt formulate de către autoritatea contractantă în baza

principiului asumării răspunderii, atât cerințele de calificare, cât și factorii de atribuire, fac obiectul unor justificări care trebuie să se regăsească, conform prevederilor art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în strategia de contractare, înscris care potrivit alin. (1) al normei juridice anterior citate, face obiectul aprobării de către conducătorul autorității contractante.

Totodată, se reține că, între cerințele de calificare/factorii de selecție din anunțul de participare și specificațiile tehnice din caietul de sarcini există diferențe din punct de vedere al transparenței, motivat de faptul că, în cazul primei categorii, informațiile sunt disponibile direct în anunțul de participare sau anunțul de participare simplificat, în cadrul unor capitole bine definite și standardizate din SEAP, iar, în cazul caietului de sarcini sau al modelelor de formulare, cerințele se pot regăsi oriunde, aparent rătăcite și deghizate, în multitudinea de fișiere prin care autoritatea contractantă și-a descris necesitatea. Diferența de transparență ar fi cu atât mai mult vizibilă în cazul procedurilor de atribuire publicate în JOUE, deoarece, în această situație, formularul de propunere tehnică nu este atașat anunțului din JOUE, ci, este disponibil prin accesarea separată/distinctă din SEAP.

Din analiza prevederilor 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita demonstrarea deținerii de diplome, certificate/atestare necesare prestării serviciilor, însă nu și obligația formulării unor astfel de cerințe; rezultă așadar, că, în condițiile în care autoritatea contractantă a considerat că nu este necesară verificarea deținerii documentelor în discuție și a ales să nu formuleze nicio cerință de calificare, în acest sens, aceasta nu mai poate reveni asupra...le, în etapa de evaluare a ofertelor în sensul verificării unor cerințe de calificare care nu se regăsesc în anunțul de participare simplificat.

Raționamentul anterior se regăsește și în... nr.... pronunțată de... în dosarul nr.....

Mai mult, nu este lipsit de relevanță faptul că, deși cerința prezentării documentelor invocate nu era obligatorie, contestatorul le-a prezentat în urma solicitării de clarificări, autoritatea contractantă dând dovadă de un formalism excesiv în considerarea conformității, pornind de la aprecierea proprie și subiectivă a unui anumit format al documentelor în cauză. În soluționare, Consiliul reține și prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, din a căror analiză rezultă că scopul solicitărilor de clarificări este obținerea unor detalii/lămuriri/clarificări/detalieri fără de care, ar fi imposibilă evaluarea ofertelor prin raportare la cerințele documentației de atribuire, fie datorită caracterului incert al anumitor aspecte din ofertele depuse, fie pentru că lipsesc anumite informații.

Prin urmare, scopul solicitărilor de clarificări nu este identificarea unor eventuale motive de respingere a ofertelor depuse, ci, este lămurirea unor aspecte clare/concrete și punctuale, din ofertele depuse, raportat la cerințe la fel de clare și concrete, din documentația de atribuire, rigurozitatea și rolul activ în evaluarea ofertelor nu trebuie să conducă la o evaluare formală și excesivă a ofertelor sub imperiul unui formalism exagerat ci trebuie analizat din prisma interesului general de utilizare a fondurilor publice alocate.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de

către ofertanți cu prevederile documentației de atribuire precum și stabilirea ofertelor admisibile, așa cum este prevăzut la art. 1... alin. (1) lit. b) și k) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei aparținând... cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Pe de altă parte, continuând analiza criticilor privind oferta desemnată câștigătoare, aparținând..., Consiliul reține caracterul nefondat al acestora, urmând a fi respinse, având în vedere considerentele care urmează.

Referitor la documentele privind achitarea taxelor și impozitelor pentru sediul social (principal)..... a prezentat pentru sediul social din Str..... Nr....., Sector... București, următoarele documente:

- Certificat de atestare fiscală 111: 16... /..., emis de..... pentru...;
- Certificat de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local. nr....., emis de...;
- Certificat de cazier fiscal nr.... emis de... pentru..., potrivit căruia solicitanta nu are fapte înscrise în cazierul fiscal.

De asemenea, pentru punctul de lucru din Str....., nr....., sector... București, unde societatea are declarat domiciliul fiscal a prezentat Certificat de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate bugetului local nr.... emis de... și... a sectorului 5 prin care se atestă că solicitantul nu figurează în evidențele compartimentului fiscal cu creanțe bugetare de plată către bugetul local, conform evidențelor existente la data întocmirii.

Cu privire la certificatele de cazier judiciar pentru... și..., menționate în Declarația privind conflictul de interese, prezentată de..., Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor art. 164 din Legea nr. 98/2016, verificarea inexistenței motivelor de excludere se realizează în raport cu... care au atribuții de reprezentare, decizie sau control în cadrul operatorului economic, astfel cum acestea rezultă din documentele oficiale emise de autoritățile competente. Or, câtă vreme în cadrul Certificatului constatator emis de... National al..., document care reflectă structura de conducere și... învestite cu atribuții de reprezentare ale operatorului economic.... respectiv... nu figurează ca persoane având atribuții de reprezentare, administrare sau control în cadrul societății, este evident că autoritatea contractantă nu avea temei obiectiv/legal pentru solicitarea certificatelor de cazier judiciar aferente acestora.

În ceea ce privește prețul neobișnuit de scăzut al ofertei....., valoarea ofertată a fost de..., reprezentând...% din valoarea estimată, motiv pentru care autoritatea contractantă a procedat la transmiterea unei solicitări de justificare a prețului cu adresa nr.....

În prezenta speță, sunt incidente următoarele prevederi 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*

obligatia 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 deosebit 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.... alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat”;

- art. 136 din HG nr. 395/2016: „(1) În situația în care... 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... 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.

(4) În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv”.

- art. 139 din HG nr. 395/2016: „(1) În situația în care... 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... 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”.

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar, nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă trebuie să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse de ofertanți sunt reale, ferme și cuprind toate elementele de cost pe care le implică derularea contractului și numai în urma obținerii și verificării detaliilor prețurilor ofertate putea stabili conformitatea, sustenabilitatea, realitatea și corectitudinea formării acestora; prin urmare, în condițiile în care, propunerea financiară reprezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, deoarece, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv, autoritatea contractantă, în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare, în mod întemeiat și legal, a procedat la solicitarea de clarificări.

Potrivit prevederilor art. 136 alin. (2) și alin. (3) din HG nr. 395/2016:

„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. 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”.

Rezultă astfel, că autoritatea contractantă poate respinge ca neconformă o propunere financiară doar în măsura în care ofertantul prin explicațiile și documentele prezentate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

Or, analizând fundamentarea prețului ofertat și a dovezilor prezentate în acest sens, Consiliul reține caracterul concludent al acestora, având în vedere că, ofertantul... a răspuns la solicitarea de clarificări, prin adresa nr...., justificând modul de determinare al prețului final ofertat prin defalcarea pe module pe baza:

- costurilor interne reale aferente activităților de analiză, dezvoltare, testare, implementare și suport ale modulului software;
- cheltuielilor directe, indirecte și administrative generate de derularea contractului;
- volumului de muncă și resurselor umane implicate, raportate la complexitatea funcțională a soluției ofertate.

A indicat la Structura costurilor:

- Cheltuieli salariale totale lunare:...
- Număr total angajați: 105
- Cost salarial mediu/oră:...

- Valoare de bază a soluției (fără TVA) / Achiziție (cost intern):...
- Adaos comercial (fără TVA):...
- Preț final oferat (fără TVA):... Defalcare adaos comercial:
- Cheltuieli directe (salarii, manipulare, utilaje):...
- Costuri indirecte:...
- Cheltuieli desfacere / livrare / instalare / montare:...
- Total cheltuieli:...
- Profit (marjă comercială):...- Costuri generate de administrativ:..., fiind depuse în susținerea acestor costuri documente contabile precum: Situația activelor, datoriilor și capitalurilor proprii, Contul de profit și pierdere....

De asemenea, pentru a demonstra valoarea de bază a soluției oferite, ofertantul a prezentat: „*Contractul de.../Colaborare nr...., încheiat cu....*”, justificând valoarea de bază/achiziție (cost intern) a soluției oferite de către....

Prin urmare, dispozițiile invocate instituie, pe de o parte, posibilitatea operatorului economic, de a aduce dovezi concrete pentru a convinge autoritatea contractantă de sustenabilitatea ofertei sale iar pe de altă parte, dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi. Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este autoritatea abilitată să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură, Consiliul sau instanța având doar menirea de a verifica exercitarea dreptului de apreciere fără depășirea limitelor sale.

Sanționarea unei oferte cu respingerea, ca neconformă, nu reprezintă o măsură ad-hoc, ce intervine după constatarea/aprecierea formală că în cuprinsul unei secțiuni a ofertei nu se regăsesc informațiile indicate de autoritate, ci, apare exclusiv în măsura în care toate informațiile cuprinse în ofertă au fost analizate și evaluate în ansamblul lor, dezideratul achizitoarei fiind desemnarea drept câștigătoare a unei oferte care satisface întregul set de cerințe, independent de formalismul construirii și organizării conținutului ei. Concluzionând rigurozitatea și rolul activ în evaluarea ofertelor nu trebuie să conducă la o evaluare formală și excesivă a ofertelor sub imperiul unui formalism exagerat, ci, trebuie analizat din prisma interesului general de utilizare a fondurilor publice alocate, sens în care, solicitarea de lămuriri suplimentare, dacă este cazul, este preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile.

Se reține, în soluționare că, determinarea caracterului aparent neobișnuit de scăzut a unei propuneri financiare, se face prin raportare la prețurile pieței, nicidecum, la diferențele de preț rezultate ca urmare a comparării prețurilor oferite. Simpla declarație a contestatorului privind presupusa propunere neobișnuit de scăzută a ofertei criticate, în lipsa oricărei probe nu este suficientă pentru a demonstra caracterul neconform al ofertei.

Raportat la principiile prevăzute în Legea nr. 98/2016 și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire

a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei clasate pe locul 1, aparținând... este neîntemeiată, urmând a fi respinsă, ca atare.

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

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

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de... în contradictoriu cu, în ceea ce privește propria ofertă, iar pe cale de consecință, va anula, în parte, raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare. Respinge în rest ca nefondată contestația.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

...

Consilier de soluționare

...

... ..

...

Redactat practica...

...

... în 4(patru) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini.