

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 Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun....., nr....., înregistrată la... sub nr...., având CUI nr...., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii simplificate online, emis de către, cu sediul în mun....., nr....., în calitate de autoritate contractantă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante să-i asigure accesul la informațiile din cadrul ofertelor tehnice și financiare care nu au fost justificate ca fiind confidențiale, inclusiv în ceea ce privește prețul ofertei și alte elemente relevante pentru exercitarea dreptului la contestație, în conformitate cu art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și... privind analiza confidențialității ofertei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr....., cu sediul în.... nr.... și 120B... (Hala A)....., județul..., cod poștal..., înregistrată la... sub nr...., având CUI nr...., reprezentată legal prin administrator și convențional prin Lazarovici și..., cu sediul procesual ales în municipiul..... nr....., et...., sector..., transmite cerere de intervenție voluntară față de criticile noi formulate prin concluziile scrise depuse de..., și postate în SEAP în data de..., prin care solicită:

(i) încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară, formulată în termen, prin raportare la data publicării în SEAP a concluziilor scrise (...), în subsidiar, repunerea subscrisei în termenul de formulare a cererii de intervenție, în temeiul art. 186 din Codul de procedură civilă;

(ii) pe fondul cauzei, admiterea cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea criticilor noi formulate de... prin concluziile scrise ca inadmisibile, iar, pe fond, ca netemeinice, cu consecința menținerii raportului procedurii atacat nr....;

- (iii) obligarea... la plata cheltuielilor de judecată;
- (iv) în subsidiar, solicită repunerea sa în termenul de formulare a cererii de intervenție.

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

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., împotriva rezultatului prezentei proceduri, contestatorul solicită cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

În prealabil, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, menționând că, urmare a solicitării către autoritatea privind acordarea accesului la dosarul achiziției, aceasta a pus la dispoziție doar o parte din dosar, motivat de faptul că oferta câștigătoare... conține informații confidențiale, raportat la declarația de confidențialitate depusă de acesta, dar fără a oferi dovezi în acest sens, aspect consemnat și în procesul verbal întocmit cu ocazia studierii dosarului.

În continuare, contestatorul prezintă motivele care au stat la baza solicitării de acces la informațiile din întregul dosar al procedurii:

Având în vedere că ofertantul a depus doar o simplă declarație prin care a declarat caracterul confidențial al întregii oferte, fără a depune vreun document justificativ, contestatorul apreciază că, astfel, i-a fost restricționat accesul la dreptul la o cale de atac efectivă în ceea ce privește evaluarea ofertantului clasat pe locul I.

Prin raportare la dispozițiile art. 217 alin. (5) și alin. (6) din Legea nr. 98/2016, precum și..., contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat, în mod nejustificat, dispozițiile legale referitoare la accesul la informații din cadrul ofertelor depuse în procedură, acceptând, în mod automat și nemotivat, declarații de confidențialitate care nu sunt susținute prin nicio dovadă concretă, așa cum prevede legislația în vigoare.

Considerând că, prin modul în care a fost gestionată aceasta situație, a fost afectate grav principiile transparenței, tratamentului egal și nediscriminării, contestatorul solicită admiterea contestației și dispunerea măsurilor necesare pentru restabilirea legalității și garantarea accesului la informațiile relevante pentru exercitarea efectivă a dreptului la contestație.

Conținutul contestației, împreună cu argumentele în susținere, se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[SCN1... /...70] contestatie....pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține că, în mod legal, a procedat la limitarea accesului contestatorului la documentele din oferta concurentă, având în vedere că acesta a depus o declarație de confidențialitate, susținând totodată că, potrivit Legii nr...., are dreptul de a proteja

informațiile sensibile și elementele considerate confidențiale, apreciind că a acționat cu prudență în aplicarea principiului protejării secretului comercial.

În opinia sa, dreptul contestatorului la formularea unei căi de atac nu presupune acces nelimitat la integralitatea documentelor din oferta concurentă..., doar la cele informații necesare verificării legalității evaluării.

Conținutul punctului de vedere, împreună cu argumentele în susținere, se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[SCN1... /...71] punct de vedere contestatie echipament profesional de curatenie.pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Ca urmare a adresei CNSC nr...., prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul își exprimă... de a studia dosarul achiziției la sediul Consiliului.

Având în vedere documentele depuse de... în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”... oferta tehnică și oferta financiară, precum și raportat la faptul că... solicită „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr....., Consiliul îi solicită 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, 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 înregistrată la CNSC sub nr...., invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, următoarele prevederi legale: art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016; art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, art.... alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016..., documentația depusă; jurisprudența CJUE, precum și a CNSC.

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

Ulterior studierii dosarului cauzei..., formulează concluzii scrise prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., prin care dorește să

demonstreze că oferta câștigătorului... conține elemente de neconformitate.

Astfel, acesta invocă neîndeplinirea tuturor cerințelor minime din caietul de sarcini, făcând trimitere la... 5 și... 9 din acesta.

Totodată, invocă justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, sens în care susține că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări printre documentele depuse nu se regăsește niciun document emis de către producător din care să rezulte în mod evident, prețul de achiziție al produsului ofertat.

Consideră că, în cadrul procedurii, comisia de evaluare a analizat superficial oferta..., încălcând art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, care obligă la raportarea strictă la caietul de sarcini.

Susține că, deși, conformitatea produselor se demonstrează prin fișe tehnice, broșuri sau cataloage, ofertantul s-a limitat la o simplă declarație în formularul de propunere tehnică privind materialul din aluminiu și rezistența la coroziune a corpului mașinii și a racletei. În lipsa documentelor doveditoare, simpla mențiune nu este suficientă, motiv pentru care, oferta este neconformă pentru neîndeplinirea cerințelor minime obligatorii.

Precizează că, în conformitate cu dispozițiile art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, oferta este declarată neconformă, deoarece, prețul ofertat este sub 80% din valoarea estimată, iar ofertantul nu a justificat corect costurile și nu a depus documente doveditoare care să garanteze îndeplinirea contractului, prin raportare la art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

În opinia sa, explicațiile fără dovezi concludente nu pot fi acceptate de comisia de evaluare.

Conținutul concluziilor scrise, împreună cu argumentele în susținere, se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[SCN1... /...72] Concluzii scrise BNB.pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr....., transmite cerere de intervenție voluntară față de criticile noi formulate prin concluziile scrise depuse de..., și postate în SEAP în data de..., prin care solicită cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

Pentru a justifica solicitarea privind admisibilitatea în principiu a cererii sale de intervenție, acesta invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și menționează că oferta sa a fost clasată pe locul I și declarată ca fiind câștigătoare.

Menționează că, raportat la obiectul contestației și având în vedere că, în opinia sa, caracterul confidențial al documentelor a fost probat corespunzător, nu a considerat necesară formularea unei cereri de intervenție în acest dosar.

Însă, având în vedere faptul că, prin concluziile scrise depuse de contestator, acesta a solicitat declararea, ca neconformă, a ofertei...,

invocând critici împotriva propunerii sale tehnice și financiare, apreciază că, raportat la momentul publicării în SEAP a concluziilor scrise, formularea cererii sale de intervenție respectă termenul legal.

În subsidiar... solicită repunerea sa în termenul de formulare a cererii de intervenție.

Acesta susține că cererea sa de intervenție este formulată în termen, iar cu privire la repunerea în termen invocă, în susținere, dispozițiile art. 186 C.p.c., apreciind că sunt îndeplinite condițiile:

- a) existența unor motive temeinic justificate;
- b) îndeplinirea actului de procedură în cel mult 15 zile de la încetarea împiedicării, cu solicitarea concomitentă a repunerii în termen.

Menționează că, repunerea în termen se impune și din perspectiva dreptului la apărare și a principiului egalității de arme (art. 21 alin. (3) și art. 24 din..., art. 6 din....., art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a..., art. 8, art. 13 și art. 14 C.p.c.).

În ceea ce privește excepția inadmisibilității criticilor noi formulate de... pe calea concluziilor scrise, invocă dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, reiterând faptul că, la momentul formulării contestației nu a considerat necesară formularea unei cereri de intervenție în acest dosar, însă, raportat la noile critici invocate de contestator prin concluziile scrise, intervenientul solicită respingerea acestora, ca fiind inadmisibile, având în vedere că, potrivit legislației, calea de atac este contestația, nu concluziile scrise, menționând că acesta avea posibilitatea formulării unei noi contestații cu solicitarea de repunere în termen, cu îndeplinirea obligației prevăzută de art. 611 din Legea nr. 101/2016.

În susținere, acesta invocă jurisprudența CNSC.

Pe fond, solicită respingerea criticilor, ca nefondate.

Cu privire la criticile ce vizează propunerea sa tehnică, inserând captură de ecran din caietul de sarcini și de la... 9 din propunerea sa tehnică, evidențiază „Design ultra-ușor (corpul mașinii și... din aluminiu): 18 kg (rezervoare goale)”.

Referitor la caracterul „rezistent la coroziune”, menționează că aluminiul este un material rezistent la coroziune prin natura sa, calitate solicitată expres în caietul de sarcini și asumată în propunerea sa tehnică, precizând că eventuale dubii ale autorității puteau fi lămurite prin clarificări, iar, nu prin respingerea ofertei, ca neconformă.

Apreciază ca fiind artificială și lipsită de fundament tehnic critica formulată de contestator în acest sens, având în vedere că îndeplinirea cerinței rezultă direct din... indicată în matricea de conformitate.

Astfel, solicită respingerea criticii, ca nefondată.

În ceea ce privește criticile ce vizează propunerea sa financiară, inserând extras din solicitarea de clarificări și din răspunsul său la această solicitare, susține că a justificat prețul ofertat conform art. 210 alin. (2) lit. b) din Legea 98/2016, demonstrând că beneficiază de condiții deosebit de favorabile: achiziție directă de la producător și un discount comercial substanțial bazat pe volum, menționând, totodată, că, prețul include un

adaos comercial sustenabil care garantează menținerea calității produselor.

De asemenea, susține că a răspuns punctual tuturor cerințelor (confirmând că nu subcontractează și nu beneficiază de ajutor de stat) și menționează că a atașat documentele justificative (facturi, note contabile și tabelul de fundamentare).

În opinia sa, prețul final oferat este corect fundamentat.

Din punctul său de vedere, profitul explicit de 15% dovedește că prețul oferat pornește de la un cost de achiziție optim, care integrează toate costurile de executare și marja comercială.

Evidențiază că..., deși a primit acces la oferta..., nu indică:

- nicio contradicție între prețul oferat și costurile reale/necesare ale executării contractului;
- existența vreunui cost omis din fundamentare,
- nu demonstrează că prețul de achiziție declarat nu poate fi obținut și
- nici nu indică vreun element concret din documentele depuse care să infirme explicațiile sale.

Menționează că, potrivit art. 210 alin. (3) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul exclusiv de a aprecia justificările de preț. Din moment ce autoritatea a considerat explicațiile sale ca fiind satisfăcătoare, apreciază că... avea obligația legală să demonstreze o eroare vădită (art. 249 C.p.c.), simpla sa divergență de opinie fiind insuficientă pentru a răsturna această apreciere.

Susține că prețul de achiziție a fost negociat direct cu producătorul, urmând ca, comanda fermă și factura să fie emise doar după atribuirea contractului. Nicio normă legală sau cerință din documentație nu obligă ofertantii să achiziționeze anticipat produsele. O astfel de condiționare ar transfera un risc comercial nejustificat asupra operatorilor și ar restricționa grav concurența în favoarea celor care au deja stocuri.

Susține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a fundamentat detaliat prețul, răspunzând tuturor solicitărilor autorității contractante.

Intervenientul solicită respingerea criticilor contestatorului cu privire la acest aspect, ca fiind lipsite de fundament.

... solicită obligarea contestatorului la plata de cheltuieli de judecată, invocând art. 65 alin. (1) din C.p.c. și jurisprudența ICCJ.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, pe suport electronic.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., în cuantum de..., eliberată de....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „....”.

În cauza care face obiectul prezentei..., în calitate de ofertant clasat pe primul loc și desemnat câștigător al procedurii, a formulat cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr...., prin care solicită respingerea criticilor formulate de contestator prin concluziile scrise, ca inadmisibile și, pe fond, ca netemeinice, cu consecința menținerii raportului procedurii nr....

Întrucât, cererea de intervenție anterior indicată sprijină poziția autorității contractante, fără a pretinde pentru sine dreptul dedus judecății și fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, aceasta se califică drept cerere de intervenție accesorie, în sensul art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă, potrivit căruia *„Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți.”*

Consiliul va verifica, în prealabil, respectarea termenului de formulare a cererii de intervenție, prin raportare la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *„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 cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.... 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.”*, coroborate cu cele ale art. 5 alin. (1) și (2) din același act normativ, potrivit căreia *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”*

Contestația formulată de... a fost publicată în SEAP la data de..., sub denumirea *„[SCN1... /...70] contestatie....pdf.p7s”*, astfel încât termenul de 10 zile prevăzut de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 s-a împlinit la data de..., în vreme ce cererea de intervenție a fost transmisă Consiliului abia la data de....., mult după expirarea termenului legal.

Consiliul nu va putea reține susținerile intervenientului potrivit căreia termenul de formulare a cererii de intervenție ar trebui calculat de la data publicării în SEAP a concluziilor scrise ale contestatorului (...), art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 stabilește un singur moment de la care curge acest termen, respectiv, data publicării în SEAP a contestației, legiuitorul neprevăzând curgerea unor noi termene de intervenție pentru fiecare act de procedură depus ulterior de părți, iar, concluziile scrise nu reprezintă o nouă contestație..., un act prin care contestatorul își susține pretențiile deduse judecății prin contestația deja publicată.

Or, scopul cererii de intervenție este tocmai acela de a permite persoanei interesate (în speță, ofertantul desemnat câștigător) să devină parte în dosarul constituit la Consiliu, astfel încât, să poată formula apărări ulterior, pe măsura desfășurării procedurii de soluționare a contestației, inclusiv, față de susținerile formulate de contestator prin concluziile scrise, iar, nu de a-i permite să aleagă momentul în care intră în litigiu în funcție de conținutul fiecărui act depus de contestator.

Consiliul nu va putea reține nici susținerile intervenientului potrivit cărora, la momentul formulării contestației, nu a considerat necesară formularea unei cereri de intervenție, întrucât, contestația viza exclusiv accesul la informațiile din ofertă, deoarece, era evident, din chiar conținutul contestației, că scopul solicitării de acces la oferta... este fundamentarea ulterioară a unor critici cu privire la oferta câștigătoare, contestatorul arătând, expres, că „*pentru a putea beneficia de o cale de atac, subscrisa necesita accesul la întreaga oferta si la documentele depuse de catre ofertant in vederea indeplinirii cerintelor minime din caietul de sarcini*” și că *restricționarea accesului „ne restricționeaza dreptul la o cale efectiva de atac in ceea ce priveste evaluare ofertei clasate pe locul 1”, astfel încât, susținerile potrivit cărora cererea de acces nu l-ar fi vătămat nu pot fi primite.*

... de a deveni parte în dosarul constituit la Consiliu, pentru a se asigura că oferta sa nu va fi pusă în discuție fără a se putea apăra și, implicit, pentru a-și conserva poziția de câștigător și încheierea contractului, era născut și actual încă de la data publicării în SEAP a contestației, când a putut lua cunoștință de faptul că... urmărește să obțină accesul la oferta sa în vederea criticării acesteia, potrivit pct. 28 din... de Justiție a... pronunțată în cauza C-532/20, riscul ca o decizie să îi cauzeze un prejudiciu fiind suficient pentru a întemeia un interes imediat pentru exercitarea mijloacelor procesuale puse la dispoziție de lege.

... câștigătorului era, așadar, acela de a-și conserva din timp calitatea de parte în dosarul constituit la Consiliu, astfel încât, să poată formula apărări la momentul potrivit.

Concluziile scrise formulate de contestator nu au creat un interes nou..., doar au materializat un risc existent de la momentul publicării în SEAP a contestației, iar, odată cu expirarea, la data de..., a termenului prevăzut la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, dreptul intervenientului de a formula cerere de intervenție s-a stins prin decădere, potrivit art. 185 alin. (1) din Codul de procedură civilă (aplicabil în temeiul art. 68 din Legea nr. 101/2016), conform căruia „*Când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate.*”.

În ceea ce privește solicitarea subsidiară a intervenientului de repunere în termenul de formulare a cererii de intervenție, Consiliul reține că, potrivit art. 186 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă, „(1)

Partea care a pierdut un termen procedural va fi repusă în termen numai dacă dovedește că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate. (2) În acest scop, partea va îndeplini actul de procedură în cel mult 15 zile de la încetarea împiedicării, cerând totodată repunerea sa în termen. (...)”, de unde rezultă că, repunerea în termen presupune existența unei împiedicări obiective, independente de voința părții, care să o fi pus în imposibilitatea de a exercita dreptul procesual în termenul legal.

Or... nu a fost împiedicat în niciun fel să formuleze cererea de intervenție în termenul de 10 zile de la publicarea în SEAP a contestației..., a ales, prin manifestarea propriei voințe, să procedeze în acest fel deși, astfel cum s-a arătat, scopul contestației era vădit încă de la acel moment, iar faptul că a apreciat că nu este necesar să intervină reprezintă o opțiune procesuală proprie, care nu poate fi calificată drept motiv temeinic justificat, în sensul art. 186 alin. (1) din Codul de procedură civilă, motiv pentru care, solicitarea de repunere în termen nu poate fi primită.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge, ca tardivă, cererea de intervenție formulată de..., astfel încât nu va mai analiza excepția inadmisibilității criticilor formulate prin concluziile scrise și apărările de fond invocate de acesta, și nici solicitarea sa de obligare a contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

În ceea ce privește criticile formulate de... prin concluziile scrise cu privire la oferta desemnată câștigătoare, Consiliul reține că, prin contestație, acesta a solicitat doar obligarea autorității contractante să îi pună la dispoziție informațiile din oferta..., întrucât, autoritatea contractantă, cu ocazia studierii dosarului achiziției la sediul său, în data de..., i-a refuzat accesul la această ofertă, pe motivul declarației de confidențialitate depuse de ofertant.

Pentru respectarea principiului celerității, consacrat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale.”*, Consiliul a avut în vedere faptul că singurul obiect al contestației îl constituia accesul contestatorului la oferta....., această ofertă se afla deja la dosarul cauzei, fiind transmisă de autoritatea contractantă odată cu dosarul achiziției, prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr.....

Or, potrivit art.... alin. (2) din Legea nr. 101/2016, *„Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”*, astfel încât Consiliul, prin adresa nr....., i-a comunicat contestatorului că poate solicita studierea dosarului cauzei la sediul Consiliului, ceea ce acesta a și făcut, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr.....

Procedând astfel, Consiliul a urmărit ca dreptul contestatorului de acces la informațiile din oferta câștigătoare să fie realizat în cadrul aceleiași proceduri de soluționare a contestației, fără a mai fi necesară parcurgerea etapelor suplimentare pe care le-ar fi presupus admiterea contestației și obligarea autorității contractante să îi permită accesul (comunicarea deciziei, punerea ei în executare de către autoritatea contractantă, studierea dosarului la sediul acesteia și, ulterior, formularea unei noi contestații), etape care ar fi întârziat în mod nejustificat atât exercitarea de către contestator a dreptului la o cale de atac efectivă, cât și finalizarea procedurii de atribuire.

Ținând seama de faptul că înscrisurile depuse de... în cadrul procedurii de atribuire au fost marcate „CONFIDENȚIAL”... propunerea tehnică și propunerea financiară, 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 declarației de confidențialitate..., prin adresa nr....., i-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 din..., înregistrată la Consiliu sub nr...., arătând că a declarat și probat confidențialitatea ofertei sale prin declarația de confidențialitate depusă, prin extrasul din politica societății privind protecția informațiilor confidențiale și prin modelul actului adițional semnat cu salariații pentru protecția acestor informații (documente aflate la paginile 6-16 din documentele de calificare și la paginile 37-45 din ofertă), politică potrivit căreia, urmează a fi protejate drept confidențiale toate informațiile relevante despre produsele oferite, inclusiv rapoartele de testare, autorizațiile și avizele de comercializare, fișele tehnice și de securitate, anexând totodată o declarație a producătorului... privind confidențialitatea documentației tehnice și comerciale furnizate acestuia.

Din analiza răspunsului, Consiliul reține că aceste justificări nu sunt 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 politica internă și actele adiționale încheiate cu salariații dovedesc doar faptul că societatea a instituit, cu caracter general, măsuri de protecție a informațiilor pe care ea însăși le consideră confidențiale, iar nu faptul că informațiile concrete din propunerea tehnică și din propunerea financiară depuse în prezenta procedură ar constitui secrete tehnice sau comerciale, în sensul art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, intervenientul neindicând din ce motive aceste informații 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.

Nici declarația producătorului... nu este de natură să schimbe această concluzie, câtă vreme aceasta se limitează la a arăta, cu caracter

general și ipotetic, că anumite documente tehnice și comerciale furnizate distribuitorului „pot conține informații confidențiale, proprietare și sensibile din punct de vedere comercial”, fără a identifica documentele concrete din oferta depusă în prezenta procedură care ar avea un asemenea caracter, astfel încât, în lipsa unei asemenea individualizări, declarația producătorului nu poate conferi, prin ea însăși, caracter confidențial întregii propuneri tehnice și financiare.

Mai mult, chiar... a reprodus, în cererea de intervenție comunicată contestatorului și autorității contractante, extrase din fișa tehnică a produsului ofertat (caracteristici tehnice ale unui echipament de serie, destinate prin natura lor informării clienților), precum și elementele esențiale ale fundamentării prețului ofertat (achiziția directă de la producător, discountul obținut și profitul de 15%), ceea ce contrazice pretinsul caracter secret al acestor informații.

În acest sens, s-a pronunțat și... prin Hotărârea 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 dintre producător și distribuitorul produselor ce urmează a fi ofertate într-o procedură de atribuire, să fie golite 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, inclusiv la documentele privind justificarea prețurilor.

Rezultă, astfel, 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.

Nici Consiliul, nici autoritatea contractantă nu au opțiunea de a acorda sau de a refuza accesul ofertanților la dosarul achiziției publice... au 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-927/..., 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 deciziei ulterioare a autorității contractante și, eventual, a organismului care controlează deciziile acesteia.

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.”...*, 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.

Față de cele de mai sus, prin adresa nr....., Consiliul i-a comunicat contestatorului termenul de studiere a dosarului cauzei, iar, în data de... i-a pus la dispoziție documentele aflate la dosarul constituit la Consiliu, inclusiv oferta..., dată la care, contestatorul a luat cunoștință, efectiv, de conținutul acesteia, motiv pentru care, urmează a respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să îi asigure accesul la informațiile din ofertele tehnice și financiare, câtă vreme criticile dezvoltate de contestator după studierea dosarului sunt analizate de Consiliu potrivit celor ce urmează.

Câtă vreme contestatorul a luat cunoștință efectiv de conținutul ofertei câștigătoare doar la sediul Consiliului, fiind împiedicat de autoritatea contractantă să o facă anterior, termenul de contestare a aspectelor rezultate din studierea acestei oferte nu poate curge decât de la data luării la cunoștință de dosarul achiziției la sediul Consiliului, deoarece, potrivit... de Justiție a... pronunțate în cauza C-532/20 (pct. 31-32 și 37), dreptul la o cale de atac efectivă impune ca termenele de decădere să înceapă să curgă doar de la data la care ofertantul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască pretinsa încălcare, iar, atunci când motivele relevante nu i-au fost puse la dispoziție, termenul curge de la data la care acesta a luat cunoștință de ele.

Raportat la valoarea estimată a procedurii (... , fără TVA), inferioară pragului prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, termenul de contestare aplicabil este cel prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia persoana care se consideră vătămată poate sesiza Consiliul *„în termen de: (...) b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către... al... a anunțurilor de participare (...)”*, astfel încât, studiind dosarul

în data de... și depunând concluziile scrise în data de..., contestatorul a formulat criticile privind oferta câștigătoare în termenul legal.

Consiliul reține că art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„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.”*, sancționează doar motivele noi prezentate după expirarea termenului legal de contestare, ceea ce nu este cazul în speță, în care criticile au fost formulate în termenul calculat de la data luării la cunoștință efective a ofertei câștigătoare.

Totodată, potrivit art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, *„Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor”...*, admiterea capătului de cerere privind obligarea autorității contractante să îi acorde contestatorului accesul la dosarul achiziției ar fi avut aceeași finalitate cu accesul acordat de Consiliu, respectiv luarea la cunoștință de conținutul ofertei câștigătoare, însă nu ar fi asigurat celeritatea remedierii, întrucât, contestatorul ar fi fost nevoit, după studierea dosarului la sediul autorității contractante, să formuleze încă o contestație și să constituie încă o cauțiune, în condițiile art. 611 din Legea nr. 101/2016, pentru a putea critica oferta câștigătoare.

Toate aceste demersuri ar fi fost disproportionale în raport cu scopul urmărit și ar fi constituit veritabile piedici birocratice în calea..., provocate, în esență, de restricționarea nelegală a accesului la oferta câștigătoare, operată de autoritatea contractantă cu încălcarea dispozițiilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia *„(...) 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 și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale.”*, coroborate cu cele ale art. 57 alin. (1) și (4) din același act normativ, câtă vreme, astfel cum s-a arătat... nu a dovedit caracterul confidențial al informațiilor din oferta sa.

Mai mult, autoritatea contractantă este deja protejată prin cauțiunea constituită de contestator pentru contestația care face obiectul prezentului dosar, astfel încât, obligarea acestuia la constituirea unei noi cauțiuni, pentru critici a căror formulare în termenul inițial a fost împiedicată exclusiv de refuzul nelegal al autorității de a-i permite accesul la oferta câștigătoare, ar echivala cu sancționarea contestatorului pentru propria culpă a autorității contractante.

Prin urmare, Consiliul va analiza pe fond criticile formulate de... prin concluziile scrise, privind neîndeplinirea de către oferta... a cerinței referitoare la corpul mașinii și... din aluminiu rezistent la coroziune, precum și justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Prin concluziile scrise..., ofertant clasat pe locul al doilea în clasamentul rezultat din aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, este nemulțumit de faptul că oferta... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, deși, în opinia sa, propunerea tehnică a acesteia nu face dovada îndeplinirii cerinței privind corpul mașinii și... din aluminiu rezistent la coroziune, iar prețul ofertat, aparent neobișnuit de scăzut, nu a fost justificat în mod corespunzător.

Cu privire la prima critică, Consiliul reține că, la pag. 5 a caietului de sarcini, publicat în SEAP sub denumirea „[SCN1... /...08] Echipament profesional de curatenie.pdf.p7s” (aflat și în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 3.pdf”, la pag. 118), autoritatea contractantă a solicitat ca „Masina sa fie robusta si fiabila, sa aiba toate componentele din plastic rezistent și anti-șoc. CORPUL MAȘINII... să fie din ALUMINIU rezistente la coroziune. Imbinari fara greutate din aluminiu rezistent la coroziune.”... la pag. 1 a aceluiași caiet de sarcini a precizat că „dovada conformitatii produselor oferate cu cerintele solicitate se va demonstra prin documentația tehnică din partea producătorilor pentru produsele oferate. Documentele de sustinere a îndeplinirii cerintelor din Specificatii tehnice vor fi prezentate in cadrul propunerii tehnice.”.

... a ofertat mașina de spălat și aspirat pardoseli cu acumulator Set 43B Li (cod...), produsă de... (Italia)..., în formularul de propunere tehnică (aflat în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 4.pdf”, la pag. 38) a indicat, în dreptul cerinței în discuție, „Design ultra-usor (corpul masinii... din aluminiu) rezistente la coroziune. Imbinari fara greutate din aluminiu rezistent la coroziune. conform fisa tehnica anexata la pag. 9”.

Or, la pag. 9 a ofertei, respectiv în fișa tehnică a produsului, emisă de producător (aflată în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 4.pdf”, la pag. 45 în versiunea în limba română și la pag. 43 în versiunea în limba engleză), la rubrica „Caracteristici”, se menționează expres „Design ultra-ușor (corpul mașinii și... din aluminiu): 18 kg (rezervoare goale)”, astfel încât, susținerile contestatorului potrivit cărora în fișa tehnică indicată în matricea de conformitate nu ar fi precizat faptul că corpul mașinii și... sunt din aluminiu sunt contrazise chiar de conținutul acestui document.

Cât privește caracterul „rezistent la coroziune”, Consiliul reține că, prin modul de redactare a cerinței, autoritatea contractantă a impus materialul din care trebuie realizate corpul mașinii și..., respectiv aluminiul, sintagma „rezistente la coroziune” descriind o calitate asociată acestui material, iar nu o caracteristică tehnică distinctă, măsurabilă, pentru care caietul de sarcini să fi stabilit un anumit parametru sau un anumit standard de încercare, astfel încât, câtă vreme documentația tehnică a producătorului atestă materialul solicitat, iar ofertantul și-a asumat expres, în propunerea tehnică, rezistența la coroziune, nu se poate reține că oferta nu satisface cerința.

Comisia de evaluare a verificat cerința în discuție, în procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr.... (Anexa 3 la Raportul procedurii, aflat în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 3.pdf”, la pag. 30-44), reținând, pentru ansamblul specificațiilor tehnice ale ofertei..., inclusiv pentru cea privind corpul mașinii și... din aluminiu, că „Specificatiile tehnice corespund cerințelor din caietul de sarcini” și că este „Cerință minimă îndeplinită”.

Consiliul reține că, potrivit art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are atribuția „verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini”, verificare care, în speță, s-a raportat la documentul indicat de caietul de sarcini ca mijloc de probă, respectiv, documentația tehnică a producătorului, iar contestatorul nu a indicat niciun element concret din oferta câștigătoare care să contrazică mențiunile fișei tehnice, susținerile sale rezumându-se la afirmația, infirmată de conținutul paginii 9 a ofertei, că aceasta nu ar cuprinde informația privind materialul.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica privind neîndeplinirea cerinței referitoare la corpul mașinii și... din aluminiu rezistent la coroziune.

Cu privire la a doua critică, Consiliul reține că oferta... are o valoare de..., fără TVA, reprezentând aproximativ...% din valoarea estimată a contractului (... , fără TVA), astfel încât, potrivit art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016, conform căruia „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.”, comisia de evaluare avea obligația prevăzută de art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „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.”.

În acest sens, prin solicitarea de clarificări postată în SEAP la data de... (documentul „[SCN1... /...62] Clarificare financiara echipament de curatenie.pdf.p7s”, aflat în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 3.pdf”, la pag. 21), comisia de evaluare i-a solicitat ofertantului să clarifice „fundamentarea economica a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate”, „soluțiile tehnice adoptate si/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor”, originalitatea produselor, respectarea obligațiilor prevăzute la art.... alin. (1) și la art. 218 din Legea nr. 98/2016, precum și posibilitatea de a beneficia de un

ajutor de stat, stabilind data de... ca termen pentru „depunerea documentelor justificative”.

Prin răspunsul nr.... (aflat în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 3.pdf”, la pag. 14-19)... a arătat că „achiziționează direct aceste produse de la producătorul Lavorwash S.p.A - Italia; având în vedere volumul tranzacționat și bunele relații comerciale, beneficiem de un discount considerabil”, prezentând un tabel de fundamentare a prețului unitar de..., fără TVA, compus din „Pret achiziție de la furnizor + transport extern”..., cheltuieli cu regia (6%), transport intern (8%), cheltuieli operaționale (8%) și profit (15%), și anexând, ca documente justificative, o factură de transport extern emisă de... la data de..., o factură privind chiria depozitului, o factură de telefonie și internet și o notă contabilă privind salariile.

Analizând răspunsul, Consiliul constată că elementul cu ponderea cea mai mare în prețul ofertat, respectiv, prețul de achiziție de la producător, împreună cu transportul extern (... din prețul unitar de..., adică aproximativ 63%), nu este susținut de niciun document, ofertantul limitându-se la a afirma că beneficiază de „un discount considerabil”, fără a indica valoarea acestuia, prețul de listă la care s-ar aplica sau vreun înscris emis de producător (ofertă de preț, contract, factură anterioară pentru același produs etc.), în timp ce documentele anexate privesc exclusiv cheltuieli generale de funcționare ale societății (chirie, telefonie, salarii)... factura de transport extern emisă de ORIENT S.R.L., datată anterior inițierii procedurii (...), are ca obiect „...”, fără nicio legătură identificabilă cu produsele oferite în prezenta procedură.

Or, potrivit art. 136 alin. (2) 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”..., potrivit alin. (3) al aceluiași articol, „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.”, astfel încât explicațiile ofertantului trebuiau însoțite de dovezi concludente tocmai cu privire la elementul invocat drept condiție deosebit de favorabilă, respectiv prețul de achiziție de la producător, aceasta fiind, de altfel, singura explicație oferită pentru nivelul prețului.

Consiliul mai constată că, în procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare nr.... (Anexa 4 la Raportul procedurii, aflat în dosarul achiziției, în fișierul „Echipament profesional de curatenie 3.pdf”, la pag. 2-5), comisia de evaluare s-a limitat la a consemna, în dreptul ofertei..., că „S-a solicitat clarificare privind modul de formare a prețului,

iar ofertantul a raspuns in termenul limita”, declarând oferta admisibilă fără nicio apreciere asupra conținutului răspunsului și a documentelor anexate, deși, art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 prevede că „Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a căruia 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).”, ceea ce presupune o evaluare efectivă a dovezilor furnizate, iar nu simpla constatare a faptului că ofertantul a răspuns în termen.

Consiliul reține că verificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut nu se limitează la simpla primire a unui răspuns..., presupune o analiză concretă a explicațiilor și a dovezilor prezentate, prin care comisia de evaluare să se asigure că viitorul contractant va putea îndeplini contractul la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, la prețul ofertat, analiză care trebuie să rezulte din actele comisiei de evaluare, pentru a putea fi supusă controlului de legalitate.

Autoritatea contractantă, în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare, trebuie să țină cont de toate cerințele documentației de atribuire, precum și de obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât, operatorii economici să nu vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri nesustținute de vreun document sau prin artificii financiare/matematice/rotunjiri ale prețurilor unitare după bunul plac, având la bază simpla prezumție că, urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o posibilitate să execute contractul, indiferent prin ce mijloace.

Prin depunerea ofertei, ofertantul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, iar riscul întocmirii ofertei, inclusiv al fundamentării prețului ofertat, cade în sarcina operatorului economic, acesta neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei, potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Autoritatea contractantă nu poate accepta, necondiționat, ofertarea unor prețuri pentru un contract care se va executa în viitor, având la bază costuri aparent neobișnuit de scăzute, asupra cărora are îndoieli rezonabile că nu vor putea fi respectate și care, la momentul depunerii ofertelor, erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

Solicitarea informațiilor referitoare la modul de formare a prețului este dublată de obligația comisiei de evaluare de a le verifica, verificare care trebuie să vizeze toate aspectele financiare implicate de oferta depusă, cu respectarea strictă a prevederilor documentației de atribuire.

Consiliul reține că, potrivit art. 65 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, verificarea propunerilor financiare depuse de ofertanți nu se limitează la simpla inventariere/reproducere a răspunsurilor la solicitările de clarificări... este un proces laborios, constând în verificarea fiecărui element de preț prin raportare la

propunerea financiară și la documentele doveditoare prezentate în acest sens, astfel încât să confere autorității contractante certitudinea că furnizarea produselor este una conformă și corespunde necesității pentru care a inițiat procedura de atribuire în cauză.

Altfel spus, legiuitorul nu a impus în sarcina autorității contractante doar obligația de a solicita justificări/clarificări, în sensul de a întocmi o simplă adresă de solicitare pentru a demonstra îndeplinirea acestei obligații... și pe aceea de a efectua verificări detaliate ale componentelor financiare ofertate, în caz contrar fiind încălcate principiile nediscriminării, tratamentului egal și transparenței, precum și dispozițiile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„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.”*, coroborate cu cele ale alin. (2) al aceluiași articol, redactate anterior, care impun ca explicațiile ofertantului să fie însoțite de dovezi concludente.

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.

Astfel, având în vedere considerentul 103 din Directiva 2014/24/UE, potrivit căruia *„Ofertele care par anormal de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile ar putea să se bazeze pe ipoteze sau practici necorespunzătoare din punct de vedere tehnic, economic sau juridic. Dacă ofertantul nu poate furniza o explicație suficientă, autoritatea contractantă ar trebui să aibă dreptul de a refuza oferta”*, coroborat cu art. 69 alin. (1) din directivă, potrivit căruia *„Autoritățile contractante solicită operatorilor economici să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, în cazul în care ofertele par a fi anormal de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile respective”*, Consiliul stabilește că, în speța dedusă soluționării, autoritatea contractantă avea obligația de a evalua justificarea prețului ofertat prin raportare la toate cerințele documentației de atribuire și la dovezile prezentate de ofertant.

Propunerile de preț nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise... reprezintă elementul esențial al propunerii financiare, a cărei realitate/conformitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete și actuale de formare a prețului și chiar a unor documente care să

conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final, verificarea corectitudinii prețului ofertat, iar, în cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile solicitate sau răspunsurile pe care le prezintă nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețurilor sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată, în temeiul art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, ca neconformă.

Raționamentul de mai sus se regăsește și în hotărârile nr. 3926/2016 și nr. 5...2/2016 pronunțate de... și nr...., pronunțată de..., prin care au fost menținute deciziile emise de Consiliu, precum și în hotărârea nr. 1294/2019 pronunțată de....

Faptul că, în documentația de atribuire, s-a prevăzut „prețul cel mai scăzut” ca și criteriu de atribuire nu înseamnă acceptarea, de către autoritatea contractantă, a oricărui preț ofertat, indiferent dacă acesta ar fi justificat sau nu de ofertanți, deoarece, într-o interpretare contrară, s-ar putea ajunge la ofertarea unor prețuri nesustenabile doar în scopul câștigării contractului.

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel încât prețul nu este un element pur formal al ofertei... reprezintă un element esențial al acesteia, a cărei realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, cu respectarea principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării, și confirmată de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

În cauza C-42/13, CJUE a reținut, că:

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

.... Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2...4/18.

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”.

În lipsa unor justificări concludente asupra fundamentării prețului ofertat, oferta nu poate fi declarată admisibilă doar în baza unor explicații fără fundament economic sau generice cu privire la modul în care ofertantul aproximează prețul produselor oferate, autoritatea contractantă neavând dreptul de a accepta ofertarea unui preț pentru un contract care se va executa în viitor, având la bază costuri asupra cărora există îndoieli rezonabile că vor putea fi respectate și care, la momentul depunerii ofertelor, erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare se află și cea de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, prevăzută la art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei..., cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, astfel încât, critica privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut este întemeiată.

Cu toate acestea, Consiliul nu poate reține că lipsa dovezilor din răspunsul nr.... ar fi imputabilă exclusiv ofertantului, astfel încât să justifice respingerea directă a ofertei, ca neconformă, astfel cum a solicitat contestatorul, deoarece, deși răspunsul... este lipsit de probe cu privire la elementul esențial al prețului ofertat, respectiv prețul de achiziție de la producător, culpa pentru această situație nu aparține în exclusivitate ofertantului... este împărțită între acesta și autoritatea contractantă, care a formulat o solicitare de clarificări generică, preluând, practic, enumerarea elementelor prevăzute la art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fără a identifica elementele concrete de preț asupra cărora avea îndoieli și fără a solicita, în mod explicit, documente privind prețul de achiziție de la producător, situație care explică, într-o oarecare măsură, caracterul generic al răspunsului primit.

Or, o solicitare de clarificări care reproduce, în mod formal, textul legii nu îi permite ofertantului să cunoască ce anume trebuie să demonstreze, în condițiile în care art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 prevede că *„Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”*, astfel încât, având în vedere culpa comună a ofertantului și a autorității contractante, precum și faptul că ofertantul a indicat deja, în răspunsul transmis, elementele de formare a prețului, inclusiv prețul de achiziție de la producător și transportul extern, Consiliul apreciază că respingerea directă a ofertei ar fi o măsură disproporționată, soluția adecvată fiind aceea a obligării autorității contractante să îi solicite ofertantului demonstrarea afirmațiilor deja transmise prin răspunsul nr...., prin prezentarea de dovezi concludente, iar nu completarea ori modificarea elementelor de preț declarate, care ar atrage consecințele prevăzute la art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Față de cele de mai sus, Consiliul va admite critica privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut și, potrivit art. 26 alin. (101) din Legea nr. 101/2016, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze propunerea financiară a... sub aspectul justificării prețului aparent neobișnuit de scăzut, în sensul ca, în cadrul reevaluării, comisia de evaluare să îi solicite ofertantului, printr-o solicitare de clarificări formulată clar și explicit, în condițiile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, demonstrarea, prin dovezi concludente, în sensul art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016, a afirmațiilor deja transmise prin răspunsul nr.... privind prețul de achiziție de la producător al produsului ofertat, transportul extern și condițiile deosebit de favorabile invocate, fără posibilitatea modificării elementelor de preț declarate, să analizeze răspunsul primit și să decidă motivat, potrivit art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cu privire la admisibilitatea ofertei, urmând a stabili și a comunica rezultatul procedurii, în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei decizii.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (101) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula raportul procedurii nr.... și comunicarea privind rezultatul procedurii nr...., precum și actele subsecvente acestora și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea propunerii financiare a..., în limitele arătate mai sus, iar, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să asigure accesul contestatorului la informațiile din ofertele tehnice și financiare și ca nefondată, contestația, în rest.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca tardivă, cererea de intervenție formulată de... și, ca nefondată, cererea acestuia de repunere în termenul de formulare a cererii de intervenție.

Admite, în parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă, în ceea ce privește verificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Anulează raportul procedurii nr.... și comunicarea privind rezultatul procedurii nr...., precum și actele subsecvente acestora și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei decizii, să reevalueze propunerea financiară a..., sub aspectul

justificării prețului aparent neobișnuit de scăzut, cu respectarea celor reținute în motivare.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să asigure contestatorului accesul la informațiile din propunerile tehnice și financiare.

Respinge, ca nefondată, contestația, în rest.

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 practicaua deciziei

...

... în 5 (cinci) exemplare originale, conține 23 (douăzeci și trei) pagini.