



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1250/07.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32526/07.08.2020, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ...având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... reprezentată convențional prin S.C.P.A. ... cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție: «Modernizare DJ 572 km 102+500-128+519 Limită jud. Timiș - Lipova»”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 17415/31.07.2020 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 17410/31.07.2020, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta Asocierii ... SRL a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depusă de Asocieria ... prin luarea în considerare a informațiilor și documentelor transmise odată cu răspunsurile la solicitările de clarificări.

Prin contestația nr. 4977/10.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32902/11.08.2020, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție: «Modernizare DJ 572

km 102+500-128+519 Limită jud. Timiș - Lipova»", organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de SC ...SRL a fost declarată admisibilă, conformă și câștigătoare a procedurii de atribuire,
- anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 17410/31.07.2020 sub aspectul deciziei de desemnare drept admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente acestei decizii,
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL,
- anularea adresei nr. 18.188/07.08.2020 prin care este refuzat de facto accesul SC ... SRL la documentele depuse de ofertantul declarat câștigător,
- repunerea SC SRL în termenul de a motiva contestația, începând cu data de la care i se va acorda accesul la documentele dosarului achiziției,
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație.

Prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr. 34765/20.08.2020, respectiv sub nr. 35281/24.08.2020, SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... formulează cereri de intervenție voluntare accesorii în cauza ce face obiectul dosarelor .../2020 și nr. .../2020, prin care solicită:

- admiterea atât în principiu cât și pe fond a cererilor de intervenție,
- respingerea ca nefondate a contestațiilor formulate de către SC ... SRL,
- pe cale de consecință, menținerea actelor autorității contractante în ce privește respingerea ofertelor SC ... SRL și ... SRL și pe cele privind declararea ofertei SC ... SRL ca admisibilă și câștigătoare.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 1250/07.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32526/07.08.2020, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) și inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (6) din anexa la HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că ulterior datei de depunere a ofertelor, având unele neclarități cu privire la conținutului propunerii tehnice, prin adresa nr. 10302/11.05.2020, făcând referire la prevederile caietului de sarcini unde a fost prevăzută existența la km 103+833 a unui pod, pentru care nu au fost obținute avize, comisia de evaluare i-a solicitat să precizeze unde anume în cadrul ofertei se regăsește certificatul de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea

documentațiilor necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor valabil.

Totodată, prin adresele nr. 9770/30.04.2020 și nr. 10302/11.05.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat să precizeze unde sau ce se face cu depozitarea excesului de excavație, conform cerințelor caietului de sarcini, în considerarea faptului că ... nu deține teren în acest sens și nici nu indică unde se va realiza această depozitare/sortare, după caz.

Pentru a răspunde solicitării de clarificări din partea comisiei de evaluare, Asocieria ... a transmis adresele nr. 607/05.05.2020 și nr. 640/12.05.2020, prin care a arătat următoarele:

- referitor la Certificatul de atestare eliberat de Ministerul Apelor și Pădurilor, dat fiind că, în cadrul documentației de atribuire, nu există o cerință concretă de depunere a acestui înscris, contestatoarea nu a considerat a fi necesară depunerea atestatului în această fază; în același sens, a precizat că activitatea privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române va fi realizată de către ... SRL, prestator atestat deținător al atestatului ANAR nr. 319 din 25 iunie 2019, anexat răspunsului la solicitarea de clarificări. În cadrul costurilor privind obținerea avizelor a fost inclusă și valoarea de 4200 lei fără TVA, conform ofertei ... SRL, anexată răspunsului la solicitarea de clarificări;

- cât privește excesul de excavație, prin cele două răspunsuri la solicitarea de clarificări, contestatoarea a arătat comisiei de evaluare că acesta va fi transportat și depozitat la baza societății sale din Arad, strada Mărului, cu respectarea răspunsului consolidat al autorității contractante - răspuns nr. 1 din adresa 5600 din 05.03.2020. De asemenea, contestatoarea a indicat că în cadrul propunerii financiare, că a luat în calcul distanța pentru transportul excesului/molozului la 66 km, până la baza mai sus menționată.

Cu toate acestea, oferta Asocierii ...a fost respinsă ca neconformă.

Pentru a se pronunța în sensul respingerii ofertei Asocierii SYLC ca neconformă și inacceptabilă, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- „Comisia de evaluare indică pag. 7 din caietul de sarcini unde se precizează că se va întocmi documentația aferentă pentru AN Apele Române - ABA Mureș printr-un prestator autorizat, constată că firma ...SRL nu a fost menționată prin oferta tehnică depusă de asociere, nici nu s-a indicat prin ofertă modul de realizare al acestei activități. Prin completarea cu răspunsul analizat, ofertantul modifică oferta. Pe cale de consecință, oferta este respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor HG nr. 395/2016, art. 134 alin. 6."

- „Prin răspunsul la soluția de depozitare a excedentului de excavație, ofertantul nu respectă cerințele documentației, respectiv ale caietului de sarcini, completate cu răspunsul consolidat - cerința neîndeplinită - oferta este neconformă în temeiul art. 137 alin. 3 lit. a) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare."

Contestatoarea apreciază ca fiind nelegală și netemeinică decizia autorității contractante, fiind emisă pe baza unei evaluări superficiale a ofertei Asocierii ... și a răspunsului la solicitarea de clarificări, cu încălcarea

legislației în materia achizițiilor publice care permite completarea formală a ofertei, a principiului proportionalității, precum și fără a se ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire, respectiv de răspunsul Asocierii ... la solicitările de clarificări.

Astfel, Asocierea ... invocă faptul că nu a procedat la modificarea propunerii tehnice.

Față de cele reținute de comisia de evaluare, pentru a dispune respingerea ofertei, cu titlul preliminar trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016.

Într-o astfel de situație, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a face dovada îndeplinirii cerințelor minime ale caietului de sarcini, iar pentru aceasta, în propunerea tehnică aceștia trebuiau să depună, în mod exclusiv, documentele solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, fiind evident că nu există obligația de a prezenta documente/înscrieri nesolicitate.

Cu privire la acest aspect, prin Decizia nr. ... din 06.06.2014, CNSC a reținut următoarele:

„De asemenea, Consiliul reține că analiza ofertei se realizează exclusiv la conținutul documentației de atribuire; fără posibilitatea de a reinterpreta prevederi ale acesteia și analizarea ofertei în consecință”, fiind astfel evident că autoritatea contractantă nu putea respinge o ofertă pentru eventuala lipsă a unor înscrieri nesolicitate prin documentația de atribuire.

Prin decizia nr. ... din 04.07.2018, Consiliul a reținut următoarele aspecte referitoare la caracterul obligatoriu al documentației:

„În soluționare, Consiliul va reține că cerințele din fișa de date a achiziției și clarificările ulterioare cu privire la modul de elaborare a propunerii financiare sunt obligatorii, și nu formale, înscrierile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat. Prin necontestarea în termen legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare; în exercitarea atribuțiilor sale exclusive; prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016”.

Or, în ceea ce privește întocmirea documentației aferentă obținerii avizului de la Apele Române, la întocmirea ofertei, Asocierea ...a ținut cont de obligația realizării documentației pentru obținerea avizului din partea Apelor Române pentru podul de la km 103+833, așa cum este menționat în caietul de sarcini la pagina 7. De altfel, inclusiv în cadrul propunerii financiare au fost cuprinse costuri atât pentru obținerea avizelor în faza de proiectare (cap. 3.5.4 din Anexa 1 la formularul de ofertă), cât și pentru execuția lucrărilor necesare la pod (cap. 4.1.5 Reparații pod km 103+833 din Anexa 1 la formularul de ofertă).

Totodată, la pag. 15-16 din propunerea tehnică, contestatoarea susține că a inserat următoarele informații privitoare la prestarea serviciilor în cadrul contractului:

„Autorizația de construire va fi solicitată și obținută în baza Legii nr. 50/1991 actualizată. Prestatorul va pregăti toate documentele (DTAC), va elabora documentația pentru emiterea avizelor și acordurilor solicitate prin Certificatul de Urbanism și va asigura asistența Beneficiarului în vederea obținerii Autorizației de construire.(...)”

2.5.3. Avizele și acordurile privind.... după caz - Ministerul Mediului...”

Drept urmare, în considerarea faptului că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a prevăzut în sarcina participanților la procedură obligația de a depune certificatul emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației necesare obținerii avizului de la Apele Române, contestatoarea nu a considerat a fi necesară depunerea atestatului în această fază; cu toate acestea, încă de la momentul întocmirii ofertei a avut în vedere realizarea activității privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române de către ... SRL, prestator deținător al atestatului ANAR nr. 319 din 25 iunie 2019 în cadrul costurilor privind obținerea avizelor fiind inclusă și valoarea de 4.200 lei fără TVA, conform ofertei ... SRL.

În aceste condiții, în care în documentația de atribuire nu a fost solicitată prezentarea unei certificări în sensul arătat mai sus, luând în considerare inclusiv faptul că în ofertă contestatoarea a prezentat informații privind întocmirea tuturor documentațiilor necesare obținerii avizelor din Certificatul de Urbanism, în mod netemeinic și nelegal comisia de evaluare a dispus respingerea ofertei Asocierii ... pentru presupusa modificare a ofertei.

În baza rolului activ ce îi revine comisiei în procesul de evaluare a ofertelor, demersurile efectuate de comisia de evaluare au avut rolul de a conduce la lămurirea aspectelor sesizate, iar nu acela prin care să fie luată o măsură total disproporționată a respingerii ofertei ca neconformă și inacceptabilă.

În cazul de față autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, atunci când a reținut că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea a procedat la modificarea ofertei, în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate față de ofertantul în cauză.

La soluționarea contestației deduse analizei trebuie avut în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din anexa la HG nr. 395/2016:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

Într-o astfel de situație comisia de evaluare trebuie să procedeze la evaluarea ofertelor prin raportare la scopul pentru care a inițiat procedura

de atribuire, respectiv semnarea contractului de achiziție publică, iar nu respingerea ofertelor primite, sens în care, prin modul de analiză și de evaluare, aceasta trebuie să aibă certitudinea că ofertele respinse nu asigură respectarea cerințelor tehnice și de calitate enunțate în caietul de sarcini, fiind eliminate orice inadvertențe ne semnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punctul de vedere al obiectului prin raportare la prevederile documentației de atribuire și cu un termen de răspuns adaptat.

Astfel, ca expresie a priorității principiului proportionalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unuia singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Drept urmare, în concordanță cu principiile legislației în materie, declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta, reprezintă o atitudine total abuzivă. Prin prisma interesului care trebuie urmărit de autoritatea contractantă, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidenței, fiind preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare.

Concluzionând, dat fiind că neconformitățile sesizate de comisia de evaluare cu privire la oferta depusă au fost ușor de rezolvat, prin decizia de a nu lua în considerare răspunsul la solicitarea de clarificări și de a respinge oferta, autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, în loc să opteze pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitat adoptarea unei măsuri disproporționate față de ofertantul în cauză.

Concluzia este în concordanță cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, respectiv hotărârea pronunțată în cauza C-131/16 C-131/16 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 19 februarie 2016, primită de Curte la 1 martie 2016, în procedura Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Gornictwo Naftowe i Gazownictwo S. A..

Astfel, potrivit jurisprudenței în materie, autoritatea contractantă are obligația de a analiza conformitatea ofertelor prezentate raportat numai la cerințele fișei de date și să le evalueze exclusiv pe baza cerințelor prevăzute în fișa de date, fără a introduce elemente noi de apreciere, iar aceasta, întrucât nu se poate imputa ofertanților, în faza de verificare a conformității ofertelor, nerespectarea unor cerințe ce nu au fost aduse la cunoștința publică, în acest sens statuând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 care instituie în sarcina autorității contractante obligația de a

elabora documentația de atribuire astfel încât să conțină toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

Contestatoarea apreciază ca fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (7) lit. a) din anexa nr. HG nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 135 alin. (3) din același act normativ, care reglementează institutia viciilor de formă, respectiv:

„(...) erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”

Așadar, deși în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a inclus informații privitoare la certificatul eliberat de Ministerul Apelor și Pădurilor, dat fiind că omisiunea prezentării acestuia și a informațiilor privitoare la activitatea ... SRL este susținută de sensul și conținutul propunerii tehnice și a propunerii financiare, cu respectarea prevederilor art. 134 alin. (7) lit. a) și ale art. 135 alin. (3) din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare avea obligația de a lua în considerare răspunsul la solicitarea de clarificări, fără a se putea considera că ofertantului i s-a creat un avantaj necorespunzător, acesta fiind inclusiv sensul dispozițiilor art. 134 alin. (1) din anexa la HG nr. 395/2016, care obligă comisia să stabilească care sunt clarificările și completările de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte.

În acest sens, contestatoarea invocă decizia CNSC nr. ..., ... din 25.10.2017, concluzionând că, prin oferta depusă a făcut dovada realizării tuturor activităților necesare obținerii avizelor prevăzute în Certificatul de Urbanism, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări a arătat operatorul economic autorizat în acest sens, prețul ofertei fiind stabilit inclusiv prin luarea în considerare a ofertei furnizorului de servicii, astfel, în mod netemeinic și nelegal oferta sa a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă.

Cel de-al doilea motiv pentru care oferta Asocierii ... a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă a constat în faptul că, prin răspunsul la soluția de depozitare a excedentului de excavație, aceasta nu a respectat cerințele documentației, respectiv ale caietului de sarcini, completate cu răspunsul consolidat, prin acesta din urmă autoritatea indicând respectarea legislației de mediu privind depozitarea pământului, cu soluții multiple de depozitare în locuri autorizate, gropi de împrumut etc., dar nu la sediul unei societăți.

Cu privire la acest motiv de respingere, prin adresele nr. 9770 din 30.04.2020 și nr. 10302 din 10.05.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei să precizeze unde, sau ce se va face cu depozitarea excesului de excavație, conform cerințelor caietului de sarcini.

Răspunzând solicitării de clarificări venite din partea comisiei de evaluare, contestatoarea a arătat autorității că excesul din excavație va fi transportat și depozitat la baza societății sale din Arad, strada Mărului, cu

respectarea răspunsului consolidat - răspuns nr. 1 din adresa 5600/05.03.2020. De asemenea, a menționat că, în cadrul propunerii financiare, a luat în calcul distanța pentru transportul excesului/molozului la 66 km, până la baza mai sus menționată.

Cu privire la acest aspect, contestatoarea învederează că pentru baza societății din Arad, ...deține Autorizația de mediu nr. 1 din 08.01.2018 printre activitățile care pot fi desfășurate la respectivul sediu fiind și aceea referitoare la colectarea deșeurilor nepericuloase.

În ceea ce privește autorizația de mediu, informații relevante în acest sens se regăsesc pe site-ul Agenției pentru Protecția Mediului Arad, situație în care comisia de evaluare se putea cu ușurință edifică asupra dreptului Asocierii SYLC de a depozita excesul de excavație la sediul autorizat al societății.

Prin contestația nr. 4977/10.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32902/11.08.2020, SC ...RL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei SC ... SRL ca fiind câștigătoare a procedurii.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea menționează că prin intermediul sistemului electronic autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că, în urma evaluării, oferta sa s-a clasat pe locul al II-lea, obținând 99.56 puncte, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de ... SRL, care a obținut un punctaj de 100 de puncte.

Întrucât autoritatea contractantă a încărcat în sistem, raportul procedurii în formă incompletă, respectiv fără procesele verbale de evaluare a propunerilor tehnice și financiare, cele privitoare la evaluarea documentelor suport DUAЕ depuse de ofertantul declarat câștigător, prin adresa nr. 4908/6.08.2020, contestatoarea a solicitat autorității contractante să îi permită accesul la dosarul achiziției, respectiv la raportul procedurii însoțit de toate anexele sale (inclusiv toate procesele-verbale de evaluare), documentele de calificare, propunerea tehnică și propunerea financiară depuse de către ofertantul declarat câștigător.

Însă, prin adresa nr. 18188/7.08.2020, autoritatea contractantă îi respinge solicitarea de acces la documentele depuse de ofertantul declarat câștigător, în considerarea faptului că acesta a declarat drept confidențiale întreaga propunere tehnică și financiară și clarificările legate de acestea. În schimb, contestatoarei i-au fost comunicate procesele verbale de evaluare care constituie anexe la raportul procedurii.

În continuare, contestatoarea prezintă argumente care, din punctul său de vedere, justifică acordarea accesului la documentele depuse de ofertantul declarat câștigător.

Astfel, potrivit art. 217 alin.(6) din Legea nr. 98/2016, 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 din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către

oferanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

În speță, unul dintre motivele pentru care autoritatea contractantă a restricționat accesul la oferta declarată câștigătoare este dat de faptul că în cadrul documentației depuse, ofertantul a depus o declarație prin care și-a declarat confidențiale în bloc, atât propunerea tehnică cât și propunerea financiară.

Temeiurile de drept care reglementează această facultate a participanților la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică sunt date de următoarele dispoziții legale: art. 123 alin. (1) din HG 395/2016, art. 217 alin. (5) și (6) din Legea 98/2016, art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Conform prevederilor legale menționate anterior, regula generală o reprezintă publicitatea dosarului achiziției publice, inclusiv a propunerilor tehnice și financiare depuse de ofertanți.

Prin excepție, atunci când ofertantul poate justifica și proba (cu orice mijloc de probă) că anumite informații din propunerea tehnică și/sau financiară sunt: fie protejate de un secret comercial (stabilit în condițiile legii) sau fac obiectul unui drept de proprietate intelectuală (acestea fiind situațiile cel mai frecvent întâlnite în practică), atunci ofertantul își poate declara acele informații drept confidențiale, având totodată și obligația de a le marca corespunzător în cuprinsul ofertei depuse.

În speță, autoritatea contractantă a făcut doar o aplicare formală a dispozițiilor legale privind accesul ofertanților la dosarul achiziției publice, contestatoarei nu i s-a dat acces nici măcar la documentația suport depusă de ofertantul declarat câștigător în susținerea declarațiilor din DUAE.

Mai mult, admitând că declararea informațiilor din ofertă drept confidențiale este abuzivă, demersul autorității contractante este și el unul abuziv întrucât încalcă atât prevederile legale cât și principiul transparenței procesului de achiziție publică și dreptul la o cale de atac efectivă.

Contestatoarea apreciază că în speță sunt pe deplin aplicabile dispozițiile art. 186 din Codul de Procedura Civilă, conform cărora partea care a pierdut un termen procedural va fi repusă în termen dacă dovedește că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate, în acest scop, partea va îndeplini actul de procedură în cel mult 15 zile de la încetarea împiedicării, cerând totodată și repunerea sa în termen.

Ca urmare, în baza acestui text legal, prin prezenta, contestatoarea solicită repunerea sa în termenul de a motiva contestația, termenul urmând să curgă de la data la care va avea un acces efectiv la documentele dosarului achiziției publice.

În concluzie, în baza tuturor argumentelor prezentate, contestatoarea solicită repunerea în termenul de motivare a contestației, urmând ca termenul de 10 zile prevăzut de art. 8 din Legea nr.101/2016 să curgă de la momentul la care i se va acorda accesul neîngrădit la documentele dosarului și la actele depuse de ofertantul clasat pe primul loc.

În continuare, contestatoarea invocă faptul că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară pe proiectare.

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, secțiunea III.3.1. lit.a) - Capacitatea tehnică și profesională, ofertanților li s-a solicitat să demonstreze că în ultimii 3 ani calculați de la data limită de depunere a ofertelor au prestat și dus la bun sfârșit servicii similare de proiectare (cum ar fi DALI, SF sau PT+DE+CS) în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității în valoare cumulată de minim 921.690,34 lei fără TVA la nivelul a minim unui contract, maxim 5 contracte. Prin servicii similare se înțeleg serviciile de proiectare (cum ar fi DALI, SF sau PT+DE+CS) lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau lucrări de reabilitare de drumuri comunale/ străzi/ bulevarde/județene/ drumuri naționale/expres/autostrăzi.

În conformitate cu cele menționate în procesul verbal nr. 8729/16.04.2020 privind evaluarea DUAE depus de ofertanții participanți la prezenta procedură, rezultă că ... SRL a înțeles să justifice îndeplinirea acestei cerințe minime de calificare apelând la doi terți susținători după cum urmează:

- SC ... SRL (care a fost nominalizat și în calitate de subcontractant), care a nominalizat 4 contracte de servicii de proiectare în valoare totală de 517.500 lei

- SC ...SRL (care nu a fost nominalizat în calitate de subcontractant) care a adus ca experiență servicii de proiectare în valoare totală de 430.000 lei.

Conform dispozițiilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pentru a fi luate în considerare resursele aduse de terțul susținător, la calculul experienței similare, acesta trebuie să execute efectiv parte din contract, adică să fie nominalizat în calitate de subcontractant.

În susținerea acestei teze, contestatoarea face trimitere la Decizia CNSC nr.

Autoritatea contractantă a transmis ofertantului SC ... SRL solicitarea de clarificări nr. 7016/23.03.2020, prin care i-a solicitat să explicitizeze poziția SC ... SRL în cadrul procedurii, dat fiind faptul că legislația actuală privind achizițiile publice impune declararea terțului susținător și ca subcontractant.

Din procesul verbal de evaluare DUAE se deduce că răspunsul ofertantului la această solicitare a fost unul în care ofertantul a prezentat o interpretare proprie a dispozițiilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, susținând, în continuare, că ... SRL este nominalizat doar ca terț susținător, însă argumentând că experiența similară a acestuia ar trebui să fie, totuși, luată în calcul.

Din același proces-verbal de evaluare reiese că autoritatea contractantă a luat o primă decizie de respingere a ofertei ... SRL pe acest temei (neîndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară pe proiectare conform art. 137 alin.(2) lit. b) din HG nr. 395/2016) decizie asupra căreia însă a revenit ca urmare a unui Aviz condiționat emis de ANAP.

Fără a cunoaște conținutul avizului emis de ANAP, contestatoarea apreciază că evaluarea inițială realizată de comisia de evaluare asupra acestei chestiuni a fost corectă și oferta se impunea a fi respinsă ca inacceptabilă.

Aceasta întrucât dispozițiile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prevăd foarte clar faptul că, în materie de experiență similară, resursele terțului pot fi luate în considerare, dacă acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

În speță, fiind vorba despre servicii de proiectare, singura modalitate în care experiența similară a SC ...SRL putea fi luată în calcul era nominalizarea acestuia ca subcontractant pe proiectare alături de SC SRL. Dat fiind faptul că nici măcar prin răspunsurile la clarificări ofertantul nu a rectificat modalitatea de participare a terțului la executarea contractului, contractul adus de acesta nu poate fi luat în calcul la valoarea experienței similare, iar în lipsa acestuia, pragul minim prevăzut în fișa de date nu este atins. Ca urmare, în speță se impunea respingerea ofertei depuse ... SRL ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară pe proiectare.

Contestatoarea mai invocă și faptul că ofertantul declarat câștigător a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări nr. 13434/17.06.2020.

Din cuprinsul procesului verbal de evaluare financiară nr. 15588/10.07.2020, rezultă că:

2. Prin adresa

- nr. 13.434/17.06.2020 s-au solicitat clarificări ofertantului SC SRL cu privire la următoarele aspecte: să prezinte modalitatea de fundamentare a prețului pe componenta de proiectare și de execuție, iar pentru pozițiile din anexa la Formularul de ofertă unde există diferențe semnificative față de cele din DUAЕ, să prezinte justificări și modul de calcul care a determinat valoare/tip lucrare (termen de răspuns 22.06.2020);

În analiza răspunsului ofertantului ... SRL la această solicitare de clarificări regăsim următoarele concluzii ale comisiei de evaluare:

În răspunsul la solicitarea nr. 13.434/17.06.2020, ofertantul face referire punctual la cele solicitate prin clarificare, justificând costurile cu proiectarea și asistența tehnică astfel: Pentru verificarea tehnică — sunt prezentate oferte de preț de la SC ... SRL, ing. .. și ..., ce variază între 9.500 și 12 000 lei,

Pentru PT + DE a prezentat o analiză de preț internă, defalcată în costuri lunare, pe toată durata proiectării — 3 luni. Sumele lunare cuprind retribuții/persoana de 3000 lei perstru 4 specialiști. Pentru deplasări s-au cuantificat lunar 10-15 deplasări a câte 250 lei/deplasare (proiectantul e din Timișoara) și cheltuieli cu birotica de 50-500 lei/lună.

Pentru asistența tehnică a prezentat o analiză de preț internă, defalcată în costuri lunare, pe toată durata proiectării și execuției — 3+23 luni. Sumele lunare cuprind retribuții/persoană de 3000 lei, pentru 2 specialiști. Pentru deplasări s-au cuantificat tunar 2-8 deplasări a câte 250 lei/deplasare (proiectantul e din Timișoara),

Pentru amenajarea terenului — s-au prezentat listele de cantități și extrasele de resurse,

Pentru amenajări protecția mediului — s-au prezentat listele de cantități și extrasele de resurse,

- Pentru scurgeri ape pluviale - s-au prezentat listele de cantități și extrasele de resurse,

- Pentru dispozitive de scurgere - s-au prezentat listele de cantități și extrasele de resurse,

- Pentru podețe - s-au prezentat listele de cantități și extrasele de resurse,

- Pentru organizarea de șantier - s-au prezentat listele de cantități și extrasele de resurse.

Referitor la cerința formulată prin clarificare, de a fundamenta economic prețul prin defalcare pe componenta de proiectare, respectiv de execuție, în răspunsul ... SRL nu se regăsește o fundamentare a valorii, ofertantul prezentând parțial Formularele F și C care au stat la baza determinării valorii de ofertare pentru pozițiile din Anexa 1 la Formularul de ofertă la care s-a solicitat clarificare, ca urmare s-au solicitat completări ale răspunsului transmis la prima solicitare de clarificare.

Așadar, deși ofertantului i s-a solicitat în mod explicit să prezinte „modul de fundamentare a prețului pe componenta proiectare respectiv execuție”, comisia de evaluare a constatat că „în răspunsul SC ... SRL nu se regăsește o fundamentare a valorii, ofertantul prezentând parțial Formularele F și C care au stat la baza determinării valorii de ofertare pentru pozițiile din Anexa 1”.

Cu toate că a constatat expres caracterul neconcludent al răspunsului la clarificări, autoritatea contractantă, în loc să respingă oferta în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă alege să transmită o nouă solicitare de clarificări în care să ceară ofertantului să transmită „completări ale răspunsului transmis la prima solicitare de clarificări”.

În opinia contestatoarei, acest demers al autorității contractante încalcă dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

În speță, soluția legală care trebuia aplicată față de primul răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări era respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea mai invocă și faptul că în Declarația de participare și în DUAЕ nu apare subcontractant SC ... SRL, dar apare un subcontractor și terț susținător SC ... SRL și un terț susținător

În procesul - verbal finalizare financiar, pentru verificare tehnică, apare SC ... SRL cu verificatori ing. În procesul-verbal finalizare tehnic, apare verificator de proiecte ..., fără să fie nominalizată persoana juridică pe care o reprezintă, știut fiind că verificatorii de proiecte nu pot fi angajații SC ... SRL sau proiectant. Proiectantul se presupune că este SC ... SRL.

În oferta tehnică, DUAЕ și financiară nu apare subcontractantul pe electrică, geologul, topograful și verificatorul Af... conform cerințelor din caietul de sarcini pag. 9. - OBLIGAȚIILE PROIECTANTULUI.

Referitor la ing. de electrice, în răspunsul la clarificări, la întrebarea nr. 10 autoritatea contractantă a dat următorul răspuns: *„Din documentația DALI, nu reiese că vor fi rețele de relocat sau de protejat. Conform cerințelor caietului de sarcini, la elaborarea documentației tehnice se va ține seama de toate prevederile tuturor avizelor solicitate prin certificatul de urbanism.*

În cazul în care, în urma elaborării proiectului sunt necesare lucrări de relocare/protecție rețele, proiectantul de specialitate va întocmi documentația tehnică de specialitate în vederea obținerii avizelor favorabile, urmând ca autoritatea contractantă să efectueze demersurile pentru execuția lucrărilor de relocare/protecție din surse proprii.

În acest sens, conform cerințelor caietului de sarcini, în cadrul capitolului 3.5.4.: Documentații tehnice necesare obținerii avizelor/acordurilor/autorizațiilor din anexa nr. 1 la formularul de ofertă, ofertanții își vor include în prețul ofertei și valoarea documentațiilor tehnice de specialitate necesare pentru lucrări de relocare/protecție rețele”.

Întrucât în documentația încărcată pe SEAP de către beneficiar nu apare expertiza tehnică pentru pod și știind că nu se poate interveni la pod fără expertiză, contestatoarea a cuprins expert tehnic poduri iar ...nu a cuprins.

Nu au cuprins lucrările de drenare a apei din zona mlăștinoasă conform cerinței.

Contestatoarea menționează că ofertantul declarat câștigător a ofertat pentru serviciile de proiectare un preț neobișnuit de scăzut, pe care nu l-a justificat.

Conform documentelor studiate, contestatoarea sfirmă că prețul ofertat de ... SRL pentru serviciile de proiectare reprezintă circa 55,66% din valoarea estimată a acestei părți a contractului. Spre comparație, ceilalți ofertanți a căror propuneri financiare au fost deschise, au propus prețuri cuprinse între 86,25% și 100%.

După cum a statuat și CNSC în practica să, oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului. Valoarea ofertei nu este prezumată a fi valabilă și admisă, fără probe concludente, realitatea acesteia trebuie să fie confirmată de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante. Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua propunerile financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea acestui preț, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus. Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, 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.

Cu titlu de exemplu, contestatoarea arată că:

- prin răspunsul dat de ... la solicitarea de clarificări nr. 13434/17.06.2020 pentru justificarea serviciilor PT+DE, a prezentat o analiză de preț internă în care sunt cuprinse retribuții/persoană de 3000

de lei/lună (4 specialiști), ceea ce reprezintă nivelul minim pe ramură de construcții conform OUG nr. 114/2018. Adică specialiști cu înaltă calificare, absolvenți cu studii superioare CFDP, sunt remunerați la nivelul unui muncitor necalificat.

La această retribuție nici măcar nu și-au cuprins toate costurile conform legislației în vigoare (cota asiguratorie pentru munca de 2,25%, alte cheltuieli de natură salarială obligatorii conform legislației muncii (Legea 53/2003) - indemnizații aferente zilelor de concediu de odihnă, a zilelor libere legale plătite etc.)

În speță, din înscrisurile puse la dispoziție nu rezultă că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația prevăzută de art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sub aspectul verificării justificării prețului ofertat de ... SRL pentru serviciile de proiectare. Cu atât mai mult, din documente nu reiese că ... SRL ar fi justificat prețul aferent serviciilor de proiectare, sens în care în speță se pune problema neconformității ofertei declarate câștigătoare în condițiile art. 137 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă a transmis o copie a dosarului cauzei anexat punctelor de vedere nr. 18.850/17.08.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 34396/18.08.2020 cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL, respectiv nr. 18.851/17.08.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 34397/18.08.2020 cu privire la contestația formulată de către SC ...SRL.

Prin punctul de vedere nr. 18.850/17.08.2020, autoritatea contractantă solicită respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către SC ...SRL.

Atât documentația încărcată în SEAP, cât și procesul de evaluare a fost supus controlului ex-ante exercitat de către ANAP, în temeiul Deciziei de verificare nr. 1324/12.02.2020. În perioada de transparență a licitației, documentația a suferit o serie de completări, ca urmare a solicitărilor de clarificare adresate de participanți și a răspunsului consolidat publicat în termen în SEAP de autoritatea contractantă.

După parcurgerea etapelor evaluării, așa cum sunt ele prevăzute în legislația de specialitate, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 17.410/31.07.2020, pe care l-a încărcat în SEAP la data de 31.07.2020, precum și comunicările către ofertanți privind oferta câștigătoare și respectiv, rezultatul procedurii, la data de 31.07.2020.

Contestatorul a luat la cunoștință de rezultatul procedurii, prin adresa nr. 17.415/31.07.2020, încărcată în SEAP la aceeași dată, ulterior postării raportului procedurii.

În temeiul prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestatorul a solicitat prin adresa nr. 1235/03.08.2020 acces la dosarul achiziției publice. Autoritatea contractantă a răspuns de îndată, confirmând disponibilitatea pentru a fi consultate documentele care nu sunt confidențiale la sediul său.

Autoritatea contractantă menționează că prin solicitarea de clarificare nr. 10302/11.05.2020, i-a solicitat indicarea Atestatului emis de Ministerul Apelor și Mediului, având ca temei prevederile caietului de sarcini, pag.7 și obligația ofertantului de a prezenta o propunere tehnică care să corespundă cerințelor documentației de atribuire în întregime sa. În urma

solicitărilor de clarificare formulate de participanți, autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul consolidat nr. 5600/05.03.2020.

Așadar, la data depunerii ofertelor, toși participanții cunoșteau necesitatea deținerii acestui Atestat. Conform legislației de specialitate - Legea Apelor nr. 107/1996 cu modificările și completările ulterioare, documentația pentru obținerea Avizului de la Apele Române pentru reparațiile la podul menționat sunt condiționate de deținerea Atestatului. În cadrul ofertei depuse de contestator, nu se regăsește acest document, astfel că la momentul formulării solicitării de clarificare nr. 10302/11.05.2020 oferta sa nu era admisibilă.

Prin răspunsul transmis, care introduce un colaborator, în persoana firmei SC ... SRL, care deține Atestatul emis de Ministerul Apelor și Mediului, contestatorul modifică oferta, care astfel devine din neadmisibilă, admisibilă, referitor la acest aspect.

Autoritatea contractantă învederează că firma SC ... SRL nu a fost menționată ca având o calitate în cadrul procedurii, iar prin coroborarea aspectelor legislației achizițiilor incidente în acest caz, doar firmele care dețin calitatea de ofertant sau subcontractant pot să efectueze o parte din obiectul contractului.

Documentația de atribuire include și răspunsurile la solicitările de clarificări, care în speța de față completează, în mod substanțial, informațiile necesare ofertanților referitor la condițiile de obținere a avizului pentru reparațiile la podul de la km 103 la km 833.

În ceea ce privește precizările contestatorului referitoare la conținutul propunerii financiare, acestea sunt neavenite, dat fiind imposibilitatea autorității contractante de a le verifica, oferta sa fiind respinsă la etapa de evaluare tehnică.

La momentul la care oferta contestatorului, în urma răspunsului la clarificare, nu este admisibilă, există alte patru oferte care satisfac cerințele documentației de atribuire, iar în această situație, solicitarea de clarificări suplimentare ar fi adus contestatorului un avantaj evident, această conduită ar fi încălcat prevederile principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Contestatorul prin firma de avocatură specializată, apelează la soluții pronunțate în spețe considerate similare, făcând abstracție că precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în legislația românească.

Referitor la problema gestionării excedentului de excavație, autoritatea contractantă precizează că în oferta tehnică a contestatorului s-a regăsit la paginile 70 și 366 o mențiune referitoare la faptul că acestea se vor transporta la locuri indicate de Județul Arad, unde se vor nivela și înierba.

Având în vedere că informațiile din ofertă nu satisfac precizările din răspunsul consolidat, precum și faptul că nu cade în sarcina autorității contractante gestionarea excedentului de excavație, că autoritatea nu deține terenuri care pot servi la depozitare și că schimbarea destinației unor terenuri în sensul înființării de noi depozite de deșeuri de construcții se face prin obținerea unor autorizații de construcție, cu avizul Ministerul Mediului - autoritatea contractantă nu are în obiectul de activitate

înființarea unor astfel de depozite - autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului.

Ca urmare a clarificării nr. 10302/11.05.2020, ofertantul a răspuns că materialul de excavație se transportă la sediul societății din strada Mărului, precizând că așa este stipulat în oferta tehnică, la pag. 322, invocând respectarea răspunsului consolidat.

Autoritatea contractantă, prin răspunsul consolidat, a indicat ca și posibile variante de gestionare a excedentului de excavație, următoarele: *„Potrivit legislației de mediu, pământul natural excavat nu este considerat deșeu, iar balastul și piatra spartă sunt materiale geologice naturale care se pot refolosi în funcție de sistemul propriu de management al fiecărui ofertant. Depozitarea acestor materiale provenite din excavări, respectiv alegerea amplasamentului de depozitare cade în sarcina constructorului.*

În acest sens, autoritatea contractantă nu poate impune un anumit amplasament pentru depozitarea materialului excavat, deoarece acesta poate fi diferit în funcție de sistemul de management al fiecărui constructor.

Astfel, fiecare operator economic, își poate transporta materialul rezultat din săpături, la groapă, gropi de împrumut, locuri de depozitare, depozite de pământ, statii de sortare/spălare, amplasamente cu specific de depozit de pământ sau alte amplasamente special amenajate, cu respectarea legislației în vigoare."

În contestația sa, ofertantul indică deținerea Autorizației de mediu nr. 1/08.01.2018 și reproșează comisiei de evaluare faptul că nu a consultat site-ul emitentului, respectiv Agenția de Protecția Mediului Arad.

În apărarea sa, comisia de evaluare indică răspunsul lacunar al contestatorului, care nu a precizat modul de gestionare al excedentului de excavație, nici nu a menționat deținerea Autorizației de mediu. Ca urmare, comisia de evaluare nu avea vreun temei de a verifica existența sau conținutul acestui document. Evaluarea se face prin raportare la documentele depuse de ofertant, eventual în completare fiind documente menționate, dar în niciun caz nu reprezintă o acțiune de investigație, de descoperire a unor alte posibile documente existente pe numele ofertantului.

Autoritatea contractantă consideră că a realizat evaluarea cu respectarea principiilor achizițiilor publice și a normelor legale în vigoare.

Prin punctul de vedere nr. 18.851/17.08.2020, autoritatea contractantă solicită respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către SC ...SRL.

În temeiul prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, contestatorul a solicitat prin adresa nr. 4908/06.08.2020, acces la dosarul achiziției publice. Autoritatea contractantă a răspuns de îndată, în cursul zilei de 07.08.2020 fiind transmise către acesta următoarele înregistrări: documentele de calificare, procesele verbale aferente raportului procedurii postat în SEAP la data de 31.08.2020.

Autoritatea contractantă a transmis înregistrările care nu se află sub consemnul confidențialității, așa cum a fost declarat și probat prin documente de către ofertantul declarat câștigător (Atașat Anexa 1 - răspuns autoritate contractantă).

Referitor la critica contestatorului privind lipsa accesului neîngrădit la dosarul achiziției, legislația în vigoare respectiv art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016 permite accesul doar la documentele care nu sunt declarate confidențiale.

Conform articolului din lege invocat, valabil la data publicării anunțului de participare:

În cazul de față, așa cum reiese din raportul procedurii, atât oferta tehnică cât și cea financiară, inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificare, sunt confidențiale.

Comisia de evaluare critică aprecierea contestatorului referitor la posibilitatea de a fi declarate în integralitate confidențiale aceste înscrisuri, în condițiile în care oferta depusă de contestator este, la rândul său, în integralitate confidențială.

Referitor la motivele invocate de către contestatoare pentru care oferta declarată câștigătoare nu trebuie admisă la etapa DUAE, autoritatea contractantă precizează că experiența similară declarată la nivelul DUAE de către SC ... SRL este susținută prin doi terți, declarați în această calitate în cadrul ofertei, respectiv SC ... SRL și SC ...SRL. Prin aplicarea prevederilor art. 182 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare și art. 48 din HG nr. 395/2016, acest lucru este permis.

Conform art. 182 alin.(1) din Legea nr.98/2016 valabil la data publicării anunțului de participare: (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

Conform art. 48 din HG nr. 395/2016 valabil la data publicării anunțului de participare: *(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacități ofertantul/ candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.*

Faptul că unul dintre terți este declarat subcontractant iar celălalt nu, a fost clarificat în urma răspunsului SC ...SRL la solicitarea de clarificare nr. 389/03.04.2020; ofertantul a declarat că în cazul în care oferta sa va fi câștigătoare, SC Rionvil SRL va fi declarat subcontractant. Acest lucru este legal și posibil, conform legislației în vigoare. Prin verificarea sumelor declarate ca experiență similară în proiectare, s-a îndeplinit cerința de calificare din fișa de date a achiziției.

Referitor la critica adusă de contestator față de presupusa lipsă a fundamentării prețului ofertat de câștigător pe componenta de Asistență

tehnică, autoritatea contractantă menționează că ofertantul în răspunsul său, a defalcat pe componente de preț (salarii, deplasări, cazare) cheltuielile cu specialiștii propuși pentru prestarea serviciilor respective.

Legislația în vigoare nu impune un tarif minim zilnic sau lunar pentru specialiștii din domeniu, singura reglementare aplicabilă, respectată în cadrul ofertei criticate, fiind salariul minim pe economie în vigoare la data limită de depunere a ofertei. Comisia de evaluare a constatat că acesta este respectat; mai mult, prin completarea Formularului nr. 5 privind respectarea condițiilor de muncă, mediu și sociale, ofertantul se obligă să respecte în integralitatea sa legislația muncii. Ca atare, comisia a considerat că s-a clarificat valoarea ofertată, cerința fiind îndeplinită.

Față de critica referitoare la procentul reprezentat de valoarea Asistenței tehnice, raportat la sumele prevăzute în DALI, în evaluare au fost respectate principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr.98/2016 în acest caz, principiul tratamentului egal. Și contestatoarea a prezentat, la rândul său, explicații similare față de solicitarea de "*clarificare a unor sume propuse pe componenta de execuție a lucrărilor, unde valorile sunt semnificativ mai mari decât cele prevăzute în DALI. Spre exemplu, contestatoarea ofertează 120-209,3% față de valorile din DALI, iar ca explicații, acele acceptate de comisia de evaluare, invocă "caracterul orientativ la valorilor din DALI"*". Acest argument a fost aplicat în mod egal contestatorului și ofertei criticate.

Referitor la remarca contestatorului față de verificatorul/verificatorii propuși respectiv alte categorii de specialiști, autoritatea contractantă precizează că în caietul de sarcini se arată că specialiștii pe domenii vor fi prezentați, *dacă este necesar*, ca urmare nu este stipulată obligația cuprinderii acestora în ofertă. Faptul că actualul contestator își cuprinde în ofertă specialiștii pe domenii presupuse a fi necesare obținerii avizelor, nu impune obligații asupra ofertelor concurente, singura regulă general aplicabilă fiind respectarea conținutului documentației de atribuire. În situația în care în derularea proiectării sunt necesari specialiști pe diverse domenii, cuprinderea lor în contract se va face prin introducerea de subcontractanți, în condițiile egii, după verificarea calității acestora și acceptarea de către autoritatea contractantă.

Referitor la statutul verificatorului, având în vedere că ulterior semnării contractului, autoritatea contractantă va alege dintre cele trei propuneri făcute de ofertantul câștigător, sunt de neînțeles criticile aduse de contestator referitor la relațiile contractuale dintre viitorul verificator și ofertantul câștigător.

Prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr. 34765/20.08.2020, respectiv sub nr. 35281/24.08.2020, SC ... SRL formulează cereri de intervenție voluntare accesorii în cauza ce face obiectul dosarelor 1639/2020 și nr. 1664/2020, prin care solicită:

- admiterea atât în principiu cât și pe fond a cererilor de intervenție,
- respingerea ca nefondate a contestațiilor formulate de către SC ... SRL și SC ... SRL,
- pe cale de consecință, menținerea actelor autorității contractante în ce privește respingerea ofertelor SC ... SRL și SC ... SRL și pe cele privind declararea ofertei SC ... SRL ca admisibilă și câștigătoare.

Prin cererea de intervenție voluntată accesorie formulată în cauza ce are ca obiect soluționarea contestației formulate de către SC ... SRL, SC ... SRL menționează că în urma evaluării ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire, oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Motivele contestației SC ... SRL sunt nefondate. În realitate, autoritatea contractantă în mod corect și legal a respins oferta ... ca inacceptabilă și neconformă, având în vedere motivele deciziei sale, arătate în cuprinsul adresei nr. 17415/31.07.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, cât și considerentele următoare.

Intervenienta invocă faptul că oferta SC ... SRL nu respectă cerințele documentației de atribuire, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări a modificat propunerea tehnică.

Conform fișei de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se prevede:

„Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței cu cerințele/specificațiile prevăzute în cadrul prezentei secțiuni, respectiv cu cele prevăzute în cadrul caietului de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire. În acest scop, pornind de la propria expertiză a ofertantului în domeniul contractului ce urmează să fie atribuit și prin raportare la necesitățile, obiectivele și constrângerile autorității contractante, astfel cum au fost acestea descrise în cadrul caietului de sarcini, propunerea tehnică va cuprinde informații relevante privind abordarea propusă de ofertant pentru execuția contractului.

Se recomandă ca propunerea tehnică să cuprindă secțiunile din structura caietului de sarcini, după cum urmează:

1) Prezentarea modului de realizare a serviciilor de elaborare proiect tehnic, detalii de execuție, documentații pentru obținere de avize acorduri și autorizații, și asistenta tehnică din partea proiectantului, solicitate prin caietul de sarcini cu respectarea tuturor prevederilor caietului de sarcini;

2) Proiectarea pentru lucrarea propusă;

3) Prezentarea modului de realizare a lucrărilor prin care ofertantul va demonstra că va executa toate lucrările prevăzute în documentația de atribuire cu respectarea tuturor prevederilor caietului de sarcini; (...)

La nivelul propunerii tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului / resurse si organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați, care sunt strict necesari pentru îndeplinirea obiectului contractului, demonstrând astfel îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale precum și a reglementărilor, standardelor și normelor aplicabile în domeniul din care face parte obiectul contractului. (...)

Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori prevederile legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/tehnice si/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă.(...)

Ofertele care nu pot fi fundamentate din punct de vedere tehnic, logistic și a resurselor prevăzute în ofertă, de natură să nu asigure satisfacerea cerințelor din caietul de sarcini, vor fi respinse ca neconforme.”

Conform caietului de sarcini, s-a solicitat ca la elaborarea documentației tehnice să se țină seama de prevederile tuturor avizelor solicitate prin certificatul de urbanism, cerința referindu-se expres la întocmirea documentației aferente pentru A.N. APELE ROMÂNE-A.B.A. MUREȘ printr-un prestator autorizat:

„La elaborarea documentației tehnice se va ține seama de prevederile tuturor avizelor solicitate prin certificatul de urbanism, de asemenea se va obține acordul de la ISC, se vor întocmi documentele/proiectele pe specialități și se vor obține avizele favorabile, unde este cazul, se va întocmi documentația aferentă pentru A.N. APELE ROMÂNE – A.B.A. MUREȘ printr-un prestator autorizat și se va obține notificarea pentru execuția lucrării, se va întocmi DTAC-ul”.

Această cerință a caietului de sarcini nu a fost respectată de ofertantul contestator ..., care nu a cuprins în propunerea sa tehnică modul de realizare a documentației privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române și nu a indicat prestatorul autorizat pentru realizarea acestei activități.

Ulterior, ca urmare a solicitării de clarificări a autorității nr. 10302/11.05.2020 prin care i se solicită să precizeze unde anume în cadrul ofertei se regăsește certificatul de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentațiilor necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor valabil, ofertantul contestator, prin răspunsul său nr. 640/12.05.2020, recunoaște în mod expres că nu a considerat a fi necesară depunerea, în cadrul ofertei, a Certificatului de atestare eliberat de Ministerul Apelor și Pădurilor necesar pentru întocmirea documentației privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române. Abia prin acest răspuns la solicitarea de clarificări, după data-limită a depunerii ofertelor, ofertantul contestator menționează că activitatea privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române se va realiza printr-un prestator, deținător al unui atestat pe care îl anexează răspunsului la solicitarea de clarificare.

Este evident că ofertantul contestator a completat în mod nepermis oferta, prin indicarea modului de realizare a documentației privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române printr-un prestator, pe care nu îl indicase în oferta inițială și depunerea certificatului de atestare, după data limită de depunere a ofertelor, prin răspunsul la clarificări, în condițiile în care aceste informații și documente trebuiau să se regăsească în cuprinsul propunerii tehnice.

Conform dispozițiilor legale în vigoare, documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. Documentația de atribuire necontestată în termenul legal devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, iar prin depunerea unei

oferte, fiecare ofertant și-a asumat integral cerințele documentației de atribuire.

Din documentația de atribuire publicată pentru procedura de atribuire, respectiv din fișa de date și caietul de sarcini, rezultă cu claritate faptul că întocmirea tuturor documentațiilor tehnice necesare autorizării și executării lucrărilor care va reveni în sarcina ofertantului include și întocmirea acelei documentații specifice necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor din partea AN APELE ROMÂNE.

Activitatea de realizare a documentației specifice necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor, ca parte din contractul propus spre atribuire, se poate realiza numai prin operatori economici care dețin un certificat de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor, conform Ordinului ministrului apelor și pădurilor nr. 584/2017 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor

Conform Ordinului ministrului apelor și pădurilor nr. 584/2017 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor:

„Art. 1 - Prezentul regulament stabilește procedura de atestare de către Ministerul Apelor și Pădurilor a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor și asigură cadrul organizatoric și regulile unitare pentru atestarea capacității tehnico-profesionale a solicitanților.

Art. 2. - Atestarea instituțiilor publice sau private are drept scop verificarea capacității tehnico-economice a acestora de a îndeplini cerințele tehnice și de calitate în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

Art. 11- Domeniile pentru care Comisia de atestare este abilitată să ateste instituții publice sau private sunt următoarele: (...) d) elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor.

Art. 12- Atestarea instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor se solicită și se acordă cu respectarea domeniilor cuprinse în prezentul regulament.”

În condițiile în care activitatea de realizare a documentației specifice necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor este pusă în sarcina executantului prin documentația de atribuire, aceasta reprezintă o obligație contractuală clar asumată și o componentă a obiectului contractului, nefiind posibilă îndeplinirea acestei activități decât de un specialist atestat conform prevederilor legale.

Or, ofertanții aveau obligația ca, în raport de dispozițiile legale incidente în cauză să elaboreze oferta într-o manieră care să permită verificarea acesteia, prin prisma dispozițiilor art. 133 alin. (2) din HG 395/2016, respectiv să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

De asemenea, conform prevederilor art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, operator economic reprezintă *„orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități”*.

Fiind în discuție o activitate ce face parte din obiectul contractului oferta tehnică a contestatorului trebuia elaborată în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, aspect ce presupune ca ofertantul să precizeze în concret, în cuprinsul propunerii tehnice, modalitatea de executare a acestei obligații.

Astfel cum se stabilește în Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, art. 3 alin.4:

„(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă nu va stabili criterii de calificare și selecție, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).

Exemple: (...); personal ce necesită atestări profesionale de la autorități competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/ANRE/ANEVAR/ANCPI/CECAR/CAFR/MCPN etc.”

Din interpretarea cerințelor expres menționate în cadrul documentației de atribuire (fișa de date, caietul de sarcini) rezultă că ofertantul contestator avea obligația ca prin propunerea tehnică să justifice și să prezinte modalitatea de realizare a documentației tehnice pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor, iar pentru a putea realiza această activitate, ofertantul trebuie să indice în ofertă personalul specializat, deținător al certificatului de la Ministerul Apelor și Pădurilor care să confirme capacitatea profesională de realizare a acestei activități.

Or, atingerea scopului mai sus arătat presupune ca ofertantul contestator să probeze, la momentul depunerii ofertei sale, că este în măsură să realizeze astfel de activități, fie personal, fie prin intermediul unei alte persoane, dar pe care are obligația de a o indica în oferta sa,

probând totodată că fie el, fie terța persoană este în posesia unui document de atestare eliberat în condițiile legii.

Practic, necesitatea executării acestei părți a obiectului contractului numai de un operator economic care deține certificat de atestare din partea Ministerului Apelor și Pădurilor se prezumă absolut a fi cunoscut ca atare de toți participanții la procedură, iar în măsura în care ofertantul contestator ar fi apreciat că sunt necesare lămuriri sub aspectul modului în care poate executa efectiv această parte a contractului, avea deschisă calea solicitării de clarificări.

Prin urmare, ofertantul contestator avea obligația de a-și elabora propunerea tehnică cu indicarea modului de realizare a acestei activități specifice de întocmire a documentației tehnice necesare obținerii avizului din partea Apelor Române, conform cerinței caietului de sarcini, prin persoane specializate deținătoare a Certificatului de atestare solicitat de lege, lucru pe care nu l-a făcut, oferta fiind astfel neconformă.

Astfel cum s-a reținut în practică, în Decizia Civilă nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Cluj, s-a reținut în sensul că: *„După cum se constată, legiuitorul condiționează ca întocmirea acestei documentații specifice să se realizeze de persoane care trebuie certificate de autoritatea publică centrală din domeniul apelor, o condiție obligatorie la depunerea acesteia fiind aceea a depunerii totodată și a copiei certificatului de atestare a elaboratorului. Pentru a se putea atinge scopul urmărit de autoritatea contractantă, respectiv acela ca documentațiile întocmite în executarea contractului încheiat ca urmare a derulării procedurii de achiziție publică să poată fi efectiv folosite în vederea atingerii scopului final al modernizării drumurilor județene, este imperativ necesar ca aceste documentații să fie întocmite cu stricta respectare a dispozițiilor legale în vigoare care, după cum s-a arătat, impun ca cel care elaborează documentația să fie posesorul unui certificat de atestare specific domeniului de gospodărire a apelor. Or, atingerea scopului mai sus arătat presupune ca ofertantul să probeze, însă de la momentul depunerii ofertei sale, că este în măsură realizeze o astfel de documentație, fie personal, fie prin intermediul unei alte persoane, dar pe care are obligația de o indica în oferta sa, probând totodată că fie el, fie terțul susținător / subcontractant este în posesia sa unui document de atestare (...). Și în ceea ce privește aceste atestate specifice (..) se impune ca, încă de la momentul depunerii ofertei sale, operatorul economic să fie în măsură să probeze că poate realiza astfel de documentație, respectiv că el sau terțul susținător / subcontractantul este beneficiarul unei autorizații / unui atestat emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Energie prin care i se acordă dreptul să desfășoare activități de proiectare pentru obiective / sisteme din domeniul gazelor naturale / instalațiilor electrice”.*

Faptul că ulterior, după data limită de depunere a ofertelor, ofertantul contestator a înțeles să-și completeze/ modifice oferta, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, cu indicarea modului de realizare a activității de întocmire a documentațiilor necesare obținerii avizului de la Apele Române și depunerea documentelor suplimentare (certificat de atestare) atrage în mod evident inacceptabilitatea ofertei sale, conform art. 134 alin. 6 din HG nr. 395/2016.

Decizia autorității contractante de a respinge, ca inacceptabilă oferta contestatoarei ..., pe aceste considerente, a fost prin urmare, temeinică și legală.

Susținerile contestatoarei referitoare la încălcarea principiului proporționalității și formalismul exagerat al autorității sunt lipsite de temei, în condițiile în care autoritatea contractantă a acționat cu maximă diligență și cu respectarea întocmai a dispozițiilor legale.

În realitate, au fost omise din oferta contestatorului informații obligatorii esențiale, solicitate prin cerințele caietului de sarcini. Lipsa acestor informații esențiale nu putea fi complinită prin răspunsul la clarificări și completarea ofertei, după expirarea termenului de depunere a ofertelor.

Faptul că ofertantul contestator nu a indicat, în oferta depusă inițial, prestatorul atestat care va realiza activitatea de întocmire a documentației tehnice privind avizul de gospodărire a apelor și modalitatea de realizare a acestei activități și că a înțeles, abia după ce autoritatea contractantă i-a solicitat să indice unde anume în ofertă se găsește certificatul de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor, să arate că ar avea disponibil un prestator atestat care ar deține și certificat de atestare, echivalează în mod evident cu o completare nepermisă a ofertei.

Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă ofertantului contestator care a prezentat-o, iar obligația autorității contractante este de a controla respectarea întocmai de către participanți a prescripțiilor documentației și a legislației aplicabile. Particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa.

Conform practicii CNSC, „Autoritatea contractantă trebuie să se asigure că propunerile tehnice oferite de operatorii economici sunt sustenabile/ fezabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în documentația de atribuire.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Jurisprudența europeană invocată de contestatoare (citată trunchiat) nu susține argumentele sale, ci dimpotrivă, statuează că, în virtutea respectării principiului egalității de tratament și obligației de transparență, autoritatea contractantă nu îi poate permite unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de

sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor.

În acest sens, în Cauza C-131/16 (Archus, Gama Jacek Lipik), CJUE a statuat:

„Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28. Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).

(...)

33. Cu toate acestea, o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele contractului, întrucât autoritatea contractantă este obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

36. Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă.

37. În orice caz, obligația care poate reveni unei autorități contractante, în temeiul dreptului național, de a le solicita ofertanților să furnizeze declarațiile și documentele necesare pe care nu le au transmis în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau să corecteze aceste declarații și aceste documente în cazul existenței unor erori nu poate fi recunoscută decât în măsura în care completările sau corectările aduse ofertei inițiale nu conduc la modificarea acesteia în mod substanțial. Astfel, din cuprinsul punctului 40 din Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții (C 599/10, EU:C:2012:191), reiese că oferta inițială

nu poate fi corectată pentru a înlătura erori materiale vădite decât cu titlu de excepție și doar dacă această modificare nu conduce la propunerea în realitate a unei noi oferte.

39. În consecință, este necesar să se răspundă la prima întrebare adresată că principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.”

Sustinerile contestatoarei referitoare la incidența dispozițiilor art. 134 alin. (7) lit. a) din HG nr. 395/2016 coroborate cu art. 135 alin. (3) care reglementează instituția viciilor de formă nu pot fi primite, fiind neîntemeiate. În speță, lipsa din propunerea tehnică a ofertantului contestator a informațiilor și documentelor privind modul de realizare a activității privind întocmirea documentațiilor tehnice necesare obținerii avizului de gospodărire a apelor nu poate fi considerat nicidecum viciu de formă, în sensul definiției date de lege, respectiv „*acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire*”.

Aceste prevederi nu sunt incidente, nefiind vorba de corectarea/completarea unor informații punctuale a altor informații existente în ofertă, ci oferta a fost completată cu informații și documente care nu au fost prezentate în termenul limită de depunere a ofertelor.

Intervenienta invocă faptul că oferta contestatoarei este neconformă, nerespectând cerințele documentației de atribuire în ce privește depozitarea excedentului de excavație.

Prin caietul de sarcini s-a solicitat:

- *referitor la transportul pământului rezultat din excavații, autoritate contractantă nu poate impune un anumit amplasament pentru depozitarea acestuia. Depozitarea pământului, respectiv alegerea amplasamentului de depozitare cade în sarcina constructorului. Spre exemplu, deoarece materialul provenit din săpătură are în componența sa o proporție consistentă de balast și piatră, acesta poate fi dus în stații de sortare/spălare și refolosire la diverse activități de construcții, în funcție de specificul fiecărui constructor.*

În acest sens, autoritatea contractantă nu poate impune un anumit amplasament pentru depozitarea pământului, deoarece acesta poate fi diferit în funcție de sistemul de management al fiecărui constructor.

Astfel, fiecare operator economic își poate transporta pământul rezultat din săpături la groapă, gropi de împrumut, locuri de depozitare, depozite de pământ, stații de sortare/spălare, amplasate cu specific de depozit de pământ sau alte amplasamente special amenajate, cu respectarea legislației în vigoare. În acest context, fiecare ofertant își va elabora oferta financiară în funcție de propriul sistem de management.

Prin răspunsul consolidat nr. 5600/05.03.2020 al autorității contractante la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire (întrebarea nr.1), s-a specificat:

Întrebare nr. 1:

Prin solicitarea de clarificare nr. 4053/17.02.2020, s-a formulat întrebarea: „Conform prevederilor din Legea 211/2001 privind regimul deșeurilor cu toate modificările și completările ulterioare, vă rugăm să specificați unde se vor depozita materialele rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia”.

Răspuns nr. 1

Potrivit legislației de mediu, pământul natural excavat nu este considerat deșeu, iar balastul și piatra spartă sunt materiale geologice naturale care se pot refolosi în funcție de sistemul propriu de management al fiecărui ofertant. Depozitarea acestor materiale provenite din excavații, respectiv alegerea amplasamentului de depozitare care în sarcina constructorului.

În acest sens, autoritatea contractantă nu poate impune un anumit amplasament pentru depozitarea materialului excavat, deoarece acesta poate fi diferit în funcție de sistemul de management al fiecărui constructor.

Astfel, fiecare operator economic, își poate transporta materialul rezultat din săpături, la groapă, gropi de împrumut, locuri de depozitare, depozite de pământ, stații de sortare/spălare, amplasamente cu specific de depozit de pământ sau alte amplasamente special amenajate, cu respectarea legislației în vigoare. În acest context, fiecare ofertant își va elabora oferta financiară în funcție de propriul sistem de management.

Prin urmare, autoritatea nu a impus ofertanților un anumit amplasament pentru depozitarea materialului excavat, specificând însă că fiecare operator își poate transporta materialul rezultat din săpături la groapă, gropi de împrumut, locuri de depozitare, depozite de pământ, stații de sortare/spălare, alte amplasamente special amenajate, cu respectarea legislației în vigoare.

Conform art. 22 alin. (2) din Legea nr. 211/2011 privind regimul deșeurilor: „Operatorii economici care efectuează operații de colectare și transport de deșuri au obligația să livreze și să transporte deșeurile numai la instalații autorizate pentru efectuarea operațiunilor de sortare, tratare, reciclare și depozitare, cu respectarea prevederilor art. 20”. De asemenea, potrivit art. 13 din Hotărârea nr. 349/2005 privind depozitarea deșeurilor: „Reglementarea activității privind depozitarea deșeurilor se face cu respectarea prevederilor legislației de mediu în vigoare, prin

emiterea acordului și autorizației integrate de mediu, dacă depozitele cad sub incidența Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2002, aprobată cu modificări prin Legea nr. 645/2002, și prin emiterea acordului și/sau autorizației de mediu pentru depozitele care nu se supun prevederilor legale menționate.”

Ofertantul contestator nu a respectat această cerință a documentației de atribuire, nefăcând dovada posibilității legalei depozitări a excesului de excavație.

Așa cum rezultă din susținerile contestatoarei, aceasta a răspuns solicitărilor de clarificări nr. 9770/30.04.2020 și nr. 10302710.05.2020 venite din partea autorității contractante privind depozitarea excesului de excavație, menționând că *„excesul de excavație va fi transportat și depozitat la baza societății noastre din Arad”*, fără a face dovada că pentru acest amplasament există autorizație de mediu pentru depozitarea deșeurilor, conform legislației în vigoare.

Contestatoarea a depus abia în faza formulării contestației împotriva rezultatului procedurii, anexat acesteia, autorizația de mediu, specificând că aceasta ar reglementa colectarea (nu depozitarea) deșeurilor.

Contestatoarea pretinde, de asemenea, că autoritatea contractantă, deși n-avea această autorizație depusă de contestator în documentele ofertei, ar fi trebuit să cerceteze existența ei pe site-ul Agenției pentru Protecția Mediului Arad, lucru care este absolut inadmisibil.

Ofertantul este cel care are obligația întocmirii ofertei în conformitate cu cerințele documentației de atribuire. Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire, iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să-și invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă nu are obligația și nici dreptul să facă demersuri/diligente suplimentare pentru a complini lipsuri din oferta contestatorului, respectiv să cerceteze pe site-ul APM existența autorizației de mediu. Acest lucru ar încălca în mod flagrant principiul tratamentului egal între ofertanți, consacrat de art. 2 alin.2 lit b) din Legea nr. 98/2016, prin faptul că s-ar crea ofertantului contestator un avantaj incorect.

De asemenea, autoritatea contractantă nu era obligată și nici nu avea dreptul să mai solicite încă o dată clarificări ofertantului contestator cu privire la soluția depozitării excedentului de excavație, în condițiile în care au existat alte două solicitări de clarificări anterioare pe această temă, întrucât ar fi încălcat principiul tratamentului egal și al transparenței, precum și dispozițiile exprese ale art. 209 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, întrucât ofertanta contestatoare ... nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini referitoare la legala depozitare a excedentului de excavație, în mod corect și legal autoritatea contractantă a respins oferta acesteia ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. 3 lit a) din HG nr. 395/2016.

Prin cererea de intervenție voluntată accesorie formulată în cauza ce are ca obiect soluționarea contestației formulate de către SC ... SRL, SC ... SRL solicită respingerea solicitării contestatoarei de a i se acorda acces la propunerea sa tehnică și financiară, declarate ca fiind confidențiale.

Intervenienta susține că a depus în cadrul ofertei, Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial, prin care a declarat expres că propunerea financiară – în totalitate (inclusiv clarificările ulterioare) și propunerea tehnică (Plan de calitate, Metodologia privind execuția lucrărilor, ofertele de preț, chiriile aferente utilajelor, liste de furnizori, graficul de execuție al lucrărilor, clarificări pe tehnic solicitate de beneficiar, organigrama+matricea responsabilităților + informații despre utilaje și personal) (inclusiv clarificările ulterioare) au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele sale legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Declaraarea înscrisurilor din cuprinsul ofertei ... ca având caracter confidențial se bazează pe următoarele temeuri juridice din legislația privind achizițiile publice:

- Art. 57 alin. 1 din Legea 98/2016,
- Art. 123 alin. 1 din HG 395/2016,
- Art. 217 alin. 5 din Legea 98/2016,
- Art. 217 alin. 6 din Legea 98/2016,
- Art. 19 alin (1) din Legea 101/2016,
- Art. 19 alin (3) din Legea 101/2016.

Intervenienta susține că propunerea tehnică a fost declarată confidențială, având în vedere că reprezintă un concept integrat, cuprinzând soluții special concepute care îi permit realizarea lucrărilor la un preț competitiv. Oferta reprezintă o operă științifică, iar divulgarea propunerii tehnice către terți este de natură să prejudicieze oferta concepută special pentru acest proiect.

De asemenea, propunerea financiară a fost declarată confidențială, având în vedere că reprezintă o justificare a prețurilor, reflectând pe de o parte soluțiile propuse prin oferta tehnică și pe de altă parte detalierea prețurilor care sunt rezultatul negocierilor individuale purtate de ofertant cu furnizorii de materiale și/sau alți prestatori de servicii.

Declaraarea acestor documente ca fiind confidențiale este justificată de următoarele motive concrete și detaliate:

În ceea ce privește propunerea tehnică:

- deoarece descrie modul efectiv de realizare a lucrărilor în viziunea ofertantului Strabag, elaborată conform resurselor și know-how-ului pe care le deține. Aceasta a fost elaborată și reprezintă un concept integrat și interdependent, concepută special pentru acest proiect, pentru a asigura eficientizarea lucrărilor și a procedurilor de lucru, atât ca element de timp cât și de cost. În cadrul propunerii tehnice au fost incluse soluții tehnice, care sunt părți componente ale unei opere științifice, de creație intelectuală, care aparțin colectivului care a întocmit oferta. Mai mult decât atât, aceste informații reprezintă secret comercial întrucât cuprind Metodologia privind execuția lucrărilor proprie ofertantului.

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

- Organigrama și informații despre personal, deoarece diplomele și calificările personalului conțin date cu caracter personal. Mai mult, cunoașterea datelor incluse în CV-ul personalului propus spre realizarea contractului în cauză, poate aduce beneficii și/sau avantaje competitorilor cunoscând experiența personalului, informații pe care le pot utiliza în proceduri viitoare. Aceste informații reprezintă secret comercial.

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

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

În ceea ce privește propunerea financiară:

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

- propunerea financiară conține elemente din care rezultă raporturile comerciale (ofertele de preț primite de la furnizorii ..., raporturi comerciale consolidate într-o perioadă și de 20 de ani. Listele de cantități și modul de defalcare a prețurilor unitare aferente fiecărui articol de deviz constituie un aspect important, din perspectiva confidențialității, întrucât generarea prețurilor unitare depinde de materiale, forța de muncă, echipament, transport, cheltuieli indirecte și profit. Toate aceste elemente pot fi ofertate în diferite feluri, conducând la un rezultat diferit al prețului unitar final, în funcție de experiența și politica de ofertare a fiecărui operator economic.

În primul rând, prin contractele de furnizare materiale de construcții, Strabag s-a angajat față de furnizori să păstreze confidențialitatea anumitor informații din cuprinsul acestora. În al doilea rând, având

raporturi comerciale pe o perioadă îndelungată cu anumiți furnizori de materiale, Strabag beneficiază de diverse avantaje față de competitori, în privința prețurilor la materiale, eventuale discount-uri și termene de plată.

- Astfel, divulgarea informațiilor din cuprinsul propunerii financiare sau eventualelor răspunsuri la solicitări de clarificări referitoare la propunerea financiară, ar putea aduce prejudicii ..., în cazul în care și competitorii săi obțin aceleași avantaje ca urmare a vizionării propunerii financiare. Totodată, documente din cuprinsul propunerii financiare și răspunsurile la solicitările de clarificări conțin informații cu caracter personal referitoare la resursele umane ale ..., față de care aceasta și-a asumat respectarea dispozițiilor legale prevăzute în Codul Muncii privind confidențialitate informațiilor enunțate anterior

În ceea ce privește clarificările:

Fiecare dintre clarificările comunicate de ...sunt în directă legătură cu documentele depuse în ofertă a căror confidențialitate a fost mai sus justificată. Prin urmare, se impune menținerea caracterului confidențial și în ceea ce privește clarificările depuse în cadrul procedurii de atribuire.

Accesul altor ofertanți la astfel de documente declarate confidențiale de către ... ar da posibilitatea acestora de a determina modul de elaborare al ofertei, concepută după procedurile interne ale ... De asemenea, ofertanții ar putea să obțină informații despre modul de întocmire al ofertei ... metoda și modul de calcul al ofertei financiare, putând astfel să le folosească în avantaj propriu în cadrul altor proceduri de atribuire la care ... poate participa, prin estimarea prețului ofertat, ceea ce ar crea în mod cert un avantaj acestora, atrăgând după sine distorsionarea cadrului concurențial.

De asemenea, având în vedere noțiunea de „secret comercial”, astfel cum este definit de art. 11 lit d) din Legea nr.11/1991 ca fiind informațiile care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe:

1. sunt secrete în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză;

2. au valoare comercială prin faptul că sunt secrete;

3. au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete”.

Conform art. 3 alin. (2) din OUG nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, *„Dobândirea, utilizarea sau divulgarea unui secret comercial este considerată legală în măsura în care o astfel de dobândire, utilizare sau divulgare este impusă sau permisă în temeiul dreptului Uniunii Europene sau al dreptului național.”*, iar conform art. 4 alin. (3): *„Utilizarea sau divulgarea unui secret comercial este considerată ilegală ori de câte ori este săvârșită, fără consimțământul deținătorului secretului comercial, de către o persoană care îndeplinește oricare dintre următoarele condiții:*

- a) a dobândit secretul comercial în mod ilegal;

b) încalcă un acord de confidențialitate sau orice altă obligație de a nu divulga secretul comercial;

c) încalcă o obligație contractuală sau de altă natură care limitează utilizarea secretului comercial.”

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Având în vedere cele de mai sus, oferta tehnică și financiară declarate de ca fiind confidențiale au cu certitudine caracter de secret comercial și, indubitabil există motive obiective pentru care dezvăluirea unor astfel de informații către competitori este de natură a produce ... prejudicii semnificative în ceea ce privește protejarea secretelor sale comerciale, cât și participarea ...la proceduri de achiziție viitoare.

În sprijinul argumentelor sale, ... invocă și prevederile art. 21 din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice.

De asemenea, în sensul acestor susțineri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge.

Elocvente sunt și considerentele Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

Raportat la prevederile legale de mai sus, rezultă, dincolo de orice echivoc, faptul că informațiile declarate în cadrul ofertei ...îndeplinesc condițiile privind calificarea în cadrul "secretelor comerciale", a căror protecție este garantată de lege.

În aceste condiții, nesocotirea caracterului confidențial al informațiilor furnizate de ... autorității contractante nu poate fi făcută decât cu încălcarea gravă a prevederilor legislației naționale în vigoare, a legislației europene și jurisprudenței Curții Europene de Justiție privind protejarea informațiilor confidențiale.

Prin urmare, în mod corect și legal autoritatea contractantă a refuzat să acorde acces contestatoarei la documentele ofertei declarate confidențiale Totuși, i-au fost comunicate procesele verbale de evaluare, anexe ale raportului procedurii, astfel cum recunoaște chiar contestatoarea.

De asemenea și contestatoarea ... și-a declarat întreaga propunere tehnică și financiară ca fiind confidențiale și, în aplicarea principiului

tratamentului egal consacrat de art. 2 alin. 2 lit b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul nu ar trebui să permită unui ofertant care la rândul lui a invocat caracterul confidențial al unor documente, accesul la documentele similare ale altui ofertant.

De asemenea, intervenienta solicită respingerea cererii contestatoarei de repunere în termenul de motivare a contestației care, potrivit contestatoarei, ar curge de la data la care ar avea acces neîngrădit la documentele confidențiale ale ofertei ... O astfel de cerere este inadmisibilă și total nefondată, având în vedere că, potrivit art. 8 și art. 10 din Legea nr. 101/2016, motivarea contestației, reprezentând un element vital al acesteia, trebuie prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare, de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal. În speță, termenul legal de contestare, de 10 zile de la data publicării în SEAP a rezultatului procedurii (31.07.2020) a expirat la 10.08.2020. Nicidecum motivarea contestației nu se poate schimba/completa ulterior, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

În acest sens, formularea unor motive noi de contestare, pe calea concluziilor scrise, ulterior termenului legal de contestare, este inadmisibilă, în conformitate cu art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, se impune respingerea cererii de acces a contestatoarei la documentele declarate de ...ca fiind confidențiale și respingerea cererii de repunere în termen a acesteia.

Pe fond, intervenienta invocă faptul că contestația formulată de ...SRL este nefondată, motivele contestației formulate de ... SRL sunt neîntemeiate, nefondate și lipsite de orice fundament legal sau probator.

Intervenienta susține că motivul referitor la neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară pe proiectare este neîntemeiat.

În combaterea acestui motiv, intervenienta arată că, potrivit fișei de date a achiziției, pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:

„Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Ofertanți vor trebui să demonstreze că în ultimii 3 ani calculați de la data limită de depunere a ofertelor au prestat și dus la bun sfârșit servicii similare de proiectare (cum ar fi DALI, SF sau PT+DE+CS) în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității în valoare cumulată de minim 921.690,34 lei fără TVA la nivelul a minim unui contract, maxim 5 contracte. Prin servicii similare se înțeleg serviciile de proiectare (cum ar fi DALI, SF sau PT+DE+CS) lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau lucrări de reabilitare de drumuri comunale/ străzi/ bulevarde/ județene/ drumuri naționale/expres/autostrăzi”.

În dovedirea îndeplinirii acestei cerințe, ...a folosit experiența similară pe proiectare a terțului susținător și subcontractant ... SRL, care a declarat în DUAE 4 contracte de servicii de proiectare în valoare cumulată de 573.900 lei și a terțului susținător ...SRL, care a declarat un contract de servicii de proiectare în valoare de 430.000 lei.

Prin urmare, demonstrarea îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară în proiectare se realizează prin cumularea contractelor realizate de cei doi terți susținători. Cumulat proiectele prezentate de cei doi terți susținători depășesc valoarea specificată în fișa de date a achiziției. Demonstrarea valorii s-a realizat prin contractele depuse de ...SRL și ... SRL, în etapa de evaluare a documentelor justificative DUAE (transmise prin adresele ... nr. 847/20.07.2020 și nr. 861/23.07.2020).

Sușinerile contestatoarei ... în sensul că experiența similară adusă de terțul susținător ... SRL, nu poate fi luată în considerare, întrucât acesta nu ar fi fost declarat și subcontractant, sunt total neîntemeiate și încalcă flagrant dispozițiile legale aplicabile, în acest sens fiind invocate prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 precum și cele ale art. 48 din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, legislația în vigoare nu impune declararea terțului susținător ca și subcontractant. Dimpotrivă, art. 48 din HG nr. 395/2016 prevede expres ipoteza în care „*terțul susținător nu este declarat subcontractant*”. Art. 48 alin.1 prevede de asemenea, ipoteza că atunci când ofertantul se bazează pe capacitatea unui subcontractant declarat pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție, acel subcontractant este considerat și terț susținător.

În concluzie, ofertanta ...nu avea nicio obligație legală de a declara terțul susținător ... S.R.L. ca și subcontractant, pentru a fi luată în considerare experiența similară declarată de acesta. Desigur că, în măsura în care ofertantul ar întâmpina dificultăți în executarea contractului, terțul susținător va îndeplini efectiv serviciile în legătură cu care a acordat calificările în cadrul procedurii de atribuire, acționând astfel că un real subcontractant, prin efectul legii, dar fără ca aceasta să presupună declararea sa în mod formal în această calitate, atât timp cât nu există nicio obligație legală în acest sens.

Conform dispozițiilor art. 182 din Legea 98/2016 și art. 48 din HG 395/2016.... a prezentat în cadrul ofertei Angajamentul ferm dat de terțul susținător ...privind susținerea acordată.

Prin răspunsul ... nr. 351/27.03.2020 la solicitarea de clarificări nr. 7016/23.03.2020 (clarificare nr. 2), a explicat autorității contractante poziția operatorului ...în cadrul procedurii, în sensul celor de mai sus.

În plus, pentru a veni în întâmpinarea cerințelor autorității, ... a confirmat prin răspunsul nr. 389/03.04.2020 la solicitarea de clarificări nr. 7756/02.04.2020 faptul că ...S.R.L va deveni subcontractant.

De asemenea, prin răspunsul Strabag nr. 418/14.04.2020, la solicitarea de clarificări nr. 8519/13.04.2020,aceasta a prezentat modul efectiv prin care ... asigură îndeplinirea Angajamentului de susținere (experiență similară, resurse de personal, tehnologie și IT, resurse financiare), demonstrând că acesta dispune de resursele umane, tehnice și financiare necesare care pot fi oricând alocate executării contractului, conform prevederilor art. 182 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă, în urma unei evaluări riguroase a ofertei ... a considerat în mod corect și legal că cerința de calificare privind experiența similară pe proiectare este îndeplinită, prin

luarea în considerare a experienței declarate de cei doi terți susținători, ... și ...SRL, susținerile contestatoarei Diferit neavând niciun suport juridic.

Mai mult decât atât, corectitudinea și seriozitatea evaluării de către autoritatea contractantă a ofertei depuse de ...a fost confirmată inclusiv de ANAP prin Avizul Conform Necon condiționat nr. 14948/652/CN1018721/AC/21.04.2020 privind îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți (DUAE).

De asemenea, intervenenta susține că motivul referitor la răspunsul său pretins neconcludent, la solicitarea de clarificări nr. 13434/17.06.2020 este neîntemeiat.

Conform adresei nr. 13434 /17.06.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat ... clarificări privind justificarea costurilor/valorilor pentru anumite tipuri de lucrări, care prezentau diferențe semnificative față de cele din DALI.

... a răspuns la această solicitare prin răspunsul nr. 740/22.06.2020, prin care a prezentat autorității justificarea și modul de fundamentare al acestor costuri, depunând în acest sens un număr semnificativ de documente constând în oferte de preț de la furnizori, analize interne de preț referitoare la materiale, manoperă, utilaje și transporturi, prezentarea devizelor ofertă. Prin urmare, ... a răspuns concludent și punctual solicitărilor provenite de la autoritatea contractantă.

Contestatoarea Diferit înțelege eronat faptul că ofertantului ... i s-a solicitat, prin această solicitare de clarificare nr. 13434 /17.06.2020, documente justificative pentru întregul proiect, în condițiile în care din cuprinsul solicitării de clarificare nr. 13434/17.06.2020, autoritatea contractantă face referire strict la anumite poziții, menționând expres: "pentru toate aceste poziții se solicită, prin clarificare, prezentarea justificării și a modului de calcul care a determinat valoarea/tip de lucrare".

Ulterior, prin solicitarea de clarificări nr. 14.300/26.06.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat ... documente justificative/ liste de cantități pentru întreg proiectul, în vederea analizării unitare a prețurilor oferite.

La această solicitare, ... a răspuns prin adresa nr. 765/29.06.2020, prin care a prezentat fundamentarea economică a prețului ofertat, prin prezentarea devizelor ofertă (formularele F1,F2, F3, precum și extrasele de resurse C6,C7, C8 și C9), referitor la întreaga lucrare, depunând un număr semnificativ de documente justificative, respectiv oferte de preț provenite de la furnizori sau transportatori, precum și analize interne de preț, însoțite de un calcul detaliat care demonstrează modul de formare a prețului ofertat.

Faptul că autoritatea contractantă a înțeles să analizeze cu maximă rigoare oferta financiară a ... și să îi solicite clarificări privind fundamentarea prețului nu poate fi considerat în niciun caz că i s-ar fi creat vreun avantaj, așa cum susține contestatoarea.

Dreptul, dar și obligația autorității de a solicita clarificări, este prevăzut de art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, art. 134 alin (1) din HG 395/2016 prevede:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

Prin urmare, demersul autorității de a-i solicita clarificări ... cu privire la justificarea/argumentarea costurilor este perfect legal și respectă întrutotul dispozițiile legale mai sus-menționate. Nu s-a creat intervenientei niciun avantaj incorect față de ceilalți ofertanți prin faptul că i s-au solicitat aceste clarificări, ci dimpotrivă, solicitarea de clarificări a autorității demonstrează că aceasta a efectuat o analiză și verificare fundamentată și riguroasă a ofertei ... asigurându-se de posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Mai mult decât atât, corectitudinea și seriozitatea evaluării de către autoritatea contractantă a ofertei depuse de ... a fost confirmată de ANAP prin Avizul Conform Necondiționat nr. 14948/747/CN1018721 /AC/13.07.2020, privind evaluarea propunerilor financiare și a conformității acestora.

Intervenienta invocă de asemenea că motivul referitor la verificatorul de proiect este neîntemeiat.

Conform caietului de sarcini (pct. 5), ofertantul câștigător va prezenta beneficiarului cel puțin 3 oferte pentru serviciile de verificare proiect tehnic, iar beneficiarul va selecta unul.

Prin urmare, verificatorul de proiect urmează a fi selectat în urma finalizării procedurii de achiziție prin decizia beneficiarului, de unde rezultă faptul că ofertantul nu are obligația și nici posibilitatea declarării unui verificator ca și subcontractant în cadrul ofertei, acesta nefiind cunoscut încă. Ofertantul câștigător are doar obligația de a prezenta 3 verificatori de proiecte, din care Beneficiarul va selecta unul.

În cadrul ofertei, ... a prezentat 3 verificatori de proiecte (dl. ..., pentru care a depus Declarațiile de disponibilitate date de aceștia, însoțite de Certificatele de atestare tehnico-profesională, emise de Ministerul Transporturilor, Construcțiilor și Turismului, care atestă calitatea acestora de verificator de proiecte în domeniul Construcții rutiere, Drumuri pentru cerințele A4 (rezistență și stabilitate), B2 (siguranța în exploatare) și D (igiena, sănătatea oamenilor, protecția mediului).

De asemenea, prin răspunsul ... nr. 498/05.05.2020 la solicitarea de clarificare nr. 9769/30.04.2020, aceasta a menționat că verificatorul de proiect declarat, dl. ..., va fi disponibil, conform documentului Declarație de disponibilitate depus în ofertă, urmând ca asigurarea serviciilor să se facă în baza unui contract de prestări servicii, în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare, precum și în cazul în care acesta va fi selectat de către autoritatea contractantă, așa cum este specificat în cadrul caietului de sarcini.

În subsidiar, ...a precizat că dl. ... își desfășoară activitatea în conformitate cu prevederile HG nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor,

expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, respectiv ca administrator și angajat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică (... SRL).

De asemenea, a arătat că în aceeași modalitate ar urma să fie asigurată verificarea proiectului de către oricare dintre ceilalți doi specialiști propuși, respectiv dna. ... (care își desfășoară activitatea ca PFA) și dl. ... (care își desfășoară activitatea ca administrator și angajat al companiei ... SRL).

Disponibilitatea acestor specialiști a fost demonstrată de către ...ofertant prin Declarațiile de disponibilitate depuse în cadrul ofertei, iar, în funcție de opțiunea exprimată de UAT Județul Arad, oricare dintre persoanele nominalizate poate încheia un contract de prestări servicii de verificare a proiectului.

Prin urmare, cerința din caietul de sarcini privind verificatorul de proiect a fost îndeplinită de ..., iar critica contestatoarei referitoare la lipsa declarării verificatorului de proiect ca și subcontractant este lipsită de orice fundament și este în totală contradicție cu cerințele caietului de sarcini.

În ceea ce privește criticile referitoare la lipsa declarării ca subcontractant a inginerului de electrice, geologului, topografului, verificatorului Af sunt neîntemeiate, fiind simple speculații lipsite de orice fundament.

Contestatoarea Diferit pretinde într-un mod total eronat și lipsit de orice fundament că ar fi trebuit ca în ofertă să fie declarați ca subcontractanți inginerul de electrice, geologul, topograful, verificatorul Af, expertul tehnic poduri.

Or, nu există asemenea cerințe în cadrul documentației de atribuire.

În cadrul procedurii de atribuire, ... SRL a declarat un subcontractor pentru serviciile de proiectare, anume SC ... SRL, precum și un terț susținător SC ... SRL, care îndeplinesc toate cerințele documentației de atribuire a procedurii postată pe SEAP.

Subcontractantul SC ... SRL a cuprins în cadrul sumei destinate serviciilor de proiectare, toate costurile de realizare în condiții excepționale a documentației de proiectare, cu respectarea întocmai a cerințelor autorității contractante atât în cadrul propunerii tehnice, financiare cât și capitolului destinat calificării (DUAE).

Contrar susținerilor nefondate ale contestatoarei, nu este prevăzut niciunde în cadrul documentației de atribuire necesitatea declarării în mod expres ca și subcontractant pe partea de proiectare a unui inginer specializat în lucrări electrice, expert poduri, geolog, topograf, verificator Af.

În cadrul caietului de sarcini (pag. 7) s-a prevăzut că ofertanții își vor include în prețul ofertei și valoarea documentațiilor de specialitate necesare în vederea obținerii avizelor favorabile și că la elaborarea documentației tehnice trebuie să se țină seama de prevederile tuturor avizelor solicitate prin certificatul de urbanism, fără a se solicita depunerea unui atestat specific în niciun document din documentația de atribuire (fișa de date, anunț de participare, caiet de sarcini).

Toate aceste costuri referitoare la întocmirea documentației pentru relocare/protecție rețele, întocmire expertiză tehnică pod, lucrări topografice, cercetări teren de fundare, precum și toate verificările documentației de proiectare au fost cuprinse de către proiectantul ... în cadrul ofertei financiare depuse.

Nu este specificat niciunde în cadrul documentației de atribuire faptul că proiectantul trebuie să dețină ca și angajat în cadrul societății respective un inginer specializat în lucrări electrice, un expert poduri, un geolog, topograf, verificador, ori declararea ca și subcontractor a unei societăți sau persoane fizice. Proiectantul SC ... SRL deține diverse contracte de colaborare și oferte de preț pentru toate tipurile de specializări menționate anterior.

În documentația de atribuire autoritatea contractantă trebuie să includă orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, conform art. 20 din HG nr. 395/2016, astfel că nicio ofertă nu poate fi respinsă pentru motive/cerințe care nu se regăsesc în cuprinsul documentației de atribuire.

Având în vedere că în documentația de atribuire nu s-au solicitat cerințe de calificare cu referire în mod expres la partea de rețele electrice proiectare, respectiv expertiza pod, criticile contestatoarei sunt lipsite de temei.

Referitor la critica privind lipsa ofertării lucrărilor de drenare a apei din zona mlăștinoasă, aceasta, în opinia intervenientei este nefondată.

Contestatoarea face o afirmație pur formală, privind lipsa ofertării lucrărilor de drenare a apei din zona mlăștinoasă, fără nicio justificare plauzibilă.

În realitate, lucrările respective au fost ofertate de ..., respectiv aceasta a cuprins costurile aferente lucrărilor de drenare a apei din zona mlăștinoasă, în oferta financiară la capitolul 4.1.1- Lucrări rutiere, astfel cum a indicat autoritatea contractantă prin răspunsul nr. 19 din cadrul răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 5600/05.03.2020.

Mai mult decât atât, ... a prezentat documente justificative de preț care demonstrează modul de fundamentare a prețului ofertat pentru întregul proiect, inclusiv pentru acest tip de lucrare.

În acest sens, în cadrul răspunsului Strabag nr. 765/29.06.2020 (la solicitarea de clarificări nr. 14300/26.06.2020), au fost depuse devizele ofertă (devizele F3), iar în cadrul devizului de „Terasamente” se regăsește stadiul fizic „Zona mlăștinoasă Km 13+400-13+600”.

Prin urmare, și această critică a contestatoarei este total nefondată.

Totodată, intervenienta susține că motivul privind prețul neobișnuit de scăzut pentru serviciile de proiectare este neîntemeiat.

... a justificat oferta financiară pentru serviciile de proiectare prin răspunsul nr. 740/22.06.2020 (la solicitarea de clarificări nr. 1434/17.06.2020) și răspunsul nr. 765/29.06.2020 (la solicitarea de clarificări nr. 14300/26.06.2020), prezentând documente justificative și o analiza internă detaliată de preț, defalcata pe fiecare subcategorie în parte, observandu-se totalul de ore pentru serviciile de proiectare, numărul și tipul de specialiști, precum și tariful orar.

Referitor la critica contestatoarei legată de nivelul de salarizare justificat prin analiza internă a subcontractorului declarat pentru serviciile de proiectare ... intervenienta menționează faptul că aceste costuri reflectă realitatea, ele rezultând din chiar contractele angajaților subcontractorului SC ... SRL depuse în cadrul propunerii tehnice (paginile 117-188), nivelul de salarizare nefiind cenzurat.

În concluzie, propunerea financiară a ... a fost justificată cu documente și a respectat exigențele art. 133 din HG nr. 395/2016.

În urma analizei propunerii financiare, autoritatea a considerat în mod corect și legal că oferta este justificată, nu prezintă elemente de preț aparent neobișnuit de scăzute, se încadrează în valoarea estimată a contractului, și este corelată cu elementele propunerii tehnice.

Prin urmare, în timp ce contestatoarea Diferit se bazează pe simple supoziții, comisia de evaluare a analizat în mod temeinic propunerea financiară a ... însoțită de documente justificative concludente, astfel că în mod corect și legal s-a ajuns la concluzia că oferta financiară este admisibilă și pe deplin corelată cu propunerea tehnică.

Contrar susținerilor contestatoarei, autoritatea și-a îndeplinit în mod legal, temeinic și riguros obligația de a analiza și evalua oferta financiară a ... dând dovadă de diligență sporită, și asigurându-se de posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate cerute.

La finalizarea fiecărei etape de evaluare, Agenția Națională de Achiziții Publice a emis câte un aviz conform necondiționat, care confirmă corectitudinea și legalitatea evaluării de către autoritatea contractantă a ofertelor depuse (Avizul nr. 14948/2135/05.03.2020 privind documentația de atribuire, Avizul nr. 14948/652/CN1018721/AC/21.04.2020 privind evaluarea DUAE, Avizul Conform Necondiționat nr. 14948/854/CN1018721/AC/27.05.2020 privind evaluarea propunerilor tehnice, Avizul Conform Necondiționat nr. 14948/747/CN1018721/AC/13.07.2020 privind evaluarea propunerilor financiare, Avizul Conform Necondiționat nr. 14948/840/ CN1018721/AC/29.07.2020 privind analiza documentelor suport DUAE prezentate de ofertantul câștigător și Raportul procedurii de atribuire).

În concluzie, motivele invocate de contestatoare, în criticarea unei evaluări corecte și legale a autorității contractante, trecute și prin filtrul riguros al ANAP, care a confirmat legalitatea acestei evaluări, sunt pur formale, artificiale și nefondate.

Prin adresa nr. 1386/01.09.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 37109/01.09.2020, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

Contestatoarea susține că potrivit celor invocate de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, dar și de către ... în cererea de intervenție, toți participanții la procedura de atribuire cunoșteau necesitatea deținerii atestatului privind întocmirea documentației aferentă obținerii avizului de la Apele Romane, iar lipsa acestui document ar echivala cu depunerea unei oferte inadmisibile; or, ceea ce omite atât autoritatea, cât și intervenienta este faptul că, nefiind solicitată în mod expres în documentația de atribuire, depunerea respectivului certificat, mai mulți operatori, printre care ..., nu au considerat că este necesară

includerea sa printre documentele ofertelor (în răspunsul nr. 567/21.05.2020 la solicitarea de clarificări ... a menționat că „(...) fără a se solicita depunerea unui atestat specific în niciun document din documentația de atribuire”);

Așa cum rezultă cu evidență din cuprinsul înscrisurilor de la dosarul achiziției, solicitarea similară de clarificări privind existența în ofertă a certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor a fost transmisă inclusiv următorilor participanți la procedura de atribuire: ..., ...SRL;

Așadar, înțelegea contestatoarei dar și a celorlalți participanți la procedura de atribuire, a fost ca, la întocmirea ofertei, să se țină cont de necesitatea realizării documentației de operatori economici specializați, deținători ai certificatului de atestare în discuție, fără a fi obligatorie depunerea odată cu oferta a respectivului înscris.

Arată autoritatea contractantă prin punctul de vedere că, în cadrul ofertei SC ... SRL nu a regăsit certificatul de atestare eliberat de ministerul de resort, sens în care la momentul formulării solicitării de clarificări, oferta nu ar fi fost admisibilă, iar completarea ulterioară a ofertei cu respectivul certificat ar reprezenta o modificare de ofertă inacceptabilă;

Nu aceeași a fost decizia autorității contractante în privința societății interveniente și a Asocierii ... SRL, căora le-a permis completarea ofertei cu certificatul de atestare peste termenul limită de depunere a ofertelor;

Or, prin decizia luată, autoritatea contractantă a încălcat flagrant principiul tratamentului egal, principiu care reprezintă esența normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice și care presupune ca ofertanții să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care îi pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă;

Contrar argumentelor autorității contractante, în aplicarea prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 este irelevantă lipsa din ofertă a mențiunilor privind activitatea ... SRL în cadrul contractului care urmează a fi atribuit, acest aspect fiind reținut definitiv inclusiv prin decizia civilă nr. 815 din 06.07.2020 pronunțată de Curtea de Apel Cluj într-o speță identică, în care mai mulți participanți la procedură au depus certificatul de atestare la solicitarea autorității fără a nominaliza, inițial, operatorul economic responsabil cu întocmirea documentației necesară pentru obținerea avizului de la Apel Romane, concluzia instanței fiind următoarea:

„În ceea ce privește faptul că activitatea de obținere a avizului de gospodărire a apelor putea fi realizată de o entitate ce nu are calitatea de asociat sau subcontractant, curtea reține că acest aspect nu a fost negat. Cu toate acestea, nu poate fi de acord cu afirmația petentei în sensul că singura diferență dintre oferta sa și oferta depusă de alți participanți ar fi faptul că ea a depus certificatul de atestare în etapa jurisdicțională și nu în cadrul procesului de evaluare a ofertelor. Diferența fundamentală este, în realitate, că petenta a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări, în timp ce ceilalți ofertanți amintiți în plângere au înțeles să se conformeze solicitării autorității contractante”.

Drept urmare, contrar celor susținute de autoritate, depunerea ulterioară a certificatului de atestare emisă de Ministerul Apelor și Pădurilor face dovada deplină a faptului că SC ... SRL are capacitatea de a realiza obiectul contractului de achiziție publică, fără ca prin aceasta să se interpreteze că a procedat la modificarea propunerii tehnice, în condițiile în care, în cadrul costurilor privind obținerea avizelor a fost inclusă și valoarea de 4.200 lei fără TVA, conform ofertei ... SRL.

Nici argumentele autorității și ale intervenientei privitoare la depozitarea excedentului de excavație nu pot fi primite la soluționarea contestației, dat fiind că SC ... SRL a arătat autorității că excesul din excavație va fi transportat și depozitat la baza societății din ARAD, strada Mărului (menționată la pag. 322 din propunerea tehnică), cu respectarea răspunsului consolidat - răspuns nr.1 din adresa 5600 din 05.03.2020.

Cu toate acestea, deși pentru baza din Arad SC ... SRL deține autorizație de mediu, publica inclusiv pe site-ul instituției emitente, autoritatea contractantă, cu încălcarea principiului tratamentului egal, consideră răspunsul societății neconcludent; aceasta deoarece, nu aceeași decizie a luat autoritatea contractantă în privința ... SRL care, primind aceeași solicitare din partea comisiei de evaluare, a transmis următorul răspuns considerat concludent de aceasta potrivit informațiilor din procesul verbal nr. 10.875/15.05.2020:

„În conformitate cu propunerea tehnică vol. 1. pag. 11, pag. 250-251, 273-274 (în cadrul Planului calității) referitor la excesul de excavație: vom transporta pământul rezultat din săpături la groapă, gropi de împrumut, locuri de depozitare, depozite de pământ, stații de sortare/spălare, amplasate cu specific de depozit de pământ sau alte amplasamente special amenajate, cu respectarea legislației în vigoare...”

Astfel, deși ...SRL nu a indicat prin răspunsul la solicitarea de clarificări unde va fi depozitat excesul de excavație, comisia de evaluare a considerat răspunsul concludent; în schimb, deși SC ... SRL deține autorizație de mediu pentru a putea depozita excesul de excavație la sediul din Arad, autoritatea contractantă nu a considerat răspunsul concludent, dar nici nu a întreprins demersuri pentru a stabili capacitatea societății de a depozita excedentul la respectivul sediu;

Contrar susținerilor autorității și ale societății interveniente, decizia autorității constrastate este afectată de un formalism excesiv, în condițiile în care putea lămuri situația legalei depozitări a excesului de excavație printr-o simplă solicitare de clarificări în sensul prezentării autorizației de mediu, deși aceasta se regăsește publicată pe site-ul emitentului, solicitare care avea exclusiv rolul de clarificare, fără a se putea reține că prin aceasta, comisia ar fi creat un avantaj necorespunzător.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 36797/31.08.2020, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

Contestatoarea menționează faptul că atât intervenienta cât și autoritatea contractantă confirmă faptul că pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară SC ... SRL a apelat atât la resursele terțului ... (care a fost declarat subcontractant) cât și la resursele terțului susținător ...SRL (care nu a fost nominalizat în calitate de subcontractant).

În cererea de intervenție formulată, ofertantul declarat câștigător susține că legislația în vigoare nu impune declararea terțului susținător ca și subcontractant. În acest sens, intervenienta face trimitere la dispozițiile art. 48 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 care reglementează în mod expres ipoteza în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

Autoritatea contractantă în schimb, argumentează admisibilitatea ofertei în această privință făcând trimitere la răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări nr. 389/3.04.2020 în care acesta s-a angajat ca, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, SC ... SRL va fi declarat subcontractant.

Niciunul dintre contraargumentele prezentate mai sus nu este valid nefiind așadar de natură să combată critica contestatoarei.

În primul rand, este real faptul ca legea nu impune declararea oricărui tert sustinator in calitate de subcontractant Astfel, in cazul tertului sustinator pe capacitate economica si financiara de pilda, o astfel de obligație nu rezulta din dispozițiile legale.

În schimb, în cazul terțului susținător pe experiența similară, o astfel de obligație există și ea incumbă din dispozițiile art. 182 alin.(2) din Legea nr. 98/2016 care prevăd că în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

Așadar, în cazul terților care aduc susținere pe cerințe de capacitate tehnică privind calificarea profesională sau experiența similară legea impune ca terțul să execute efectiv lucrările pentru care se aduc respectivele calificări. Or, cum poate terțul să execute parte din lucrare altfel decât prin nominalizarea sa în calitate de subcontractant. Este exact ipoteza avută în vedere în decizia în care Consiliul a apreciat în mod tranșant faptul că dacă terțul susținător pe experiența similară nu este nominalizat ca subcontractant, resursele sale nu pot fi luate în considerare.

Dispozițiile art. 48 din HG nr. 395/2016 citate de intervenienta se referă la instituția terțului susținător în general, adică inclusiv la terții susținători care nu sunt vizați de dispozițiile art. 182 alin.(2) din Legea nr. 98/2016.

Cât privește pretinsa nominalizare ca subcontractant a terțului ...SRL ulterior atribuirii contractului, contestatoarea învederează că aceasta nu este posibilă, raportat la însăși documentele depuse de ...G SRL în ofertă. Astfel, la pagina 769 din propunerea tehnică depusă de ... se regăsește:

10) Angajamentul ofertantului de a nu subcontracta proiectarea și execuția lucrărilor ulterior emiterii dispoziției de începere fără acceptul autorității contractante, către operatori economici care nu au fost nominalizați ca fiind subcontractanți de specialitate în cadrul ofertei în alte condiții decât cele prevăzute la art. 219 din Legea nr.98/2016, coroborate cu cele ale art.151 din Anexa la HG nr 385/2016.

Or, atât timp cât ofertantul s-a angajat să nu subcontracteze părți din lucrare către alte entități decât subantreprenorii deja nominalizați,

răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 389/3.04.2020 nu putea fi luat în considerare întrucât acesta reprezintă o veritabilă modificare a propunerii tehnice care se impunea a fi sancționată cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Concluzionând, dat fiind faptul că resursele terțului susținător ...SRL nu pot fi luate în calcul la aprecierea cerinței de calificare privind experiența similară, ofertantul ... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii acestei cerințe.

Distinct de cerința privind experiența similară, contestatoarea învederează că în speță, ofertantul declarat câștigător, a apelat la resursele terțului susținător ... SRL și pentru îndeplinirea cerinței privind elaborarea documentației de obținere a avizului de gospodărire a apelor, deși aceasta nu era o cerință de capacitate tehnică care să poată fi îndeplinită prin terț susținător.

În acest sens, prin procesul verbal de evaluare nr. 11283/20.05.2020 comisia de evaluare a sesizat următoarele:

Comisia de evaluare a sesizat că este necesară îndreptarea unei omisiuni față de conținutul procesului verbal nr. 10.875/15 05.2020. Având în vedere că acesta a fost transmis către ANAP ca document în baza căruia se finalizează etapa de evaluare tehnică, s-a întocmit și transmis către verificali adresa nr 11.267/20.05.2020. prin care s-a solicitat retragerea acestuia.

Omisiunea de îndreptat constă în evaluarea ofertei depuse de către SC Strabag SRL în ceea ce privește satisfacerea cerinței de realizare a documentației pentru podul de la km 103+833 pentru care nu au fost obținute avize, urmând ca în cadrul proiectului să fie întocmită documentație pentru obținerea avizului Apelor Romane, activitate ce necesită deținerea unui atestat emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizație de gospodărirea apelor.

Se solicită clarificare ofertantului SC ...SRL referitor la deținerea atestatului emis de Ministerul Apelor și Pădurilor. Termen de răspuns: 21.05.2020

Cu privire la modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, în anexa procesului verbal de evaluare se rețin următoarele:

„Ofertantul a răspuns în termen, cu semnătură electronică extinsă, prin adresa nr. 567/21.05.2020, indicând faptul că terțul susținător, SC ...deține atestatul necesar, pe care îl atașează: Certificat de atestare nr. 254/17.12.2018”.

- mai întâi, obligația de deținere a acestui atestat nu este o cerință de capacitate tehnică sau de capacitate economică care să poată fi îndeplinită prin terț susținător conform art. 182 alin.(1) din Legea nr.98/2016;

- pe de alta parte, din anexa aceluiași proces - verbal de evaluare reiese că un alt ofertant, Asocierea ... a fost respins ca neconform pe motiv că a depus acest certificate abia prin răspunsul la solicitarea de clarificări:

„Ofertă neconformă. Prin completarea cu răspunsul referitor la Certificatul Ministerului Apelor și Pădurilor, ofertantul modifică oferta, oferta tehnică este neconformă – HG nr. 395/2016, art. 134, alin. 6”.

Astfel, se constată o încălcare vădită a principiului egalității de tratament în evaluarea acestei cerințe: în vreme ce ... este respins pe motiv că nu a depus certificatul în oferta inițială, ...SRL este apreciat drept conform, deși și acest ofertant a depus atestatul abia în clarificări și, în plus, acesta provine de la un terț susținător și nu de la un asociat sau de la un subcontractant așa cum impun prevederile legale în vigoare.

Cu privire la răspunsul neconcludent al ofertantului declarat câștigător la solicitarea de clarificări nr. 13434/17.06.2020, contestatoarea menționează că deși prin această solicitare de clarificări ofertantului declarat câștigător i s-a solicitat în mod explicit să prezinte *„modul de fundamentare a prețului pe componenta proiectare respectiv execuție”*, comisia de evaluare a constatat că *„în răspunsul SC ...SRL nu se regăsește o fundamentare a valorii, ofertantul prezentând parțial Formularele F și C care au stat la baza determinării valorii de ofertare pentru pozițiile din Anexa 1”*.

Cu toate că a constatat expres caracterul neconcludent al răspunsului la clarificări, autoritatea contractantă, în loc să respingă oferta în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, îi transmite ofertantului o nouă solicitare de clarificări în care să ceară ofertantului să transmită *„completări ale răspunsului transmis la prima solicitare de clarificări”*.

Deși în cuprinsul cererii de intervenție ... SRL susține că această critică ar fi una speculativă, aceasta nu arată în concret cum anume a justificat în primul răspuns la clarificări, modul de fundamentare a prețului pe componenta proiectare.

Cu privire la verificatorii de proiecte, atât autoritatea cât și intervenienta susțin că în caietul de sarcini nu există formulată nicio prevedere care să impună declararea lor ca și subcontractanți sau nominalizarea lor în cuprinsul ofertei.

În conformitate cu caietul de sarcini, pagina 15, verificatorul de proiecte atestat face parte din categoria experților non cheie însă la pagina 16 se prevede că *„Pentru experții non cheie se va prezenta în cadrul ofertei*

tehnice momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).”

Totodată, în conformitate cu art. 5 din *„Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor...”*, aprobat de H.G. nr.742 din 2018, verificatorul de proiecte își poate desfășura activitatea în condițiile legii ca: a) persoană fizică autorizată și b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie;

În speță ofertantul declarat câștigător nu a demonstrat pentru verificatorul de proiecte propus niciuna din cele două forme legale menționate mai sus.

Astfel, deși a nominalizat în cadrul ofertei depuse, 3 verificatori de proiecte, ofertantul nu a nominalizat persoana juridică la care aceștia sunt

angajați, pentru a se putea verifica respectarea dispozițiilor art. 5 din HG 742/2018 citate mai sus. În plus, având în vedere că ... SRL nu a declarat subcontractanți operatorii economici ...T SRL și ... SRL, persoanele fizice din cadrul acestora, nominalizate ca verificatori, nu pot participa în mod legal la îndeplinirea contractului.

Raportat la toate aceste aspecte, contestatoarea consideră că ofertantul declarat câștigător SC ...SRL, nu a demonstrat asigurarea accesului la serviciile experților non cheie (a verificatorilor) în conformitate cu caietul de sarcini și legislația în vigoare prin urmare oferta trebuia declarată neconformă.

Referitor la expertul tehnic pentru lucrările de reparație pod km 103+455 necuprins în ofertă de SC ... SRL, având în vedere că în conformitate cu Legea nr. 10/1995, art. 18, reparația este o lucrare de intervenție care se efectuează în baza unei expertize tehnice întocmite de un expert tehnic atestat, având în vedere cerințele din documentația de atribuire, lipsa acestuia, a descrierii modului de acces respectiv a declarării unui operator economic/subcontractant în condițiile art. 18 din Legea nr. 10/1995, reprezintă o neconformitate majoră care trebuia să ducă la declararea ofertei ca neconformă.

Astfel, în conformitate cu prevederile fișei de date:

"La nivelul propunerii tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului/ resurse și organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați, care sunt strict necesari pentru îndeplinirea obiectului contractului, demonstrând astfel îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale precum și a reglementărilor, standardelor și normelor aplicabile în domeniul din care face parte obiectul contractului"

De asemenea, în caietul de sarcini la pagina 18 se prevăd următoarele:

"Personalul utilizat pentru proiectarea și execuția lucrărilor, organizarea acestuia, precum și principalele echipamente utilizate în execuția lucrărilor. Trebuie prezentate cel puțin următoarele informații:

- modalitatea de asigurare a specialiștilor cheie pentru proiectarea și execuția lucrărilor. Structura echipei propuse trebuie să fie în număr suficient și să acopere necesarul de personal cu pregătire și calificare corespunzătoare în concordanță cu activitățile și scopul contractului și să îndeplinească toate cerințele solicitate de legislația în vigoare. În propunerea tehnică, ofertanții vor prezenta momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective)."

Astfel, în speță, descrierea modului de acces la specialiștii atestați trebuia să includă: atât nominalizarea experților cheie/non cheie strict necesari pentru îndeplinirea obiectului contractului, prezentarea documentelor doveditoare (diplome, atestate etc.) cât și declararea

operatorilor economici/subcontractanților (după caz) ori ... SRL nu a înțeles să cuprindă în ofertă toate aceste documente.

Simpla precizare că SC ... SRL a cuprins în cadrul sumei destinate serviciilor de proiectare, toate costurile de realizare în condiții excepționale a documentației de proiectare nu poate fi luată în considerare deoarece aceasta trebuia să fie dovedită și susținută de documentele menționate mai sus.

În plus, așa cum rezultă din răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 4160/18.02.2020 (a se vedea întrebarea nr 10 formulată de un operator economic) necesitatea relocării unor stâlpi de curent electric este confirmată de autoritatea cotractantă ori, în conformitate cu caietul de sarcini pagina 7, aceste lucrări fiind detectate în faza de licitație ar fi trebuit să facă obiectul ofertei depuse, respectiv oferta trebuia să conțină atât costurile alocate cât și operatorul economic, personalul utilizat pentru întocmirea documentațiilor în vederea execuției acestor lucrări de relocare stâlpi, inclusiv modul de asigurare la accesul acestuia.

Pe de altă parte, dacă ... ar fi avut îndoieli vis a vis de necesitatea relocării stâlpilor electrici, acesta, în conformitate cu fișa de date ar fi trebuit să viziteze amplasamentul pentru a se lămurii, cu atât mai mult cu cât operatorilor economici li s-a permis să viziteze amplasamentul împreună cu o persoană desemnată din partea autorității contractante pentru a obține datele necesare pentru elaborarea ofertei prin urmare, în situația unor neclarități vis a vis de aspecte din teren care trebuiau cunoscute în vederea întocmirii ofertei, ofertanții trebuiau să-și însușească acest drept.

Cu privire la prețul neobișnuit de scăzut oferat pentru serviciile de proiectare, contestatoarea învederează faptul că nici autoritatea și nici intervenienta nu aduc niciun contraargument pertinent față de aspectele evocate în contestație, îndeosebi față de analiza de preț care se raportează la un nivel salarial de doar 3000 lei pentru 4 specialiști nominalizați în ofertă, coroborat desigur cu faptul că prețul oferat de ... SRL pentru serviciile de proiectare reprezintă circa 55,66% din valoarea estimată.

Remunerația de 3000 lei/salariat se situează sub nivelul salariului minim pe economie ținând cont de faptul că la această retribuire trebuie adăugate: cota asiguratorie pentru muncă de 2,25%, alte cheltuieli de natură salarială obligatorii conform legislației muncii (Legea nr. 53/2003) -indemnizații aferente zilelor de concediu de odihnă, a zilelor libere legale plătite etc care au fost omise din calcul de către ofertantul declarat castigator.

Astfel, raportat doar la acest element de cost din prețul total aferent proiectării, neconformitatea ofertei depuse de ...SRL este vădită.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 37834/07.09.2020, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin care reiterează solicitarea de respingere ca nefondată a contestației formulate de ... SRL ca neconformă și inacceptabilă, și admiterea cererii de intervenție.

Intervenienta învederează faptul că ofertantul contestator avea obligația de a-și elabora propunerea tehnică cu indicarea modului de

realizare a acestei activități specifice de întocmire a documentației tehnice necesare obținerii avizului din partea Apelor Române, conform cerinței caietului de sarcini (pag. 7), prin persoane specializate deținătoare a Certificatului de atestare solicitat de lege, lucru pe care nu l-a făcut, oferta fiind astfel neconformă.

Faptul că ulterior, după data limită de depunere a ofertelor, ofertantul contestator a înțeles să-și completeze/ modifice oferta, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, cu indicarea pentru prima dată a unui prestator/colaborator, ... SRL, pe care nu îl indicase inițial în ofertă, și depunerea documentelor suplimentare (certificat de atestare) atrage în mod evident inacceptabilitatea ofertei sale, conform art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere că au fost omise din oferta contestatorului informații obligatorii esențiale, solicitate prin cerințele caietului de sarcini, lipsa acestor informații esențiale nu putea fi complinită prin răspunsul la clarificări și completarea ofertei, după expirarea termenului de depunere a ofertelor.

Spre deosebire de ofertantul contestator ..., care nu a prevăzut deloc în oferta lor modul de îndeplinire a acestei activități privind elaborarea documentației pentru obținerea avizului de gospodărire a apei și nici prestatorul autorizat care va îndeplini această activitate, ci a indicat acest lucru pentru prima dată în răspunsul la clarificări, prin introducerea unui colaborator care nu a existat în oferta inițială, completându-și astfel în mod nepermis oferta, intervenienta menționează că a prevăzut în propunerea tehnică realizarea acestei documentații și cine o va realiza, respectiv Rionvil- terț susținător și subcontractant, iar ulterior, la solicitarea autorității, a depus dovada atestării acestuia.

Prin urmare, situația nu e similară și nu se poate vorbi de încălcarea principiului egalității de tratament sau de un formalism exagerat al autorității contractante, cum susține în mod neîntemeiat contestatoarea.

Prin urmare, decizia autorității contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta ..., în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, este corectă și legală.

În ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei Sylc Con Trans, în mod corect și legal autoritatea a constatat că ofertantul contestator nu a respectat cerințele caietului de sarcini privind depozitarea excesului de excavație (pag. 12) și răspunsul consolidat nr. 5600/05.03.2020 al autorității contractante la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire (întrebarea nr. I), nefăcând dovada posibilității legalei depozitări a excesului de excavație.

Prin adresa nr. 37835/07.09.2020, SC ... SRL a formulat concluzii scrise prin care reiterează solicitarea privind respingerea ca nefondată a contestației formulate de ...SRL și admiterea cererii de intervenție.

Intervenienta arată că susținerile contestatoarei ... în sensul că experiența similară adusă de terțul susținător ... SRL nu poate fi luată în considerare, întrucât acesta nu ar fi fost declarat și subcontractant, sunt total neîntemeiate și încalcă flagrant dispozițiile legale aplicabile, invocând în acest sens prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

De asemenea, intervenienta susține că în conformitate cu dispozițiile art. 182 din Legea 98/2016 și art. 48 din HG nr. 395/2016, a prezentat în cadrul ofertei Angajamentul ferm dat de terțul susținător ... privind susținerea acordată (pag 032 din ofertă), în cadrul căruia se prevede că în cazul în care ofertantul ar întâmpina dificultăți în executarea contractului, terțul susținător va îndeplini efectiv serviciile în legătură cu care a acordat calificările în cadrul procedurii de atribuire.

De asemenea, prin răspunsul ... nr. 418/14.04.2020, la solicitarea de clarificări nr. 8519/13.04.2020, aceasta a prezentat modul efectiv prin care ... asigură îndeplinirea Angajamentului de susținere (experiență similară, resurse de personal, tehnologie și IT, resurse financiare), demonstrând că acesta dispune de resursele umane, tehnice și financiare necesare care pot fi oricând alocate executării contractului, prin prezentarea documentelor din partea terțului ..., constând în informații cu privire la capacitatea tehnică și profesională, conform prevederilor art. 182 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016.

Contrar susținerilor contestatoarei ..., legislația în vigoare nu impune declararea terțului susținător și ca subcontractant. Dimpotrivă, art. 48 din HG nr. 395/2016 prevede expres ipoteza în care *„terțul susținător nu este declarat subcontractant”*.

Nu există nicio dispoziție legală care să impună obligația de a declara terțul susținător ca și subcontractant. El poate acționa ca un real subcontractant, prin efectul legii, prin faptul că își asumă angajamentul ca în cazul care ofertantul ar întâmpina dificultăți în executarea contractului, terțul susținător va îndeplini efectiv serviciile în legătura cu care a acordat calificările în cadrul procedurii de atribuire, dar fără ca aceasta să presupună declararea sa în mod formal în această calitate, atât timp cât nu există nicio obligație legală în acest sens.

Distincția forțată pe care contestatoarea o face între terțul susținător pe cerințe de capacitate tehnică privind calificarea profesională sau experiența similară și alți terți susținători, susținând că „dispozițiile art. 48 din HG nr. 395/2016 se referă la instituția terțului în general, adică inclusiv la terții care nu sunt vizați de dispozițiile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016” este un argument total artificial și lipsit de fundament legal.

Art. 48 din HG nr. 395/2016 prevede în mod expres ipoteza *„în cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți (...)”*, prin urmare argumentele contestatoarei că acest text de lege nu s-ar referi la terțul susținător pe capacitate tehnică și profesională sunt superflue.

Nu există nicio distincție în acest text de lege sau în art. 182 din Legea nr. 98/2016 între terțul susținător pe capacitate tehnică privind calificarea profesională sau experiența similară și alți terți, în sensul că pentru prima categorie, aceștia trebuie declarați subcontractanți, așa cum susține în mod nefondat contestatoarea.

Totodată, pentru a veni în întâmpinarea cerințelor autorității, ... a confirmat prin răspunsul nr. 389/03.04.2020 la solicitarea de clarificări nr. 7756/02.04.2020 faptul ca Rionvil S.R.L va deveni subcontractant.

Totodată ... și-a demonstrat capacitățile tehnice și profesionale, precum și faptul că nu se regăsește în situații de excludere, conform DUAЕ și documente suport depuse în baza adresei 861/23.07.2020.

Susținerile contestatoarei în sensul că acest răspuns de clarificare nu ar trebui luat în considerare, întrucât ... a depus un angajament de a nu subcontracta execuția lucrărilor ulterior emiterii dispoziției de începere lucrări, fără acceptul autorității contractante, către operatori economici care nu au fost nominalizați ca fiind subcontractanți de specialitate în cadrul ofertei, în alte condiții decât cele prevăzute la art. 219 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 151 din Anexa la H.G. nr. 395/2016, sunt lipsite de temei.

În primul rând, prin răspunsul de clarificare antemenționat intervenienta l-a nominalizat pe Rionvil că va deveni subcontractant. În al doilea rând, nominalizarea subcontractanților ulterior începerii executării contractului este posibilă în condițiile art. 219 din Legea nr. 98/2016.

Prin concluziile scrise depuse la data de 31 august 2020, contestatoarea ... invocă un motiv nou de contestație, privind neîndeplinirea cerinței referitoare la atestatul emis de Ministerul Apelor și Pădurilor, care nu a fost invocat prin contestație.

Or, formularea unor motive noi de contestare, pe calea concluziilor scrise, ulterior termenului legal de contestare este inadmisibilă. În conformitate cu art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În cadrul cerințelor din caietul de sarcini, pagina 7 s-a specificat faptul că la elaborarea documentației tehnice trebuie să se țină seama de prevederile tuturor avizelor solicitate prin certificatul de urbanism, fără a se solicita depunerea unui atestat specific, în niciun document din documentația de atribuire (fișa de date, anunț de participare, caiet de sarcini).

Această cerință cu privire la aceste certificări este îndeplinită în cadrul ofertei Strabag, fiind tratată în cadrul documentației tehnice de proiectare depuse la pagina 97:

La elaborarea documentației tehnice se va ține seama de prevederile tuturor avizelor solicitate prin certificatul de urbanism, de asemenea se va obține acordul de la ISC, se vor întocmi documentațiile/proiectele pe specialități și se vor obține avizele favorabile, unde este cazul, se va întocmi documentația aferentă pentru A.N. APELE ROMÂNE-A.B.A. MUREȘ printr-un prestator autorizat și se va obține NOTIFICAREA pentru execuția lucrării, se va întocmi DTAC - ul.

Intervenienta a nominalizat, în cadrul ofertei, ca prestator pentru elaborarea documentației aferente în vederea obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor de la AN Apele Române, pe S.C... SRL, care era și terț susținător pe proiectare și subcontractant. Calitatea de subcontractant a ... a fost declarată de către ofertant ... prin răspunsul de clarificare nr. 389/03.04.2020.

Urmare a solicitării de clarificări a autorității nr. 11285/20.05.2020, prin răspunsul Strabag nr. 567/21.05.2020, spre a veni în întâmpinarea cerinței autorității contractante, intervenienta a anexat Certificatul de atestare nr. 254/2018 privind elaborarea documentațiilor în vederea obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor, deținută de

partenerul ... SRL, care are și calitatea de terț susținător și subcontractant.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei în sensul că ... a depus certificatul de atestare abia în răspunsul la solicitarea de clarificări și că alți ofertanți ar fi fost excluși pe acest motiv, acestea sunt pure speculații.

Spre deosebire de alți ofertanți (....s) care nu au prevăzut deloc în oferta lor modul de îndeplinire a acestei activități privind elaborarea documentației pentru obținerea avizului de gospodărire a apei și nici prestatorul autorizat care va îndeplini această activitate și au indicat acest lucru pentru prima dată în răspunsul la clarificări, completându-și astfel în mod nepermis oferta, intervenienta a prevăzut în propunerea tehnică realizarea acestei documentații și cine o va realiza, respectiv ... iar ulterior, la solicitarea autorității, a depus dovada atestării acestuia.

Prin urmare, situația nu e similară și nu se poate vorbi de încălcarea principiului egalității de tratament. Oricum, contestatoarea ...nici nu are interes să invoce o astfel de critică, în condițiile în care ofertanta Diferit nu a fost afectată, vătămată de o astfel de pretinsă încălcare a egalității de tratament, ci aceasta se referă la alți ofertanți.

Referitor la critica contestatoarei din cadrul concluziilor scrise, conform cărora ... *"nu arată în concret cum anume a justificat în primul răspuns la clarificări modul de fundamentare a prețului pe componenta proiectare"*, speculația contestatoarei este eronată deoarece în cadrul răspunsului de clarificare ... nr. 740/22.06.2020 (primul răspuns la clarificări al evaluării financiare) este detaliată fundamentarea prețului ofertat pentru componenta proiectare printr-o analiză de preț internă.

Astfel, nu i s-a creat intervenientei niciun avantaj incorect față de ceilalți ofertanți prin faptul că i s-au solicitat aceste clarificări, ci dimpotrivă, solicitarea de clarificări a autorității demonstrează că aceasta a efectuat o analiză și verificare fundamentată și riguroasă a ofertei, asigurându-se de posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

În ceea ce privește expertul tehnic pentru poduri, nu este specificat niciunde în cadrul documentației de atribuire faptul că proiectantul trebuie să dețină ca și angajat în cadrul societății respective un inginer expert poduri, ori declararea ca și subcontractor a unei societăți sau persoane fizice. Proiectantul SC ... SRL deține diverse contracte de colaborare și oferte de preț pentru toate tipurile de specializări menționate anterior.

În documentația de atribuire autoritatea contractantă trebuie să includă orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, conform art. 20 din HG nr. 395/2016, astfel că nicio ofertă nu poate fi respinsă pentru motive/cerințe care nu se regăsesc în cuprinsul documentației de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție: «Modernizare DJ 572 km 102+500-128+519 Limită jud. Timiș - Lipova»”. În acest sens a elaborat documentația de

atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 44.167.262,18 lei.

În cadrul procedurii de atribuire, potrivit raportului procedurii nr. 17.410/31.07.2020, au fost depuse 6 oferte, în urma evaluării lor, oferta contestatoarei SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, cea a contestatoarei SC ... SRL s-a clasat pe locul al doilea, câștigătoare fiind oferta de SC ... SRL.

Împotriva acestui rezultat, au formulat contestații SC ... SRL și SC ... SRL, după depunerea acestora, SC ... SRL depunând două cereri de intervenție, solicitând respingerea contestațiilor.

După depunerea contestațiilor, contestatoarele au depus dovada constituirii cauțiunilor, după cum urmează:

- SC ... SRL a depus cauțiunea în valoare de 880.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 206431043/1/10.00.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala ARAD;

- SC ... SRL a depus cauțiunea în valoare de 880.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 206439342/1/12.08.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Cluj.

Cauțiunile constituite se vor restitui contestatoarelor, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

În ceea ce privește cererile de intervenție formulate de SC ...SRL, având în vedere că respectiva societate este declarată câștigătoare a procedurii, fiind interesată în menținerea actelor autorității contractante în forma emisă, Consiliul reține că aceasta are interes în prezenta cauză. Drept urmare, în temeiul art. 63 și 64 din codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererile de intervenție formulată de SC ... SRL, ca intervenție în favoarea autorității contractante.

Pe fondul contestației formulate de SC ... SRL, Consiliul reține că această societate a fost respinsă ca neconformă, pentru următoarele motive menționate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii:

- „Comisia de evaluare indică pag. 7 din caietul de sarcini unde se precizează că se va întocmi documentația aferentă pentru AN Apele Române - ABA Mureș printr-un prestator autorizat, constată că firma ... SRL nu a fost menționată prin oferta tehnică depusă de asociere, nici nu s-a indicat prin ofertă modul de realizare al acestei activități. Prin completarea cu răspunsul analizat, ofertantul modifică oferta. Pe cale de consecință, oferta este respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor HG nr. 395/2016, art. 134, alin. 6."

- „Prin răspunsul la soluția de depozitare a excedentului de excavație, ofertantul nu respectă cerințele documentației, respectiv ale caietului de sarcini, completate cu răspunsul consolidat - cerința neîndeplinită - oferta este neconformă în temeiul art. 137 alin. 3 lit. a) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare."

Pentru a stabili acest rezultat, Consiliul reține că anterior, autoritatea contractantă i-a solicitat ofertantei clarificări, prin adresa nr. 10302/11.05.2020, după cum urmează:

-făcând referire la prevederile caietului de sarcini unde a fost prevăzută existența la km 103+833 a unui pod, pentru care nu au fost obținute avize, comisia de evaluare i-a solicitat **să precizeze unde anume în cadrul ofertei se regăsește certificatul de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentațiilor necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor valabil.**

Totodată, prin adresele nr. 9770/30.04.2020 și nr. 10302/11.05.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat să precizeze unde sau ce se face cu depozitarea excesului de excavație, conform cerințelor caietului de sarcini, în considerarea faptului că CJ Arad nu deține teren în acest sens și nici nu indică unde se va realiza această depozitare/sortare, după caz.

Pentru a răspunde solicitării de clarificări din partea comisiei de evaluare, Asocierea ... a transmis adresele nr. 607/05.05.2020 și nr. 640/12.05.2020, prin care a arătat următoarele:

- referitor la Certificatul de atestare eliberat de Ministerul Apelor și Pădurilor, dat fiind că, în cadrul documentației de atribuire, nu există o cerință concretă de depunere a acestui înscris, contestatoarea nu a considerat a fi necesară depunerea atestatului în această fază; în același sens, a precizat că activitatea privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Romane va fi realizată de către ... SRL, prestator atestat deținător al atestatului ANAR nr. 319 din 25 iunie 2019, anexat răspunsului la solicitarea de clarificări. În cadrul costurilor privind obținerea avizelor a fost inclusă și valoarea de 4200 lei fără TVA, conform ofertei ... SRL, anexată răspunsului la solicitarea de clarificări;

- cât privește excesul de excavație, prin cele două răspunsuri la solicitarea de clarificări, contestatoarea a arătat comisiei de evaluare că acesta va fi transportat și depozitat la baza societății sale din Arad, strada Mărului, cu respectarea răspunsului consolidat al autorității contractante - răspuns nr. 1 din adresa 5600 din 05.03.2020. De asemenea, contestatoarea a indicat că în cadrul propunerii financiare, a luat în calcul distanța pentru transportul excesului/molozului la 66 km, până la baza mai sus menționată.

În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei, Consiliul reține că potrivit prevederilor din caietul de sarcini invocate de contestatoare, *„Proiectul tehnic și devizul general se vor întocmi conform HG 907/2016. Ofertanții își vor include în prețul ofertei și valoarea documentațiilor de specialitate necesare în vedere obținerii avizelor favorabile.*

La elaborarea documentațiilor tehnice, se va ține seama de prevederile tuturor avizelor solicitate în certificatul de urbanism, de asemenea, se va obține acordul de la ISC, se vor întocmi documentațiile/proiectele pe specialități și se vor obține avizele favorabile, unde este cazul, se va întocmi documentația aferentă pentru Apele Române-ABA Mureș, printr-un prestator autorizat...”

Consiliul reține că documentația de atribuire, astfel cum este ea elaborată, nu prevede obligația depunerii Certificatului de atestare eliberat de Ministerul Apelor și Pădurilor, nominalizarea unui operator în cadrul

ofertei, în calitate de subcontractant, prestator, terț sau în orice modalitate, ci prevede o astfel de obligație în etapa realizării **documentațiilor tehnice**, termen care nu echivalează cu propunerea tehnică, ci cu documentele întocmite de proiectant: proiectele și documentațiile întocmite pentru obținerea avizelor și autorizației, proiectele tehnice, detaliile de execuție, caietele de sarcini pe specialități, respectiv piesele scrise și piesele desenate, astfel cum sunt acestea enumerate și definite în Hotărârea Guvernului României nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Prevederea respectivă nu este cerință de calificare, nefiind prevăzută, potrivit principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare, ci reprezintă specificație tehnică de urmărit în etapa prestării serviciilor de elaborare documentații avize sau proiecte. Pe de altă parte, documentația precizează că aceste servicii vor fi antamate acolo unde este cazul, deci nu este necesară nominalizarea acestui operator încă din etapa realizării ofertei, prevederile documentației făcând referire la etapa de realizare a proiectului. Prin urmare, în documentația de atribuire nu există o prevedere expresă care să oblige ofertanții să declare în propunerea tehnică un prestator autorizat, pentru realizarea acestui serviciu, ci prevederea se referă la etapa realizării contractului. De altfel, documentația, așa cum este realizată, este corectă, serviciul despre care se vorbește în adresa de comunicare fiind unul cu pondere redusă ca valoare, de ordinul câtorva mii de lei, or valoarea estimată a procedurii este de aproximativ 10.000.000 euro. Astfel, în conținutul propunerii financiare este menționată, pentru aceste avize, suma de 4200 lei fără TVA, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări, este anexată oferta societății ... De altfel, contestatoarea a prevăzut în propunerea sa financiară valoarea documentațiilor de specialitate necesare în vederea obținerii avizelor favorabile, așa cum se solicită în primul alineat citat, existând, astfel, informații în conținutul ofertei referitoare la prestarea acestui serviciu. În condițiile în care nu există o cerință de calificare în acest sens, contestatoarea nu avea niciun motiv să îl numească pe respectivul operator drept subcontractant, în condițiile în care documentația de atribuire nu impune acest lucru. Pentru toate aceste motive, respingerea ofertei apare ca fiind o măsură excesivă, neproportională.

În acest sens, sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016 :

- art. 154 din, potrivit căruia „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”,

- art. 49. - „Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și **să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.**

- Art. 181. - „**Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare**”.

Consiliul mai reține ca fiind relevante și prevederile art. 30 alin. (6) di Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit cărora „**Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise**”.

În soluționarea acestei critici, Consiliul mai ține seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii acestor avize, raționament invalidat de Curtea de apel:

«(..)petentele au invocat, în cadrul plângerii, încălcarea obligației de transparență în procedurile de achiziție publică în temeiul jurisprudenței CJUE – Hotărârile din cauzele C 278/14, C-6/05, C-27/15, susținând că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante și că este încălcată această obligație dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care sunt prevăzute în anunțul menționat.

În soluționarea plângerii, cu privire la acest principiu dezvoltat din jurisprudența CJUE, instanța s-a limitat doar să arate că „în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței întrucât cerința privind prezentarea agrementelor tehnice AFER pentru lucrările de sudură a căilor de cale ferată rezultată dintr-o interpretare a documentației de atribuire efectuată strict pe baza elementelor prezentate în documentație, ci nu a unor elemente noi invocate de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării și care nu fuseseră aduse la cunoștința ofertanților”.

Dimpotrivă, Curtea observă însă că principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, „autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională”. Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39”).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo anterior menționată, „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 - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 Hotărârea din 6 noiembrie

2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

Mai mult, în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice 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 care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.” (punctul 54).

Situația de fapt din cauză relevă faptul că, prin adresa nr. 11/1/59/23.01.2019, autoritatea contractantă a respins oferta R.... pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3 a), calificări profesionale ale operatorului economic, cerință care ar consta în deținerea agrementului tehnic pentru activitatea de sudură.

Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertanților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviară și lucrări de construcții civile.

Conform aceluiași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, prezentarea documentelor AFER pentru sudură nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curtii din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agrement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuiunile, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A....a aratat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii agrementelor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât română, precum este revizuiunea din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții.”

Consiliul reține că argumentele invocate de Curtea de apel în calea de atac a revizuirii sunt valabile și în speța de față. Astfel, dacă autoritatea

dorea ca operatorul să nominalizeze în conținutul ofertei un operator autorizat de Apele Române și să fie depusă autorizația respectivă, atunci trebuia să solicite acest lucru în documentație. Documentația, așa cum a fost citată, nu prevede nici chiar cu caracter de clauză nescrisă această obligație, ci stabilește doar ca în etapa de realizare a documentațiilor, unde va fi cazul, să solicite un operator autorizat, interpretarea dată de autoritatea contractantă fiind una extensivă, scoasă din contextul documentației și al legislației aferente.

Față de aceste constatări, Consiliul reține că respingerea ofertei pentru acest motiv este excesivă.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv, respectiv unde se depozitează pământul de excavație, Consiliul reține că la pag. 7 din caietul de sarcini se menționează următoarele: *„Referitor la pământul rezultat din excavații, autoritatea contractantă nu poate impune un anumit amplasament pentru depozitarea acestuia. Depozitarea pământului, respectiv alegerea amplasamentului de depozitare, cade în sarcina constructorului. Spre exemplu, deoarece materialul provenit din săpătură are în componența sa o proporție consistentă de balast și piatră, acesta poate fi dus la stații de sortare/spălare și refolosit la diverse activități de construcții, în funcție de specificul fiecărui constructor”.*

Așa cum s-a arătat mai sus, autoritatea a reținut că prin răspunsul la soluția de depozitare a excedentului de excavație, ofertantul nu respectă cerințele documentației de atribuire, unde se impune respectarea legislației de mediu privind depozitarea pământului, cu soluții multiple de depozitare în locuri autorizate, gropi de împrumut etc., dar nu la sediul unei societăți.

Consiliul reține că, din moment ce autoritatea contractantă lasă, potrivit documentației de atribuire, posibilitatea ofertanților de a alege soluția de depozitare, folosire a excedentului de excavație, soluția propusă de contestatoare nu poate fi considerată o neconformitate. Pe de altă parte, contestatoarea învederează că pentru baza societății din Arad, deține Autorizația de mediu nr. 1 din 08.01.2018 printre activitățile care pot fi desfășurate la respectivul sediul fiind și aceea referitoare la colectarea deșeurilor nepericuloase.

Consiliul reține că depozitarea pământului de excavație nu reprezintă o încălcare a legislației mediului, așa cum a susținut autoritatea contractantă. Este clar că societatea contestatoare are în vedere ca în lucrările viitoare să folosească acest pământ, în măsura în care este necesar să realizeze umpluturi. Astfel, aceasta nu poate fi obligată să plătească să îl depună la o stație de sortare, din moment ce orice constructor are, la un moment dat, nevoie de pământ de umplutură, justificarea autorității contractante referitoare la o ipotetică încălcare a legislației mediului neputând fi considerată un motiv pertinent pentru respingerea acestei oferte, Consiliul neidentificând vreun motiv de neconformitate în acest sens.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea raportului procedurii și reevaluarea respectivei oferte.

Pe fondul contestației formulată de SC ... SRL, Consiliul reține această societate critică oferta ...SRL, declarată câștigătoare, considerând că aceasta este inacceptabilă și neconformă.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară pe proiectare, în conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, secțiunea III.3.1. lit.a) - Capacitatea tehnică și profesională, ofertanților li s-a solicitat să demonstreze că în ultimii 3 ani calculați de la data limită de depunere a ofertelor, au prestat și dus la bun sfârșit servicii similare de proiectare (cum ar fi DALI, SF sau PT+DE+CS) în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității în valoare cumulată de minim 921.690,34 lei fără TVA la nivelul a minim unui contract, maxim 5 contracte. Prin servicii similare se înțeleg serviciile de proiectare (cum ar fi DALI, SF sau PT+DE+CS) lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau lucrări de reabilitare de drumuri comunale/ străzi/ bulevarde/județene/ drumuri naționale/expres/autostrăzi.

În conformitate cu cele menționate în procesul verbal nr. 8729/16.04.2020 privind evaluarea DUAE depus de ofertanții participanți la prezenta procedură, rezultă că ... SRL a înțeles să justifice îndeplinirea acestei cerințe minime de calificare apelând la doi terți susținători după cum urmează:

- SC ... SRL (care a fost nominalizat și în calitate de subcontractant), care a nominalizat 4 contracte de servicii de proiectare în valoare totală de 517.500 lei

- SC ...SRL (care nu a fost nominalizat în calitate de subcontractant) care a adus ca experiență servicii de proiectare în valoare totală de 430.000 lei.

Contestatoarea susține că în conformitate cu dispozițiile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pentru a fi luate în considerare resursele aduse de terțul susținător, la calculul experienței similare, acesta trebuie să execute efectiv parte din contract, adică să fie nominalizat în calitate de subcontractant. Contestatoarea arată că inițial, autoritatea a respins oferta SC ...SRL, considerând că se impune declararea terțului susținător SC ...SRL și ca subcontractant, însă în urma Avizului condiționat emis de ANAP, autoritatea contractantă a luat decizia reevaluării ofertei respective, declarând-o câștigătoare. Contestatoarea apreciază că evaluarea inițială realizată de comisia de evaluare asupra acestei chestiuni a fost corectă și oferta se impunea a fi respinsă ca inacceptabilă, singura modalitate în care experiența similară a SC ... SRL putea fi luată în calcul era nominalizarea acestuia ca subcontractant pe proiectare alături de SC ... SRL.

Astfel, Consiliul reține că potrivit art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 [lit. g\)](#) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări”.

Prevederile respective își au originea în dispozițiile articolului 63 alin. (1) din DIRECTIVA 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 26 februarie 2014, privind achizițiile publice, „Utilizarea capacităților altor entități: (1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și **criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4)**, un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la **experiența profesională relevantă**, operatorii economici pot, cu toate acestea, **să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități**. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.

- art. 58 alin. (4) are următorul conținut: „În ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională, autoritățile contractante pot impune cerințe care să asigure faptul că operatorii economici **dețin experiența și resursele umane și tehnice necesare pentru a executa contractul la un standard de calitate corespunzător**.

Autoritățile contractante pot impune, în special, ca operatorii economici să aibă un nivel suficient de experiență demonstrată prin referințe adecvate din cadrul contractelor executate în trecut. O autoritate contractantă poate presupune că un operator economic nu deține capacitățile profesionale necesare în cazul în care autoritatea contractantă a constatat că operatorul economic se află într-o situație de conflict de interese care ar putea afecta în mod negativ executarea contractului.

În cazul procedurilor de achiziții publice de produse care necesită lucrări de amplasare sau instalare, servicii sau lucrări, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa instalațiile sau lucrările poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, eficiența, experiența și fiabilitatea lor”.

Astfel, interpretând textul din legislația românească prin prisma prevederilor art. 63 din Directivă, rezultă că obligația participării la prestarea efectivă a serviciilor/executarea lucrărilor pentru terții susținători ai capacităților referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 [lit. g\)](#) sau la **experiența profesională relevantă, care include și experiența similară**.

Nici legislația europeană și nici legislația românească nu impun, însă, dublarea calității de terț susținător de cea de subcontractant, fiind suficientă una dintre ele, relevant, în acest sens, fiind art. 48 din HG nr. 395/2016, potrivit căruia „(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care

beneficiază prin prezentarea **unui angajament ferm al persoanei respective**, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) **ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.**"

Deci, articolul respectiv stabilește, în mod corect, că subcontractantul este terț susținător pe capacitățile puse la dispoziție prin acordul de subcontractare, iar terțul susținător se implică, efectiv, în prestarea serviciilor/executarea lucrărilor în cazul în care terțul nu va fi declarat și subcontractant, ofertantul fiind obligat să demonstreze că are acces la resursele terțului, în cazul de față, la experiența sa. Așa cum se menționează atât în legislația națională, cât și în directivă, autoritățile pot include în documentație cerințe referitoare la capacitatea tehnică și profesională, respectiv **pot impune cerințe care să asigure faptul că operatorii economici dețin experiența și resursele umane și tehnice necesare pentru a executa contractul la un standard de calitate corespunzător.**

Este cert că experiența similară nu este o resursă transferabilă, ofertanții având acces la aceasta doar în măsura în care terțul pune la dispoziție specialiști și logistică pentru realizarea obiectului contractului. Așa cum sunt redactate textele legale, nu rezultă, în mod expres, vreo obligație a operatorului de a declara terțul și ca subcontractant, în condițiile în care calitatea de terț susținător presupune obligații mai la largi decât cea de subcontractant, ori „qui potest plus, potest minus” (Cine poate mai mult, poate și mai puțin). Implicarea efectivă a terțului susținător se poate realiza și prin delegarea/detașarea de specialiști cu experiență, nefiind necesară existența unui contract de subantrepriză.

În ceea ce privește situația concretă a angajamentului de susținere semnat de SC ... SRL, Consiliul reține că acesta nu respectă dispozițiile de mai sus, nefiind menționată în conținutul său implicarea efectivă a operatorului respectiv, angajamentul fiind dat doar pentru situația în care Strabag eșuează în realizarea contractului, fără a declara implicarea sa efectivă în contract, astfel cum prevede noua legislație.

Consiliul mai reține că deși inițial autoritatea a respins pe ofertant pe acest motiv, în urma avizului conform condiționat nr. 14948/621/CN1018721/AC/10.04.2020, potrivit căruia nu sunt incidente prevederile art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât acest text

face referire la calificări ale operatorului economic și experiența profesională a personalului acestuia. Așa cum s-a arătat mai sus, prevederea din legislația românească citită în lumina directivei arată că implicarea terțului susținător se realizează pentru resursele tehnice netransferabile, respectiv calificările operatorului, ale personalului tehnic, experiența personalului tehnic, dar și experiența operatorului economic. Dacă textul nu s-ar interpreta de asemenea manieră, ar fi lipsită de sens prevederea legală, o simplă declarație de susținere netransformând un operator fără experiență într-unul cu experiență. A pari ratione, art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pune pe picior de egalitate calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 [lit. g\)](#) (calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic) cu experiența profesională relevantă a aceluiași operator, fiind evident că textul se referă și la experiența similară, nu doar la experiența specifică a specialiștilor.

Față de cele constatate, văzând că în angajamentul de susținere nu se face nicio referire la modalitatea efectivă de transfer a resurselor, respectiv delegarea unor specialiști, punerea la dispoziție a logisticii etc, Consiliul reține că luarea în considerare a experienței similare de proiectare, în condițiile în care acesta nu se implică efectiv, este eronată. În aceste condiții, Consiliul reține că ofertanta câștigătoare nu a dovedit experiența similară pentru proiectare, astfel că autoritatea contractantă nici nu trebuia să o respingă pe acest motiv, dar nici nu trebuia să accepte opinia verficatorilor, ci trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 183 din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă **verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea** sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la [art. 164](#), [165](#) și [167](#).

(2) **Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea** sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la [art. 164](#), [165](#) și [167](#), **autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) [lit. b\)](#)**”.

Consiliul reține că autoritatea a solicitat operatorului clarificări referitoare la susținătorul SC ...SRL, respectiv implicarea sa efectivă, astfel încât experiența similară să poată fi luată în considerare, dar nu i-a solicitat niciodată înlocuirea acestuia, deși prevederile legale îi permiteau acest lucru.

Legislația achizițiilor în noul format permite corectarea unor abateri, neconformități minore, declararea unui susținător care nu îndeplinește criteriile sau experiența sa nu poate fi luată în considerare încadrându-se în această situație. Pe de altă parte, respingerea unui operator, pe acest motiv, așa cum susține contestatoarea și cum a acționat inițial autoritatea, ar fi o măsură neproportională, în condițiile în care prevederile legale permit asemenea modificări.

Față de cele constatate, Consiliul reține că este necesară reevaluarea ofertei câștigătoare, în concordanță cu cele rezultate din motivare.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv pentru care contestatoarea solicită respingerea ofertei declarate câștigătoare este și acela că ofertantul respectiv a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări nr. 13434/17.06.2020, iar autoritatea contractantă a revenit cu o nouă solicitare de clarificări, în loc să respingă oferta în temeiul art. 134 alin.(5) din HG nr. 395/2016, alege să transmită o nouă solicitare de clarificări în care să ceară ofertantului să transmită *„completări ale răspunsului transmis la prima solicitare de clarificări”*, demers considerat de natură a încălca dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat. astfel, contestatoarea consideră că soluția legală care trebuia aplicată față de primul răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări era respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Consiliul reține că practica judiciară recentă este în sensul în care autoritatea contractantă nu poate exclude o ofertă pentru vicii minore, revenirea cu o nouă solicitare de clarificări nefiind considerată de natură a favoriza pe operatorii economici. În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză a deciziei nr. 5040/2018, pronunțată de Curtea de apel București în dosarul nr. 6940/2/2018, instanța stabilind următoarele:

„În raport de cele reținute, Curtea apreciază că decizia autorității contractante este disproporționată.

Deși este real că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care nu a obținut de la ofertantă documentele, clarificările, explicațiile necesare stabilirii admisibilității/inadmisibilității ofertei, în mod evident, achiziția trebuia să le solicite, adresând o nouă solicitare de clarificare, cu atât mai mult cu cât în răspuns se menționa în mod neechivoc că documentul a fost atașat.

În condițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 , "(1) în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței".

Curtea constată că în această situație, legislația aplicabilă prevede dreptul autorității contractante de a solicita ofertantului clarificări, însă trebuie observat că acest drept nu trebuie exercitat în mod abuziv sau discreționar, cu exces de putere, respectiv numai în cazurile în care comisia dorește și cu privire la clarificări/completări pe care aceasta dorește să le solicite, ci trebuie exercitat în limitele și potrivit scopului pentru care a fost instituit, respectiv pentru a se asigura că se dețin toate datele necesare pentru evaluarea adecvată și corectă a ofertelor depuse. De asemenea, trebuie observat că în spatele dreptului afirmat expres al autorității contractante de a solicita clarificări stă obligația de a obține toate informații necesare evaluării ofertelor care ar conține neclarități sau exprimări ambigue, astfel încât să se asigure că este pe deplin edificată cu privire la îndeplinirea/ neîndeplinirea de către acestea (oferte) a cerințelor de calificare și/sau specificațiilor tehnice.

Se reține în acest sens și incidența jurisprudenței instanțelor Uniunii Europe, respectiv Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, care, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 56 și 57 a statuat că "este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de

a solicita precizări. Aici se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută, ar fi contrar principiului tratamentului egal (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, punctele 37 și 38). Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, C-157/96). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)".

Așadar, dreptul astfel reglementat este în realitate o obligație, în sensul necesității de lămurire asupra tuturor chestiunilor în divergență, pentru că scopul reglementării este acela al ocrotirii interesului public, presupus a aparține autorității contractante.

Autoritatea contractantă nu beneficiază de o putere discreționară în a respinge o ofertă pentru omisiuni minore sau adaosuri neesențiale, acesta fiind și raționamentul pentru care legiuitorul a instituit norma de la art.135 din HG 395/2016(..)

Or, din faptul depunerii certificatului inițial, cu valabilitate până în 2019, și răspunsul la clarificare, în care se menționează expres că a fost atașat certificatul în vigoare, emis anterior depunerii ofertei, se putea prezuma, în mod rezonabil, în sensul unei simple erori de comunicare, caz în care autoritatea contractantă trebuia să clarifice motivele pentru care documentul "atașat" nu a ajuns în posesia sa.

Respingerea ofertei de către autoritatea contractantă, în cazul concret, nesocotește nu numai dispozițiile legale menționate, ci și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice și al asumării răspunderii, deoarece ar restrânge numărul de competitori, putând favoriza câștigarea procedurii de către alt ofertant la un preț mai mare, contrar principiului enunțat.

Autoritatea contractantă a stabilit criteriul de atribuire "prețul cel mai scăzut", astfel încât reținerea unui asemenea motiv de neconformitate (care în fapt constituie o simplă omisiune a cărei completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant) ar conduce la dezavantajarea vădită a ofertei depuse, cu încălcarea principiilor care guvernează achizițiile publice, lipsurile imputate fiind nerelevante.

S-a apărut autoritatea, arătând că și-a îndeplinit în mod corect atribuțiile și că neatenția reclamantei, care a omis comunicarea certificatului, nu-i poate fi imputată. Se acreditează ideea că printr-o soluție de admitere a plângerii, autoritatea ar fi de fapt sancționată pentru neglijența reclamantei.

Contrar acestei susțineri, admiterea plângerii ar da posibilitatea autorității contractante de a alege între mai multe oferte conforme (aspect ce se va stabili după reevaluare) iar această posibilitate corespunde cel mai bine scopului său.

Dispozițiile art. 137 din HG 395/2016 trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului a fost de a sancționa doar acele devieri ale ofertei care ating limita substanțialului caietului de sarcini.

Curtea consideră că interpretarea și aplicarea legii trebuie făcută în conformitate cu principiile enunțate de Legea nr.98/2016, acestea reprezentând idei directoare care trebuie să ghideze întreaga activitate a autorităților contractante și întreaga procedură de achiziție. Principiul eficienței economice și sociale reprezintă cauza și în același timp scopul pentru care contractele publice se atribuie prin proceduri de achiziție publică, acestea fiind concepute să garanteze concurența operatorilor economici, transparența selecției și a actului decizional și asumarea răspunderii de către autoritățile contractante. În acest context, un rol activ al autorității contractante este legitim atâta vreme cât, fără a încălca principiul tratamentului egal și al nediscriminării, exercitarea lui este de natură să asigure participarea cât mai multor ofertanți cu

capacitate de a realiza obiectivul propus, în condiții de concurență. În acest sens, tocmai pentru respectarea principiului eficienței economice și sociale, demersurile autorității contractante ar trebui nu doar să fie orientate către clarificarea unor aspecte din ofertele depuse, dar ar trebui să fie proporționale cu dificultatea sau lipsa de dificultate în a lămuri sau a acoperi lipsurile constatate, astfel încât lipsuri minore sau care pot fi cu ușurință clarificate să nu creeze pentru participanți aparența că se transformă în pretexte pentru înlăturarea unor agenți economici și pentru restrângerea concurenței.

În cazul de față este cert că nedepunerea certificatului de conformitate vizat la zi reprezintă un aspect evident minor care putea fi clarificat cu ușurință dacă autoritatea contractantă ar fi înțeles să-și exercite rolul activ și să aplice principiul proporționalității în adoptarea deciziilor sale și dacă CNSC ar fi înțeles să sancționeze comportamentul disproporționat al autorității contractante. Curtea consideră că atitudinea intimei CMSPP nu poate fi justificată în raport cu scopul pe care orice autoritate contractantă ar trebui să-l urmărească și anume acela de a obține oferte valide ale cât mai multor competitori, pentru obținerea unor servicii sau produse de calitate superioară la prețuri cât mai mici.

Prin declararea ofertei ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a dat dovada de un formalism excesiv, încălcând principiul proporționalității și scopul legii, clar exprimat, care urmărește achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, reprezentând o atitudine abuzivă a autorității contractante, pentru anumite aspecte minore, raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta. De altfel, Curtea observă faptul că autoritatea contractantă a înlăturat oferta petentei pentru nu mai puțin de 7 motive, dintre care 5 au fost înlăturate ca nefondate încă din etapa controlului jurisdicțional efectuat de CNSC.

În consecință, Curtea apreciază că și acest motiv, de excludere a ofertei, este nelegal”.

Consiliul reține că argumentele reținute în motivarea respectivei decizii sunt întrutotul valide și în prezenta speță. Astfel, consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pe motiv că aceasta a fost diligentă, asumarea răspunderii și proporționalitatea fiind principii de bază în materia achizițiilor publice. În egală măsură, din moment ce erorile materiale, abaterile tehnice minore și viciile de formă pot fi corectate, după cum justificat susține Curtea, **nu au existat devieri ale ofertei care ating limita substanțialului caietului de sarcini**, Consiliul reține că transmiterea unor noi solicitări de clarificări nu poate fi considerată o favorizare a operatorului declarat câștigător.

Pe de altă parte, conținutul celor două clarificări este diferit, autoritatea având obligația, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (4) din Normele metodologice stabilesc că solicitările de clarificări trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare. De asemenea, Art. 136 alin. (1) precizează, de asemenea, „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”. Astfel, dispozițiile legale impun autorității identificarea acelor elemente de preț în legătură cu care trebuie oferite justificări, și nu o solicitare generală.

În ceea ce privește nementionarea ca și subcontractant a SC ...SRL pentru verificare tehnică, cu verificatori ing. ..., sau nominalizarea vericatorului de proiecte ..., despre care nu se menționează firmă reprezentă, Consiliul va respinge criticile formulate, având în vedere următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

„Experți non cheie:

Pentru faza de proiectare:

- a) *vericator de proiecte atestat în domeniul drumuri, conform prevederilor art. 9 lit. e), f), l), n), o) din Legea nr. 10/1995 republicată, care sunt independenți de colectivul care elaborează documentația de atribuire. (...)*

*Referitor la „Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție”, **ofertantul câștigător va prezenta beneficiarului cel puțin 3 vericatori de proiecte, atestați pe specialități, iar investitorul, UAT Arad, va selecta unul dintre aceștia**”.*

Astfel cum este prevăzut expres în caietul de sarcini, doar ofertantul câștigător, după desemnarea sa, trebuie să prezinte acești specialiști, deci nu există nicio obligație de prezentare acestora ca terți, subcontractanți sau asociați.

Prin Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se instituie sistemul calității în construcții, care să conducă la realizarea și exploatarea unor construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător.

Verificarea și expertizarea tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor privind respectarea cerințelor prevăzute de lege reprezintă o componentă a sistemului calității în construcții, și se efectuează de către specialiști cu activitate în construcții, atestați tehnico-profesional de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

Conform prevederilor art. 13 din Legea nr. 10/1995, verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști vericatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Vericatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică.

Conform capitolului III - "Obligații și sancțiuni" din actul normativ menționat mai sus, investitorul are obligația de a asigura verificarea proiectelor prin specialiști vericatori de proiecte atestați, iar proiectanții au obligația de a prezenta proiectele elaborate în fața specialiștilor vericatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților lor și neconcordanțelor semnalate.

HG nr. 742/2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor în calitate de act subsecvent Legii nr. 10/1995, detaliază și dezvoltă prevederile acesteia.

Potrivit prevederilor art. 5 din HG nr. 742/2018, "specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ea obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică".

Conform prevederilor art. 6. alin. (3) din HG nr. 742/2018, "verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile".

Având în vedere prevederile legale mai sus menționate, coroborate cu prevederile art. 23 lit. c din Legea nr. 10/1995 și ale art. 7 alin. (1) lit. d) din HG nr. 742/2018, verificatorul de proiecte este stabilit și angajat de către beneficiar/investitor și desfășoară activitate într-una din formele legale prezentate mai sus.

Prin urmare, în măsura în care ofertanta câștigătoare ar fi prezentat un acord de subcontractare, un angajament de susținere, un contract de prestări servicii, s-ar fi încălcat respectivele obligații, verificatorul urmând a fi angajat de autoritatea contractantă, așa cum, de altfel, rezultă și din dispozițiile caietului de sarcini. Operatorul economic are doar obligația de a identifica 3 astfel de verificatori, autoritatea urmând a-l desemna pe cel care va realiza verificările.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile referitoare lipsa subcontractantului care furnizează verificatorii de proiecte.

În ceea ce privește susținerea contestației opotrivit căreia din oferta tehnică, DUAЕ și financiară nu apare subcontractantul pe electrică, geologul, topograful și verificatorul Af... conform cerințelor din caietul de sarcini pag. 9. - OBLIGAȚIILE PROIECTANTULUI, Consiliul reține că în documentația de atribuire nu se solicită nominalizarea respectivilor specialiști. Consiliul va reține ca relevante argumentele prezentate cu ocazia soluționării contestației formulate de SC ... SRL, nefiind necesară reluarea acestora.

Aceeași situație este reținută și în ceea ce privește expertiza tehnică pentru pod despre care contestația susține că nu ar fi fost cuprinsă în oferta ... documentația de atribuire neprevăzând o astfel de solicitare.

În ceea ce privește necuprinderea lucrărilor de drenare a apei din zona mlăștinoasă, Consiliul reține că respectiva critică este nefondată, acestea fiind cuprinse la cap. 4.1.1, așa cum de altfel, a indicat autoritatea contractantă în răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 5600/05.03.2020, respectiv răspunsul 19.

În ceea ce privește prețul aparent neobișnuit de scăzut, Consiliul reține ca fiind valide susținerile intervenientei, care arată că, prin adresa nr. 13434 /17.06.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări privind justificarea costurilor/valorilor pentru anumite tipuri de lucrări, care prezentau diferențe semnificative față de cele din DALI. Astfel, Consiliul constată că ... a răspuns prin adresa nr. 740/22.06.2020, prin care a prezentat autorității justificarea și modul de fundamentare al acestor costuri, depunând în acest sens un număr semnificativ de documente constând în oferte de preț de la furnizori, analize interne de preț referitoare la materiale, manoperă, utilaje și transporturi, prezentarea devizelor ofertă. Consiliul reține că prin solicitarea de clarificări nr. 14.300/26.06.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat ... documente justificative/ liste de cantități pentru întreg proiectul, în vederea analizării unitare a prețurilor ofertate. Și la această solicitare, ... a răspuns prin adresa nr. 765/29.06.2020, prin care a prezentat fundamentarea economică a prețului ofertat, prin prezentarea devizelor ofertă (formularele F1,F2, F3, precum și extrasele de resurse C6, C7, C8 și C9), referitor la întreaga lucrare, depunând un număr semnificativ de documente justificative, respectiv oferte de preț provenite de la furnizori sau transportatori, precum și analize interne de preț, însoțite de un calcul detaliat care demonstrează modul de formare a prețului ofertat. Consiliul mai reține că fiind într-un contract de antrepriză, contribuția asigurătoare pentru muncă este inclusă în închiderile de deviz, nefiind inclusă în prețul manoperei, așa cum pretinde contestatoarea. Consiliul a identificat respectivele documente în dosarul achiziției, astfel că susținerile intervenientei sunt reale, criticile contestatoarei nefiind întemeiate, cheltuielile salariale depășind nivelul salariului minim pe economie.

În ceea ce privește lipsa atestatului de la Ministerul Apelor și Pădurilor, Consiliul reține același argumente prezentate cu ocazia soluționării contestației formulate de SC ... SRL, nefiind necesară reluarea acestora.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de de către ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei ... SRL, în ceea ce îl privește pe terțul susținător ...SRL, astfel cum rezultă din motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei contestatoarei.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei ...SRL, în ceea ce îl privește pe terțul susținător ... SRL, astfel cum rezultă din motivare, într-un termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu sub nr. 35281/24.08.2020 formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu SC ... SRL.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, admite în parte cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu sub nr. 34765/20.08.2020 formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu SC ...SRL, astfel cum rezultă din motivare.

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

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

...