

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: 18.06.2024

Prin contestația nr. 340/27.05.2024, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 32985/28.05.2024, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentat de ... - director general, împotriva adresei nr. 1421/20.05.2024, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, act emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: *„Achiziția de mixtură asfaltică cu transport și așternere”*, cod CPV 44113620-7 (Rev. 2), anunț de participare nr. .../ ..., s-au solicitat următoarele:

- anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 1421/20.05.2024, a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestuia, ca fiind netemeinice și nelegale;
- reevaluarea ofertei Asocierii ... - ..., în conformitate cu aspectele ce urmează a fi sesizate, respectiv cu legislația în vigoare;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu prezentul demers juridic.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 340/27.05.2024, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 32985/28.05.2024, societatea ..., arată că, prin adresa nr. 1421/20.05.2024, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta câștigătoare este cea depusă de Asocierea ... - ..., având un punctaj de 100 de puncte și prețul de 5.841.000 lei, fără TVA, care, în opinia sa, este inacceptabilă/neconformă.

Societatea ... menționează că, potrivit raportului procedurii, respectiv al comunicării rezultatului, ofertantul câștigător ... - ... a propus un preț în valoare de 5 841 000 lei, fără TVA.

În opinia sa, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, nefăcând o analiză efectivă a propunerii tehnice și financiare a acestui ofertant.

Ori, potrivit cerințelor caietului de sarcini, cap. II *Termenul de livrare și punere în operă*, autoritatea contractantă precizează „(...) termenul de livrare nu va depăși două zile lucrătoare socotite din ziua următoare celei în care a fost lansată comanda (...)”.

În acest sens, societatea ... susține că autoritatea contractantă trebuia să efectueze verificări cu privire la oferta Asocierii ... - ..., pentru a stabili dacă acest ofertant poate executa contractul ce face obiectul prezentei proceduri, cu respectarea cerințelor documentației.

Ori, deși prin solicitarea de clarificări nr. 1114/17.04.2024, autoritatea contractantă a solicitat „*Vă rugăm să prezentați contractul, acordul sau orice document emis de furnizor din care să reiasă că furnizorul propus va putea furniza produsele solicitate*”, aceasta a acceptat *de facto* prezentarea unui contract, fără a analiza în niciun fel concludența acestui răspuns raportat la faptul că asocierea declarată câștigătoare nu deține stație de mixturi asfaltice, aspect ce încalcă cerințele documentației de atribuire, în raport de Cap II - termen de livrare 2 două zile.

În opinia sa, autoritatea contractantă trebuia să verifice concludența răspunsului prin analiza: distanței la care este amplasată stația de mixturi asfaltice față de obiectiv, a capacității stației de mixturi asfaltice, a clauzelor contractuale existente în contractul de furnizare, a existenței altor beneficiari ai subcontractantului/furnizorului/producătorului care pot conduce la întârzieri în livrarea materialului.

Având în vedere că asocierea declarată câștigătoare nu deține propria stație de mixturi asfaltice, societatea ... consideră că nu își poate asuma un termen de două zile în vederea livrării și punerii în operă a mixturilor asfaltice, cu atât mai puțin termenul de o zi, având în vedere că acesta depinde de un furnizor de mixturi asfaltice, societate ce nu este parte din contract și care va acorda prioritate propriilor contracte de execuție și ulterior contractelor de furnizare.

Astfel, consideră că factorul de evaluare privind termenul de livrare și punere în operă nu poate fi respectat de către ofertanți în măsura în care nu dețin o stație de mixturi asfaltice, furnizorii, alții decât ofertanții nefiind parte în contractul de achiziție neasumându-și respectarea obligațiilor față de autoritatea contractantă.

Contestatoarea subliniază că societatea sa dispune de stația de asfalt în Localitatea Nanov amplasată la o distanță medie de 5 - 6 km față de centrul Municipiul Alexandria.

Cu privire la restul ofertanților situația se prezintă astfel:

- ... - Dispune de stație amplasată în ..., la o distanță medie de cca. 52 km;

- ... - ... - Dispune de stație amplasată ... la o distanță medie de cca. 87 km;
- ... - Deține stație de mixturi asfaltice în ..., la o distanță de cca 102 km;
- ... & ... nu dispune de stație de mixturi asfaltice;
- ... & ... - Dispune de stație de mixturi asfaltice în..., la o distanță de cca. 90 km.

De asemenea, ... arată că mai există o stație de mixturi asfaltice în localitatea ..., la o distanță medie de cca. 40 km deținută de ..., care nu a participat în această procedură.

Având în vedere informațiile anterior detaliate, contestatoarea opinează că singura societate care putea să prezinte prețul cel mai scăzut și care să fie sustenabilă în raport cu obiectul contractului este societatea sa, având distanța cea mai mică până la locul de punere în operă.

Astfel, ... consideră că oferta prezentată de Asocieria ... & ..., nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini, autoritatea contractantă prin acceptarea acestei oferte încalcă principiul nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței.

Totodată, subliniază că prețul ofertat este influențat în mod direct de distanța de transport, de asemenea și calitatea lucrărilor este influențată de distanța de transport, din cauza răcirii mixturilor asfaltice în timpul transportului.

În acest sens, autoritatea contractantă nu a solicitat niciun fel de clarificări, prezentând, potrivit procesului-verbal nr. 1242/29.04.2024, valorile oferite:

- ... - valoare ofertă 6.367.000 lei;
- ... & ... - valoare ofertă 6.304.586 lei;
- ... - valoare ofertă 6.438.300 lei;
- ... - valoare ofertă 6.198.700 lei;
- ... - ... - valoare ofertă 5.841.000 lei;
- ... & ... - valoare ofertă 6.300.850

Contestatoarea susține că afirmația sa cu privire la transportul materialului se confirmă din coroborarea valorilor oferite, în raport cu distanțele de transport, precizând că, în urma studierii dosarului achiziției, a constatat următoarele:

- Prețurile unitare utilizate de asocieria declarată câștigătoare sunt 390 lei/tona de binder (BAD22,4) și 465 lei/tonă de uzură (BAI 6);
- Prețurile unitare utilizate de ... sunt 437 lei/tonă de binder (BAD22,4) și 502 lei/tona de uzură (BAI 6);
- Prețurile utilizate de ... fiind de 425 lei/ tona de binder (BAD22,4) și 477 lei/tona de uzură (BAI 6).

Având în vedere cele constatate, societatea ... concluzionează că oferta declarata câștigătoare este subevaluată, fiind imposibil ca un operator economic să achiziționeze mixtura asfaltică care deține o cotă

de cheltuieli indirecte și profit aferente producătorului, cuprinse în prețul de achiziție, să o transporte și să o pună în operă, să cuprindă propriile cote de cheltuieli indirecte și profit, iar rezultatul să fie o ofertă care să fie mai competitivă decât producătorii de mixturi care cuprind o singură cota de cheltuieli indirecte și profit, și cu atât mai mult oferta declarată câștigătoare este subevaluată în condițiile în care distanța de transport este cu mult mai mare decât a contestatoarei, așa cum rezultă din enumerarea stațiilor de mixturi asfaltice aflate în zonele limitrofe.

În aceste condiții, susține că propunerea tehnică a asocierii declarate câștigătoare este neconformă, iar propunerea financiară este subevaluată.

Contestatoarea mai arată că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica propunerea financiară, respectiv de a solicita detalierea tuturor cheltuielilor ofertate, ori, cu privire la propunerea financiară, comisia de evaluare nu a solicitat niciun fel de clarificări, neexistând o verificare a acesteia.

Un alt aspect subliniat de ... este că autoritatea contractantă nu a efectuat verificări detaliate ale conformității propunerii tehnice, respectiv a modului de stabilire a prețului, inclusiv sub aspectul cuprinderii în cadrul acestuia a tuturor costurilor obligatorii în conformitate cu cerințele caietului de sarcini, ale legislației aplicabile, respectiv ale jurisprudenței europene sus invocate, fiind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a), c), d) și g) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare trebuia să constate neconformitatea ofertei Asocierii ... -

În acest sens, un astfel de comportament al autorității contractante este în mod constant sancționat de către Tribunalul UE, cât și de Curtea Europeană de Justiție, jurisprudența acestora fiind obligatorie pentru statele membre ale Uniunii.

... subliniază că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, atât din punct de vedere tehnic, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple declarații ale ofertantului, care a prezentat un formular completat ale cărui elemente nu au fost analizate în niciun fel, lipsa acestor verificări minimale nu permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Contestatoarea mai arată că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016, aceasta nu a evaluat corespunzător oferta Asocierii ... - ..., nesusținând incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) în sensul declarării acestei oferte neconforme și inacceptabile.

Astfel, ... susține că oferta Asocierii ... - ... nu îndeplinește, raportat la propunerea tehnică, cerințele caietului de sarcini.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a încălcat principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea

nr. 98/2016, respectiv principiul nediscriminării, a tratamentului egal, al proporționalității și al transparenței.

Prin adresa nr..., în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 88.000,00 lei.

Prin adresa nr. 1549/31.05.2024, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 34160/03.06.2024, cu privire la contestația formulată de ..., autoritatea contractantă ... a transmis punctul de vedere, prezentând un scurt istoric al procedurii, precum și aspecte referitoare la confidențialitate.

În raport de capătul de cerere privind desfășurarea procedurii, ... apreciază că a fost derulată cu respectarea dispozițiilor legale în materie, astfel că orice critică este nefondată, drept pentru care solicită respingerea acestuia.

Autoritatea contractantă prezintă pe larg istoricul procedurii, precizând că în urma aplicării criteriului de atribuire a stabilit clasamentul ofertanților, solicitând totodată ofertantului clasat pe primul loc să prezinte documentele cerute de lege pentru finalizarea procedurii.

De asemenea, menționează că, potrivit procesului-verbal încheiat în 30.04.2024, ofertantul declarat câștigător - Asocierea ... - ..., a prezentat toate documentele solicitate, fiind întocmit atât raportul procedurii, cât și comunicările către ofertanți privind rezultatul procedurii.

În raport de capătul de cerere privind calificarea ca inacceptabilă/neconformă a ofertei depusă de asocierea ... - ..., ... solicită CNSC să îl respingă, ca nefondat, întrucât la primirea ofertei, inclusiv a documentelor transmise în urma solicitării de clarificări de la asocierea ... - ..., a procedat, în conformitate cu dispozițiile art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016 analizând din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

În ceea ce privește critica adusă de contestatoare ofertantului declarat câștigător potrivit căreia acesta nu deține stație de mixturi asfaltice, aspect ce *încalcă cerințele documentației de atribuire, în raport de Cap II-termen de livrare 2 două zile*, este nefondată, autoritatea solicită respingerea ei ca nefondată, deoarece nu a impus deținerea de către ofertant a unei stații de producere mixturi asfaltice, ci a solicitat ca produsul să provină de la producători autorizați și să dovedească îndeplinirea cerințelor de calitate.

În cazul de față, ... arată că ofertantul declarat câștigător a făcut dovada că îndeplinește această cerință, prin existența unui contract valabil, încheiat cu producătorul de mixtură asfaltică, în cantitățile necesare în prezenta achiziție publică, depunând la dosarul achiziției publice documentele de calitate solicitate, emise de organisme acreditate în acest scop.

Legat de termenul de livrare, autoritatea contractantă susține că ofertantul declarat câștigător a demonstrat că deține, atât în proprietate, cât și închiriate, toate mijloacele de transport adecvate pentru realizarea obiectului contractului.

În sprijinul susținerilor sale că oferta declarată câștigătoare este acceptabilă și conformă, ... arată următoarele:

- Conform art. 3 alin. (1) lit. yy) *subcontractant/subantreprenor semnifică orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi.*
- legiuitorul a dorit să clarifice faptul că un ofertant nu poate fi exclus pentru că achiziționează bunuri necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică de la o persoană care nu este declarată ca subcontractant. Astfel, dacă un operator economic nu face altceva decât să pună la dispoziție un utilaj sau să furnizeze materiale sau bunuri, este evident că acesta nu trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute de lege pentru subcontractanți
- prin decizie, CNSC a reținut că este strict opțiunea ofertantului dacă partea din obiectul contractului de achiziție publică constând în furnizarea de materiale/bunuri este asigurată de un terț din poziția de furnizor sau din ipostaza de subcontractant, cele două calități nefiind reciproc incompatibile.
- ANAP, prin Nota de Bune Practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, recomandă autoritățile/entitățile contractante, în procesul de atribuire a contractelor, să aibă în vedere următoarele precizări care potrivit jurisprudenței naționale sunt considerate bună practică:

(...) În esență, pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, subcontractanții propuși de contractant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere [prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv cele prevăzute la art. 177, 178 și 180. din Legea nr. 99/2016, potrivit dispozițiilor art. 183 alin. (1) și art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016].

Față de obligațiile precizate mai sus și luând în considerare faptul că acestea nu există în cazul furnizorilor, referitor la calitatea de furnizor într-un contract de lucrări sau servicii, putem concluziona asupra următoarelor aspecte:

- nu echivalează cu realizarea, executarea lucrărilor/serviciilor respective;

- nu implică pentru acesta obligația legală de a nu se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din lege;

- nu există obligația legală pentru ofertant de a preciza datele de identificare ale furnizorilor;

- nu sunt solicitate ofertantului/candidatului informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a furnizorilor, neexistând nici dreptul de a solicita în documentația de atribuire lista furnizorilor;

- nu există obligația completării DUAE pentru furnizor.

Astfel, demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 3 lit. y) din Legea nr. 99/2016), pe când în cazul subcontractantului acesta execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică.

În termeni practici, furnizorii sunt persoane, organizații sau altă entitate care furnizează bunuri sau servicii, în scopul desfășurării adecvate a activității unei organizații, cum ar fi:

- producători, distribuitori, importatori de materii prime, materiale, semifabricate, echipamente, utilaje;

- prestatori de servicii (reparații, bănci, consultanță, medicale, sociale etc.);

- persoane fizice.

Autoritatea contractantă subliniază că, în cazul de față, ofertantul declarat câștigător și-a stabilit propria strategie de abordare a participării la procedura de atribuire, iar furnizorul ales de acesta a demonstrat cu documentele prezentate, că îndeplinește cerințele pentru realizarea obiectului contractului (există un contract cu clauze ferme, care este în vigoare și produce efecte juridice).

În concluzie, ... susține că furnizorul nu este parte a contractului de achiziție publică și nu are raporturi directe cu autoritatea contractantă, iar răspunderea pentru executarea contractului cade în sarcina exclusivă a contractantului.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că potrivit practicii și dispozițiilor din materia achizițiilor publice, participanții declară pe proprie răspundere îndeplinirea cerințelor, împreună cu celelalte cerințe, iar ... poate solicita informații, lămuriri, documente suplimentare, numai dacă consideră necesar.

Autoritatea contractantă apreciază că în prezenta cauză au fost acoperite aceste exigențe, esențială fiind declararea de către ofertantul

câștigător că va îndeplini cerințele documentației de atribuire, ceea ce s-a și întâmplat.

Cu privire la susținerea contestatoarei referitoare la propunerea financiară a ofertantului câștigător, ... solicită CNSC să o respingă, ca nefondată.

Astfel, autoritatea contractantă învederează că în urma analizării valorii estimate a achiziției stabilită la demararea procedurii, în raport de prețul ofertei câștigătoare, se poate constata că aceasta nu se încadrează în situațiile prevăzute de lege pentru preț aparent neobișnuit de scăzut.

... subliniază că simpla apreciere întemeiată pe situații ipotetice referitoare la modul de compunere a prețului concurenței ori la modul de lucru al autorității contractante nu sunt de luat în seamă, mai ales că la dosarul de achiziție există documente care probează contrariul.

În ceea ce privește circumstanțele la care autoritatea contractantă s-ar putea raporta în analiza unui eventual cost neobișnuit de scăzut, nu s-ar limita doar la valoarea estimată a contractului, deoarece între momentul publicării anunțului de participare și momentul solicitării de justificare a prețului sau costul aparent neobișnuit de scăzut, pot interveni fluctuații ale pieței de profil.

Pe de altă parte, ... menționează că există posibilitatea ca modul de calcul concret al valorii estimate a contractului să nu reflecte întotdeauna, în mod corespunzător realitățile existente în piața de profil.

Ca o consecință, autoritatea contractantă subliniază că nici diferențele de preț între ofertele depuse în cadrul aceleiași proceduri de atribuire și nici comparația cu prețul practicat de contractantul actual nu ar trebui privite drept criterii determinante în stabilirea sustenabilității unei oferte (Hotărârea din 26 ianuarie 2017, TV1 împotriva Comisiei, T-700/14, „[...] o ofertă poate fi mai ieftină decât alta fără a fi anormal de scăzute” paragraful 58).

Prin adresa nr. 1549/31.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 34260/03.06.2024, autoritatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 373/04.06.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 35138/05.06.2024, ... a transmis la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare nr. 210271524/1 din 30.05.2024, în valoare de 88.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Alexandria.

Conform solicitării din cadrul contestației, prin adresa nr. ..., Consiliul a transmis contestatoarei invitația de a studia dosarul constituit la C.N.S.C. Delegatul contestatoarei s-a prezentat în data de 12.06.2024 la sediul instituției și, în urma studierii dosarului cauzei, a obținut și fotocopiile dorite, astfel cum rezultă din documentele aferente dosarului cauzei.

Prin corespondența nr. 411/14.06.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 37523/14.06.2024, contestatoarea a depus concluzii scrise, reluând susținerile din cadrul contestației sale în ceea ce privește confidențialitatea documentelor aparținând ofertei desemnate câștigătoare.

De asemenea, afirmă că autoritatea contractantă *„nu a efectuat verificări detaliate ale conformității ofertei tehnice, respectiv a modului de stabilire a prețului, inclusiv sub aspectul cuprinderii în cadrul acestuia a tuturor costurilor obligatorii în conformitate cu cerințele Caietului de sarcini, ale legislației aplicabile, respectiv ale jurisprudenței europene sus invocate, fiind incidente dispozițiile art.137 alin. 3 lit a, c, d și t» din HG 395/2016”*.

În ceea ce privește critica asupra propunerii financiare a Asocierii ... - ..., contestatoarea prezintă calcule proprii referitoare la mixturile asfaltice BA16 și BAD22,47, considerând că prețurile ofertate pentru aceste două produse, de către această asocierie, nu se justifică, fiind neobișnuit de scăzute.

Astfel, în opinia sa, autoritatea trebuia să solicite ofertantului desemnat câștigător *„clarificări cu privire la prețul ofertat pentru BA16-465 lei/tona, respectiv BAD 22,4- 390 lei/tona, în raport de strategia de contractare în care se identifica valoarea estimată, respectiv BA16 - 510 le tona, BAD22,4 - 455 lei/tona”*.

Referitor la acest aspect, menționează că *„prețul transportului care este de minim 5,5 lei/km”, iar „din informațiile existente în piață”, susține că „... achiziționează mixturi de la Societatea ..., caz în care, așa cum am precizat și în contestație, distanța de transport este de cca 102 km”. În opinia sa, „rezulta un cost minim de transport de 45,83 lei/tona”, indicând diverse link-uri în acest sens.*

De asemenea, contestatoare afirmă că, tot din informațiile cunoscute în piață, societatea ... nu achiziționează mixturi asfaltice de la producătorii din Județul Teleorman.

În continuare prezintă aceleași critici din cadrul contestației cu privire la termenul de livrare și punere în operă, susținând că autoritatea contractantă trebuia să efectueze verificări sub acest aspect, astfel încât să stabilească dacă societatea ... poate executa contractul ce face obiectul prezentei proceduri, cu respectarea cerințelor documentației.

În opinia ei, autoritatea nu a analizat în niciun fel răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificări nr. 1114/17.04.2024, raportat la termenul de livrare de 2 zile din documentația de atribuire, ci a acceptat *de facto* prezentarea unui contract.

În acest sens, reia susținerile din cadrul contestației sale, concluzionând că autoritatea contractantă a încălcat principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Achiziția de mixtură asfaltică cu transport și așternere”, cod CPV 44113620-7 (Rev. 2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de participare nr. .../....

La pct. II.1.5) din cadrul anunțului de participare, organizatoarea procedurii a precizat că valoarea totală estimată este de 6.632.500 lei, fără TVA, iar pct. II.2.5) din cadrul aceluiași document, a fost stabilit criteriul de atribuire: „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

În urma etapei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 1420/20.05.2024, potrivit căruia oferta depusă de către societatea ... s-a clasat pe locul al doilea; oferta clasată pe primul loc și desemnată câștigătoare aparținând Asocierii ... -

Comunicarea rezultatului procedurii s-a efectuat către societatea ... cu adresa nr. 1421/20.05.2024, împotriva căreia a înaintat prezenta contestație, solicitând cele redate în preambul.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii cu nr. 210271524/1 din 30.05.2024 din care rezultă consemnarea cauțiunii în cuantum legal, pe seama și la dispoziția C.N.S.C, corespunzător dosarului nr.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Din analiza conținutului contestației, Consiliul reține că autoarea ei, a cărei oferta s-a clasat pe locul al doilea, critică modul în care autoritatea contractantă a desemnat oferta câștigătoare aparținând Asocierii ... - În opinia ei, oferta acestei asocieri este „neconformă/inacceptabilă”.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/ 2016.

În ceea ce privește criticile contestatoarei, referitoare la „restricționarea accesului la dosarul achiziției”, în sensul că nu i-a fost permis accesul ca documentele ofertei desemnate câștigătoare, care au fost declarate confidențiale, Consiliul nu le va reține ca întemeiate, întrucât, la dosarul cauzei, există *Declarația privind elemente confidențiale ale ofertei*, pentru propunerea tehnică, în conținutul căreia se regăsește justificare ce respectă dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG

nr. 395/2016, coroborat cu cele ale art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc că: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, în condițiile art. 57 alin. (4) din Lege”, respectiv: „Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”.

Relevantă, în acest sens, este Hotărârea nr. 6291/2018 emisă de Curtea de Apel București, în conținutul căreia se precizează:

«Prima instanță în mod corect și-a bazat decizia cu privire la neacordarea accesului la oferta tehnică nici chiar după finalizarea procedurii de atribuire, pe declarația de confidențialitate a contracandidatului, în conformitate cu art. 231 alin. 6 din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia entitatea contractantă este obligată să permit accesul neîngrădit al ofertantului la raportul procedurii de atribuire sau la informații din documentele de calificare ori din cadrul propunerilor tehnice "care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală." Prin urmare, lege nu pretinde autorității contractante – și nici instanței - să verifice ea însăși în ce măsură este justificată sau nu declarația de confidențialitate.

Soluția primei instanțe este conformă nu doar literei legii, dar și scopului acesteia. În considerentele Hotărârii CJUE din 14.02.2008, s-a reținut că menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței CJUE, astfel încât, "în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.»

De altfel, Consiliul ține seama și de faptul că autoarea contestației prezintă același tip de Declarație privind elementele confidențiale ale ofertei, atât pentru „Propunerea tehnică în totalitate și eventuale răspunsuri la clarificări”, cât și pentru „Propunerea financiară în totalitate și eventuale răspunsuri la clarificări”.

Problema confidențialității ofertelor este pusă în discuție de o multitudine de decizii, practica CJUE fiind extrem de bogată, cele mai detaliate și uzitate cauze fiind HOTĂRÂREA CURȚII (Marea Cameră) din 7

septembrie 2021- cauza C-927/19 Klaipedos, Hotărârea din 14 februarie

2008, Varec - C 450/06, iar recent, Hotărârea Curții (Camera a patra) din 17 noiembrie 2022 din cauza C-54/21 Antea Polska.

Această ultimă hotărâre tranșează problematica informațiilor confidențiale din cadrul ofertelor, temă amplu dezbătută și tratată într-o manieră neunitară atât de practica națională românească, dar și de practica altor state europene, dovadă fiind dese sesizări către CJUE pe această temă, ale statelor membre.

Consiliul mai reține că în cadrul ofertei câștigătoare, dar și în cadrul ofertei contestatoarei există documente confidențiale, declarate ca atare de ofertanți. Or, în condițiile în care chiar contestatoarea și-a declarat propunerea tehnică și financiară ca fiind confidențiale, nu poate susține că doar oferta sa se încadrează în această situație, iar nu și cea câștigătoare. Similar celeilalte oferte, nici contestatoarea nu a dovedit caracterul confidențial. Pe de altă parte, a susține că doar propriile documente sunt confidențiale, nu și cele ale contracandidatului, nu poate constitui un argument juridic valid. Astfel, contestatoarea pretinde apărarea confidențialității ofertei sale, în timp ce consideră că documentele contracandidatului nu au acest caracter, aspect ce echivalează cu invocarea inegalității de drepturi între operatorii economici, considerat inadmisibil de către Consiliu.

Prin urmare, față de cele evocate, raportat la conținutul declarației de confidențialitate a ofertei declarate câștigătoare, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei toate documentele, cu excepția celor declarate confidențiale.

Următoarea critică a societății contestatoare se referă la faptul că asocieria criticată nu deține stație de mixturi asfaltice, aspect care încalcă cerințele documentației de atribuire, în raport de Cap. II – termen de livrare – 2 zile. Societatea ... susține că factorul de evaluare privind termenul de livrare și punere în operă nu poate fi respectat de către ofertanți în măsura în care nu dețin o stație de mixturi asfaltice, furnizorii, alții decât ofertanții nefiind parte în contractul de achiziție neasumându-și respectarea obligațiilor față de autoritatea contractantă.

Potrivit fișei de date a achiziției, Cap. II.2.5) -Criterii de atribuire *Cel mai bun raport calitate – pret*, se regăsește factorul de evaluare *Termenul de livrare si punere in opera*, apreciat cu 20 puncte, cu următoarea descriere: „*Pentru determinarea punctajului este necesar ca*

ofertantul sa prezinte termenul de livrare si punere in opera exprimat in zile lucratoare, dar care sa nu depaseasca 2 zile lucratoare. Prin termen de livrare si punere in opera se intelege numarul de zile lucratoare necesar furnizorului sa livreze si sa puna in opera produsele achizitorului din ziua urmatoare celei in care a fost plasata o comanda ferma. Nu se accepta fractiuni de zile.”

Pentru acest factor de evaluare, potrivit procesului-verbal nr. 1250/30.04.2024, încheiat cu ocazia aplicării criteriului de atribuire (...), societatea ... a propus un termen de 1 zi, durată pe care a propus-o și contestatoarea.

În etapa de evaluare a ofertei, autoritatea contractantă, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„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”*, prin adresa nr. 1114/17.04.2024, a solicitat Asocierii ... - ..., la pct. 1, următoarele clarificări: *„In cadrul ofertei tehnice au fost depuse documente de calitate pentru mixtura asfaltica fabricata de furnizorul propus, insa comisia nu a identificat documente cu privire la relația contractuală cu acesta. Va rugam sa prezentati contractul, acordul sau orice document emis de furnizor din care sa reiasa ca furnizorul propus va putea furniza produsele solicitate de către autoritatea contractanta si in cantitatile solicitate de autoritatea contractanta prin documentația de atribuire, in cazul in care oferta dumneavoastra va fi desemnata castigatoare”*.

Asocierea criticată a prezentat următorul răspuns: *„Ca urmare a solicitarii de clarificari nr 1114117.04.2024 va transmitem documentele furnizorului de mixturi asfaltice similar celui propus in documentatia tehnica pentru care va prezentam:*

1. Contractul de furnizare materiale nr 19A, din 18.04.2024

2. Certificatul de conformitate a controlului productiei in fabrica nr 1823 CPR 0013

3. Certificatul ISO 9001 nr QC /1144

4. Certificatul ISO 14001 nr QM/1011

5. Certificatul ISO 45001 nr QSM/20

Declaratii de performanta si rapoarte de incercari se emit de furnizor dupa livrarea efectiva a produselor.

Atasat gasiti exemple de documente de calitate ce vor insoti produsele livrate:

Raport de incercare nr 1193.1/21.09.2023

Raport de incercari dinamice nr 406/14.01.2020

Dec(l)aratie de performanta (...)”.

În cadrul Contractului de furnizare material și prestări servicii nr. 19A din 18.04.2024, încheiat între societatea ... – furnizor și societatea

... – cumpărător, la art. 2.1 se precizează: „Furnizorul se obliga sa fabrice si sa livreze, iar cumparatorul sa cumpere si sa plateasca, materialele de constructii (mixturi asfaltice si beton) ale caror caracteristici sunt prevazute in Anexa I, la contract si vor fi denumite in continuare pe scurt produse.”

Față de solicitarea autorității contractante, Consiliul apreciază că societatea ... a prezentat un răspuns concludent, însoțit de actele doveditoare în acest sens.

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca întemeiată critica societății contestatoare referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu ar fi analizat concludența răspunsului prin verificarea distanței la care este amplasată stația de mixturi asfaltice față de obiectiv, respectiv a capacității stației de mixturi asfaltice, deoarece acest aspect nu a fost solicitat prin documentația de atribuire, ofertanții fiind obligați să-și întocmească oferta „în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”, așa cum stabilește art. 123 din HG nr. 395/ 2016.

De asemenea, Consiliul va respinge ca neîntemeiată și afirmația contestatoarei potrivit căreia întrucât asocierea declarată câștigătoare nu deține o stație proprie de mixturi asfaltice nu și-ar putea asuma termenul de livrare a respectivelor produse, într-o zi, deoarece nici acest lucru nu s-a cerut prin documentația de atribuire, iar în cazul în care nu ar respecta acest termen, există clauza nr. 12.1 din *Modelul de contract* pus la dispoziție de către autoritatea contractantă (act care face parte integrantă din documentația de atribuire și a fost acceptat de către toți participanții), care stipulează: „In cazul în care, din vina sa exclusiva, furnizorul nu reuseste sa-si indeplineasca obligatiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din pretul contractului, ca penalitati, o suma echivalenta cu o cota procentuala de 0,1% din pretul produselor nelivrate, pentru fiecare zi de intarziere.”

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca întemeiată afirmația contestatoarei potrivit căreia având în vedere că societatea declarată câștigătoare nu deține propria stație de mixturi asfaltice nu ar putea livra produsele în cauză în termenul de livrare indicat, motivat de faptul că aceasta depinde de un furnizor de mixturi asfaltice, „societate ce nu este parte din contract și care va acorda prioritate contractelor de execuție și ulterior contractelor de furnizare”, deoarece, pe de o parte, prin documentația de atribuire, acceptată de toți operatorii economici interesați să depună oferta, nu s-a solicitat ca respectiva stație să fie deținută sub forma de proprietate, iar, pe de altă parte, societatea ... are propria presupunere cu privire la modul în care se va derula, în viitor, contractul în discuție (nr. 19A din 18.04.2024), deci fără a avea dovezi concrete.

Mai mult, potrivit procesului-verbal nr. 1250/30.04.2024, precum și al afirmației autorității contractante din punctul său de vedere nr. 1549/ 31.05.2024, înregistrat la CNSC cu nr. 34260/03.06.2024, toți ofertanții au prezentat termenul de livrare și punere în opera, de 1 zi lucrătoare.

Legat de acest aspect, Consiliul va respinge ca neîntemeiată și susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să analizeze clauzele contractuale existente în Contractul de furnizare nr. 19A din 18.04.2024, deoarece nu are atribuții și competență, nefiind parte în acest contract.

Următoarea critică a societății contestatoare vizează propunerea financiară a Asocierii ... - ..., în sensul că autoritatea contractantă nu ar fi solicitat clarificări. În opinia acesteia, prețurile unitare de 390 lei/tonă de binder (BAD22,4 și 465 lei/tonă de uzură (BA16), prezentate de către asocierea criticată, nu ar fi sustenabile raportat la cele stabilite de către autoritatea prin strategia de contractare.

Potrivit formularului de ofertă, valoarea totală propusă de către Asocieria ... - ... este de 5.841.000,00 lei, fără TVA, la pct. 2 menționându-se:

„Pretul unitar pentru produsele furnizate (inclusiv serviciile si lucrarile accesorii) este de:

Mixtura asfaltica BA 16 – 465,00 (patrusutesasezecisicinci) lei/to
la care se adauga taxa pe valoare adaugata in valoare de 88,35 lei
(optzecisioptleisitreizecisicincibani)

Mixtura asfaltica BAD 22,4 - 390,00 (treisutenouazeci) lei/to la care se adauga taxa pe valoare adaugata in valoare de 74,10 lei (saptezecisipatruleizecebani)".

Întrucât valoarea de estimare a contractului de achiziție publică în cauză este de 6.632.500, 00 lei, fără TVA, prețul propus de către asocieria în discuție reprezintă 88,06% din această valoare.

Având în vedere procentul de mai sus, Consiliul constată că nu sunt incidente dispozițiile:

- art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă”;

- art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016: „În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul oferit, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.”

Prin urmare, față de normele legale citate mai sus, în condițiile în care propunerea financiară a Asocierii ... - ... se situează peste procentul de 80%, nu poate fi considerată ca fiind neobișnuit de scăzută, astfel că autoritatea contractantă nu avea obligația de a solicita lămuriri pe acest aspect.

Legat de critica societății contestatoare potrivit căreia între prețurile unitare pentru mixtura asfaltică BA 16 și mixtura asfaltică BAD 22,4, propuse de către asocierie și cele existente în strategia de contractare, există o diferență, astfel că autoritatea contractantă ar fi fost obligată să solicite acesteia clarificări, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, deoarece, pe de o parte, este firesc ca prețurile propuse să fie mai mici decât cele stabilite prin documentația de atribuire, care evident sunt estimate, iar, pe de altă parte, modul de întocmire a propunerii financiare este apanajul fiecărui ofertat.

Mai mult, în cazul de față, propunerea financiară a asocierii criticată reprezintă 88,06% din valoarea estimată, iar prețurile unitare la produsele indicate, respectiv: BA 16 – 465 lei/tonă și BAD 22,4 – 390 lei/tonă reprezintă 91,17% din prețul unitar estimat (510 lei/tonă) și 85,71% din prețul unitar estimat (455 lei/tonă).

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul nu va reține ca întemeiate alegațiile contestatoarei referitoare la faptul că asocieria desemnată câștigătoare nu poate justifica prețul ofertat și nu poate oferi un preț mai mic decât societatea sa, care este producătoare și deține o stație la maxim 6 km de centrul Municipiului Alexandria, întrucât, în competiție acest lucru nu este definitoriu. De asemenea, Consiliul nu va lua în considerare atât calculele oferite de către societatea ..., acestea fiind bazate doar pe baza propriilor informații, cât și invocarea unor site-uri, întrucât site-ul nu constituie o probă în sensul art. 259 – Sarcina probei din Codul de procedură civilă, potrivit căruia: *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*, ci reflectă latura comercială a unui/unor produs/produse, specificațiile tehnice ale acestuia/acestora fiind sumare și orientative, iar oferta se întocmește doar pe baza conținutului documentației de atribuire, așa cum impun prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*.

Față de aspectele de fapt și de drept de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pe cale de consecință, va respinge solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de către societatea ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă.

Pe cale de consecință, respinge solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

Membru,

Membru,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 17(șaptesprezece) pagini