

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

DECIZIE

Nr. 2408/C1/2570

Data: 01.11.2021

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 51159/29.10.2021, formulată de SC SA, cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin administrator și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, sector 5, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii publicată în SEAP la data de 15.09.2021, de către, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Ranforsare sistem rutier DN 1F km 122+860-km 141+323 (Sm)” cod CPV 45233251-3, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire, precum și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește respingerea ofertei depusă de SC SA, precum și în ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, respectiv cea depusă de SC SRL;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC SRL cu consecința stabilirii caracterului neconform al acesteia și emiterea unui nou raport al procedurii / rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

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

În fapt, contestatorul precizează că în data de 15.09.2021, a fost postată în SEAP comunicarea privind ofertele admisibile, dar necâștigătoare, conform căreia oferta SC SA, a obținut un punctaj

de 84,61 puncte. Documentul intitulat „Comunicare rez. procedura-ARL” nu poate fi însă deschis cu o aplicație informatică de deschidere a documentelor care poartă o semnătură digitală. Conform raportului procedurii nr. 44166/ 14.09.2021, postat în SEAP în data de 15.09.2021, ofertă declarată câștigătoare a fost cea a ofertantului SC SRL, cu un punctaj de 100 puncte și o valoare de 18.084.226,73 lei fără TVA.

Precizează de asemenea că prin adresa nr. 3503/15.09.2021 a solicitat accesul la dosarul achiziției publice, autoritatea contractantă răspunzând prin adresa nr. 45092/16.09.2021, prin care a menționat că: „ofertantul SC SRL a declarat în mod justificat faptul că: toată propunerea tehnică cu excepția declarațiilor; toată propunerea financiară cu excepția formularului de ofertă prezentate trebuie tratate ca fiind confidențiale/ clasificate /protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

Contestatorul menționează că, deși autoritatea contractantă i-a acordat accesul parțial la dosarul achiziției publice, parte din procesele verbale de evaluare au fost prezentate cu unele elemente anonimizate.

Consideră de asemenea că, atât comunicarea rezultatului procedurii, cât și raportul procedurii, sunt nelegale și netemeinice, în ceea ce privește evaluarea caracterului admisibil și conform al ofertei depuse de SC SRL, pentru considerentele care vor fi expuse în continuare.

Astfel, în ceea ce privește oferta depusă de SC SRL, contestatorul consideră că aceasta este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, precizând următoarele:

1. SC SRL nu deține agreementul tehnic pentru reciclarea in situ.

Făcând trimitere la prevederile caietului de sarcini, secțiunea 1.6 Lucrări proiectate, precum și la fișierul CS1 din documentația de atribuire, contestatorul arată că reciclarea in situ (la rece) reprezintă o activitate specială care constă în utilizarea integrală a materialului rezultat din frezarea îmbrăcămintei rutiere bituminoase existente, degradate, completarea cu agregate naturale și lianți de aport, omogenizarea, așternerea și compactarea mixturii reciclate rezultate, cu ajutorul unor utilaje speciale. Reciclarea la rece este destinată ranforsării, întreținerii și consolidării structurilor existente rutiere cu o stare tehnică corespunzătoare și se aplică pe drumuri de clasă tehnică II-V cu îmbrăcămintă bituminoasă. Procedurile „in situ” presupun lucrări care nu se pot executa decât în baza unui agreement tehnic.

În susținere, contestatorul invocă următoarele prevederi legale: HG nr. 668/2017 - art. 16 alin. (2), Legea nr. 10/1995, HG nr. 766/1997

(art. 2 și art. 6), Ordinul Ministrului Dezvoltării Lucrărilor Publice și Administrației nr. 435/2021 pentru aprobarea unor proceduri privind agrementul tehnic în construcții (art. 2, art. 12, art. 13, art. 14).

Având în vedere că ofertantul nu deține un astfel de agrement și nici nu a apelat la posibilitatea de subcontractare a unui operator economic atestat, altfel încât să poată executa aceste categorii de lucrări, contestatorul consideră că ofertantul declarat câștigător nu poate asigura execuția acestor categorii de lucrări.

2. Oferta SC SRL este neconformă sub aspectul metodologiei de lucru și al programului de execuție a lucrărilor.

Potrivit caietului de sarcini, ofertanții aveau obligația de a descrie metodologia de lucru propusă pentru realizarea execuției lucrărilor. Conform constatărilor comisiei de evaluare din procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice, cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 34551/16.07.2021, informațiile prezentate de ofertantul SC SRL „corespund cerințelor din caietul de sarcini”, cerința fiind evaluată ca îndeplinită.

În realitate însă, evaluarea întreprinsă de comisia de evaluare a fost doar formală sub aspectul analizei metodologiei de lucru propuse de ofertant. În condițiile în care pentru reciclarea in situ (pentru care se impunea prezentarea procedurii tehnice de execuție în mod distinct) ofertantul nu deține un agrement tehnic necesar și nici nu a declarat un subcontractant specializat în acest context, contestatorul apreciază că, conformitatea ofertei sale este îndoielnică.

În egală măsură, arată că programul de execuție a lucrărilor trebuia să cuprindă în mod exhaustiv activitățile necesare execuției lucrărilor și îndeplinirii tuturor obligațiilor. Ofertantul declarat câștigător nu ar fi putut să prezinte un program de execuție în mod exhaustiv atât timp cât nici metodologia de lucru nu era corespunzătoare cerințelor.

3. Oferta SC SRL este neconformă întrucât propunerea financiară are un preț care conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini

Contestatorul consideră că propunerea financiară depusă de SC SRL (18.084.226,73 lei fără TVA) are un preț neobișnuit de scăzut, diferența față de oferta SC SA fiind de aprox. 3.730.000 lei, în timp ce diferența față de locul 3 este de aproximativ 4.365.000. Valoarea estimată a procedurii este de 27.060.991,31 lei fără TVA.

Contestatorul arată că, la un simplu calcul, se constată că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător reprezintă

aproximativ 66% din valoarea estimată. Astfel, execuția lucrărilor care fac obiectului contractului în cadrul valorii ofertate de SC SRL este imposibil de realizat, prețul ofertat neputând susține execuția lucrărilor care fac obiectul contractului.

Conform procesului verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 41105/24.08.2021, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC SRL clarificări privind anumite elemente de preț.

Contestatorul menționează că din același document rezultă că cheltuielile indirecte ofertate de ofertantul declarat câștigător reprezintă 2% din valoarea ofertei (cu mențiunea „estimat 5%”). De asemenea, arată că autoritatea contractantă a solicitat clarificări și cu privire la cuantumul acestor cheltuieli, respectiv a solicitat detalierea structurii și conținutului cheltuielilor indirecte ținând seama de Anexa 6 din Ordinul nr. 1568/2002 pentru aprobarea reglementării tehnice „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice”, indicativ P 91/1- 02.

Contestatorul precizează că nu cunoaște conținutul și justificările din răspunsul transmis de SC SRL, însă constatarea comisiei de evaluare a fost în sensul că acesta a justificat prețul pentru materiale și utilaje.

În opinia contestatorului, chiar dacă nu s-a impus ofertanților o anumită cotă ce trebuie utilizată în stabilirea prețurilor ofertelor, comisia de evaluare, trebuia să determine caracterul real al ofertelor deoarece oferta depusa reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării contractului. Prețurile consemnate nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezumate a fi valabile, ci reprezintă elementul esențial al propunerii financiare a cărei realitate trebuie să fie verificată de către comisia de evaluare.

Menționează de asemenea că perioada de garanție de 5 ani ofertată de SC SRL impune în mod necesar execuția unor lucrări de reparații în acea perioadă, lucrări pe care ofertantul declarat câștigător nu le-a luat în considerare și nu le-a cota corespunzător. Mai mult, arată că în cheltuielile indirecte sunt incluse și costurile legate de măsurile de PM și SSM. Conform ofertei câștigătoare, acestea reprezintă 0,1%; prin urmare, ar trebui ca în restul 1,9% să fie incluse numeroase alte cheltuieli, inclusiv cele cu reparațiile în perioada de garanție.

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 51633/01.10.2021, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1 din 30.09.2021, eliberată de Raiffeisen Bank, în cuantum de 541.220 lei.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 52972/11.10.2021, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Preliminar, autoritatea contractantă menționează că documentația de atribuire a fost contestată de SC SA fiind luate măsurile de remediere pentru parte din criticile contestate. Contestația a fost respinsă prin Decizia CNSC nr. 674/C3/602 din 01.04.2021.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă tardivitatea depunerii contestației, termenul limită de depunere fiind 27.09.2021. În susținere, precizează că rezultatul procedurii a fost comunicat în SEAP la data de 15.09.2021, iar autoritatea contractantă a primit contestația în data de 05.10.2021. Arată de asemenea că și pe portalul CNSC contestația apare înregistrată în data de 29.09.2021.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă formulează următoarele argumente:

1. Referitor la critica conform căreia „oferta depusa de SC SRL este neconforma întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini respectiv nu deține agreementul tehnic pentru reciclare in situ”.

Autoritatea contractantă consideră afirmația neîntemeiată, menționând că prin documentația de atribuire nu s-a solicitat deținerea unui agreement tehnic pentru lucrările de reciclare in situ. Cerința „Reciclarea la rece a îmbrăcăminților rutiere bituminoase” conține condițiile de executare și recepție a îmbrăcăminților rutiere bituminoase reciclate la rece, cu adaos de lianți bituminoși (emulsie bituminoasă) și lianți hidraulici (ciment), cu sau fără adaos de agregate naturale, prevăzute în Normativul AND 532-1997. Normativul privind reciclarea la rece a îmbrăcăminții rutiere AND 532-1997, este publicat pe site-ul instituției, la secțiunea comunicare/publicații/reglementări tehnice și cuprinde condițiile de executare și recepție a îmbrăcăminților rutiere bituminoase reciclate la rece, cu adaos de lianți bituminoși (emulsie bituminoasă) și lianți hidraulici (ciment), cu sau fără adaos de agregate naturale. În susținere, face trimitere la prevederile art. 1 din HG nr. 766/1997 modificată prin HG nr. 675/2002.

Având în vedere că pentru lucrarea de „Reciclarea la rece” există un normativ, autoritatea contractantă precizează că nu este necesară solicitarea unui agreement tehnic pentru aceasta lucrare.

Menționează de asemenea că:

- soluția tehnică pentru execuția lucrărilor de reciclare la rece, stabilită de către proiectantul lucrării, este în conformitate cu normativul AND 532-1997 și nu presupune utilizarea unor produse, echipamente, procedee noi față de cele stabilite în normativ;
- proiectul tehnic pentru obiectivul supus achiziției a fost avizat, iar pe baza soluțiilor tehnice cuprinse în proiectul tehnic a fost obținută autorizația de construire nr. 71/16.12.2020;
- lucrările de reciclare la rece se execută în baza condițiilor cuprinse în normativul AND 532-1997, acordul tehnic nefiind obligatoriu;
- solicitarea unui acord tehnic ar fi fost excesivă și ar fi restrâns sfera operatorilor economici interesați să depună o ofertă în prezenta procedură. Deși contestatorul declară că subcontractantul său deține un acord tehnic, acesta nu a prezentat în ofertă documentul aferent, rezultând astfel că a înțeles pe deplin că nu este o cerință obligatorie pentru ca o ofertă să fie declarată conformă;
- între „Reciclarea la rece” și „Reciclarea in situ” nu există diferențe în ceea ce privește materialele utilizate, echipamentele de lucru sau procedeele de execuție, întrucât, potrivit definiției sintagmei „in situ”, lucrările de reciclare se execută la fața locului (pe drumurile unde sunt necesare astfel de lucrări) cu un lanț de utilaje speciale și în conformitate cu tehnologia descrisă în caietul de sarcini, respectiv a normativului AND 532-1997;
- mai mult, contestatorul nu a contestat documentația de atribuire prin care să critice faptul că nu s-a solicitat prezentarea acordului tehnic, acesta depunând oferta în conformitate cu documentația de atribuire, astfel, critica referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător nu a depus acord tehnic, este neîntemeiată.

2. Referitor la critica potrivit căreia: „oferta depusă de SC SRL este neconformă sub aspectul metodologiei de lucru și al programului de execuție a lucrărilor”.

În ceea ce privește criticile cu privire la faptul că oferta depusă de SC SRL este neconformă sub aspectul metodologiei de lucru și al programului de execuție a lucrărilor, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- în cadrul Propunerii tehnice, SC SRL a prezentat atât Metodologia de lucru (pag. 11-12) cât și în mod distinct, procedura tehnică de execuție (pag. 157-168 pentru lucrarea: Reciclarea la rece a îmbrăcăminților bituminoase”). Acestea au fost analizate de către comisia de evaluare, concluzia fiind că documentele și informațiile prezentate de ofertant corespund cerințelor din caietul de sarcini, cerința fiind îndeplinită;

- în cadrul propunerii tehnice la pag. 30-76 ofertantul SC SRL a prezentat Programul de execuție cu anexe cuprinzând resursele alocate, iar în urma evaluării acestora, comisia de evaluare a concluzionat că informațiile prezentate de ofertant corespund cerințelor din caietul de sarcini, cerința fiind îndeplinită.

3. Referitor la critica potrivit căreia oferta SC SRL este neconformă întrucât propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă consideră critica nefondată.

Subliniază că toate ofertele depuse au fost analizate și verificate, atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare, respectând principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, întocmind la finalul evaluării raportul procedurii nr. 44166/14.06.2021 pentru care ANAP a emis Avizul conform necondiționat final nr. 3110/19258/..../AC/15.09.2021 pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor finale cuprinse în raportul procedurii.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că pe baza documentelor întocmite de autoritatea contractantă (Procese verbale de evaluare nr. 37021/29.07.2021, nr. 38622/09.08.2021 și nr. 41105/24.08.2021 și anexele acestora), în faza de evaluare financiară, comisia de evaluare a analizat toate documentele propunerii financiare și în speță: listele de cantități, cantitățile și prețurile unitare ale lucrărilor și ale resurselor aferente, precum și cotele din recapitulația devizelor. În urma acestei analize comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la justificarea prețului ofertat și a anumitor elemente de preț, în baza prevederilor art. 210 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu respectarea prevederilor prevăzute la art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la faptul că prețul ofertat de către SC SRL nu poate acoperi îndeplinirea obligațiilor asumate la parametrii calitativi și cantitativi solicitați, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- oferta SC SRL a fost desemnată câștigătoare, cu un punctaj de 100 puncte și o valoare a ofertei financiare de 18.084.226,73 lei fără TVA;
- comisia de evaluare a evaluat propunerile financiare sub aspectul: corelării cu propunerile tehnice prezentate; identificării și remedierii erorilor aritmetice și corectării acestora în condițiile admise de lege; încadrării în valoarea estimată a achiziției, inclusiv sub aspectul

analizării posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale; asigurării că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/ scăzute în raport cu ce urmează a fi prestat/executat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini;

- evaluarea financiară a presupus inclusiv solicitarea de clarificări (a se vedea adresele nr. 37027/29.07.2021 și nr. 38647/09.08.2021) cu privire la justificarea prețului ofertat în sensul art. 210 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2021, precum și justificarea/detalierea anumitor elemente de preț în conformitate cu dispozițiile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și a structurii cheltuielilor indirecte, iar în baza acestor demersuri comisia de evaluare a stabilit admisibilitatea ofertei;

- comisia de evaluare nu a îndeplinit doar formal verificarea prețului ofertei „neobișnuit de scăzut” în raport cu lucrările care constituie obiectul contractului de achiziție publică care urmează a fi atribuit, în sensul art. 210 din Legea nr. 98/2016, ci a evaluat atât justificările/detalierile de preț cât și dovezile aduse de ofertant pentru justificarea acelor costuri din prețul total care ar fi putut să conducă la o ofertă cu preț neobișnuit de scăzut. Prețurile consemnate în ofertă au fost verificate de către comisia de evaluare, fiind solicitate în acest sens analize de preț pentru materialele fabricate de ofertant și oferte de preț pentru materialele de la furnizori, precum și detalierea tarifelor la utilaje. Ofertantul a depus cele solicitate, iar comisia de evaluare a analizat prețurile din cadrul analizelor de preț și a tarifelor la utilaje atât prin prisma corectitudinii din punct de vedere cantitativ al elementelor componente cât și al prețurilor de furnizare. De asemenea a analizat ofertele de preț de la furnizori în comparație cu prețurile din ofertele celorlalți ofertanți din procedura cât și cu prețurile din baza de date a achizitorului, iar concluzia comisiei este că acestea sunt concurențiale și justificate;

- referitor la cheltuielile indirecte ofertate de SC SRL, comisia de evaluare a solicitat clarificări pentru detalierea structurii și conținutului acestora în corelare cu cele prevăzute în Anexa 6 din Ordinul nr. 1568, Indicativ P91/1-02, iar prin răspunsul la clarificări nr. 5099/ 29.07.2021, ofertantul a defalcat cheltuielile indirecte pe componente și a precizat sumele alocate pe fiecare categorie de cheltuieli. În cadrul defalcării cheltuielilor indirecte pe tipuri de cheltuieli, ofertantul a prevăzut cheltuieli atât cu SSM cât și pentru refacerea și remedierea eventualelor defecțiuni. Nu se poate impune un prag minim pentru cheltuielile

cuprinse în categoria: „cheltuieli indirecte”, fiecare având libertatea de a-și prevedea propriile consumuri și cheltuieli, dar cu condiția respectării cerințelor din documentele achiziției, precum și a normelor, normativelor și legislației în vigoare.

Raportat la aspectele astfel prezentate, autoritatea contractantă consideră că a respectat în întregime prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016, art. 133 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016 și art. 136 alin. (1) și (2) și art. 137 alin. (1), alin. (3) lit. c), d) și g) din HG nr. 395/2016.

4. Referitor la solicitarea contestatorului de acces la dosarul aflat pe rolul CNSC, autoritatea contractantă precizează că SC SRL a declarat atât oferta financiară, cât și cea tehnică, ca fiind confidențiale. De asemenea, în virtutea art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016 ofertantul a prezentat justificarea confidențialității ofertei sale.

Având în vedere documentele depuse de SC SRL în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta tehnică și oferta financiară, precum și raportat la faptul că SC SA a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 54785/2570/C1/19.10.2021, Consiliul solicită ofertantului SC SRL să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

SC SRL răspunde prin adresa nr. 6829/19.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 54942/20.10.2021.

În susținerea confidențialității ofertei sale, acesta invocă dispozițiile art. 57 din Legea nr. 98/2016. Precizează de asemenea că atât propunerea tehnică, cât și propunerea financiară, conțin informații legate

de capacități proprii de producție, rețete proprii, personal și nivelul de salarizare al acestuia, proceduri tehnice de execuție, oferte sau contracte cu furnizorii ce conțin clauze de confidențialitate.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 55139/2570/C1/21.10.2021, Consiliul îi comunică acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Ranforsare sistem rutier DN 1F km 122+860-km 141+323 (Sm)” cod CPV 45233251-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. /06.03.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 27.060.991,31 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Urmând a se pronunța conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepției tardivității, invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă având în vedere considerentele ce urmează.

În opinia autorității contractante, societatea contestatoare nu ar fi transmis contestația în termenul legal către CNSC și autoritatea contractantă ținând seamă de data înregistrării contestației la cele două instituții, în prezenta cauză fiind incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data formulării contestației: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/ sectorial sau de concesiune este mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a*

anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;*

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă : *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.*

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că obiectul contestației formulate îl constituie adresa de comunicare rezultat publicat în SEAP (SICAP) în data de 15.09.2021 iar SC SA, a transmis contestația atât la CNSC cât și autoritatea contractantă prin serviciul poștal în data de 27.09.2021 (conform ștampilei aplicate pe plicul destinat CNSC și facturii fiscale emise de Poșta Română în cazul autorității contractante aflat la dosarul cauzei), rezultă că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația formulată.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, un prim aspect reținut de Consiliu este că, prin declarația de confidențialitate aflată la pag. 17 din vol. 1 (dosar. 1) din dosarul achiziției transmis de către autoritatea contractantă, ofertantul SC SRL menționează că atât propunerea tehnică cât și propunerea financiară în integralitatea lor *„au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală (...)”.*

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 alin. (1) din Legea

nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*, Consiliul a solicitat SC SRL prin adresa nr. 54785/2570/C1/ 19.10.2021, să comunice temeiul juridic al încadrării întregii oferte menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 54942/20.10.2021, în care precizează că oferta sa conține informații legate de capacități proprii de producție, rețete proprii, personal și nivelul de salarizare al acestuia, proceduri tehnice de execuție, oferte sau contracte cu furnizori, existând riscul ca dezvăluirea acestor informații să afecteze iremediabil activitatea acestuia.

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora, motiv pentru care Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

Continuând analiza contestației formulate, Consiliul reține că obiectul acesteia îl constituie oferta declarată câștigătoare aparținând SC SRL, contestatorul (clasat pe locul 2) apreciind că oferta acestuia trebuia respinsă ca neconformă, motiv pentru care va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, în ceea ce privește afirmația conform căreia oferta depusă de SC SRL este neconformă întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, deoarece nu deține agrementul tehnic pentru reciclare *„in situ”* (la rece), Consiliul urmează a o respinge ca nefondată, având în vedere considerațiile care urmează.

Caietul de sarcini, postat sub identificatorul „[....]/00009] CS1.pdf.p7s”, intitulat „Reciclarea la rece a îmbrăcăminților rutiere bituminoase”, stipulează următoarele:

„1.1. Prezentul caiet de sarcini conține Condițiile de executare și recepție a îmbrăcăminților rutiere bituminoase reciclate la rece, cu adaos de lianți bituminoși (emulsie bituminoasă) și lianți hidraulici (ciment), cu sau fără adaos de agregate naturale, prevăzute în **Normativul AND 532-1997**.

1.2. Reciclarea la rece consta în utilizarea integrală a materialului rezultat din frezarea îmbrăcăminții rutiere bituminoase existente, degradate, completarea cu agregate naturale și lianți de aport, omogenizarea, așternerea și compactarea mixturii reciclate rezultate, cu ajutorul unor utilaje speciale.

2. DOMENIU DE APLICARE

Reciclarea la rece este destinată ranforsării, întreținerii și consolidării structurilor rutiere cu o stare tehnică corespunzătoare și se aplică pe drumuri de clasă tehnică II-V cu îmbrăcămințe bituminoasă”.

Normativul privind reciclarea la rece a îmbrăcăminții rutiere AND 532-1997, este publicat pe site-ul instituției, la secțiunea comunicare/publicații/reglementări tehnice și cuprinde condițiile de executare și recepție a îmbrăcăminților rutiere bituminoase reciclate la rece, cu adaos de lianți bituminoși (emulsie bituminoasă) și lianți hidraulici (ciment), cu sau fără adaos de agregate naturale.

De asemenea, sunt relevante în soluționarea prezentei cauze și prevederile art. 1 din Regulamentul privind agreementul tehnic pentru produse, procedee și echipamente noi în construcții, aprobat prin **HG nr. 766/1997 modificată prin HG nr. 675/2002**, care stipulează că :

„Art.1 - Agreementul tehnic este aprecierea tehnică favorabilă, concretizată într-un document scris, asupra aptitudinii de utilizare, în conformitate cu cerințele calității în construcții, a **unor noi** produse, procedee sau echipamente, denumite în continuare produse, **pentru care nu există și nu pot fi încă elaborate standarde naționale sau alte reglementări tehnice** oficiale sau pentru care există astfel de standarde și reglementări”.

Or, în condițiile în care pentru lucrarea „Reciclarea la rece” există o reglementare aplicabilă, în speță Normativul AND 532-1997, indicat în mod expres de autoritatea contractantă în caietul de sarcini și care a stat la baza elaborării proiectului tehnic/autorizației de construire, este evident că în acest caz solicitarea unui agreement tehnic pentru execuția acestui tip de lucrări nu este necesară, ofertanții având obligația de a asigura execuția lucrărilor în cauză conform normativului, raționament

care a stat și la baza nesolicitării acestui acord în cadrul documentației de atribuire.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile proprii documentației de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă; nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Prin urmare, autoritatea contractantă are obligația de a verifica îndeplinirea conformității ofertelor tehnice cu respectarea strictă a propriilor cerințe stipulate în cadrul documentației de atribuire, orice altă cerință sau condiție impusă operatorilor economici excede propriilor reguli stabilite.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: *„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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 (a se vedea în special 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)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că

„astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Astfel, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus în cadrul documentației de atribuire obligativitatea prezentării de către ofertanți a vreunui agrement tehnic necesar execuției lucrărilor specifice reciclării „*in situ*” (la rece), indicând în schimb obligativitatea respectării Normativul AND 532-1997, o eventuală solicitare a unui agrement în acest sens ar fi însemnat nerespectarea propriei documentații de atribuire și a regulilor stabilite în cadrul procedurii de achiziție, fapt ce ar fi fost contrar și principiilor tratamentului egal și nediscriminării consacrate de legislația în materie.

Caracterul nefondat se constată și în ceea ce privește presupusa lipsă din cadrul Metodologiei de lucru a procedurii de execuție pentru lucrarea reciclarea „*in situ*” (la rece), deoarece din analiza propunerii tehnice a SC SRL, Consiliul reține că acesta se regăsește la pag. 157-168, vol. 3 din dosarul achiziției.

În ceea ce privește criticile referitoare la prețul neobișnuit de scăzut al propunerii financiare a SC SRL, Consiliul reține că, deși SC invocă că aceasta nu este sustenabilă în raport cu cerințele caietului de sarcini, contestatorul nu indică, precizează sau argumentează care sunt acele elemente de cost din cadrul propunerii financiare care nu au fost respectate sau sunt neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile avute în vedere în cadrul documentației de atribuire, limitându-se doar la menționarea diferenței financiare în sumă de 3.730.000 lei între oferta sa și oferta desemnată câștigătoare, Consiliul neputându-se substitui societății contestatoare în ce privește indicarea/identificarea elementelor de cost ce ar putea determina un preț neobișnuit de scăzut și a motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate.

Simpla declarație a contestatorului privind presupusa propunere neobișnuit de scăzută a ofertei declarate câștigătoare, în lipsa oricărei probe nu este suficientă pentru a demonstra caracterul neconform al

ofertei acesteia. Scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului în calitate de organism administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru soluționarea contestației și, totodată, explicațiile pentru care drepturile contestatorului au fost lezate prin conduita presupus nelegală a autorității contractante.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat; simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia criticilor rămase la nivel declarativ.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării; altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare **„in integrum”** a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la Consiliu, aceasta nu a profitat de oportunitatea de a veni în urma studierii dosarului, de a indica pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor cu privire la tarifele ofertate și a probelor pe care se bazează; altfel spus în susținerea contestației avea obligația pe de-o parte de a indica în concret elementele de preț ce nu au fost respectate în constituirea prețului ofertat și pe de altă parte de a proba caracterul nesustenabil și real al tarifelor criticate, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora: *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului

care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze în cazul fiecărui tarif în parte elementele de cost ce alcătuiesc tariful și nu pot fi justificate astfel încât să demonstreze caracterul nesustenabil și real al acestora.

Mai mult, indicarea/demonstrarea de către contestator a elementelor de preț care nu pot fi justificate se impunea cu atât mai mult, cu cât autoritatea contractantă a solicitat ofertantului declarat câștigător (a se vedea adresele nr. 37027/29.07.2021 și nr. 38647/0.08.2021) justificarea prețului ofertat în sensul art. 210 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, precum și justificarea și detalierea anumitor elemente de preț, conform art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 inclusiv a structurii cheltuielilor indirecte, iar în urma evaluării răspunsului respectiv a justificărilor și dovezilor prezentate de ofertant a stabilit admisibilitatea ofertei în cauză.

Relevante în soluționarea cauzei sunt următoarele dispoziții din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 325/2016:

- art. 127 alin. (1) lit. h): *„Comisia de evaluare are următoare atribuții: (...) h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege”;*

- art. 136: *„(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de*

mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

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

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

Din interpretarea textului legal mai sus menționat, rezultă că determinarea caracterului aparent neobișnuit de scăzut a unei propuneri financiare se face prin raportare la prețurile pieței nicidecum la diferențele de preț rezultate ca urmare a comparării prețurilor oferite.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei
....

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