

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.
Data:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr., formulată de SRL, cu sediul în localitatea, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator, împotriva raportului procedurii și a adresei nr. 4382/14.05.2024 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Achiziție și transport Bitum fierbinte pentru drumuri tip D50/70*, s-au solicitat:

1. *anularea Raportului procedurii si a tuturor actelor subsecvente acestuia;*
2. *anularea comunicării privind respingerea ofertei noastre nr. 4382 din data de 14.05.2024, prin care ni se comunica ca oferta subscrisei a fost declarata neconforma;*
3. *anularea tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire;*
4. *obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile, a considerentelor deciziei care urmează a fi pronunțată și a prevederilor documentației de atribuire, cu consecința constatării faptului că oferta este conformă și acceptabilă;*
5. *obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor financiare ale celorlalți doi participanți la procedura, cu consecința constatării faptului că ofertele acestora sunt neconforme.*

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 859/29.05.20204, înregistrată la Consiliu cu nr., ...SRL, cu sediul în, având adresa de corespondență la punctul de lucru din, înregistrată

la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin avocat, solicită respingerea contestației formulată de SRL, pe cale de excepție, ca lipsită de interes, și pe fond, ca neîntemeiată, și obligarea reclamantei la plata cheltuielilor de judecată (onorariu de avocat-6.000 lei).

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1), art. 123 alin. (1) C. Proc. Civ. și art. 17 din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică rezultatul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea aduce argumente în susținerea caracterului nelegal al deciziei autorității contractante de declarare a ofertei SRL ca fiind neconformă, precum și de acceptare a ofertelor SRL și SA ca fiind conforme.

Reclamanta precizează că motivul pentru care oferta sa a fost declarată neconformă este acela că a ofertat în cadrul propunerii financiare cantitatea minimă de 270 tone bitum rutier în loc de cantitatea maximă de 400 tone.

..... SRL apreciază că a înaintat autorității contractante o ofertă financiară conformă, prezentând calculul economic pentru cantitatea minimă de 270 tone, cantitate pentru care ulterior procedurii de licitație se va semna contractul de furnizare.

Contestatoarea opinează că orice altă cantitate suplimentară de bitum care va fi necesară activității autorității contractante (până la concurența cantității de 400 tone) și pentru care autoritatea contractantă va găsi fonduri suplimentare, va face obiectul unui act adițional, așa cum se menționează în cadrul anunțului de participare, fișei de date, proiectului de contract propus.

O valoare a ofertei pentru cantitatea de 400 tone nu este necesară autorității contractante, în condițiile în care contractul nu se semnează pentru 400 tone, atrage atenția autoarea contestației.

..... SRL învederează faptul că, în mod corect, societatea sa a făcut calculul pentru cantitatea de 270 tone, asumându-și în totalitate celelalte prevederi ale documentației, printre care și faptul că în formularul de ofertă a introdus precizarea „... *ne oferim ca, în conformitate cu prevederile si cerințele cuprinse în documentația de*

atribuire să furnizam BITUM RUTIER 50/70- 270 tone (cantitatea minima solicitata, iar pentru cantitati suplimentare pana la 400 to se vor face acte adiționale)".

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016 și prevederile Legii nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 4832/27.05.2024, înregistrat la Consiliu cu nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca neîntemeiată, pentru considerentele expuse în cele de mai jos.

Autoritatea contractantă precizează că, prin procesul verbal nr. 4088/29.04.2024, privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, a declarat respinsă ca neconformă oferta contestatoarei, motivat de faptul că valoarea ofertată nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv SRL nu a ofertat conform prevederilor caietului de sarcini stabilite la cap. 14 - „ *Oferta financiară se va face pentru cantitatea maximă a contractului.*”, ci a ofertat pentru cantitatea minimă a contractului.

Potrivit art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, achizitoarea reține faptul că oferta depusă de reclamantă a fost considerată inacceptabilă, motivat de faptul că, așa cum este prevăzut la lit. b) teza 1, „*a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire...*”, în cadrul documentației, mai precis în caietul de sarcini fiind prevăzut explicit faptul că oferta financiară se va face pentru cantitatea maximă a contractului.

Mai mult, atrage atenția contestatoarea, în fișa de date este precizată valoarea garanției de participare în cuantum de 11.600 lei, exprimată la valoarea maximă a contractului, respectiv 1.160.000,00 lei fără TVA, pentru cantitatea de 400 tone, nu la cantitatea minimă de 270 tone.

Or, semnalează autoritatea contractantă, ... SRL, prin polița de asigurare nr. 964114906/10.04.2024 a constituit garanția de participare la licitație în valoare de 11.600,00 lei fără TVA, reprezentând 1% din valoarea totală a contractului, și anume pentru cantitatea de 400 tone, nu pentru cantitatea de 270 tone.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr. 859/29.05.2024, înregistrată la Consiliu cu nr., ...SRL solicită cele menționate în partea introductivă, aducând contraargumente la criticile reclamantei.

În motivarea admiterii excepției lipsei de interes al contestatoarei în procedura în cauză, intervenienta precizează următoarele:

„... din informațiile pe care le avem, OFERTA CONTESTATOAREI este situata pe locul 2 in clasamentul preturilor, astfel ca si in cazul in care

oferta acesteia ar fi fost admisa, aceasta nu ar fi fost câştigătoare (oferta de preţ unitar/to era net superioara ofertei noastre)."

Pe fond, autoarea intervenţiei apreciază susţinerile reclamantei ca fiind neîntemeiate şi nelegale, contestaţia având doar scop de tergiversare a procedurii.

Cerinţa din anexa 1 a formularului de ofertă a indicat clar, în opinia SRL, că ofertarea se face pentru cantitatea maximă de 400 tone şi nu pentru cea minimă.

Faptul că reclamanta „crede” că autoritatea contractantă nu va avea nevoie de 400 tone, astfel că oferta sa de 270 tone este *întocmai si rezonabila*, din punctul de vedere al intervenientei excede cadrului legal şi scopului derulării procedurii în cauză.

Totodată, ...SRL evidenţiază faptul că, impunerea şi indicarea expresă a cuantumului garanţiei de participare din fişa de date (achitată de contestatoare la valoarea maximă şi nu minimă) arată încă o dată că intenţia autorităţii contractante a fost aceea de a achiziţiona 400 tone şi nu 270 tone.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

În dovedirea cheltuielilor de judecată, ...SRL a prezentat factura nr. ..., în sumă de 6.000,00 lei, reprezentând onorariu avocaţial şi ordinul de plată nr. 122905/29.05.2024.

..... SRL a constituit cautiunea în sumă de 23.200,00 lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., înregistrată în registrul de evidenţă al Consiliului sub nr.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă, privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect *Achiziţie şi transport Bitum fierbinte pentru drumuri tip D50/70*, cod CPV 44113610-4 – Bitum (Rev.2), sens în care a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat, în SEAP, anunţul de participare nr. CN1066305/12.03.2024. Conform anunţului de participare, valoarea estimată a contractului de furnizare este cuprinsă între 78.300 şi 1.160.000 Ron fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate - preţ*.

La procedură au fost depuse trei oferte, printre care cele ale SRL şi SRL, prima fiind desemnată câştigătoare, iar cea secundă fiind respinsă ca neconformă, în temeiul art. 137 din HG nr. 395/2016, potrivit raportului procedurii nr. 4378/14.05.2024.

Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ... SRL a învestit Consiliul cu soluţionarea contestaţiei ce

formează obiectul prezentei cauze, solicitând anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale și a celorlalți participanți.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând SRL, Consiliul ia act că aceasta este societatea declarată câștigătoare, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, la data de 29.05.2024, sprijinind poziția autorității contractante în menținerea actelor evaluării. Totodată, se constată că cererea de intervenție a fost depusă în termenul legal de 10 zile de la publicarea contestației (27.05.2024 – potrivit extrasului SEAP), astfel că, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție, ca accesorie, de intervenție în favoarea autorității contractante.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către societatea intervenientă a excepției lipsei de interes a contestatoarei, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este ținut să o analizeze cu precădere.

Justifică intervenienta incidența acestei excepții prin prisma faptului că oferta contestatoarei este situată pe locul 2 în clasamentul prețurilor, astfel că și în cazul în care oferta acesteia ar fi admisă, aceasta nu ar fi câștigătoare.

Însă, potrivit documentelor achiziției, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate – preț* astfel că nu *prețul* este elementul decisiv, pe de o parte, iar pe de altă parte, nu este confirmată situația cum că oferta contestatoarei este situată pe locul 2 în clasamentul prețurilor.

Contestația nu poate fi respinsă ca lipsită de interes, societatea îndeplinind toate condițiile impuse de art. 3 alin. (1) și (3) lit. f) din Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind stabilirea admisibilității ofertei sale și accederea sa la atribuirea contractului:

- persoana care se consideră vătămată este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire;

- se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

Așadar, neoperând excepția de mai sus, Consiliul va proceda la cercetarea fondului cauzei.

Consiliul ia act că respingerea ofertei contestatoarei, astfel cum rezultă din ansamblul documentelor depuse și apărările părților, a fost determinată de neîndeplinirea cerinței caietului de sarcini, capitolul 14,

potrivit căreia oferta financiară se va face pentru cantitatea maximă a contractului, ... SRL ofertând cantitatea minimă a contractului.

Rigoarea caietului de sarcini este susținută și de Anexa la Formularul de ofertă, parte a documentației de atribuire, unde este indicată cantitatea solicitată maximă: 400 tone.

Consiliul reține că documentația de atribuire, astfel cum a fost clarificată, nu a format obiectul vreunei contestații fiind cert că prescripțiile acesteia au devenit obligatorii pentru părți, iar niciuna dintre ele nu le poate ignora sau nesocoti, în acord cu dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 (Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției ...) și dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 (Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire ...), dar și ale art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 (verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini).

Trebuie punctat faptul că, impunând anumite rigori, autoritatea contractantă limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți și fără a lipsi de utilitate stabilirea cerințelor obligatorii.

Și jurisprudența constantă a CJUE este în sensul că 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).

De asemenea, important de menționat este faptul că cerințele privind modul de întocmire a ofertelor nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire.

În aceste împrejurări, Consiliul, analizând modalitatea de îndeplinire a rigorilor documentației de atribuire, constată că SRL a depus o propunere financiară raportându-se la cantitatea minimă de 270 tone și **nu** la cea maximă de 400 tone.

Cerința documentației a fost una expresă iar în măsura în care dispozițiile documentației erau apreciate ca nelegale, operatorii economici, inclusiv SRL, aveau deschisă calea clarificărilor [art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016] sau chiar a inițierii unui demers litigios.

Încheierea unui act adițional pentru suplimentarea cantității minime nu are relevanță din perspectiva modului de întocmire a propunerii financiare stabilită în mod expres pentru cantitatea maximă a contractului.

Separat de cele de mai sus, Consiliul observă că inclusiv valoarea garanției de participare de 1% s-a stabilit ținând cont de valoarea totală estimată a achiziției, calculată la cantitatea maximă.

Prin urmare, existând obligația îndeplinirii tuturor cerințelor puse în vedere ofertanților prin caietul de sarcini, precum cea privind întocmirea propunerii financiare, prin încălcarea acestei părți a documentației de atribuire au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) HG nr. 395/2016 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini). Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Determinând că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității contractante privind evaluarea propunerii financiare câștigătoare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL.

Consiliul nu va da curs solicitării de obligare a autorității la reevaluarea ofertelor financiare ale celorlalți doi participanți la procedură, în lipsa unei motivări corespunzătoare a acestui capăt de cerere, contestatoarea limitându-se la afirmarea generală și vagă cum că ofertele SRL și SA sunt neconforme.

Față de soluția prefigurată, în cele ce preced, se admite cererea de intervenție formulată de SRL.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 - Consiliul poate obliga, la cerere, **partea în culpă**, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, cererea de acordare a cheltuielilor de judecată formulată de SRL, urmează să fie admisă.

Fundamentul suportării cheltuielilor de judecată rămâne culpa procesuală și despăgubirea integrală a părții câștigătoare, iar intervenientul accesoriu este parte câștigătoare atunci când contestația este respinsă, contestatoarea aflându-se în culpă procesuală nu doar față de autoritatea contractantă, ci și față de intervenient.

În sensul celor arătate este și Decizia Curții constituționale nr. 463 din 28 iunie 2016:

24. [...] Curtea reține că art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă determină debitorul obligației de plată a cheltuielilor de judecată (partea care pierde procesul) și creditorul obligației având ca obiect cheltuielile de judecată (partea care câștigă), înlocuind formularea codului anterior din 1865 de "parte căzută în pretenții". **Această diferență terminologică nu schimbă însă cu nimic fundamentul suportării cheltuielilor de judecată, care rămâne culpa procesuală și despăgubirea integrală a părții câștigătoare.** Buna-credință a părții care a pierdut procesul nu justifică exonerarea ei de plata cheltuielilor de judecată. Din acest punct de vedere, între partea care a obținut câștig de cauză, dreptul ei fiind recunoscut prin hotărâre, și partea care acceptă judecata și pierde procesul, riscul acestei situații trebuie să fie suportat de această din urmă parte care, prin comportamentul său, chiar dacă nu a fost de rea-credință, a obligat pe partea potrivnică câștigătoare să

angajeze cheltuielile din proces. Așa fiind, **textul criticat induce o culpă procesuală în sarcina celui care, prin atitudinea sa, a determinat cheltuielile de judecată făcute de partea adversă în timpul și cu ocazia desfășurării procesului.**

Întrucât cererea de intervenție a fost admisă pe fond, aceasta are valoare de câștigare a procesului de către intervenient și prin urmare, se impune a beneficia de rambursarea cheltuielilor mai cu seamă că există un precedent multiplu al Înaltei Curți de Casație și Justiție în sensul acordării cheltuielilor către intervenienții accesorii (Decizia nr. 4240 din 6 decembrie 2018, Decizia nr. 1872 din 23 octombrie 2019, Decizia nr. 3878 din 24 iulie 2020, Decizia nr. 985 din 11 mai 2021, Decizia nr. 76 din 15 noiembrie 2021).

Astfel, în baza temeiului mai sus evocat, contestatoarea va fi obligată să plătească intervenientului suma de 6.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată, sumă probată prin factura fiscală nr. ..., emisă de CAB Individual Avocat ..., și dovada plății acesteia, depuse la dosarul cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție accesorie formulată de SRL și în temeiul art. 67 din același act normativ, o admite.

În baza art. 26 alin. (9) din lege, obligă SRL la plata către SRL a sumei de 6.000 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată.

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.