str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12947/01.03.2024, formulată de SC ... SRL, cu sediul în satul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de către ... și convențional de CABINET AVOCAT ..., cu sediul sediul procesual ales în ..., împotriva raportului procedurii nr. 160/19.02.2024, emis de către ... SA, cu sediul în ... și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... – SCA, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„bitum rutier 50/70 și 70/100, conform SR EN 12591:2009 și Normativ AND 605-2016”,* s-a solicitat:

1. anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 162/19.02.2024, a raportului procedurii nr. 160/19.02.2024, a procesului-verbal nr. 107/06.02.2024, privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz factorii de evaluare, a procesului-verbal nr. 112/07.02.2024, privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, precum și a tuturor actelor subsecvente;

2. obligarea autorității contractante la:

2.1. reevaluarea ofertei depuse de către ofertantul clasat pe locul 1 Asociarea SC ... SA – ... SRL;

2.2. emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire cu respectarea întocmai a documentației licitației și a legislației incidente;

3. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea prezentei contestații.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 13894/06.03.2024, SC ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., C.U.I. ..., reprezentată legal prin ... - Președinte al Consiliului de Administrație, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ... SRL, a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită admiterea acesteia, iar pe fond, respingerea contestației formulată de SC ... SRL.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii adoptat de ... SA, prin care se solicită adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus, conform argumentelor prezentate în contestație.

Preliminar, contestatoarea arată că în cadrul procedurii criteriile de atribuire a contractului au fost stabilite ca fiind în pondere de 70% pentru prețul ofertei, 25% pentru factorul calitate – adezivitate și 5% pentru termenul de livrare.

Pentru determinarea factorului de evaluare din perspectiva calității – „adezivitate”, fișa de date și caietul de sarcini au impus potențialilor ofertanți să prezinte la sediul autorității contractante, cu până la 25 zile înainte de data limita de depunere un set (trei cutii/eșantioane) din bitumul care va fi ofertat în cadrul procedurii, urmând ca autoritatea contractantă, în baza contractului încheiat cu Facultatea de Construcții Timișoara, să testeze adezivitatea pentru produsul trimis, costurile pentru aceste determinări urmând să fie suportate de autoritatea contractantă.

Conform documentației de atribuire, autoritatea contractantă avea obligația să comunice rezultatul obținut fiecărui potențial ofertant în parte, astfel încât acesta din urmă să includă în oferta sa rezultatul în vederea obținerii punctajului pentru factorul de adezivitate.

Contestatoarea precizează că a trimis eșantioane spre testare și ... SA în asociere cu SC ... SRL.

În contestație se susține că ... SA a depus spre testare, la data de 05.01.2024, bitum produs de ... (un set format din trei cutii cu produs), care potrivit raportului de încercare comunicat de autoritatea contractantă are o adezivitate de 92,33%.

Astfel, SC ... SA (i) în 22.12.2023 a depus spre testare eșantioane de bitum conform procesului-verbal nr. 11292/22.12.2023, iar (ii) în 05.01.2024 a depus spre testare alte două noi seturi de eșantioane, de bitum conform proceselor-verbale nr. 2/05.01.2024 și 03/05.01.2024.

Cu toate acestea, nici în procesul-verbal de deschidere și vizualizare a ofertelor și nici în procesele verbale de predare a eșantioanelor nu se precizează ce tip de bitum a fost predat de SC ... SA spre testare în 22.12.2023 și care sunt cele două predate spre testare în 05.01.2024.

Contestatoarea face precizarea că a ofertat bitumul trimis spre testare și produs de ..., împreună cu raportul de încercare comunicat de autoritatea contractantă.

SC ... SA a ofertat atât bitumul produs de ... Ungaria, cât și cel produs de ... - ..., a menționat în formularul de oferta tehnică, la pct 2.1.5., toate cele trei valori obținute alături de numele producătorilor și a depus în procedura de ofertare două valori ale adezivității/două rapoarte de încercare primite de la autoritatea contractantă (*câte unul pentru fiecare din aceste două produse*), deși pentru obținerea punctajului final era necesară o singură valoare a adezivității, deci un singur produs.

Potrivit rapoartelor de încercare existente la dosarul de procedurii, produsele testate au următoarea adezivitate: bitum ... Ungaria – 93,23%, bitum ... – 86,01% și bitum ...-... – 83,03%.

La data de 19.02.2024 s-a publicat în SEAP raportul procedurii cu nr. 160/19.02.2024, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta prezentată de Asocierea SC ... SA - ... SRL, iar la data de 19.02.2024, SC ... SRL a depus cerere de acces la dosarul procedurii.

Prin răspunsul cu nr. 1453/20.02.2024, autoritatea contractantă a comunicat că se permite accesul parțial la dosar, nefiind acordat accesul la documentele indicate de către SC ... SA ca fiind confidențiale.

Având în vedere că în raportul procedurii – pct. 2.4.8 s-a menționat în mod clar că ofertantul SC ... SA nu a atașat documente care să susțină caracterul confidențial al întreg conținutului propunerii tehnice și financiare, contestatoarea susține că la data de 20.02.2024 a revenit către autoritatea contractantă cu solicitarea de acces la dosarul complet, însă și de această dată i s-a permis doar parțial studiul dosarului (în 26.02.2024).

2. Ca urmare a celor precizate mai sus, contestatoarea consideră că ofertantul SC ... SA a fost declarat câștigător cu încălcarea documentației de atribuire și a Legii nr. 98/2016, în special a principiilor tratamentului egal și transparenței.

În ceea ce privește ofertantul SC ... SA, consideră că acesta a fost favorizat în procedura de atribuire, contrar dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și a documentației de atribuire, întrucât: (i) i s-au acceptat trei seturi de eșantioane de la trei producători diferiți depuse spre testare, iar (ii) oferta sa a fost analizată și considerată conformă

deși a depus oferta ulterior primirii rezultatelor pentru valoarea adezivității, pentru două tipuri de bitum, contrar documentației de atribuire, prezentând în cadrul ofertei două dintre cele trei rezultate pentru valoarea adezivității.

Contestatoarea învederează că procedura prealabilă depunerii ofertei, de determinare a valorii caracteristicii „*adezivitate*" are în vedere testarea produsului ales (deja) spre a fi ofertat, fără ca autoritatea să-și fi asumat obligația/manifestat intenția/disponibilitatea de a testa, pe cheltuiala sa, mai multe tipuri de bitum pentru un singur operator economic interesat, astfel încât acesta să aleagă ulterior produsul cu cel mai mare punctaj.

În susținere, aceasta face trimitere la principiul tratamentului egal, care presupune că oricând pe parcursul procedurii de atribuire să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți, la jurisprudența CJUE – *Cauza C-199/07 Comisia vs. Grecia, paragraf 37-45,* unde s-a reținut că principiul egalității de tratament are drept semnificație faptul că ofertanții, chiar potențiali, trebuie să se afle în general pe o poziție de egalitate și să dispună de aceleași șanse în legătură cu formularea termenilor cererilor lor de participare sau a ofertelor lor.

Totodată, arată că o statuare similară a fost dată de către CJUE și în *Cauza C-16-98 Comisia vs. Franța,* în care s-a reținut că principiul egalității de tratament se aplică nu doar firmelor care au participat efectiv la procedura de atribuire, dar, de asemenea, și pentru cei care speră să participe.

Pentru a se evita încălcarea acestui principiu la nivelul documentației de atribuire, în fișa de date (*pct. III.1.3.a – Capacitatea tehnică și/sau profesională*) și în caietul de sarcini (*pct. 10)* s-a precizat: *„operatorii economici interesați trebuie să pună la dispoziția autorității contractante trei eșantioane (probe) din bitumul 50/70 care va fi ofertat în cadrul procedurii (...)*", eșantioanele urmând a fi sigilate în trei cutii metalice, etanșe și *„costurile pentru aceste determinări vor fi suportate de autoritatea contractantă".*

Deși cerința este clară, în sensul depunerii spre testare a produsului (unul singur) ce urmează a fi ofertat în procedură, astfel încât toți potențialii ofertanți să se afle pe poziții de egalitate și astfel să beneficieze de șanse egale pentru a deveni contractanți, apreciază că în cauză a fost încălcat principul tratamentului egal încă din faza de testare, când potențialului ofertant SC ... SA i s-a permis și acceptat, în 05.01.2024, să depună alte două noi seturi de eșantioane după ce în 22.12.2023 depusese deja un set de eșantioane spre testare.

Așadar, acestui potențial ofertant i s-au testat de către autoritatea contractantă 3 tipuri de produse, i s-au comunicat rapoarte de încercare pentru fiecare dintre aceste 3 tipuri de produse, astfel că în momentul pregătirii ofertei sale SC ... SA a avut avantajul de a alege care din cele 3 produse testate le va include în oferta sa.

În opinia petentei, acest avantaj/favorizare înlătură orice poziție de egalitate între ea și SC ... SA și încalcă atât principiul egalității de tratament, cât și documentația de atribuire, și califică oferta SC ... SA ca fiind neconformă.

Tot raportat la faptul că SC ... SA a depus în oferta sa două rapoarte de încercare, unul pentru ... Ungaria și unul pentru ... – ... rezultă că, în cauză, s-a încălcat din nou principiul egalității de tratament, întrucât în mod evident ofertantul avea șanse duble pentru a deveni contractant.

În opinia petentei, Asociarea ... SA - ... SRL a fost declarată câștigătoare cu încălcarea principiului egalității de tratament, context în care, față de dispozițiile legale invocate și față de cerința documentației de atribuire, oferta depusă de SC ... SA este neconformă și se impune a fi înlăturată.

Totodată, consideră că, în cauză, a fost încălcat și principiul transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu i s-a permis accesul la întregul dosar de procedură motivat de faptul că SC ... SA ar fi declarat confidențiale întraga sa propunere tehnică și financiară, cu toate că, potrivit raportului procedurii și contrar dispozițiilor art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și a celor menționate în pct. IV.4.3. din fișa de date, SC ... nu a depus împreună cu oferta dovada care le conferă caracterul de confindețialitate, fapt care atrage înlăturarea caracterului confidențial.

În conculzie, având în vedere cele mai sus expuse, contestatoarea solicită admiterea contestației.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 13700/05.03.2024, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, prin care solicită respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată și obligarea contestatoarei la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

În vederea determinării factorului de calitate privind adezivitatea, s-a prevăzut obligația de a prezenta, la sediul autorității contractante, cu cel puțin 25 de zile înainte de data limită stabilită în documentație, trei eșantioane (probe) din bitumul ofertat, urmând ca autoritatea contractantă, în baza contractului încheiat cu un laborator independent, să testeze adezivitatea produselor depuse, iar costurile urmau să fie suportate exclusiv de către acesta.

Tot în documentația de atribuire s-a prevăzut că autoritatea contractantă, ulterior testării produselor depuse de ofertanți, va comunica rezultatul obținut fiecăruia dintre agenții economici implicați în procedură astfel încât aceștia să fie în măsură să includă în oferta lor rezultatul testelor de laborator în vederea determinării punctajului pentru factorul adezivitate.

Toate aceste etape sunt descrise cu claritate în cuprinsul fișei de date a achiziției, pct. III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională,

Informații și/sau nivel(uri) minimm(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Pentru contractele de achiziție de bunuri: eșantioane, descrieri sau fotografii, fără certificate de autenticitate, precum și la pct. 10 - Procedura pentru determinarea adezivității bitumului rutier 50/70 din caietul de sarcini.

I. Cu titlu prealabil, învederează că prin contestația formulată nu s-a solicitat și anularea comunicării rezultatului procedurii cu nr. 161/19.02.2024, deși acest lucru s-ar fi impus în condițiile în care una dintre solicitările contestatoarei este obligarea autorității contractante să reevalueze oferta depusă de către Asociarea ... SA - ... SRL, ofertant care a fost declarat ca fiind câștigător al procedurii prin raportul procedurii nr. 160/19.02.2024.

II. În ceea ce privește criticile:

A) că ofertantul SC ... SA a fost declarat câștigător cu încălcarea documentației de atribuire și a Legii nr. 98/2016, în special a principiului tratamentului egal;

B) că în cauză a fost încălcat și principiul transparenței, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, întrucât contestatoarei nu i s-a permis accesul la întregul dosar,

consideră că niciuna dintre aceste critici nu este justificată, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, cu cheltuieli de judecată.

A) În ceea ce privește principiul tratamentul egal, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, consideră că a fost pe deplin respectat în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că a respectat principiile transparenței și tratamentului egal, iar contestatoarea avea dreptul, dacă dorea sau avea posibilitatea comercială, să depună pentru mai multe produse ofertate, bitum provenind de la mai mulți producători, nu doar de la unul singur, de la ... ..., setul de 3 eșantioane.

Autoritatea contractantă precizează că și societatea contestatoare a încărcat în cadrul procedurii de achiziție propuneri tehnice și documente pentru aceiași trei producători pentru care a încărcat și celălalt ofertant (contestat) care vizează producătorul ... ... SA, ..., și ... ...).

Autoritatea contractantă mai arată că în practică judiciară s-a statuat că a fost respectat principiul tratamentului egal în cazul în care autoritatea contractantă a permis ofertanților să depună și alte documente (în completare) pentru justificarea prețului (Curtea de Apel Cluj, Dec. 5704/24.11.2017, în Culegere de decizii pe anul 2017, spetă rezumată de jud. Bogdan George Zdreghea, Ed. Universul Juridic, 2018).

De asemenea, consideră că, dacă autoarea contestației avea dubii în privința numărului de seturi de eșantioane pe care intenționa să le depună, avea dreptul să solicite clarificări în acest sens, lucru pe care nu l-a făcut în conformitate cu dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 103 alin. (1) din Normele metodologice.

Mai mult decât atât, dacă sunt îndeplinite condițiile legale sub aspectul admisibilității acțiunii, operatorul economic interesat putea

formula și o contestație în legătură cu documentația de atribuire sau eventualul răspuns al autorității contractante la solicitarea sa de clarificări, cu respectarea termenului prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În cazul în care operatorul economic nu a procedat astfel și atacă abia ulterior raportul procedurii și/sau, după caz, actele și operațiunile administrative conexe prin care se consemnează modalitatea de evaluare și rezultatele evaluării propunerilor financiare depuse în procedură, el suportă riscul să fie respinse ca tardive eventualele critici ce privesc în esență chiar cerințele din documentația de atribuire, în funcție de care trebuiau formulate ofertele.

Având în vedere că societatea contestatoare nu a solicitat nicio clarificare cu referire la procedura de determinare a adezivității produsului ofertat (bitum), în special în privința numărului de seturi de eșantioane, iar pe de altă parte, prin întreaga documentație de atribuire nu a fost exclusă posibilitatea ca un ofertant să se prezinte la procedura de achiziție cu două sau mai multe produse (bitum provenit de la doi la mai mulți producători), iar prin această măsură în niciun caz nu se pune problema favorizării unuia sau altuia dintre ofertanți, autoritatea contractantă consideră că a fost pe deplin respectat principiul tratamentului egal.

Societatea contestatoare avea posibilitatea să prezinte, în cadrul ofertei sale, mai multe oferte de bitum provenit de la doi sau mai mulți producători, însă acesta s-a limitat la a se prezenta în procedura achiziție cu un singur produs, acela provenit de la un producător cu privire la care nu există nicio garanție/certitudine că o să fie în măsură să asigure livrarea cantităților de care are nevoie autoritatea contractantă, nu înseamnă că, în speță, a fost încălcat vreunul dintre principiile impuse de alin. (2) al art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Din contră, consideră că prin posibilitatea legală ca unul sau mai multi ofertanți să vină și să prezinte în cadrul procedurii de atribuire mai multe produse, provenite de la producători diferiți, cu respectarea prevederilor caietului de sarcini, nu a fost determinată apariția niciunui avantaj în favoarea unui ofertant/candidat, ci s-au creat premisele ca autoritatea contractantă să aibă posibilitatea să selecteze cel mai potrivit produs dintre cele ofertate, prin raportare la criteriul de atribuire indicat în caietul de sarcini, în acord deplin cu prevederile art. 187 din Legea nr. 98/2016.

Așadar, consideră că nu sunt întemeiate susținerile contestatoarei cu privire la faptul că nu s-a respectat principiul tratamentului egal, în sensul că declararea ofertantului câștigător s-a făcut cu încălcarea documentației de atribuire și a Legii nr. 98/2016, în condițiile în care doar după determinarea adezivității bitumului de către laboratorul independent aceștia sunt în măsură să încarce rezultatul în propria

propunere tehnică în procedură, iar pe baza acestor valori se poate determina punctajul fiecărui ofertant pentru adezivitatea bitumului față de agregatele naturale folosite în lucrări.

Chiar dacă Asocierea SC ... SA - ... SRL a depus pentru efectuarea determinării adezivității bitumului eșantioane de la trei producători, iar ulterior a încărcat propunerea tehnică două dintre rezultate, nu înseamnă că a avut șanse duble, deoarece prin Declarația pe propria răspundere privind locul de încărcare al bitumului la producător și-a asumat fără echivoc livrarea bitumului produs de ... Ungaria pe întreaga perioadă de derulare a contractului. Ori prin aceasta Asocierea a indicat cât se poate de clar proveniența produsului pe care îl ofertează în cadrul procedurii, astfel că doar această ofertă a fost analizată de către autoritatea contractantă.

În aceste condiții, consideră că jurisprudența Curții de la Luxemburg invocată de contestatoare (Cauza C-199/07) nu este incidentă, pentru că instanța nu face decât să confirme că principiile egalității de tratament și ale transparenței presupun, în special, că ofertanții trebuie să fie pe picior de egalitate atât atunci când își pregătesc ofertele, dar și atunci când sunt evaluați de către autoritatea contractantă (cu trimitere la Hotărârile din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, Cauza C-19/oo, Rec. p. 1-7725, pct. 34, din 16 decembrie 2008, Hotărârea Michaniki, Cauza C-213/07, Rec. p. 1-9999, pct. 45, si din 12 noiembrie 2009, Comisia/Grecia, C-199/ 07, Rec. p. 1-10669, pct. 37).

Autoritatea contractantă învederează că și în această speță Curtea a statuat că, chiar și presupunând că cerința referitoare la furnizarea de cantități garantate bazată pe „funcția de răspuns în frecvență" ar fi putut fi menționată cu mai multă claritate în documentele contractuale, nu se poate presupune că această pretinsă lipsă de claritate ar fi cauză a inegalității de tratament între ofertanți.

Cât privește hotărârea C.J.U.E. (Cauza C-16/98) la care face referire contestatoarea, arată că din însăși descrierea făcută în cadrul contestației rezultă fără echivoc că aceasta nu are nicio legătură cu prezenta speță, întrucât agentul economic care contestă respectarea principiului egalității de tratament nu este un potențial ofertant, ci chiar unul care a participat efectiv la procedura de atribuire.

De asemenea, consideră că sunt lipsite de fundament și criticile ce vizează costurile aferente determinării valorii caracteristicii „adezivitate", cu referire la faptul că autoritatea contractantă nu și-ar fi asumat obligația/manifestat intenția/disponibilitatea de a testa pe cheltuiala sa mai multe tipuri de bitum pentru un singur operator economic interesat, întrucât:

1) pe de o parte, în cuprinsul caietului de sarcini, la pct. 10 - Criteriul de atribuire, se prevede în mod expres că autoritatea contractantă va suporta costurile pentru determinarea caracteristicilor generale ale agregatelor, în conformitate cu standardul SR EN 932-

2:2003, ceea ce echivalează cu asumarea obligației la care face referire contestatoarea;

2) pe de altă parte, autoritatea contractantă și-a manifestat în mod expres intenția/disponibilitatea de a suporta costurilor și în cazul unor testări multiple, prin simplul fapt al achitării contravalorii tuturor operațiunilor de laborator.

Autoritatea contractantă este de părere că, dacă nu ar fi procedat în acest fel și nu ar fi înțeles să suporte costurile pentru eșantioane multiple, singura persoană interesată să critice acest aspect ar fi fost ofertantul în cauză, nicidecum un contraofertant.

B) În ceea ce privește pretinsa încălcare a principiului transparenței, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, pe motiv că nu i s-a permis contestatoarei accesul la întregul dosar al procedurii de achiziție, autoritatea contrcatantă susține că nici această critică nu este întemeiată, având în vedere că acest principiu presupune, în esență, punerea la dispoziția celor interesați a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

În paralel cu respectarea principiului transparenței, autoritatea contractantă trebuie să respecte și principiul confidențialității, care presupune garantarea protejării secretului comercial și a dreptului de proprietate intelectuală a ofertantului, pentru evitarea actelor de concurență neloială și evitarea impunerii de solicitări abuzive.

Sub acest aspect menționează că, prin Declarația privind părțile/informațiile din ofertă care au caracter confidențial, ofertantul SC ... SA, pentru a nu i se aduce prejudicii intereselor sale legitime în ceea ce privește secretul comercial, declară ca fiind confidențiale paginile 1-105 din propunerea tehnică și paginile 1-15 din propunerea financiară, justificarea fiind făcută cu trimitere la faptul că acestea reprezintă informații comerciale și tehnice specifice societății, fiind, totodată, grevate de clauze de confidențialitate conform contractelor încheiate cu furnizorii săi.

Ca urmare a formulării celei de-a doua cereri de acces la întregul dosar al procedurii de achiziție, autoritatea contractantă susține că a solicitat SC ... SA, prin adresa nr. 1467/21.02.2024, acordul pentru accesul contestatoarei la propunerea tehnică și cea financiară.

Prin răspunsul comunicat prin adresa nr. 1495/2202.2024, ofertantul a precizat că paginile 81-92 (pag. 105-116 din dosar) din propunerea tehnică conțin date cu caracter personal, la fel și documentul „Angajament livrare bitum" (pag. 468-471 din dosar), iar pagina 7 (pag. 463 din dosar) din propunerea financiară - „Declarație pe propria răspundere privind valoarea profitului", inclus în propunerea financiară, conține elemente privind modul de alcătuire a prețului.

În acest context, autoritatea contractantă învederează că, potrivit art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

De asemenea, învederează că art. 217 alin. (6) din același act normativ statuează că, prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost.

Față de cele arătate, autoritatea contractantă consideră că a respectat întrutotul și principiul transparenței, cu limitările la care a făcut referire mai sus, iar contestatoarea nu avea dreptul să primească acces la documentele precizate de SC ... SA, prin adresa nr. 1495/22.02.2024, care conțin date cu caracter personal și elemente privind modul de alcătuire a prețului, informație exclusă de la liberul acces al celorlalți ofertanți.

Față de cele arătate, solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca fiind neîntemeiată, cu cheltuieli de judecată.

Prin cererea de intervenție formulată de Asocierea SC ... SA – ... SRL se solicită admiterea acesteia și respingerea contestației.

Preliminar, intervenienta face precizarea că a fost declarată câștigătoare a prezentei proceduri, astfel că are interes în formularea cererii de intervenție, atât în interes propriu, cât și în interesul autorității contractante.

În ceea ce privește critica ce vizează faptul că SC ... SA a depus eșantioane pentru bitum ce provin de la 3 producători, cu încălcarea principiului tratamentului egal, astfel că ar fi trebuit declarată neconformă, consideră ca susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate, întrucât solicitarea autorității contractante de a se prezenta eșantioane pentru Bitum se regăsește la Punctul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, solicitare care se regăsește și la procedura pentru determinarea adezivității bitumului rutier 50/70, de la pagina 7 din caietul de sarcini.

Astfel, solicită observarea ca nu este impusă nicio cerința cu privire la punerea la dispoziția autorității contractante a eșantioanelor de bitum de la un singur producător, fiecare ofertant sau asociere pregătindu-și oferta așa cum crede de cuviință.

De asemenea, învederează că la prezenta procedură SC ... SA a participat în asociere cu SC ... SRL, fiind vorba despre doi asociați, nu despre un singur agent economic.

Intervenienta apreciază că modul în care contestatoarea a înțeles sa își pregătească oferta nu poate reprezenta un motiv de contestație, cu atât mai mult cu cât nu a transmis nicio solicitare de clarificare în sensul celor de invocate în contestație.

În opinia sa, contestatoarea ar fi putut invoca încălcarea principiului tratamentului egal în măsura în care aceasta ar fi depus eșantioane de la mai mulți producători, iar autoritatea contractantă nu ar fi dispus determinarea adezivității pentru toate eșantioanele depuse, iar în cazul ofertei depuse de Asocierea SC ... SA – ... SRL ar fi acceptat testarea tuturor eșantioanelor.

Având în vedere că autoarea contestației nici nu a transmis vreo solicitare de clarificare și a decis să depună eșantioane de la un singur producător, iar „regulile, cerințele, criteriile” au fost identice pentru toți operatorii, nu poate fi primită critica invocată în contestație.

Autoritatea contractantă nu avea nici dreptul și nici obligația de a-i spune câte eșantioane de bitum sa depună, nici nu putea refuza efectuarea determinărilor pentru eșantioanele depuse de la mai mulți producători.

Împrejurarea că Asocierea ... SA – ... SRL a depus pentru efectuarea determinării adezivității bitum de la mai mulți producători nu înseamnă ca avea șanse duble, deoarece în cadrul ofertei depuse exista *Declarația pe propria răspundere privind locul de încărcare al bitumului la producător*, prin care și-a asumat că va livra bitum produs de ... Ungaria pe întreaga perioada de desfășurare a contractului.

Așadar, chiar dacă a depus eșantioane de la mai mulți producători, susține că a specificat în mod neechivoc producătorul și locul de încărcare al bitumului ofertat.

Întrucât rezultatul adezivității obținut după efectuarea determinărilor pe toate eșantioanele depuse atât de contestatoare, cât și de Asocierea SC ... SA – ... SRL, nu a avut influență în stabilirea clasamentului final, intervenienta consideră că, în fapt contestatoarea nu are șansă reală de a fi declarată câștigătoare, astfel că nu justifică un interes născut, legitim și actual în a critica decizia autorității contractante, aceasta clasându-se pe locul secund, ca urmare a prețului ofertat și nu ca urmare a rezultatului adezivității.

Având în vedere că între prețul ofertat de Asocierea SC ... SA – ... SRL și prețul ofertat de contestatoare este o diferență de 206 lei/tonă și raportat la factorii de evaluare și ponderea acestora, consideră că singura varianta în care contestatoarea ar fi putut câștiga procedura era ca rezultatul adezivității obținut de bitumul ofertat de Asocierea SC ... SA – ... SRL să fie fost sub 80%.

Cum rezultatele adezivității pentru toate eșantioanele depuse de Asocierea SC ... SA – ... SRL au fost peste 80%, apreciază că este evidentă lipsa de interes a contestatoarei, reiterând că nu există nicio

variantă în care aceasta să fie declarată câștigătoare, cu excepția situației în care oferta depusă de Asocierea ... SA – ... SRL este declarată neconformă.

În ceea ce privește solicitarea de a se declara neconformă oferta depusă de Asocierea ... SA – ... SRL, solicită Consiliului să aibă în vedere dispozițiile art. 137 alin. (3) din HG 395/2016, oferta neîncadrându-se la niciuna dintre situațiile prevăzute mai sus, astfel că susținerea contestatoarei este considerată că neîntemeiată.

În ceea ce privește accesul societății contestatoare la întreaga documentație depusă de Asocierea ... SA - ... SRL, învederează solicitarea acesteia de a fi considerate confidențiale doar anumite părți din oferta depusă, părți care conțin date cu caracter personal și corespondențe comerciale cu furnizorii, ce intră sub incidența secretului comercial.

Astfel, consideră corectă abordarea autorității contractante în sensul limitării accesului contestatoarei la aceste documente, nefiind încălcat principiul transparenței, evitându-se doar aflarea unor date și informații confidențiale și cu caracter personal de către aceasta.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 14400/08.03.2023, contestatoarea a depus răspuns față de punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, prin care precizează că petitele contestației formulate se referă și la anularea tuturor actelor subsecvente raportului procedurii, apreciind ca nefiind necesară menționarea expres a anulării comunicării rezultatului procedurii cu nr. 161/19.02.2024.

Contestatoarea învederează că autoritatea contractantă susține greșit că și-a *„manifestat în mod expres intenția/disponibilitatea de a suporta costurile și în cazul unor testări multiple”*, având în vedere că niciunde în cuprinsul documentației de atribuire nu se regăsește această precizare.

Totodată, arată că în documentația de atribuire se precizează în mod clar că se va prezenta un set de eșanțioane din bitumul care se va oferta și care va primi punctaj pentru adezivitate. Analizând cerința în sens invers în procedură este clar că pentru calculul punctajului final era nevoie de o singură valoare a adezivității, deci se impunea a fi depus spre testare un singur produs, un singur set de eșantioane.

Apoi, testările pentru determinarea adezivității s-au efectuat pe cheltuiala autorității contractante, însă cum autoritatea contractantă este o instituție publică ce funcționează pe fonduri de la bugetul local, rezultă că se impunea eliminarea oricărei cheltuieli inutile cu testarea unor produse ce nu vor fi ofertate.

Ofertantul (*sau potențialul ofertat întrucât la momentul trimiterii produselor spre testare încă nu aveau calitatea de ofertanți*) avea posibilitatea să testeze singur, pe propria cheltuială și la un laborator ales de el, câte produse ar fi dorit, iar apoi să trimită autorității spre testare, în procedură, produsul cel pe care îl considera ca fiind cel mai potrivit din punct de vedere al adezivității, urmând ca apoi să își asume

oferta pe unicul produs trimis spre testare, împreună cu raportul de încercări comunicat de către autoritate.

Întrucât atât documentația de atribuire, cât și dispozițiile legale incidente au fost încălcate încă din faza trimiterii spre testare a produselor, rezultă că nu sunt relevante rezultatele/valorile obținute de produsele trimise spre testare de către ofertantul declarat câștigător.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante că SC ... SRL a prezentat în licitație un produs fabricat de către ... pentru care nu există garanția livrărilor, aspect ce ar reieși din documentele prezentate de către ofertantul declarat câștigător, sens se face trimitere la o altă declarație privind locul de încărcare (*alta decât cele prezentate de ofertantul declarat câștigător pentru producătorii ... Ungaria și ...*), rezultă astfel că ofertantul declarat câștigător a depus în oferta sa 3 declarații privind locul de încărcare a bitumului ce se va livra în contract, câte una pentru fiecare producător testat, ceea ce poate fi așadar considerată ofertă alternativă.

Contestatoarea reiterează că nu a avut acces la aceste documente ale ofertantului declarat câștigător, întrucât autoritatea a secretizat aceste documente fără ca ofertantul declarat câștigător să prezinte dovada confidențialității lor, însă precizează că din documentele pe care le deține, primite de la rafinăria ..., rezultă că această rafinărie nu intră sub sancțiunile UE raportate la Rusia, întrucât nu este deținută în procent mai mare de 50% de către societăți sau persoane cu legătură cu statutul rusesc, iar petrolul folosit în rafinărie nu provine din Rusia.

După depunerea contestației, SC ... SRL a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de ….,00 lei, prin recipisa de consemnare nr. …, emisă de CEC BANK – Sucursala B...

Cauţiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) - (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, ... SA a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „bitum rutier 50/70 și 70/100, conform SR EN 12591:2009 și Normativ AND 605-2016”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../13.12.2023, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 22.435.000,00 lei, fără TVA iar criteriul de atribuire a fost stabilit ca fiind *„cel mai bun raport calitate preț”*, cu factorii de evaluare: prețul ofertei - pondere de 70%,

factorul calitate adezivitate – pondere 25% și termenul de livrare – pondere 5%.

Conform procesului-verbal de deschidere și vizualizare a ofertelor nr. 89/31.01.2024 și declarației de participare publicată în SEAP în data de 31.01.2024, au fost depuse două oferte, respectiv de către SC ... SRL și de către Asocierea ... SA – ... SRL.

Conform raportului procedurii nr. 160/09.02.2024, oferta depusă de SC ... SRL s-a clasat pe locul 2, cu 95,23 puncte, câștigătoare fiind oferta depusă de Asocierea ... SA – ... SRL cu 100 puncte, care a obținut punctajul maxim pentru fiecare dintre factorii de evaluare.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, în care critică oferta declarată câștigătoare.

Forul administrativ-jurisdicțional constată și primirea cererii de intervenție voluntară înregistrată la Consiliu cu nr. 13894/06.03.2016, aparținând SC ... SA, la analiza condițiilor de formulare a căreia, în raport cu prevederile în vigoare ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, se observă admisibilitatea în principiu:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

SC ... SA are calitate de ofertantă câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție, formulată în interiorul termenului de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (01.03.2024), calculat potrivit art. 5 din legea remediilor. Interesul intervenientei de a își păstra poziția și de a semna contractul care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.). Din parcurgerea cuprinsului cererii intervenientei, se vădește că este în sensul sprijinirii poziției autorității contractante, fără nicio pretenție proprie, cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante.

Cu titlu preliminar, SC ... SRL aduce critici limitării accesului ei la documentele ce formează oferta Asocierii ... SA – ... SRL, declarate de aceasta confidențiale. Cu toate că aduce respectivele critici, autoarea contestației nu solicită Consiliului dispunerea vreunei măsuri în sarcina pârâtei ... SA, vizavi de presupusul act al său de limitare a accesului, încadrabil la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016:

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori **refuzul** de a emite un act sau **de a efectua o anumită operațiune**, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

Așadar, societatea SC ... SRL aduce respectivele critici fără a solicita Consiliului să dispună vreo măsură în sarcina autorității pe marginea lor, în acord cu art. 2 alin. (1) din același act normativ:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate **solicita** anularea actului, **obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere**, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Principiul disponibilității guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. În acord cu art. 22 alin. (6) C. proc. civ., *„[j]udecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele învestirii, în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel”*, prevedere care coroborată cu principiul disponibilității îi interzice Consiliului să oblige ... SA la asigurarea accesului contestatorului la toate documentele ofertei adverse, *câtă vreme obiectul contestației nu include un asemenea capăt de cerere*.

A nu se omite că *inclusiv societatea reclamantă a atenționat că informațiile din oferta sa tehnică și financiară sunt confidențiale*, fără a depune, ea însăși documente în acest sens. Invocarea prevederilor art. 9.1 din contractul încheiat cu furnizorul („9.1.2. Nicio parte contractantă nu are dreptul de a dezvălui termenii contractului unei părți sub sancțiunea rezilierii contractului și a plății sumelor compensatorii.”) nu reprezintă o dovadă a confidențialității întregii propuneri tehnice și financiare a contestatoarei, ci doar a contractului în cauză.

Prin urmare, nici contestatoarea nu a făcut dovada confidențialității în întregime a ofertei sale tehnice și financiare, ci doar a unui document din aceasta și anume a contractului de furnizare încheiat cu ... j.s.c. Novi Sad, iar o derogare în ceea ce privește concurenta sa ar reprezenta tocmai un dublu standard din partea Consiliului. Conform celor consemnate în raportul procedurii, pct. 2.4.8, contestatoarea a precizat ca fiind confidențiale propunerea tehnică, în integralitatea sa, și propunerea financiară, în integralitatea sa.

După cum a statuat și Curtea Constituțională, se impune ca autoritățile contractante, Consiliul și instanțele de judecată să nu divulge informații care ar putea denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, *fie în cadrul unor proceduri ulterioare*. Există o **prezumție generală** potrivit căreia accesul la oferte aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților. Procedura din fața Consiliului **nu poate fi transformată într-un mijloc care să aibă drept scop consultarea de către contestator a înscrisurilor din ofertele concurenților**, întrucât ar rupe echilibrul și ar crea avantaje concurențiale incorecte. Ține de interesul **privat** faptul că accesul la documentele declarate confidențiale s-ar putea dovedi necesar pentru formularea apărării în cadrul unei acțiuni și **nu poate constitui un interes public superior care să justifice divulgarea informațiilor**. Aceste aprecieri aparțin Curții în Decizia nr. 610 din 30 septembrie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1.184 din 14 decembrie 2021.

În ceea ce privește criticile referitoare la declararea câștigătoare a ofertei Asocierii ... SA – ... SRL, acestea vizează faptul că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile documentației de atribuire și a permis acestei ofertante să depună mai multe seturi de mostre în vederea determinării adezivității.

În soluționarea acestei critici, Consiliul are în vedere prevederile fișei de date, pct. III.1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, conform cărora:

«Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

Pentru contractele de achiziție de bunuri: eșantioane, descrieri sau fotografii, fără certificate de autenticitate

Modalitatea de indeplinire:

Operatorii economici interesați trebuie să puna la dispoziția autorității contractante trei eșantioane (probe) din bitumul 50/70 care va fi ofertat în cadrul procedurii, prin predarea acestora la sediul din Timișoara, str. Eternității nr. 45, de luni până vineri, între orele 08:00 – 15:00, cu excepția sărbătorilor legale.

Termenul limită de predare a eșantioanelor este cu 25 de zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor pe SEAP.

Prelevarea eșantioanelor se va face conform SR EN 58:2021 „Bitum și lianți bituminoși. Eșantionarea lianților bituminoși".

Eșantioanele vor fi sigilate in trei cutii metalice, etanșe, în cantitate de 1 Kg fiecare, iar pe cutii vor fi atașate etichete care trebuie să

conțină cel puțin următoarele informații:

-Tip bitum;

-Producător;

-Furnizor;

-Data fabricației;

-Data și ora eșantionării;

-Funcție, nume și prenume persoană care a prelevat eșantioanele.

-Adresa email (pentru trimiterea rezultatelor)".

Aceste prevederi sunt cuprinse și în ultima pagină a caietului de sarcini la pct. „Procedura pentru determinarea adezivitatii bitumului rutier 50/70».

Însă pe lângă aceste prevederi, în caietul de sarcini există prevederi cu privire la analiza eșantioanelor depuse de potențialii ofertanți, care nu fac parte și din fișa de date, respectiv:

«Pentru fiecare ofertant care prezintă, în termenul specificat, eşantioanele de bitum, autoritatea contractantă va efectua determinarea adezivităţii la laboratorul de încercări autorizat al Facultăţii de Construcţii din Timişoara. Determinarea adezivităţii se va face folosind eşantionul de bitum al ofertantului şi eşantionul de agregat natural folosit în lucrări. Menţionăm că agregatele naturale folosite în lucrări sunt agregatele contractate şi achiziţionate de autoritatea contractantă, de la producătorul ...SRL din cariera ... II, jud. .... Autoritatea contractantă va preleva eşantioane de agregat natural cu care se vor efectua determinările şi probele martor, conform SR EN 932-2:2003 „Încercări pentru determinarea caracteristicilor generale ale agregatelor. Metode de reducere a unui eşantion de laborator". Costurile pentru aceste determinări vor fi suportate de autoritatea contractantă.

Rezultatele obţinute vor fi trimise fiecărui ofertant pe adresa de email declarată, cel mai târziu cu 3 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, iar rezultatele vor fi încărcate de operatorii economici în propunerea tehnică din procedură. Pe baza acestor valori va fi determinat punctajul fiecărui ofertant pentru adezivitatea bitumului faţă de agregatele naturale folosite în lucrări.

În situaţia în care adezivitatea bitumului livrat de către operatorul economic care a câştigat licitaţia, nu îndeplineşte condiţia de adezivitate prevăzută în AND 605-2016 (80%), autoritatea contractantă va proceda, pe baza raportului de încercări emis de laboratorul autorizat, la efectuarea tuturor demersurilor necesare pentru ca produsul să corespundă cerinţelor normativului AND 605-2016. Costurile ce presupun desfăşurarea acestor demersuri sunt determinate de:

- achiziţia de aditivi de adezivitate;
- determinări specifice de laborator pentru stabilirea cantităţilor şi tipului necesar de aditiv pentru bitum
- folosirea limitată a tancurilor de bitum de la staţia de asfalt, deoarece poate ii folosit doar tancul dotat cu agitator necesar la omogenizarea aditivului;
- costuri suplimentare cu energia la transferul bitumului intre tancuri pentru omogenizare;
- scăderea productivităţii de mixturi asfaltice.

Toate aceste costuri suplimentare vor fi suportate de către furnizor şi vor fi deduse din sumele datorate de AC, conform prevederilor contractuale. »

Prin urmare, conform acelor prevederi inserate atât în fișa de date, cât și în caietul de sarcini, viitorii ofertanți aveau obligația de a depune eșantioane ale produsului care urma să fie ofertat.

Nu este prevăzut în mod expres o limitare a numărului de produse pentru care se face o astfel de verificare.

Pe de altă parte, parametrul „adezivitate" este în strânsă relație cu caracteristicile agregatelor naturale care trebuie legate. Concret, parametrul „adezivitate" trebuie să fie determinat raportat la agregatele naturale care vor fi folosite în prepararea mixturilor asfaltice. Prin urmare, chiar dacă producătorul ar emite un buletin de analiză al acestui parametru nu ar fi relevant, întrucât nu ar fi fost determinat în condițiile în care autoritatea contractantă va fabrica mixturile asfaltice și anume la parametrii agregatelor naturale utilizate, respectiv achiziționate de la producătorul ...SRL din cariera ... II, jud. ....

În consecință, există cvasi-certitudinea că producătorii de bitum avuți în vedere de potențialii ofertanți ai acestei proceduri nu au efectuat determinări ale parametrului adezivitate raportat la agregatele naturale din cariera ... II, jud. .... În acest context, trebuie apreciată inițiativa autorității contractante de a înlesni analiza parametrului în cauză, în

cadrul unui laborator cu care are contract, în care să se analizeze toate probele care urmează să fie ofertate.

Prezumând buna credință a ofertanților, principiu de bază în achizițiile publice, Consiliul are în vedere că există probabilitatea ca un potențial ofertant să nu cunoacă valoarea parametrului adezivitate al produsului pe care intenționează să-l oferteze. Având în vedere că la procedură au participat doar furnizori, nu și producători, limitarea la un singur set de probe (un singur produs) este de natură a crea un dezavantaj ofertanților care pot oferta produsele mai multor producători, întrucât nu ar putea testa decât un singur produs și nu ar putea oferta în cunoștință de cauză cel mai bun produs din portofoliu. Aceasta ar fi un dezavantaj nu doar pentru producători, ci și pentru interesul public, reprezentat prin autoritatea contractantă , care nu ar mai avea posibilitatea de a achiziționa produsul care corespunde cel mai bine scopurilor sale, și anume produsul cu adezivitatea cea mai mare, din cauză că, limitând numărul de probe la un singur produs, vor rămâne produse care pot fi ofertate, dar care nu au fost analizate din punct de vedere al parametrului adezivitate.

În aceste cazuri, Consiliul consideră că devin incidente prevederile art. 1 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „În procesul de realizare a achiziţiilor publice orice situaţie pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, denumită în continuare Lege”.

În acest sens, Consiliul mai are în vedere și faptul că, așa cum rezultă din prevederile caietului de sarcini de mai sus, o ofertă nu este respinsă nici dacă produsul ofertat nu îndeplinește cerința privind adezivitatea de 80%. Prin urmare, ar fi evident disproporționată o decizie de respingere a unei oferte, doar pentru faptul că, în pregătirea ofertei, operatorul economic respectiv (care la acea dată nu era ofertant, ci doar„potențial ofertant”) a depus pentru analiză probe din 3 produse diferite.

Faptul că toate aceste 3 produse au fost analizate de laboratorul cu care autoritatea contractantă era în relații contractuale nu reprezintă încălcarea principiului tratamentului egal. Acest principiu s-ar fi încălcat dacă pentru ... SA ar fi fost analizate 3 produse, iar contestatoarei i s-ar fi refuzat analiza mai mult de un singur produs, ceea ce nu s-a întâmplat.

În ceea ce privește faptul că autoritatea contractantă a plătit analiza tuturor analizelor solicitate de potențialii ofertanți, acesta este un subiect care nu face obiectul examinării Consiliului. Oricum, orice autoritate contractantă are numai de câștigat în condițiile în care o procedură de atribuire inițiată de ea captează atenția cât mai multor ofertanți, iar produsele ofertate sunt de o bună calitate. Un „sacrificiu”, de cca 1400 lei (conform procesului-verbal de recepție nr. 541/19.01.2024 – pag. 86 din dosarul achiziției) într-o procedură de 22.435.000 lei, reprezintă 0,006% din valoarea estimată, insignifiant, în

condițiile în care a fost stabilit din punct de vedere al calității, un clasament al celor 3 produse pe care Asocierea ... SA, dar și contestatoarea, așa cum se va vedea în continuarea considerentelor prezentei decizii, aveau posibilitatea să le oferteze.

Pentru toate aceste motive, Consiliul consideră că o eventuală decizie de respingere a ofertei Asocierii ... SA – ... SRL pentru singurul motiv că a depus mostre pentru mai multe produse este disproporționată, cu atât mai mult cu cât în documentația de atribuire nu este prevăzută o asemenea sancțiune pentru încălcarea unor prevederi care țin de etape anterioare celei de depunere a ofertei.

În consecință, Consiliul va respinge această critică.

O altă critică din contestație vizează faptul că Asocierea ... SA – ... SRL a depus ofertă pentru două tipuri de produse, respectiv de la furnizori din Ungaria (...), ... și România (... – Năvodari).

Consiliul constată că, într-adevăr în oferta depusă de Asocierea ... SA – ... SRL se găsesc 3 buletine de analiză, pentru fiecare dintre cei 3 producători, precum și documente aparținâd sau emise de ... (pag. 118-145 din dosarul achiziției) și ... (pag. 146-178). De asemenea se găsesc 2 tabele Detalii producător, pentru ... ... SA (pag. 185) și ... (pag. 186).

În același timp la pagina 105-106 din dosarul achiziției se găsește Declarația pe propria răspundere privind încărcarea bitumului la producător, prin care reprezentantul legal al ... SA, lider al Asocierii ... SA – ... SRL – ... SRL declară că ambele sortimente de bitum (bitum 50/70 și bitum 70/100 vor fi încărcate de la producătorul ...L ... din localitatea .... Precizează autorul declarației că acest producător va fi menținut pe întreaga perioadă de desfășurare a contractului.

Deși critică faptul că în propunerea tehnică a depus documente pentru mai mulți producători, Consiliul reține că însăși contestatoarea a procedat în mod similar, respectiv în propunrea sa tehnică se găsesc documente aparținând ... (pag 217-255 din dosarul achiziției), ... (pag. 256-285) și ..., ... (pag. 286–371).

Mai mult, în propunerea tehnică depusă de SC ... SRL se subliniază: „(...) prezentăm alăturat următoarele documente de la **producătorul principal rafinăria ... ... și de la producătorii de rezervă SC ... ... și ... UNGARIA**”.

Consiliul observă că nu există nicio prevedere în documentația de atribuire, potrivit căreia ofertanții trebuie să declare un producător principal și alții „de rezervă”, iar conform HG nr. 395/2016:

Art. 123. - (1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire(...)”.

Art. 124. - (1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.”

Consiliul constată că în această situație, în care în ofertele lor ambii ofertanți au inclus documente pentru produse ale mai multor producători, iar din propunerile tehnice nu reiese produsul ofertat, autoritatea contractantă a respectat pe deplin principiul tratamentului egal și a declarat ambele oferte conforme, considerând că produsul ofertat este cel prevăzut în declarația privind locul de încărcare a bitumului, respectiv ... UNGARIA pentru Asocierea ... SA – ... SRL și ... ... pentru SC ... SRL, produse luate în considerare pentru calcularea punctajul pentru factorul de evaluare adezivitate.

În condițiile în care a declarat conformă oferta depusă de SC ... SRL, deși acest ofertant a prevăzut în ofertă un producător principal și doi producători de rezervă, pentru care a depus documente probatorii, aspect neprevăzut în documentația de atribuire, respingerea ofertei Asocierii ... SA – ... SRL pentru depunerea documentelor referitoare și la alte produse în afara celor ofertate ar fi încălcat flagrant principiul tratamentului egal

Prin urmare, contrar susținerilor contestatoarei SC ... SRL, Consiliul constată că în procesul de evaluare, autoritatea contractantă a respectat principiul tratamentului egal, motiv pentru care va fi respinsă și critica referitoare la ofertarea de către Asocierea ... SA – ... SRL a două produse.

În consecință, fiind respinse toate criticile din contestație, în temeiul art. 26 alin (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... SA.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va admite cererea de intervenție depusă de ... SA.

În cadrul procedurii au formulat cereri privind plata de cheltuieli de judecată atât contestatoarea, cât și autoritatea contractantă.

Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Prin urmare singura care ar avea dreptul la cheltuieli de judecată este partea care câștigătprocesul, respectiv autoritatea contractantă.

Cheltuielile reclamate sunt în cuantum de 9.900 lei, conform facturii nr. BNA0003/04.03.2024, reprezentând „Contract de asistență juridică nr. 2/04.03.2024. Redactare punct de vedere față de contestația formulată de Soc ... SRL, licitație bitum, ce face obiectul dosarului nr. 617/2024 aflat pe rolul CNSC, asistență și reprezentare dosar” și au fost achitate electronic cu referința internă ING Bank NV Amsterdam nr. 256.

În conformitate cu prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă: „Instanţa poate, chiar şi din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaţilor, atunci când acesta este vădit disproporţionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfăşurată de avocat, ţinând

seama şi de circumstanţele cauzei”, Consiliul va reduce cheltuielile de judecată la suma de 5.000 lei, motivat de faptul că onorariul avocațial este vădit disproporţionat în raport cu complexitatea cauzei și cu activitatea desfăşurată de avocat.

Prin urmare, Consiliul va obliga contestatoarea SC ... SRL la plata către autoritatea contractantă ... SA a sumei de 5.000 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Admite cererea de intervenție formulată de SC ... SA.

Obligă contestatoarea SC ... SRL la plata către autoritatea contractantă ... SA a sumei de 5.000 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

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

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

Redactată în 5 exemplare, conţine 22 (douăzeci și două) pagini.