

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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15507/22.03.2023, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în comuna ..., reprezentată convențional prin avocat ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 1856/10.03.2023, documente emise de SC ...SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Bitum rutier 50/70 sau 70/100*”, cod CPV 44113610-4, s-a solicitat:

- *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1856/10.03.2023 și reevaluarea ofertei câștigatoare;*
- *respingerea ofertei câștigatoare ca inacceptabilă, întrucât se întemeiază pe prețul obținut de la furnizorii săi, aspect interzis de art. 165 ind. 1 din HG nr. 395/2016;*
- *anularea adresei nr. 1824/10.03.2023 și obligarea autorității contractante să îi permită accesul la dosarul procedurii.*

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 17656/03.04.2023, SC ...SA, cu sediul în ..., reprezentată legal prin dl. Pănescu Cătălin, în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii de atribuire, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din Codul de procedura Civilă, a formulat cerere de intervenție prin care s-a solicitat admiterea acesteia și respingerea contestației formulată de SC ...SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de a declara admisibilă și câștigătoare oferta depusă de SC ...SA.

În fapt, autoritatea contractantă a organizat o procedură de negociere fără anunț prealabil, în baza Ordinului Inițiator nr. 194/2023, publicat pe site-ul BRM, valoarea estimată a procedurii fiind de 5.800.000 (2900 lei/to, fără TVA).

Procedura a fost câștigată de SC ...SRL, cu un preț de 1998 lei/to, fără TVA, un preț pe care petenta îl consideră nejustificat și neobișnuit de scăzut, deoarece se află sub pragul de 80 % din valoarea estimată a procedurii, oferta SC ...SRL fiind clasată pe locul 2, cu prețul de 2160 lei/to, fără TVA (un preț justificat) de piață.

Contestatoarea învederează Consiliului că oferta câștigătoare reprezintă aproximativ 68 % din valoarea estimată a procedurii, caz în care autoritatea contractantă avea obligația să procedeze la efectuarea de verificări cu privire la prețul neobișnuit de scăzut. În acest sens, aceasta invocă prevederile art. 136 din HG nr. 395/2016, precum și ale art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Aceasta arată că este producător de bitum, deține spații de producție și depozitare proprii, cu o capacitate de 2000 to, o flotă proprie de vehicule de transport formată din 20 de autocisterne și cunoaște foarte bine piața de profil la nivel național și european (www.ecombustibil.ro).

Astfel, apreciază că o ofertă de 1998 lei/to pentru bitum, de la o societate care doar intermediază (cum este firma câștigătoare), nu deține spații de depozitare, nu deține flota proprie și se aprovizionează cu bitum din import sau piața locală (chiar și de la SC ...SRL), nu poate dovedi sustenabilitatea unui astfel de preț la nivelul lunii martie 2023, așa cum a fost cerința autorității contractante.

Totodată, autoarea contestației susține că autoritatea contractantă nu i-a permis studierea dosarului achiziției, motivat de faptul că ofertantul câștigător a declarat oferta sa confidențială, întemeindu-și răspunsul pe dispozițiile Legii nr. 554/2001.

Însă, în opinia sa, autoritatea contractantă greșește, deoarece în cazul achizițiilor publice, este vorba de legislație specială, derogatorie de la dreptul comun (în speță Legea nr. 544/2001) și nici nu se prezintă nicio dovadă a confidențialității.

Petenta susține că nu este interesată de informațiile din dosarul procedurii care conțin date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale, așa cum sunt definite de legislația de profil sau drepturi de proprietate intelectuală aflate în propunerea tehnica/financiară.

Apreciază că autoritatea contractantă avea obligația să verifice dacă oferta câștigătoare conține un secret comercial, așa cum arată OUG nr. 25 din 18 aprilie 2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale

împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, care transpun Directiva Uniunii Europene 2016/943 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale.

Astfel, solicită ca autoritatea contractantă să întreprindă măsuri de verificare, așa cum indică art. 2 din OUG nr. 25/2019, art. 1¹ lit. d) și e) din Legea nr. 11/1991, cu privire la câștigător, pentru a constata și dovedi că oferta întrunește exigențele legale privind secretul comercial sau tehnic.

În acest sens este indicat și art. 3 din Directiva Uniunii Europene 2016/943, precum și jurisprudența în materie.

Pentru a putea avea caracter confidențial, ofertantul ar fi trebuit să depună dovada confidențialității împreună cu oferta sa și nu ulterior, dovadă care să se refere strict la date cu caracter personal, secrete tehnice și comerciale sau informații protejate de un drept de proprietate industrială.

Cu privire la condiția legală referitoare la posibilul drept de proprietate intelectuală care ar proteja oferta câștigătoare, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la efectuarea de verificări în scopul identificării locului unde s-a efectuat depozitul ori înregistrarea sau unde s-a depus cererea de depozit sau înregistrare a dreptului de proprietate intelectuală ce aparține câștigătorului, așa cum prevede art. 2625 din Codul civil.

Aceasta mai precizează că, în condițiile în care Consiliul îi va permite accesul la dosarul achiziției, va formula apărări suplimentare.

...SA a transmis punctul de vedere nr. 2167/30.03.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 17326/30.03.2023, prin care solicită menținerea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 1855/10.03.2023, precum și a raportului procedurii nr. 1854/10.03.2023.

Autoritatea contractantă învederează Consiliului că, pentru a putea estima valoarea contractului privind achiziția de bitum a solicitat oferte de preț celor doi ofertanți, cu care a derulat în ultimii ani acest contract, însă contestatoarea nu a răspuns acestei solicitări, deci a ținut cont de singura ofertă care s-a primit.

Prin urmare, la momentul publicării Ordinului Inițiator și a documentației de atribuire nu a primit nicio solicitare de clarificări de la niciun ofertant cu privire la acest aspect. În fișa de date și caietul de sarcini este descris ce trebuie să conțină propunerea financiară, astfel:

Actul prin care operatorul economic își manifesta voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă, îl reprezintă formularul de oferta. Ofertantul va completa Formularul 6 - Oferta Financiară. Se va completa Centralizatorul de prețuri, respectiv anexa 1 la formularul de ofertă.

Ofertantul va prezenta oferta sa financiară în lei/to, sub următoarea formă:

Preț unitar fără TVA la producător lei/to	Valoare transport lei/to	Preț unitar fără TVA la achizitor lei/to 1+2	TVA lei/to 3x20%	Preț unitar cu TVA la achizitor lei/to 3+4
A	B	A+B		
1	2	3	4	5

Componentele prețului vor fi: A (lei/tonă) + B (lei/tonă) + TVA

A: prețul bitumului la producător în baza declarației producătorului în lei/tonă în luna depunerii licitației atașată la oferta financiară.

B: este fixă, determinată în urma licitației, pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului, în lei/tonă.

Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizorul având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la producător.

Furnizorul are obligația de a prezenta propunerea financiară defalcată pe elementele componente ale formării prețului, astfel încât, în momentul actualizării să se poată aplica formula de mai sus.

Împreună cu actele doveditoare, furnizorul va prezenta o declarație pe proprie răspundere, cu privire la prețul producătorului, cunoscând prevederile art. 322, art. 323 și 326 din Codul Penal privind falsul în înscrisuri sub semnătură privată, uzul de fals și respectiv falsul în declarații.

Se cere declararea producătorului principal de la care se va aduce dovada prețului, la întocmirea ofertei financiare. Autoritatea contractantă va accepta și un al doilea producător care va fi declarat de la început și pentru care va face dovada respectării cerințelor din caietul de sarcini prin depunerea documentelor în propunerea tehnică pentru cazul în care din motive excepționale bine întemeiate nu se va putea face livrarea de la producătorul declarat conform anexei de la formularul de ofertă.

Propunerea financiară se va face pentru toată cantitatea solicitată. Valoarea TVA se evidențiază distinct. Oferta trebuie să cuprindă toate elementele necesare cuantificării valorice a livrării produselor și va conține toate datele prezentate prin centralizatorul de prețuri, anexa 1 la formularul de ofertă.

În cazul în care oferta nu respectă cerințele prevăzute în documentația de atribuire, comisia de evaluare are dreptul de a o respinge. Ofertantul la momentul tranzacționării pe Bursă nu are voie să modifice prețul cu care a venit de la producător, respectiv componenta A, ci numai componenta B, care este fixă, determinată în urma licitației, pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului, în lei/tonă.

Prin propunerea de contract anexată documentației de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut la art. 14 alin. 14.2: „Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizorul având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la

producător. Prețul unitar al produsului (componenta A din oferta financiară) se va ajusta, pe bază de acte doveditoare de la producător, prezentate de furnizor. Împreună cu actele doveditoare, furnizorul va prezenta o declarație pe proprie răspundere, cu privire la prețul producătorului, cunoscând prevederile art. 322, art. 323 și 326 din Codul Penal privind falsul în înscrisuri sub semnătură privată, uzul de fals și respectiv falsul în declarații".

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că nu are de ce să ia în calcul faptul că prețul este deosebit de scăzut, deoarece nu s-a tranzacționat prețul bitumului la producător, acesta oricum se va actualiza în funcție de evoluția prețului la producător, ci numai transportul a fost cel care a dus la prețul mai scăzut la ofertantului câștigător.

Referitor la afirmația contestatoarei potrivit căreia *ofertantul câștigător nu deține spații de depozitare, nu deține flotă proprie și se aprovizionează cu bitum din import sau piața locală și nu poate dovedi sustenabilitatea unui astfel de preț la nivelul lunii martie*, autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini Declarație privind utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice ca să poată solicita clarificări și dovezi în acest sens.

În fișa de date s-a solicitat *„Transportul produselor intră în obligația furnizorului și se va face cu mijloacele de transport ale acestuia. Se va completa în acest sens o „Declarație pe propria răspundere privind respectarea cerințelor de mai sus”, ceea ce a fost prezentată de ofertantul clasat pe primul loc.*

Astfel, arată că nu avea de ce să verifice dotarea cu utilaje a ofertantului câștigător, mai ales că a avut contracte în derulare și în anii trecuți și niciodată nu au fost probleme.

În ceea ce privește accesul la dosarul achiziției, autoritatea contractantă învederează că au fost depuse declarații de confidențialitate din partea ambilor ofertanți, conform art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001, astfel că nu a dat curs solicitării.

Prin cererea de intervenție, SC ...SA a solicitat admiterea acesteia și respingerea contestației formulată de SC ...SRL.

Preliminar, intervenienta solicită verificarea termenul de depunere a contestației, având în vedere că rezultatul procedurii a fost comunicat la data de 10.03.2023, iar termenul de contestare s-a împlinit la finalul zilei de 20.03.2023.

În ceea ce privește criticile referitoare la oferta depusă de SC ...SA, aceasta solicită respingerea ca neîntemeiate, deoarece din documentele depuse reiese că prețul este justificat.

Aceasta apreciază că susținerile contestatoarei sunt simple afirmații, fără un temei real, deoarece contestatorul nu are aceeași sursă de aprovizionare și nu cunoaște detaliile relațiilor comerciale pe care

societatea le deține cu partenerii săi, motiv pentru care a declarat confidențiale oferta tehnică și oferta financiară.

Ca o dovadă reală a faptului că prețul unitar de 1998 lei/tonă ofertat de SC ...SA este unul sustenabil și la nivelul pieței, aceasta indică prețul unitar al bitumului cu care au fost câștigate alte două licitații ce au avut loc în aceeași perioadă:

- Procedura publicată în SEAP sub nr. CN 1052315/23.02.2023 - autoritate contractantă fiind Publiserv SA Piatra Neamț - pentru achiziția a 500 de tone de bitum rutier, cu data de depunere 13.03.2023, ce a fost adjudecată cu prețul total de 961.500 lei, reprezentând un preț unitar de 1.923 lei/tonă.

- Procedura desfășurată prin Bursa Română de Mărfuri conform Ordinului Inițiator nr. 327/2023 - autoritate contractantă Drupo Neamț SA - pentru achiziția a 1000 de tone de bitum rutier, cu data de licitație electronică 31.03.2023, ce a fost adjudecată cu un preț unitar de 1.878 lei/tonă.

Ambele proceduri au fost câștigate de SC Deco Investment SRL, societate care și-a întemeiat ofertele cu prețuri unitare sub cel ofertat de SC ...SA, chiar pe oferte primite de la „producătorul” SC ...SRL.

De asemenea, intervenienta indică și o altă procedură care dovedește faptul că prețul unitar de 1998 lei/tonă este în totalitate sustenabil, respectiv cea cu nr. CN 1052163/18.02.2023, pentru achiziția a 600 de tone de bitum rutier, autoritate contractantă fiind Administrația Străzilor, Construcții Edilitare SRL, la care același ofertant Deco Investment SRL, cu oferta de la același „producător” SC ...SRL, a ofertat un preț total de 1.150.800, rezultând un preț unitar de 1.918 lei/tonă.

În ceea ce privește confidențialitatea documentelor și a ofertelor, aceasta consideră că susținerile din contestație sunt neîntemeiate, fiind documente care au fost declarate confidențiale, iar motivul confidențialității ține întocmai de secretul comercial.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a comunicat adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 18556/05.04.2023, prin care susține în continuare că avea obligația să solicite justificări ale ofertei aflate sub pragul de 80 %.

De asemenea, apreciază că apărarea autorității contractante nu are nicio legătură cu motivul invocat prin contestație și textele legale incidente legate de verificările obligatorii a fi făcute în scopul justificării prețului neobișnuit de scăzut.

În ceea ce privește confidențialitatea ofertei declarată de câștigătorul procedurii, contestatoarea consideră că solicitarea sa a rămas fără obiect.

Astfel, urmare studierii dosarului achiziției, contestatoarea învederează că:

- ofertantul câștigător nu a depus dovada prețului rafinărie/producător, așa cum au fost cerințele autorității contractante

(Declarație producător) cuprinse în caietul de sarcini, fișa de date și ordinul inițiatorului:

Extras caiet de sarcini:

Componentele prețului vor fi: A (lei/tonă) + B (lei/tonă) + TVA

A: prețul bitumului la producător în baza declarației producătorului în lei/tonă atașată la oferta financiară.

- ofertantul nu a depus contractul de furnizare încheiat cu producătorul principal declarat, respectiv HELLENIC PETROLEUM;

Extras fișa de date:

- contract de furnizare produse între ofertant și producător, în cazul în care ofertantul nu are calitatea de producător.

Nota : Toate documentele originale în limbi străine vor fi traduse în limba română.

Extras Ordin inițiator:

- Preț lei/to (cu transport inclus) fără TVA la stația de asfalt Dragomirești, județul Dâmbovița.

A: prețul bitumului la producător în baza declarației producătorului în lei/tonă în luna depunerii licitației, atașată la oferta financiară.

B: este fixă, determinată în urma licitației, pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului, în lei/tonă.

Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizorul având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la producător.

Se va respecta modalitatea de calcul al prețului conform caiet de sarcini.

- contestatoarea arată că SC ...SA a depus un înscris ce provine de la o societate parteneră (din același județ - Argeș), SC EDIL DG SRL, dar care nu are calitatea de producător/rafinărie;

- această societate a declarat, în fals, ca fiind distribuitor a rafinăriei grecești HELLENIC PETROLEUM. Petenta învederează că această rafinărie nu vinde bitum direct niciunei societăți din România și nu are cu nimeni încheiat vreun contract de distribuitor;

- petenta consideră că analizarea dovezii de preț depuse de câștigător (un evident act pro causa), respectiv oferta de preț de la SC EDIL DG SRL (în sensul că aceasta arată un preț de 1628 lei/to, fără TVA) nu se mai impune, întrucât aceasta nu îndeplinește condițiile cerute în caietul de sarcini și fișa de date (oferta/dovadă să provină de la rafinărie/producător) și nu de la un intermediar (dolosiv, cum este cel din cauza de față);

- de altfel, prețul de 1628 lei/to, presupus a fi prețul rafinăriei HELLENIC din data de 01.03.2023, nu este real;

Totodată, contestatoarea arată că renumita rafinărie - HELLENIC PETROLEUM are o politică de prețuri total transparentă și publicată zilnic pe site-ul guvernului grec.

În concluzie, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a respectat obligația de a verifica conform propriilor sale cerințe dovada prețului de producător și a contractului dintre producătorul principal declarat și ofertant.

Urmare cererii de intervenție, contestatoarea a transmis adresa nr. 353/07.04.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 19123/07.04.2023, prin care solicită respingerea acesteia ca netemeinică, precizând că nu se opune admiterii în principiu a cererii de intervenție, fiind relevant ca ofertantul să facă dovada îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire a procedurii.

În ceea ce privește excepția tardivității invocată de intervenientă, contestatoarea arată că aceasta excepție este inadmisibilă, întrucât nu avea nicio obligație legală de a-i comunica contestația, invocând în acest sens prevederile art. 16 din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, aceasta învederează următoarele:

- cele două proceduri organizate de autorități din Piatra Neamț și Alexandria nu fac obiectul contestației în cauză;

- în urma studierii dosarului la Consiliu, a constatat că intervenienta se face vinovată de săvârșirea infracțiunilor de fals și uz de fals, în complicitate cu SC EDIL EDG SRL, cu privire la declararea pe propria răspundere (în fals) a prețului de rafinărie.

- ofertantul câștigător încearcă să justifice prețul de rafinărie/producător depunând un act/oferta (și contract) din partea unui distribuitor al unice rafinării grecești. Acest lucru nu respectă cerințele din caietul de sarcini/fișa de date care cereau ca ofertantul să prezinte contract cu producătorul și declarația producătorului cu privire la preț (și nu acte emise pro causa de un operator economic care nu are calitatea de distribuitor).

În concluzie, petenta solicită:

- să se facă dovada contractului de distribuție dintre rafinăria HELLENIC PETROLEUM și ofertantul câștigător, conform cerințelor autorității contractante;

- să se prezinte act oficial emis de HELLENIC PETROLUEM care să ateste prețul de rafinărie din data de 01.03.2023.

Intervenienta a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 19560/11.04.2023, prin care învederează următoarele:

În dovedirea faptului că prețul ofertat de SC ...SA este unul corect și la nivelul pieței, depune Raportul de tranzacționare nr. 18/07.04.2023, din care rezultă că prețul unitar cu care s-a adjudecat o licitație de bitum este de 1886,68 lei/to și a fost ofertat de către ...SRL (contestatorul din prezentul dosar).

De asemenea, pentru dovedirea trasabilității prețului ofertat de către SC ...SA în cadrul licitației organizate de SC ...SA, aceasta anexează contractul dintre Rafinăria Hellenic și distribuitorul EDG EDIL, precum și factura emisă de rafinărie.

Astfel, intervenienta susține că, în baza contractului dintre EDG EDIL (care deține contract direct cu rafinăria) și SC ...SA, are posibilitatea de a comercializa produsele rafinăriei Hellenic, având la baza prețul de rafinărie, la care se adaugă cheltuielile de transport, menționate distinct în oferta sa.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat, în data de 24.03.2023, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209009488/1, din data de 24.03.2023, în valoare de 116.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Ploiești.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

...SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de negociere fără anunț prealabil, în baza Ordinului inițiator nr. 194/2023 publicat pe site-ul Bursei Române de Mărfuri, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Bitum rutier 50/70 sau 70/100*”. Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 5.800.000 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 03.03.2023. Criteriul de atribuire „*Prețul cel mai scăzut*”.

Potrivit procesului verbal nr. 1744/07.03.2023, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 2 oferte, printre care și oferta contestatoarei din prezenta cauză, respectiv a SC ...SRL.

După finalizarea procedurii, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii de atribuire înregistrat sub nr. 1854/10.03.2023 iar rezultatul acesteia a fost comunicat contestatoarei cu adresa nr. 1856/10.03.2023.

Împotriva acestui rezultat a formulat contestație SC ...SRL prin care solicită anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei declarată câștigătoare și respingerea acesteia ca inacceptabilă, întrucât prețul ofertat se situează sub pragul de 80% din valoarea estimată, nu poate fi justificat și se întemeiază pe prețul obținut de la furnizorii săi, aspect interzis de art. 165¹ din HG nr. 395/2016.

Având în vedere că în cadrul prezentei cauze a fost formulată cerere de intervenție de către SC ...SA, Consiliul se va pronunța cu precădere asupra admisibilității și a interesului ofertantului în formularea acesteia.

Consiliul constată că cererea de intervenție a fost introdusă în termenul de 10 zile prevăzut de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Contestația a fost transmisă prin FAN CURIER în data de 20.03.2023 și înregistrată la CNSC în data de 22.03.2023 sub nr. 15507 iar cererea de intervenție a fost transmisă la Consiliu, prin email, în data de 31.03.2023.

Prin cererea de intervenție SC ...SA solicită admiterea de principiu a cererii sale, respingerea contestației formulată de SC ...SRL și menținerea ca temeinic și legal a rezultatului procedurii de atribuire.

În ceea ce privește admisibilitatea și interesul intervenientei SC ...SA în formularea unei astfel de cererii, Consiliul constată că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertelor stabilind câștigătoare oferta depusă de către intervenientă.

Astfel, în acest context, formularea cererii de intervenție a fost făcută în sprijinul autorității contractante, respectiv în menținerea deciziei privind clasamentul stabilit, oferta SC ...SRL fiind admisă însă clasată pe locul II. Scopul acestui demers inițiat de către SC ...SA este acela de a-și conserva dreptul câștigat, respectiv acela de ofertant câștigător al procedurii de atribuire, interesul intervenientei dovedindu-se astfel temeinic justificat.

Consiliul, constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) Cod procedură civilă, în temeiul art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ...SA, întrucât, aceasta șiau dovedit interesul în procedură și va dispune introducerea acesteia în cauză, în calitate de intervenientă.

Având în vedere invocarea excepției tardivității contestației de către intervenient, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția.

Consiliul constată că rezultatul procedurii de atribuire a fost comunicat în data de 10.03.2023 iar contestația a fost transmisă în termen, prin Fan Curier, în data de 20.03.2023, motiv pentru care excepția va fi respinsă.

Preliminar soluționării fondului cauzei, Consiliul analizând criticile contestatoarei referitoare la refuzul autorității contractante de a permite accesul la oferta declarată câștigătoare doar pe baza unei declarații de confidențialitate și în lipsa unor dovezi care să probeze caracterul confidențial al acesteia în sensul prevederilor art. 57 alin. (4) din Legea 98/2016, le va respinge ca rămase fără obiect având în vedere că a fost permis accesul la întreg dosarul cauzei la sediul CNSC. De altfel, prin concluzii scrise și contestatoarea susține în ceea ce privește susținerile sale referitoare la confidențialitatea ofertei declarată câștigătoare sunt rămase fără obiect.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prin adresa nr. 1856/10.03.2023 autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii de atribuire aducând la cunoștința acesteia faptul că oferta sa a fost declarată necâștigătoare *„Motivul care a stat la baza acestei decizii a fost prețul, acesta fiind mai mare decât cel oferat de S.C. ...S.R.L., respectiv 1.998,00 cu transport inclus, fără TVA”*.

Consiliul constată că prin prezenta contestație, SC ...SRL critică prețul de 1.998 lei/to oferat de SC ...SA, preț despre care susține că se situează sub pragul de 80% din valoarea estimată în timp ce oferta sa de

2.160 lei/to clasată pe locul II are un preț justificat pe piață. De asemenea, critică faptul că oferta declarată câștigătoare reprezintă aproximativ 68% din valoarea estimată situație în care comisia de evaluare avea obligația, și nu doar posibilitatea sau dreptul, de a efectua verificarea prețului neobișnuit de scăzut, invocând în acest sens prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din HG nr. 395/2016.

În soluționarea criticilor aduse prețului ofertat de SC ...SA, Consiliul constată că ofertantul contestator invocă imposibilitatea acestui ofertant de a oferi un astfel de preț în condițiile în care societatea sa, care este producător de bitum, deține spații de producție și depozitare proprii și o flotă proprie de vehicule de transport, acesta fiind în opinia sa și motivul pentru care și-a secretizat oferta, pentru că oricine este avizat în domeniu și-ar da seama că oferta nu are fundamentări realiste.

Contestatoarea consideră că această situație în care un distribuitor fără logistică poate oferi prețuri mult mai mici decât orice producător de pe piață a apărut ca urmare a nesocotirii de către autoritatea contractată a prevederilor art. 165¹ din HG nr. 395/2016, valabile la data inițierii procedurii de atribuire, care stabilesc faptul că:

„(1) Pe parcursul execuției contractului plățile se vor face exclusiv pe baza prețurilor proprii prevăzute de contractant în oferta sa inițială, fixe sau ajustate, după cum s-a prevăzut în documentele de achiziție inițiale și în contract.

(2) Pe parcursul execuției contractului nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează. Din punct de vedere al documentelor justificative necesare pentru efectuarea plăților se consideră suficiente facturile emise de contractant, a căror valoare trebuie să corespundă cu valoarea ofertată inițial sau, după caz, cu valoarea ofertată actualizată conform prevederilor documentelor de achiziție inițiale și contractului”.

Cu privire la modul în care trebuia elaborată oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției, Secțiunea Instrucțiuni privind modul de elaborare și de prezentare a propunerii tehnice și financiare, cât și prin caietul de sarcini, la cap. VI Mod de prezentare a propunerii financiare, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților următoarele prevederi:

„Ofertantul va prezenta oferta sa financiară în lei/to, sub următoarea formă: (n.n. tabel)

Componentele prețului vor fi: A(lei/tonă) + B(lei/tonă) + TVA

A: prețul bitumului la producător în baza declarației producătorului în lei/tonă atașată la oferta financiară:

B: este fixă, determinat în urma licitației, pe toată perioada de derulare a contractului și reprezintă prețul transportului, în lei/tonă.

Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizorul având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la producător.

Furnizorul are obligația de a prezenta propunerea financiară defalcată pe elementele componente ale formării prețului, astfel încât, în momentul actualizării să se poată aplica formula de mai sus.

Împreună cu actele doveditoare, furnizorul va prezenta o declarație pe proprie răspundere, cu privire la prețul producătorului, cunoscând prevederile art. 322, art. 323 și 326 din Codul Penal privind falsul în înscrisuri sub semnătură privată, azul de fals și respectiv falsul în declarații.

Se cere declararea producătorului principal de la care se va aduce dovada cu prețul, la întocmirea ofertei financiare. (...)

Potrivit Cap. III Mod de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a stabilit că:

„Propunerea tehnică va conține, obligatoriu, următoarele documente: (...)

- contract de furnizare produse între ofertant și producător, în cazul în care ofertantul nu are calitatea de producător.

Nota: Toate documentele originale în limbi străine vor fi traduse în limba română”.

Consiliul reține că toate aceste prevederi se regăsesc și în Ordinul inițiator nr. 194/2023, la rubrica *Modalitatea de calcul a prețului*.

De asemenea, Consiliul constată că prin propunerea de contract anexată documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit la art. 14 alin. 14.2 „*Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizorul având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la producător. **Prețul unitar al produsului (componenta A din oferta financiară) se va ajusta, pe bază de acte doveditoare de la producător, prezentate de furnizor.** împreună cu actele doveditoare, furnizorul va prezenta o declarație pe proprie răspundere, cu privire la prețul producătorului, cunoscând prevederile art. 322, art. 323 și 326 din Codul Penal privind falsul în înscrisuri sub semnătură privată, uzul de fals și respectiv falsul în declarații”.*

Verificând conținutul propunerii financiare depusă de ofertantul declarat câștigător, Consiliul constată că acesta este, conform raportului procedurii de atribuire, ulterior negocierii, preț final negociat lei/to 1.998,00 lei, reprezentând 68% din valoarea estimată.

Consiliul reține ca relevante și aplicabile într-o astfel de situație prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 care stabilesc că „(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a

depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă”.

Prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 vor fi coroborate cu cele ale art. 136 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(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 neconformă.

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

Așa cum rezultă din documentele întocmite de comisia de evaluare, deși oferta depusă de SC ...SA se situează sub pragul de 80% din valoarea estimată nu au fost puse în aplicare dispozițiile legale care obligă comisia de evaluare să efectueze verificarea prețului neobișnuit de scăzut, o astfel de obligație se regăsește și printre atribuțiile membrilor comisiei de evaluare prevăzute de art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2017, respectiv „lit. 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**”.

Consiliul va reține ca nefondate și în contradicție cu dispozițiile legale referitoare la prețul neobișnuit de scăzut susținerile autorității contractante din punctul de vedere potrivit cărora „ *autoritatea contractantă nu are de ce să ia în calcul faptul că prețul este deosebit de scăzut atâta timp cât nu s-a tranzacționat prețul bitumului la producător, acesta oricum se va actualize în funcție de evoluția prețului la producător,*

ci numai transportul a fost cel care a dus la prețul mai scăzut la ofertantul câștigător”, întrucât legiuitorul a stabilit obligația, și nu dreptul, în sarcina membrilor comisiei de evaluare de a efectua verificări în situația în care prețul ofertat se situează sub pragul de 80% din valoarea estimate.

Față de prevederile citate anterior, rezultă că membrii comisiei de evaluare au obligația ca în cazul prezentării în cadrul procedurii de atribuire a unor oferte a căror preț care se situează sub pragul de 80% din valoarea estimată să facă aplicarea dispozițiilor art 210 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 136 din HG nr. 395/2016, situație în care criticile contestatoarei cu privire la aceste aspect vor fi admise.

În ceea ce privește aspectele invocate de către contestatoare referitoare la ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut ca ulterior autoritatea contractantă să facă aplicarea dispozițiilor art. 165¹ din Legea nr. 98/2016, Consiliul o va respinge ca nefondată de vreme ce în conținutul întregii documentații de atribuire a fost stabilită prevederea potrivit căreia *„Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizorul având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la producător”*.

Prevederea nu a fost contestată, prin urmare, aceasta și-a dobândit forța obligatorie, autoritatea contractantă fiind astfel obligată să accepte chiar și un preț neobișnuit de scăzut, cu condiția efectuării verificărilor în acest sens, iar ulterior să respecte propriile prevederi. De altfel, prevederea din documentația de atribuire și prevederile art. 165¹ din Legea nr. 98/2016 îi sunt profitabile oricărui ofertat care a depus ofertă în prezenta procedură de atribuire.

Consiliul constată că ofertantul contestator critică, de asemenea și faptul că ofertantul declarat câștigător a depus o ofertă comercială care provine de la o societate parteneră, respectiv SC EDG EDIL PITEȘTI SRL, care nu are calitatea de producător, prin urmare, analizarea prețului impus de producător nu se mai impune întrucât aceasta nu îndeplinește condițiile din documentația de atribuire ca oferta să provină de la un producător și nu de la un intermediar.

În susținerea nelegalității deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depusă de SC ...SA, contestatoarea mai arată că SC EDG EDIL PITEȘTI SRL declară în fals că este distribuitor a rafinării grecești Henellic Petroleum situație în care consideră că era necesar să se prezinte un contract între această societate parteneră și rafinăria grecească, dovada prețului din luna martie 2023 precizând totodată și faptul că prețul de 1628 lei/to nu este real (prețul rafinării Hellenic la data de 01.03.2023 nu este acesta), oferta SC EDG EDIL PITEȘTI SRL nu este una reală ci întocmită procausa.

În urma verificării documentelor depuse în oferta SC ...SA, Consiliul constată că nu a fost prezentat un document emis de producătorul bitumului, conform prevederilor documentației de atribuire, citate anterior, respectiv ***„A: prețul bitumului la producător în baza***

declarației producătorului în lei/tonă în luna depunerii licitației atașată la oferta financiară și **„Propunerea tehnică va conține, obligatoriu, următoarele documente: (...) – contract de furnizare produse între ofertant și producător, în cazul în care ofertantul nu are calitatea de producător”**.

Consiliul constată că la pagina 6 a propunerii financiare, ofertantul SC ...SA, declară conform opis, că a prezentat „Oferta de preț producător”. La pagina indicată se regăsește oferta de preț din data de 01.03.2023 emisă de SC EDG EDIL PITEȘTI SRL care nu face dovada că este producător de bitum.

În propunerea tehnică ofertantul a prezentat Contractul de vânzare-cumpărare nr. 21/10.01.2023, încheiat între SC EDG EDIL PITEȘTI SRL, „în calitate de distribuitor al Producătorului de bitum Hellenic Petroleum” și SC ...SA, în calitate de beneficiar.

Prin urmare, ofertantul câștigător nu a îndeplinit prevederea din documentația de atribuire, fapt confirmat de altfel de acesta prin cererea de intervenție și note scrise când afirmă că „în baza contractului dintre SDG EDIL (care deține contract cu rafinăria) și SC ...SA, societatea noastră are posibilitatea de a comercializa produsele rafinăriei Hellenic, având la bază prețul de rafinărie (prezentat în mod transparent) la care se adaugă cheltuielile de transport, menționate în oferta noastră”.

Necesitatea stabilirii unei cerințe de a se prezenta un **„contract de furnizare produse între ofertant și producător, în cazul în care ofertantul nu are calitatea de producător”**, vine ca o necesitate prin raportare la alte prevederi din documentația de atribuire, cât și draftul de contract, prin care autoritatea contractantă a stabilit că „Prețul se actualizează în funcție de evoluția prețului la producător, furnizor având obligația de a transmite în scris prețul săptămânal de la producător”, cerința dovedindu-se, în fapt, o măsură de prevenție în sensul unei legături directe între ofertatul furnizor și producător și în niciun caz așa cum a ofertat SC ...SA prin prezentarea unui contract de furnizare cu un intermediar.

Consiliul va reține că în etapa de soluționare a contestației, pe calea cererii de intervenție, SC ...SA prezintă documente care nu pot constitui dovezi privind îndeplinirea prevederilor documentației de atribuire, pe de o parte că nu sunt documente care să provină de la producător încheiate cu ofertantul SC ...SA, ci către un intermediar al acestuia (respectiv contract nr. 25/07.01.2022 cu act adițional nr. 3682/14.09.2022, încheiat între un producător de bitum Hellenic Petroleum și SC EDG EDIL PITEȘTI SRL), lucru neacceptat de documentația de atribuire, iar pe de altă parte, oferta de preț emisă de Hellenic Petroleum nr. 0027088 către SC EDG EDIL PITEȘTI SRL conține informații adăugate cu alte caractere, în limba română, situație care conduce la concluzia că documentul nu este cel autentic și nu poate fi luat în considerare în cazul reevaluării ofertei câștigătoare.

În acest context, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu au efectuat o verificare riguroasă a ofertei depusă de SC ...SA, cu respectarea dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, cu ignorarea propriei documentații de atribuire și declarând câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește aceste prevederi.

Consiliul va reține ca nerelevante susținerile autorității contractante din punctul de vedere referitoare la dotarea cu mijloace de transport sau utilaje având în vedere că ofertantul contestator nu a formulat critici cu privire la acest aspect ci a adus un argument în plus în susținerea criticilor aduse prețului neobișnuit de scăzut oferit de SC ...SA.

Întrucât Consiliul a constatat caracterul fondat al criticilor, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu SC ...SA și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 1854/10.03.2023 cu privire la oferta depusă de SC ...SA și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, și va dispune reevaluarea acestei oferte, conform considerentelor de mai sus.

Având în vedere decizia luată cu privire la contestația formulată de SC ...SRL, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SC ...SA.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu SC ...SA.

Obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 1854/10.03.2023 cu privire la oferta depusă de SC ...SA și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, și va dispune reevaluarea acestei oferte, conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Respinge cererea de intervenție formulată de SC ...SA.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 exemplare, conține 16 (şaisprezece) pagini.