

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

DECIZIE

Nr. 1208/C1/1066

Data: 26.05.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20687/19.04.2023, formulată de SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în, B-dul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin CA- Petre Tănase cu sediu procedural ales în, str., împotriva rezultatului procedurii, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, str., județul, în cadrul procedurii simplificate organizată pentru atribuirea unui contract având ca obiect „Execuție lucrări de Modernizare sistem rutier strada Salciei, ..., jud.”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 11835 din 12.04.2023 de comunicare a rezultatului procedurii, a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;

- anularea raportului procedurii nr. 11824 din 12.04.2023, în partea care privește respingerea ofertei sale, a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost respinsă ca neconformă;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

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

În fapt, contestatorul precizează că în cadrul procedurii organizate de, pentru care a fost publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1113749 din 07.09.2022, a depus ofertă în calitate lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, din punctul său

de vedere admisibilă atât în ceea ce privește propunerea tehnică, dar și cu privire la propunerea financiară și a cerințelor minime de calificare.

Ulterior datei de depunere a ofertelor, având unele neclarități privitoare la modalitatea de întocmire a propunerii sale financiare, cu referire expresă la justificarea prețurilor unitare pentru diferite articole de transport, în raport de furnizorii declarați, prin adresa nr. 9625 din 24.03.2023, comisia de evaluare i-a solicitat următoarele clarificări:

„1. Cum justificați prețul unitar pentru articolul TRA05A20 ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea de emulsie cationică?

2. Cum justificați prețul unitar pentru articolul TRA05A20 ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea de BAD 22.4 LEG 50/70;

3. Cum justificați prețul unitar pentru articolul TRA05A20 ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea de BA16 rul 50/70?

4. Cum justificați prețul unitar pentru articolul TRA01A20 ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea balast?

5. Cum justificați prețul unitar pentru articolul TRA01A20 ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea nisip?

6. Cum justificați prețul unitar pentru articolul TRA01A50 ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea piatră spartă?”.

Pentru a răspunde celor solicitate de comisia de evaluare, contestatorul susține că a transmis adresa nr. 656 din 28.03.2023 prin care a justificat comisiei de evaluare prețurile unitare pentru fiecare dintre articolele la care autoritatea contractantă a făcut referire în cererea sa, arătând că la elaborarea ofertei asocierea al cărei lider este a luat în considerare menținerea (respectarea) listelor de cantități, prezentată de proiectant în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP, cu asumarea prețurilor unitare, astfel încât oferta financiară să fie

una sustenabilă și care să asigure condițiile comerciale (financiare) optime pentru realizarea lucrărilor cuprinse în cadrul prezentului obiectiv, cu respectarea cerințelor calitative și cantitative impuse de documentația de atribuire, caietele de sarcini, proiectul tehnic de execuție, precum și orice alte norme și normative aplicabile.

Totodată, ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea materialelor, susține că a arătat și demonstrat comisiei de evaluare că asocierea a optat pentru menținerea articolului de transport inclus în listele de cantități, diferența de transport fiind evidențiată în prețul materialelor.

Contestatorul arată că, dând dovadă de un formalism excesiv, cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, un astfel de răspuns a fost considerat eronat neconcludent de către comisia de evaluare, reținând în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii că a inclus în cadrul ofertei prețuri care nu pot fi justificate, precum și faptul că, includerea diferenței de cost cu transportul în prețul unitar al materialului ar încălca cerințele documentației de atribuire și ale răspunsului consolidat nr. 29874/16.09.2022, dar și principiul transparenței, nedeclarând distanțele reale de transport în listele de cantități.

Contestatorul apreciază decizia autorității contractante ca fiind netemeinică și nelegală, luată pe baza unei analize superficiale a conținutului propunerii financiare și a răspunsului la solicitarea de clarificare, cu încălcarea documentației de atribuire, dar și a legislației în materia achizițiilor publice, situație în care în continuare înțelege să arate Consiliului motivele de fapt și de drept pentru care se impune admiterea contestației, cu consecința obligării autorității la reevaluarea ofertei depuse de Asocierea din care face parte.

Astfel, arată că așa cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii a cărei anulare o solicită, oferta sa a fost respinsă, în realitate, pentru faptul că nu ar fi justificat prețurile unitare aferente transportului de materiale, concluzionând autoritatea contractantă, pe de o parte, că prețul ofertei nu poate fi justificat cu oferte de la furnizori emise ulterior datei de depunere a ofertei, iar, pe de altă parte, că nu ar fi respectat documentația de atribuire atunci când a inclus contravaloarea diferenței de transport în prețul materialului.

Sub acest aspect, preliminar consideră că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr.

98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În considerarea celor de mai sus, precizează că pentru a face dovada admisibilității ofertelor depuse, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a întocmi propunerea financiară cu respectarea cerințelor minime ale documentației, în caz contrar oferta fiind considerată neconformă.

Contestatorul invocă în susținere decizia CNSC nr. 1705/C8/1511 din 06.06.2014, decizia nr. 1882/C1/1787 din 04.07.2018.

În ceea ce privește furnizorii, contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu a impus prin documentația de atribuire ca, la data de depunere a ofertelor, participanții la procedură să prezinte oferte de la aceștia, singura obligație fiind cea de la pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, potrivit cu care propunerea tehnică va conține:

„7. Lista furnizorilor principalelor materiale/echipamente, în care ofertantul va prezenta furnizorii principalelor materiale care vor fi puse în operă”.

Într-o astfel de situație, în care ofertanții nu aveau nicio obligație în ceea ce privește data emiterii ofertelor de la furnizori, iar, mai mult, nici prin adresa de clarificare comisia de evaluare nu i-a solicitat prezentarea de documente eliberate anterior datei limită de depunere a ofertelor, consideră că eronat a reținut comisia de evaluare că nu a putut justifica prețul ofertei, în condițiile în care, chiar dacă documentele de justificare a prețului au o dată ulterioară celei de depunere a ofertelor ele sunt valabile și trebuie luate în considerare.

În susținerea argumentelor de mai sus contestatorul invocă jurisprudența Curții de Apel, respectiv decizia civilă nr. 3341 din 12 decembrie 2011.

În opinia sa, aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecătii în care, suplimentar faptului că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a impus participanților cerințe referitoare la ofertele de la furnizori depuse în vederea justificării prețului inclus în propunerea financiară, prin depunerea de oferte având data ulterioară celei de depunere a ofertelor se aduce o garanție în plus asupra fermității prețului ofertat, inclusiv din perspectiva sustenabilității acestuia.

De asemenea arată că solicitarea autorității de a prezenta anumite documente justificative nu trebuie interpretată în abstract sau formal (există sau nu acele tipuri de documente), ci, în concret, ținându-se seama că are ca unic scop verificarea posibilității ofertanților de a executa contractul la prețurile asumate. Astfel fiind și, raportat la normele legale în materia achizițiilor publice, din explicațiile și actele prezentate de el, depuse la autoritatea contractantă, susține că se degajă concluzia că asocierea al cărei lider este are la dispoziție, de la diverși furnizori ai săi, materiale ale căror prețuri o interesează pe autoritate. În cel mai rău caz, ofertele asupra cărora plana o suspiciune puteau fi apreciate de autoritate ca început de dovadă, până la proba contrarie, în raport cu care autoritatea trebuia să manifeste un minim rol activ în edificarea realității lor, operațiune care nu ar fi avantajat-o în niciun fel în raport cu ceilalți ofertanți.

Contestatorul invocă în susținere practica CNSC precum și decizii ale Curților de apel (Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 a Curții de Apel, decizia CNSC nr. 1920/C8/2009, 2010, 2011, 2015, 2023, 2024, 2025 din 20.10.2020, decizia civilă nr. 272/03.02.2022 a Curții de Apel

Nu în ultimul rând, contestatorul consideră că la soluționarea contestației relevante sunt următoarele dispoziții care obligă autoritatea contractantă la transmiterea unei solicitări de clarificare a presupuselor neclarități ale comisiei de evaluare, respectiv art. 2 alin. (2) lit. e) și art. 49 din Legea nr. 98/2016.

În considerarea celor de mai sus, arată că în condițiile în care societatea sa a prezentat oferte de la furnizori, eliberate chiar pentru procedura de atribuire în cauză, concluzia autorității contractante cum că nu ar fi justificat prețul ofertei este una netemeinică și nelegală, fiind create circumstanțe artificiale de respingere a ofertei.

În condițiile în care prin răspunsul la solicitarea de clarificare a prezentat oferte de la furnizori prin care a făcut dovada realității și credibilității prețului din propunerea financiară, consideră că decizia de

respingere a ofertei sale este disproporționată cu scopul urmărit de autoritatea contractantă.

În considerarea prevederilor art. 165¹ din anexa la HG nr. 395/2016, în care nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează, contestatorul consideră că la soluționarea contestației trebuie avut în vedere faptul că este irelevant pentru autoritatea contractantă în ce măsură prețurile de la furnizori sunt emise anterior datei de depunere a ofertelor, în condițiile în care, de la momentul atribuirii contractului și până la cel al executării lucrărilor, există riscul ca prețurile practicate de furnizori să fie modificate, fără ca acest eveniment să influențeze derularea contractului la prețurile din oferta inițială.

Cu privire la ofertele de la furnizori, invocă decizia CNSC publicată în buletinul oficial sub nr. B02017_5437

La soluționarea contestației solicită a se avea în vedere inclusiv prevederile art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Drept urmare, în acord cu prevederile legale în materia achizițiilor publice, susține că respingerea ofertei sale se putea dispune exclusiv în situația în care autoritatea i-ar fi solicitat depunerea de oferte de preț de la furnizori, iar acestea nu ar fi justificat prețul sau costurile propuse, ceea ce nu este cazul, o astfel de situație nefiind reținută de comisia de evaluare.

În sensul celor de mai sus invocă inclusiv prevederile art. 136 alin. (1)-(3) din anexa la HG nr. 395/2016.

Așadar, precizează că oferta depusă ar putea fi respinsă în situația în care ofertele de la furnizori nu ar justifica în mod corespunzător prețul

ofertei sau costurile propuse, iar nu pentru faptul că acestea ar fi datate ulterior depunerii ofertelor; de altfel, susține că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii autoritatea contractantă nu prezintă argumentele pentru care prețul ofertat nu este justificat, iar simplul fapt că ofertele de la furnizori sunt ulterioare datei de depunere a ofertelor în niciun caz nu poate reprezenta un argument în sensul că nu ar avea posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

De asemenea, contestatorul invocă în susținerea criticilor sale cauza T-148/04, Travel Solutions Belgium/Comisia, precum și cauza T-495/04, Belfass SPRL, reclamantă, c. Consiliul Uniunii Europene.

Așadar, contrar concluziilor din actele de evaluare, contestatorul susține că prin adresa transmisă a înțeles să răspundă solicitării autorității contractante în ceea ce privește prețurile ofertate, fiind irelevantă data emiterii ofertelor de la furnizori, ci, în ce măsură, prețurile ofertate sunt reale și pot fi susținute.

În opinia sa nefondate sunt inclusiv cele reținute de comisia de evaluare referitoare la modalitatea de ofertare a costurilor aferente transportului de materiale, în condițiile în care, așa cum rezultă din cuprinsul răspunsului consolidat nr. 29874 din 16.09.2022, autoritatea contractantă a permis participanților la procedură să ofereze propriile consumuri de manoperă, transport sau utilaj, fără a institui o obligație în acest sens.

Aceasta deoarece singura obligație a participanților la procedura de atribuire a fost aceea de a prezenta propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile cu privire la preț, precum și alte condiții financiare și comerciale legate de îndeplinirea obiectului contractului, anexe la propunerea financiară fiind depuse listele de cantități de lucrări pe categorii de lucrări însoțite de listele cuprinzând consumurile C6,C7,C8,C9).

Or, în raport de cerințele documentației de atribuire, în cadrul propunerii financiare Asocierea din care face parte a inclus toate și orice costuri legate de executarea obiectului contractului în deplină conformitate cu cerințele documentației de atribuire, fiind în deplină legalitate respectarea listelor de cantități publicate în SEAP, iar diferența de transport să fie ofertată în prețul materialelor.

Contestatorul precizează că toate aceste aspecte mai sus menționate fac dovada deplină a faptului că legalitatea rezultatului procedurii de atribuire a fost afectată, motiv pentru care solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, să dispună:

- anularea adresei nr. 11835 din 12.04.2023 de comunicare a rezultatului procedurii, a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;

- anularea raportului procedurii nr. 11824 din 12.04.2023, în partea care privește respingerea ofertei sale, a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost respinsă ca neconformă;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

În drept invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale anexei la HG nr. 395/2016.

În probatoriu depune un set de documente considerate concludente în soluționarea contestației.

Prin adresa nr. 14412/08.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 24498/08.05.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestație și dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă solicită Consiliului ca, prin decizia ce se va pronunța, să dispună respingerea contestației înregistrată la CNSC sub nr. 20687/19.04.2023 ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

În fișa de date a achiziției la capitolul IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a solicitat Lista furnizorilor principalelor materiale/echipamente, în care ofertantul va prezenta furnizorii principalelor materiale care vor fi puse în operă și

Listele de cantități însoțite de Listele cuprinzând consumurile C6,C7,C8,C9;

Autoritatea contractantă precizează că atât în fișa de date a achiziției la capitolul IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare”, în caietul de sarcini cât și în Instrucțiunile pentru ofertanți a solicitat Listele de cantități însoțite de Listele cuprinzând consumurile C6,C7,C8,C9.

Mai mult arată că în cadrul documentației de atribuire se regăsesc liste de cantități însoțite de listele cuprinzând consumurile C6,C7,C8,C9.

De asemenea autoritatea contractantă susține că prin răspunsul consolidat nr. 29874/16.09.2022, a confirmat în mod repetat că pentru întocmirea ofertei financiare ofertanții pot oferta propriile distanțe de transport.

Autoritatea contractantă precizează că din analiza ofertelor financiare comisia de evaluare a constatat diferențe majore între cheltuielile pentru transportul principalelor materiale, deși unii dintre ofertanți aveau același furnizor declarat. Urmare corelării distanțelor din Formularul C9 (Lista cuprinzând costurile privind transporturile) cu distanțele furnizorilor declarați s-a constatat că acestea nu corespund, fiind mai scurte. Pentru o evaluare corectă a considerat necesar să solicite clarificări cu privire la acest aspect.

Astfel arată că prin adresa nr. 9625/24.03.2023 au fost solicitate clarificări ofertantului Asociera SC SRL – SC RACOS CONCRET CONSULT SRL – SC METROPOLITAN ACTIV CONSTRUCT SRL cu privire la distanțele de transport oferite pentru procurarea următoarelor materiale: emulsie cationică, BAD22,4 Leg 50/70, BA16 rul 50/70, balast, nisip, piatră spartă.

Prin răspunsul nr. 656/28.03.2023, înregistrat sub nr. 10081/29.03.2023, ofertantul Asociera SC SRL – SC SRL recunoaște că nu a oferit distanțele reale de transport de la furnizorii de materiale declarați, motivând că deși autoritatea contractantă a pus la dispoziție în cadrul documentației de atribuire Formularul C9 în care ofertanții puteau să își ofereze propriile distanțe de transport (conform răspunsului consolidat nr. 29874/16.09.2022) el a ales să mențină distanțele din listele de cantități din cadrul documentației de atribuire, diferența distanțelor de transport nedeclarate fiind inclusă în prețul materialelor. În susținere fiind prezentate oferte de materiale (SC Sorocam SRL nr 140 pentru emulsie bituminoasă, mixtură asfaltică BA16 și mixtură asfaltică BAD22.4 și SRL pentru nisip, balast și piatră spartă), datate cu 27.03.2023, dată ulterioară depunerii ofertei (23.09.2022), cu obligativitate de menținere a prețului 10 zile de la comunicare, sau informativă - valabilă la data prezentei (27.03.2023).

În opinia sa susținerea „asumării prețurilor unitare” de către ofertant și „prezentarea ofertei ca sustenabilă” nu este altceva decât o strategie de a acoperi intenția de a nu declara distanțele reale de transport și implicit a cheltuielilor neofertate.

Autoritatea contractantă precizează că Asocieria SC SRL – SC SRL nu poate face dovada fundamentării ofertei la data întocmirii acesteia, respectiv înainte de data depunerii ofertei, 23.09.2022.

Autoritatea contractanta precizează că a reținut aspectul că prețurile sunt într-o continuă schimbare, deci nu se verifică nici susținerea că la data ofertării prețurile materialelor erau aceleași (adică dacă puteau suporta includerea cheltuielilor parțiale cu transportul).

Totodată, ținând cont că oferta SC-SRL, are termen de valabilitate 10 zile de la comunicare iar oferta SC SRL este informativă și valabilă la data prezentei (emiterii), ... SRL rezervându-și dreptul de a modifica prețurile ofertate, autoritatea contractantă susține că nu există nici o garanție asupra „fermității prețului ofertat” și/sau asupra „sustenabilității acesteia”, cum denaturat încearcă să prezinte situația de fapt ofertantul Asocieria SC SRL – SC SRL.

Consideră că clamarea ofertei ca sustenabilă este un subterfugiu de care uzează ofertantul în încercarea de a motiva diminuarea voită a cheltuielilor cu transportul materialelor.

Autoritatea contractantă susține că prin comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a ținut cont de răspunsul consolidat nr. 29874/ 16.09.2022 prin care ofertanților le era permis să își coteze

propriile distanțe de transport în funcție de furnizorii de materiale declarați.

Având în vedere că în cadrul documentației de atribuire au fost puse la dispoziție liste de cantități și că prin răspunsul consolidat autoritatea contractantă permitea ofertanților să își declare propriile distanțe de transport, comisia a constatat că ofertantul Asocierea SC SRL – SC SRL nu a respectat cerințele documentației de atribuire.

În condițiile în care prețurile sunt într-o continuă schimbare, autoritatea contractantă precizează că nu urmărește diminuarea concurenței, vrea doar să se asigure că oferta este conformă, fermă, corect fundamentată și că ofertantul are capacitatea financiară de a realiza lucrărilor în termen, cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire privind cantitatea și calitatea acestora.

Având în vedere cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca prin decizia pe care o va emite în speță, să respingă contestația formulată de către SC SRL, ca neîntemeiată și să mențină documentele emise de ea în cadrul procedurii de atribuire, acestea fiind legale și temeinice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 25295/11.05.2023 SC SRL transmite concluzii scrise în replică față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul precizează că, pentru a solicita respingerea contestației autoritatea contractantă arată că societatea sa, prin respectarea listelor de cantități încărcate în SEAP, ar fi acoperit intenția de a nu declara distanțele reale de transport și, implicit, a cheltuielilor neofertate.

În opinia sa asemenea susțineri nu pot fi primite la soluționarea contestației, fiind în contradicție cu informațiile din oferta sa, dar și cu cerințele documentației de atribuire.

Aceasta deoarece, așa cum chiar autoritatea contractantă susține prin punctul de vedere, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a prezenta lista cu furnizorii principalelor materiale care vor fi puse în operă. Într-o astfel de situație, în care în cadrul ofertei a prezentat o astfel de listă, fiind evidentă inclusiv distanța de la furnizorii declarați până la amplasamentul lucrării, în niciun caz el nu a urmărit să nu declare distanțele reale de transport, dar nici nu putea.

Așa cum a arătat prin contestație, societatea sa a ales să oferteze distanțele de transport existente în listele de cantități, iar, în raport de furnizorii declarați, a inclus diferența de transport în prețul materialelor, aspect confirmat și demonstrat prin prezentarea ofertelor de preț depuse.

Pentru a solicita respingerea contestației precizează că autoritatea contractantă mai arată că, în condițiile în care prețurile sunt într-o continuă schimbare, aceasta nu urmărește diminuarea concurenței, ci doar vrea să se asigure că oferta este conformă, fermă, corect fundamentată și că ofertantul are capacitatea financiară de a realiza lucrările în termen, cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire privind calitatea și cantitatea acestora.

Sub acest aspect consideră că concluzia autorității este cel puțin una illogică, fiind mai mult decât evident că, prețurile fiind într-o continuă schimbare, prin prezentarea unor oferte emise într-un moment cât mai aproape de data semnării contractului, există o garanție mai mare că semnatarul acestuia are capacitatea financiară de a realiza lucrările în termen, cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire privind calitatea și cantitatea acestora.

În opinia sa toate aceste aspecte mai sus menționate fac dovada deplină a faptului că legalitatea rezultatului procedurii de atribuire a fost afectată, motiv pentru care solicită Consiliului admiterea contestației, iar, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 21770/24.04.2023, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209078958/1, tranzacția: 1326321522/44306629 din 20.04.2023, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, în valoare de 23.438,71 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea unui contract având ca obiect „Execuție

lucrări de Modernizare sistem rutier strada Salciei, ..., jud.", cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1113749/07.09.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.171.935,48 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Analizând contestația formulată de asocierea SC SRL (lider) – SC SRL se reține că obiectul acestuia îl reprezintă adresa nr.11835/12.04.2023 prin care a fost respinsă oferta sa ca neconformă în temeiul art. 136 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016 deoarece nu ar fi răspuns concludent la solicitarea de justificare a prețului neobișnuit de scăzut, motiv pentru care, Consiliul îl va analiza prin raportare atât a cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Consiliul reține că, potrivit instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[SCN1113749/00012] FișaDate DF1158718.pdf”, intitulate generic „Fișa de date”, la cap. IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, s-au impus prezentarea următoarelor documente:

„7. Lista furnizorilor principalelor materiale/echipamente, în care ofertantul va prezenta furnizorii principalelor materiale care vor fi puse în operă.

9. Listele de cantități de lucrări respectiv Formularul F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv; Formular F2 – Centralizatoarele cheltuielilor pe obiecte, Formularul F3 - Listele cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări însoțite de Listele cuprinzând consumurile C6, C7, C8, C9”

iar

la cap. IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare”, s-au impus următoarele cerințe:

„Propunerea financiară se va exprima în lei și se va transmite în format electronic în S.E.A.P. până la data și ora limită de depunere a ofertelor. Toate elementele (documentele) propunerii financiare solicitate mai jos, se vor încărca obligatoriu în S.E.A.P., în secțiunea dedicată, până la termenul limită de depunere a ofertei și va fi criptată.

Acestea vor fi accesibile autorității contractante doar după decriptarea prețului.

Ofertantul va prezenta propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile cu privire la preț, precum și alte condiții financiare și comerciale legate de îndeplinirea obiectului contractului.

Prezentarea propunerii financiare se va face în mod obligatoriu prin completarea următoarelor formulare:

Formularul de ofertă. Valoarea înscrisă în formularul de ofertă va fi valoarea totală (exprimată în lei fără TVA cu două zecimale) necesară pentru execuția obiectivului de investiție. Lipsa formularului de ofertă echivalează cu lipsa ofertei, respectiv lipsa actului juridic de angajare în contract.

Anexe la formularul de ofertă (centralizatoare: Formularul F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv; Formular F2 – Centralizatoarele cheltuielilor pe obiecte, Formularul F3 - Listele cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări însoțite de Listele cuprinzând consumurile C6,C7,C8,C9).

Nu se acceptă ofertarea organizării de șantier ca procent din valoarea lucrărilor.

Nota: 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”.

De asemenea, sunt relevante în soluționare și răspunsul consolidat al autorității contractante prin adresa nr. 29874/16.09.2022, în cadrul căreia la pct.1 s-a răspuns: „Da, puteți oferta propriile consumuri de manoperă, transport, utilaj cu respectarea cerințelor cantitative din listele de cantități puse la dispoziție de autoritatea contractantă și cu respectarea cerințelor calitative prevăzute în legislație, precum și norme / normative / prescripții tehnice pentru toate articolele de deviz”.

Din interpretarea cerințelor mai sus menționate, rezultă că, ofertanții aveau obligația de a-și fundamenta tarifele pentru transportul materialelor, (cuantificate în listele cuprinzând cantitățile de lucrări și

evidențiate distinct în cadrul listei consumurilor privind transporturile formularul C9) ținând seama de **distanțele calculate de la furnizor până la locul execuției lucrării**.

Consiliul reține că, pe parcursul verificării propunerilor financiare (a se vedea procesul verbal nr. 10226/30.03.2023) în urma corelării distanțelor de transport din Formularul C9 cu distanțele furnizorilor declarați s-a constatat că acestea nu corespund, fiind mai scurte și la prețuri neobișnuit de scăzute, respectiv 0,50 lei/km/tonă, motiv pentru care autoritatea contractantă a solicitat asocierii SC SRL (lider) – SC prin adresa de clarificări nr. 9625/24.03.2022, justificarea distanțelor de transport oferite pentru procurarea următoarelor materiale:

-Emulsie cationică – transport 0,5 lei/km/tonă, fiind indicat un număr de 20 km rezultând un total de 10 lei/tonă;

-BA16 (mixturi asfaltice) - transport 0,5 lei/km/tonă, fiind indicat un număr de 20 km rezultând un total de 10 lei/tonă;

- BAD22,4 LEG50/70 (mixturi asfaltice) - transport 0,5 lei/km/tonă, fiind indicat un număr de 20km rezultând un total de 10 lei/tonă;

-Balast - transport 0,5 lei/km/tonă, fiind indicat un număr de 20 km rezultând un total de 10 lei/tonă;

-Nisip transport 0,5 lei/km/tonă, fiind indicat un număr de 20 km rezultând un total de 10 lei/tonă;

-Piatră spartă 0,5 lei/km/tonă, fiind indicat un număr de 20 km rezultând un total de 10 lei/tonă.

Din analiza adresei de răspuns a contestatorului nr. 656/28.03.2023 (pag. 13, vol. 1 din dosarul achiziției), Consiliul reține caracterul neconcludent al acestuia deoarece acesta din urmă recunoaște că nu a luat în calcul distanța reală de transport a materialelor de la furnizor până la locul execuției lucrării, menționând că diferența de cost transport va fi acoperită din prețul materialelor, relevante în acest sens fiind următoarele explicații: *„(...) ținând cont de furnizorul declarat pentru procurarea materialelor la care faceți referire, societatea noastră a optat pentru menținerea articolului de transport inclus în listele de cantități, diferența de transport fiind evidențiată în prețul materialelor”*, sau:

„Ținând cont că pentru Mixtură asfaltică BA16 am inclus în propunerea financiară un preț unitar cu transport la 20 km de 410,00 lei/to, rezultă că, față de prețul de la furnizor, am avut în vedere în plus suma de 70 lei/tonă din care putem acoperii diferența de transport”,

sau:

„(...) pentru Mixtura asfaltică BAD22,4 am inclus în propunerea financiară un preț unitar cu transport la 20 km de 365,00 lei/to, rezultă

că, față de prețul de la furnizor, am avut în vedere în plus suma de 55 lei/tonă din care putem acoperii diferența de transport”.

Prin depunerea ofertei, asocierea SC SRL (lider) – SC și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate privind modul de stabilire/determinare a distanței de transport în baza căruia se constituie prețurile ofertate iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans” în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de elaborare a propunerii financiare iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

Sunt relevante în soluționarea prezentei și dispozițiile art. 134 alin. (6) coroborate cu alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(...)

(10) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece

sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant.

(11) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea erorilor aritmetice oferta sa va fi considerată neconformă”.

Din interpretarea textului legal mai sus iterat, rezultă că un ofertant poate opera modificări în cadrul propunerii sale financiare doar dacă aceste modificări reprezintă erori aritmetice adică erori materiale de redactare și nicidecum modificarea propunerii financiare datorată nerespectării cantităților de lucrări / materiale sau distanțelor impuse în caietul de sarcini.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit căroră: *„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”*, deoarece prin răspunsul său, asocierea contestatoare a recunoscut, prin manifestarea propriei voințe, că distanțele pentru transportul materialelor din oferta sa nu sunt reale ci au fost diminuate la data ofertării față de distanțele care urmează a fi parcurse în fapt, urmând ca aceste diferențe de cost să fie acoperite din prețul materialelor.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul contestatorului prin care acest ofertant și-a recunoscut neconformitatea din ofertă, și a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, apreciind în mod unilateral și subiectiv că distanțele pentru transportul materialelor din oferta sa pot fi diminuate față de distanțele reale care urmează a fi parcurse în fapt, urmând ca aceste diferențe de cost să fie acoperite din prețul materialelor, având în vedere că un astfel de demers ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 care pun în sarcina autorității contractante respingerea ofertei urmare a unui răspuns neconcludent la solicitările de clarificare.

Astfel, așa cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare trebuie să țină cont de toate elementele de cost pe care le implică execuția lucrării în cauză, astfel încât operatorii economici să nu vicieze rezultatul procedurii prin neincluderea unor costuri aferente unor activități (transport) care s-au solicitat în mod expres, prin diminuarea distanței de transport sau de a proceda la artificii financiare/matematice/rotunjiri de tarife unitare

după bunul plac având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate să finalizeze contractul indiferent prin ce mijloace; prin urmare, Consiliul apreciază că în etapa de verificare a ofertelor depuse, autoritatea contractantă a dat dovadă de rigoare și a evaluat informațiile și documentele furnizate de ofertanți, pentru a se asigura de realitatea și sustenabilitatea acestora.

În plus, din perspectiva tratamentului egal între competitori, elementele de cost obligatorii sunt esențiale și pentru aceștia, întrucât lipsa ofertării unor elemente de cost sau ofertarea sub nivelul minim stabilit de lege conduce la distorsionarea liberei concurenței și alterarea rezultatului.

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă trebuie să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse de ofertanți sunt reale și ferme, numai în urma obținerii și verificării detalierii prețurilor ofertate putând stabili conformitatea, sustenabilitatea, realitatea și corectitudinea formării acestora.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, **CJUE** s-a pronunțat în cauza **C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință,

autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Este evident că elaborarea ofertei prin omiterea unor distanțe de transport nu poate fi considerată o eroare aritmetică ce ar putea fi corectată, chiar dacă valoarea absolută a lucrărilor respective din punctul de vedere al ofertantului nu este una majoră sau că poate fi acoperită din prețul materialelor, o astfel de situație fiind de natură a crea un avantaj incorect ofertantului în cauză, în raport cu ceilalți ofertanți sau potențiali participanți la procedură, care au înțeles să respecte obligația legală de a formula oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

Hotărârea **CJUE din data 5 iunie 2015** pronunțată în cauza **C 49/15**, statuează în acest sens că:

„43 În această privință, trebuie amintit că, în conformitate cu ceea ce s-a statuat la punctul 28 din prezenta ordonanță, corectarea unei erori materiale săvârșite de un ofertant în redactarea ofertei sale, în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat, nu trebuie să îi permită să o modifice și să îi confere astfel un avantaj necuvenit.

44 *În consecință, orice modificare a unei oferte economice care nu privește corectarea mecanică a unei erori materiale vădite de redactare sau care nu rezultă automat dintr-o corectare nu este autorizată în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat. Astfel, autoritatea contractantă nu poate da unui singur ofertant, după deschiderea ofertelor, posibilitatea să modifice termenii ofertei sale, sub sancțiunea încălcării principiului egalității de tratament, precum și a termenilor dispoziției menționate”.*

Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a lor și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludenta răspunsurilor.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al răspunsului neconcludent cu privire la justificarea distanțelor, potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea precisă de determinare a tarifelor aferente diverselor articole de transport iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În cazul în care documentația de atribuire sau solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă contestatorului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte răspunsul asocierii SC SRL (lider) – SC prin care acest ofertant și-a recunoscut erorile din ofertă având în vedere că prin acest demers ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea intervenientului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 mai sus citate.

Concluzionând, Consiliul reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect neconcludența răspunsului la solicitarea de justificare a prețului, deoarece acesta din urmă nu a justificat distanța avută în vedere la calculul valorii transportului aferente celor două articole ci a recunoscut că a aproximat/rotunjit aceste distanțe, în evidentă discordanță că modalitatea exactă/precisă în care a impus autoritatea contractantă calculul acestor distanțe.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul contestatorului prin care acest ofertant și-a recunoscut greșeala din oferta financiară deoarece un astfel de demers ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 care pun în sarcina autorității contractante respingerea ofertei urmare a unui răspuns neconcludent la solicitările de justificare a prețului.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriiei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse. În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei sale, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul neconform al ofertei depuse de asocieria SC SRL (lider) – SC SRL, rezultatul fiind același.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de asocieria SC SRL (lider) – SC SRL în contradictoriu

Pentru aceste motive

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de asocieria
SC SRL (lider) – SC SRL în contradictoriu cu
autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini