CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

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

Prin contestaţia nr. 338/30.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38458/30.09.2019, formulată de SC ... & ... SA, cu sediul în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva adresei de comunicare nr. nr. 11/2/3110 din 27.09.2019, emisă de ... - SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului sectorial de furnizare având ca obiect „Echipament individual de protecție (...)”, pentru lotul nr. 2 -„scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă”, s-a solicitat: admiterea contestației; anularea adresei de comunicare nr. 11/2/3110 din 27.09.2019, ca netemeinică și nelegală; anularea raportului procedurii de atribuire nr. 11/2/3067/25.09.2019 în părțile privind analiza și evaluarea ofertei SC ... & ... SA depusa pentru lotul nr. 2; obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei SC ... & ... SA cu respectarea documentației de atribuire, a dispozițiilor legale în materia echipamentelor individuale de protecție (...) și a dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și la stabilirea în consecință a rezultatului procedurii aferent lotului nr. 2.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... & ... SA, împotriva adresei de comunicare nr. 11/2/3110 din 27.09.2019, prin care entitatea contractantă a transmis

decizia sa de respingere a ofertei depusă pentru lotul nr. 2, ca fiind inacceptabilă și neconformă, solicitand: admiterea contestației; anularea adresei de comunicare nr. 11/2/3110 din 27.09.2019, ca netemeinică și nelegală; anularea raportului procedurii de atribuire nr. 11/2/3067/25.09.2019 în părțile privind analiza și evaluarea ofertei SC ... & ... SA depusă pentru lotul nr. 2; obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei SC ... & ... SA cu respectarea documentației de atribuire, a dispozițiilor legale în materia echipamentelor individuale de protecție (...) și a dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și la stabilirea în consecință a rezultatului procedurii aferent lotului nr. 2.

În contestație se arată că decizia entității contractante de respingere a ofertei SC ... & ... SA, pentru motivul relevat în adresa de comunicare, este netemeinică și nelegală.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile pct. III. 1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a fost impusă următoarea cerință:

„(...) Pentru contractele de achiziție de bunuri:

1. *Certificate emise de organisme de control al calității;*

2. Declarație de conformitate EC și Certificat de examinare EC de tip emis de un organism notificat conform HG nr. 115/2004;

Declarația de conformitate EC și certificatul de examinare EC de tip trebuie să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor.

sau

1. Declarație de conformitate UE și

2. Certificatul de examinare UE de tip emis de un organism notificat, conform Regulamentului UE 2016/425.

Declarația de conformitate UE și certificatul de examinare UE de tip trebuie să fie reale/actuale la data limita de depunere a ofertelor”, cerință preluată identic și în formularul DUAE din cadrul documentației de atribuire.

Contestatoarea precizează că pentru dovedirea îndeplinirii acestei cerințe a depus în cadrul propunerii tehnice următoarele:

- Declarația de conformitate UE - fila 16 din propunerea tehnică (folder 3), emisă de producătorul SC ... & ... SA;
- Certificatul de examinare UE de tip nr. 3476/12.07.2019, valabil până la data de 12.07.2024, emis de organismul notificat nr. NB 2756, Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare pentru Protecția Muncii (INCDPM) „...”, emis pentru produsul categorie III ... - „Scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă" - model 501028 și model 501029, produse de SC ... & ... SA - fila 10 - 15;
- raport de evaluare cu anexe;
- fișa de informare a producătorului SC ...&... SA;
- instrucțiuni de utilizare etc.

SC ... & ... SA menționează că a părticipat la procedura de atribuire, pentru lotul nr. 2, în calitate de ofertant unic, cu invocarea

susținerii din partea terțului SC ... SRL, care a fost declarat subcontractant pentru un procent de 90% din contract.

Prin adresa nr. 11/2/2671/26.08.2019, entitatea contractantă a procedat la solicitarea unor clarificări referitoare la modalitatea de îndeplinire a cerinței enunțată anterior, respectiv: *„Având în vedere Acordul de subcontractare nr. 1125/15.07.2019 și Declarația privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractant și specializarea acestora în care ... & ... SA este ofertant și ... SRL subcontractant (în procent de 90%) - producător al produselor ofertate, iar în propunerea tehnică încărcată de ofertant, toate documentele sunt emise pe numele ... & ... SA, vă rugăm clarificați.*

În conformitate cu art. 68 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a hotărât să solicite ofertantului să precizeze - partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze.

În conformitate cu art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 58 alin (2) din HG. nr. 394/2016 comisia de evaluare a hotărât să solicite ofertantului ... & ... SA să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus".

Totodată, prin adresa nr. 11/2/2725/30.08.2019, entitatea contractantă a revenit cu următoarea solicitare:

„În conformitate cu art. 205 coroborat cu art. 187 din Legea nr. 99/2016, vă rugăm să transmiteti documentele relevante la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus ... SRL, respectiv:

1. Declarație de conformitate EC și

2. Certificat de examinare EC de tip emis de un organism notificat conform HG nr. 115/2004.

sau

1. Declarație de conformitate UE și

2. Certificatul de examinare UE de tip - emis de un organism notificat, conform regulamerntului UE 2016/425".

La clarificările solicitate prin adresa nr. 11/2/2671/26.08.2019, contestatoarea arată că a răspuns în sensul că SC ... & ... SA a întocmit, semnat și depus propunerea tehnică și propunerea financiară în calitate de ofertant, societatea fiind deținătorul de drept al produsului ofertat, întrucât a dezvoltat produsul (concepție, design, testare, selecție materii prime și accesorii, realizare prototipuri și certificare) și va avea următoarele responsabilități detaliate:

- relaționarea cu entitatea contractantă privind derularea contractului, asumarea răspunderii contractuale;
- investiția financiară în derularea contractului;
- realizarea măsurătorilor, proiectarea produselor, realizarea tiparelor (10% din operațiunile de manufacturare);
- aprovizionarea cu materii prime și accesorii;
- managementul calității produsului, prin supravegherea proceselor de producție la subcontractant;
- preluarea produselor de la subcontractant și efectuarea livrărilor;

- întocmirea documentelor de livrare și monitorizarea circuitului facturi/plăți/încasări;

- plata serviciilor de manufacturare în sistem lohn la subcontractant (90% din operațiunile de manufacturare).

În consecință, SC ... & ... SA consideră că, fiind definitorul de drept al produsului ofertat, poate alege să realizeze producția la orice subcontractant, prin utilizarea resurselor acestuia din urmă, fără ca subcontractantul să aibă la rândul lui produsul certificat. În acest caz, subcontractantul respectă atât proprietatea intelectuală a ... & ... SA (nu are drepturi asupra comercializării produsului), cât și rețetele de fabricație și procesele tehnologice ale acesteia.

Totodată, ... a fost declarat și subcontractant conform art. 68 din Legea nr. 99/2016 și, pentru dovedirea însușirii cerințelor din documentația de atribuire, ... a semnat Acordul de subcontractare nr. 1125/15.07.2019 cu ... & ....

În cazul atribuirii contractului, ... SRL va avea următoarele responsabilități:

- preluarea comenzilor de la ... & ... SA;

- planificarea resurselor tehnice și umane declarate în cadrul angajamentului de susținere tehnică;

- producția propriu-zisă (90% din operațiunile de manufacturare în sistem lohn);

- pregătirea loturilor pentru livrare și asigurarea procedurilor de recepție calitativă și cantitativă desfășurată de titularul de contract ... & ... SA.

La solicitarea nr. 11/2/2725/30.08.2019, contestatoarea precizează că a răspuns, cu trimitere la răspunsul transmis ca urmare a solicitării de clarificări cu nr. 11/2/2671/26.08.2019, unde a argumentat care sunt rolurile ofertantului ... & ... SA și ale susținătorului ... SRL. Astfel, consideră că entitatea contractantă a luat încă o dată la cunoștință că ... & ... SA este deținătorul de drept al certificării produsului ofertat și doar acesta poate declara îndeplinirea cerințelor din fișa de date a achiziției, cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv deținerea Declarației de conformitate EC/UE și Certificat de examinare EC/UE de tip.

Totodată, în răspuns a precizat că ... SRL a completat documentul DUAE online, în conformitate cu Notificarea ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile desfășurate exclusiv prin mijloace electronice din 08.04.2019 și, dintr-o eroare materială, a bifat DA la cerința privind Criteriile de selecție - Capacitatea tehnică și/sau profesională, anume deținerea declarației de conformitate EC/UE și Certificat de examinare EC/UE de tip în nume propriu.

Prin urmare, considerând că această eroare intră în categoria viciilor de formă, așa cum sunt stipulate în art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, ... & ... SA a solicitat entității contractante să constate că o eventuală corectare a documentului DUAE de către ... SRL prin eliminarea bifei DA de la cerința precizată anterior îndeplinește

reglementările legale, fiind susținută de conținutul altor informații existente inițial în documentele prezentate (respectiv Declarația de conformitate EC/UE și Certificat de examinare EC/UE de tip ale ofertantului ... & ... SA), nefiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură.

În răspunsul oferit, contestatoarea a mai precizat că, luând la cunoștință de răspunsul la clarificarea nr. 11/2/2671/26.08.2019, entitatea contractantă putea constata că bifarea cu „DA” de către ... SRL este o eroare materială, iar entitatea se putea folosi de dreptul conferit de art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016, în sensul de a lua măsura de remediere printr-o solicitare de corectare a viciilor de formă, printr-o solicitare de refacerea DUAE cu datele aferente acesteia.

Suplimentar, a invocat prevederile art. 185 alin (4) din Legea nr. 99/2016, în conformitate cu care ... SRL nu are obligația de a dovedi că și ea, la rândul ei, deține Declarație de conformitate EC/UE și Certificat de examinare EC/UE de tip în nume propriu. Totodată, a precizat că entitatea contractantă trebuie să ia în considerare capacitatea acesteia tehnică și profesională pentru partea sa de implicare în realizarea contractului, așa cum a fost menționat atât în acordul de subcontractare cât și în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 11/2/2671/26.08.2019, având în vedere că a prezentat documente relevante în acest sens, respectiv:

- certificat ONRC cu domeniu de activitate, conform cerinței de la pct. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date;

- angajament ferm de sprijin tehnic, însoțit de documente suport privind lista resurselor tehnice și umane pe care le deține, conform art. 196 alin. (3) și (4) din Legea nr. 99/2016 și a fișei de date, pct. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului.

Drept urmare, contestatoarea referindu-se la dreptul conferit de art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016, i-a solicitat entității contractante să dispună măsura de remediere printr-o solicitare de corectare a viciilor de formă privind documentul DUAE emis de ... SRL.

Contestatoarea învederează că, deși în cadrul ofertei prezentate se regăsește și Declarația de conformitate UE - fila 16 din propunerea tehnică, emisă de producătorul SC ... & ... SA - ofertant individual în procedură, Certificatul de examinare UE de tip nr. 3476/12.07.2019, emis pentru produsul categorie III ... - „Scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă" - model 501028 și model 501029, produse de SC ... & ... SA - fila 10 - 15, precum și a răspunsurilor concludente furnizate conform celor mai sus arătate, prin adresa atacată - nr. 11/2/3110/27.09.2019, entitatea contractantă a transmis decizia sa de respingere a ofertei.

Așadar, oferta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă în baza art. 140 alin (4) din H.G. nr. 394/2016 și neconformă în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 394/2016, motivul respingerii invocat în raportul procedurii nr. 11/2/3067/25.09.2019, fiind acela că, potrivit prevederilor

art. 58 alin. (2) din H.G nr. 394/2016, și subcontractantul ... SRL trebuia să respecte cerința de a prezenta Declarație de conformitate UE și Certificatul de examinare UE de tip, emis de un organism notificat, conform regulamentului UE 2016/425, iar aceste documente să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor.

În opinia petentei, această decizie a entității contractante de respingere a ofertei sale este eronată sub următoarele aspecte:

i) conform Angajamentului ferm de susținere din partea terțului SC ... SRL, acesta se referă strict la resursele tehnice - echipamente și utilaje specifice și la resursele umane necesare executării contractului (anexa respectivului angajament), resurse în legătură cu care însă, prin documentația de atribuire, nu s-a impus nicio cerință minimă de calificare, angajamentul fiind depus din proprie inițiativă, în dovedirea deținerii capabilității efective de a executa contractul.

ii) prin documentația de atribuire nu au fost impuse cerințe de calificare referitoare la „situația economică și financiară, iar cu privire la capacitatea tehnică și profesională au fost impuse doar 2 cerințe, respectiv:

- cerința de a se prezenta *„eșantioane, descrieri sau fotografii, fără certificate de autenticitate”;*
- cerința de a se prezenta *„Declarație de conformitate UE și Certificat de examinare UE de tip emis de un organism notificat, conform Regulamerntului UE 2016/425".*

iii) Ambele cerințe impuse prin documentația de atribuire fiind îndeplinite de ofertantul individual SC ... & ... SA, nu se putea aduce în discuție *„recurgerea la susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea (...) criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională”,* astfel cum aceasta este reglementată de art. 196 și urm. din Legea nr. 99/2016, pentru calificarea ofertantului individual.

iv) Acesta învederează că Acordul de subcontractare prin care a încredințat partea de execuție/confecționare a produselor subcontractantului SC ... SRL, în numele și sub responsabilitatea sa, reprezintă un mandat scris emis acestuia, în sensul art. 9 din Regulamentul nr. 425/2016, privind echipamentele individuale de protecție și de abrogare a Directivei nr. 89/686/CEE a Consiliului, act normativ cu aplicare directă în toate statele membre UE.

v) Exercitarea acțiunilor de *„management al calității produsului prin supravegherea proceselor de producție la subcontractant*" de către producătorul SC ... & ... SA, sub a cărui strictă supraveghere SC ... SRL, subcontractantul cu calitate de reprezentant autorizat, confecționează produsele ..., este o acțiune legală și conformă cu dispozițiile Regulamentului (UE) nr. 425/2016 privind echipamentele individuale de protecție, constituite de prevederile art. 3 pct. 4-5, art. 9, anexa VII pct. 7. Conform acestor prevederi *„Obligațiile producătorului pot fi îndeplinite de către reprezentantul său autorizat, în numele sau pe răspunderea sa, cu condiția ca acestea să fie specificate în mandat”*, iar contestatoarea precizează că în acordul de subcontractare este menționat clar că

subcontractantul declarat fabrică produsele ... din obiectul contractului pentru SC ... & ... SA, aceasta fiind societatea care le va comercializa sub denumirea proprie, nefiind astfel necesară deținerea de documente/atestate similare de către subcontractant, așa cum consideră entitatea contractantă.

Petenta subliniază că, în ipoteza în care entitatea contractantă ar fi considerat că subcontractantul propus nu are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv, aceasta era obligată să se conformeze dispozițiilor art. 187 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În aceste condiții, apreciază că este dovedit odată în plus că decizia entității contractante a fost una netemeinică, nelegală și abuzivă, bazată pe aprecieri subiective, considerând că acest aspect rezultă din însăși formularea utilizată în cuprinsul actului atacat, respectiv: *„comisia de evaluare a considerat că și subcontractantul ... SRL trebuia să respecte cerința de a prezenta (...)".*

În egală măsură, consideră că entitatea contractantă nu este îndreptățită la a impune sau a emite considerente speculative în raport cu procentul de subcontractare, aspect tranșat în repetate rânduri de către Curtea Europeana de Justiție, relevantă fiind Hotărârea pronunțată în cauza C - 406/14, prin care s-a reținut astfel: *„32 Astfel cum a constatat Curtea la punctul 31 din Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), prin acest articol, Directiva 2004/18 se referă la recurgerea la subcontractanți fară a aminti o limitare în această privință. 37 (...) O entitate contractantă nu este autorizată să solicite, printr-o clauză din caietul de sarcini al unui contract de achiziții publice de lucrări, ca viitorul adjudecatar al acestui contract să execute prin mijloace proprii un anumit procentaj din lucrările care fac obiectul contractului mentionat".*

Față de cele arătate mai sus și luând în considerare că subcontractantul nu era obligat și nici nu avea posibilitatea să prezinte același Certificat de examinare UE de tip, Certificat nr. 3476/12.07.2019 fiind propriu produsului SC ... & ... SA, așa cum acesta a fost prezentat în ofertă, contestatoarea reiterează solicitarea de admitere a contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

Cu adresa nr. 11/2/3174/04.10.2019, înregistrată la Cnsiliu sub nr. 39435/04.10.2019, ... - S.A. a transmis o serie de documente necesare soluționării contestației, precum și punctul său de vedere referitor la aceasta, solicitând Consiliului să respingă contestația ca nefondată și inadmisibilă.

Entitatea contractantă face precizarea că la data de 25.09.2019 a finalizat etapa de evaluare a ofertelor, a publicat raportul procedurii nr. 11/2/3067 și a transmis comunicări tuturor ofertanților participanți la prezenta procedură de atribuire, inclusiv ofertanților respinși, precum și motivele care au stat la baza deciziei.

Prin adresa nr. 11 /2/3110/27.09.20191 a comunicat ofertantului ... & ... SA că oferta sa depusă pentru lotul nr. 2 - *„Scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă”* a fost declarată inacceptabilă, conform art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, și neconformă conform art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, comunicând motivele care au stat la baza deciziei de a respinge oferta.

Entitatea contractantă arată că, în etapa de evaluarea ofertelor, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertanților în scopul lămuririi ofertelor depuse, contestatoarei fiindu-i solicitate clarificări prin adresele nr. 11/2/2671/26.08.2019 și nr. 11/2/2725/30.08.2019.

- Prin adresa nr. 11/2/2671/26.08.2019, comisia de evaluare a solicitat contestatoarei să clarifice faptul că în Acordul de subcontractare nr. 1125/15.07.2019 și în „Declarația privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractant și specializarea acestora” ... & ... SA este ofertant și ... SRL subcontractant (în procent de 90%), producător al produselor ofertate, iar în propunerea tehnică încărcată de ofertant, toate documentele sunt emise pe numele ... & ... SA.

În conformitate cu art. 68 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 comisia de evaluare a hotărât să solicite acestui ofertant să precizeze partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze, iar în conformitate cu art. 181 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 58 alin. (2) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare a hotărât să solicite ofertantului ... & ... SA, să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus.

... & ... SA a răspuns prin adresa nr. 11/2/2712/28.08.2019.

- În urma analizei acestui răspuns, comisia de evaluare a hotărât să solicite, prin adresa nr. 11/2/2725/30.08.2019, o nouă clarificare, având în vedere că în Acordul de subcontractare nr. 1125/15.07.2019, la art 4.2. a fost precizat că subcontractantul va produce și livra produsele în cantitățile și sortimentele care vor fi solicitate prin contractele subsecvente.

Față de acest aspect, entitatea contractantă învederează că i-a comunicat ofertantului că procedură de achiziție nu se finalizează prin acord-cadru, respectiv contract subsecvent, ci prin contract sectorial.

Totodată, având în vedere că în documentul DUAE încărcat de ofertantul ... & ... SA pentru subcontractantul ... SRL a fost bifat DA la „Criterii de Selecție”, Cap. C „Capacitatea tehnică și profesională” - la punctul „certificate emise de organisme de control al calității” - la cerința de a prezenta Declarație de conformitate EC și Certificat de examinare EC de tip emis de un organism notificat conform HG nr. 115/2004, care trebuie să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor sau Declarație de conformitate UE și Certificatul de examinare UE de tip, emis de un organism notificat, conform regulamerntului UE 2016/425, care trebuie să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor”, document însușit prin ștampilă de ... SRL, în conformitate cu art. 205 coroborat cu art. 187 din Legea nr. 99/2016, s-a solicitat transmiterea

documentelor relevante la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus, ... SRL.

Documentele solicitate de entitatea contractantă sunt Declarație de conformitate EC și Certificat de examinare EC de tip, emis de un organism notificat conform HG nr. 115/2004 sau Declarație de conformitate UE și Certificatul de examinare UE de tip, emis de un organism notificat, conform regulamentului UE 2016/425, la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 11/2/2764/04.09.2019, conținând precizările inserate mai sus, preluate și în cuprinsul contestației.

Urmare a analizării propunerii tehnice și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, prin procesul verbal nr. 11/2/2876/12.09.2019, comisia de evaluare a concluzionat că în conformitate cu art. 58 alin. (2) din HG nr. 394/2016, și subcontractantul ... SRL trebuia să respecte cerința de a prezenta:

- Declarație de conformitate EC și Certificat de examinare EC de tip, emis de un organism notificat conform HG nr. 115/2004, care trebuie să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor, sau
- Declarație de conformitate UE și Certificatul de examinare UE de tip, emis de un organism notificat, conform regulamentului UE 2016/425, reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor.

Față de cele prezentate mai sus, comisia de evaluare consideră că oferta ... & ... SA, este inacceptabilă în conformitate cu art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și neconformă, în conformitate cu art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016.

În concluzie, entitatea contractantă apreciază ca decizia luată cu privire la oferta contestatoarei este temeinică și legală și, pe cale de consecință, solicită Consiliului respingerea contestației și menținerea deciziei comisiei de evaluare.

Prin adresa nr. 362/08.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 40124/08.10.2019, SC ... & ... SA a formulat răspunsul nr. 11/2/3174/04.10.2019 la punctul de vedere al entității contractante, în care reiterează solicitarea de admitere a contestației așa cum a fost formulată.

În motivarea acestei cereri, arată:

(1) Entitatea contractantă nu aduce niciun argument faptic și legal în susținerea deciziei de respingere a ofertei sale, pentru singurul motiv exprimat sub forma unui considerent.

Totodată, consideră că în continuare entitatea contractantă ignoră dispozițiile Regulamentului (UE) nr. 425/2016 privind echipamentele individuale de protecție aplicabile ofertei depuse, constiuite de prevederi precum cele ale:

- art. 3 pct. 4. care definește producătorul ca fiind: *„orice persoană fizică sau juridică care fabrică ... sau pentru care se proiectează sau se fabrică ... și care le comercializează sub propria denumire sau propria marcă comercială”;*
- art. 8 alin. (1) - (3): *„(1) Atunci când introduc pe piață ..., producătorii se asigură că acestea au fost proiectate și fabricate în*

conformitate cu cerințele esențiale de sănătate și securitate aplicabile stabilite în anexa II. (2) Producătorii întocmesc documentația tehnică menționată în anexa III (denumită în continuare "documentația tehnică") și efectuează procedura de evaluare a conformității aplicabilă menționată la articolul 19 sau dispun efectuarea acestei proceduri. În cazul în care s-a demonstrat conformitatea ... cu cerințele esențiale de sănătate și securitate aplicabile prin procedura corespunzătoare, producătorii întocmesc declarația de conformitate UE menționată la articolul 15 și aplică marcajul CE menționat la articolul 16. (3) Producătorii păstrează documentația tehnică și declarația de conformitate UE timp de 10 ani după introducerea pe piață a ...";

- art. 15 alin. (4) – „*Prin redactarea declarației de conformitate UE, producătorul își asumă responsabilitatea pentru conformitatea ... cu cerințele prevăzute în prezentul regulament*";

- art. 17 alin. (2) – „Marcajul CE se aplică înainte ca ... să fie introduse pe piață";

- art. 3 pct. 3 - *«„introducere pe piață" înseamnă punerea la dispoziție pentru prima dată a ... pe piața Uniunii»;*

- anexa nr. V - „Examinarea UE de tip", pct. 2 - *„Examinarea UE de tip se efectuează prin evaluarea caracterului adecvat al proiectului tehnic al ..., prin examinarea documentației tehnice, precum și prin examinarea unui specimen complet de ..., reprezentativ pentru producția luată în considerare (tip de producție)* "; pct. 6.2*. „Certificatul de examinare UE de tip conține cel puțin următoarele informații: denumirea și numărul de identificare ale organismului notificat; denumirea și adresa producătorului și, în cazul în care cererea este depusă de către reprezentantul autorizat, denumirea și adresa acestuia din urmă; identificarea ... care face obiectul certificatului (numărul tipului) (...)".*

Drept urmare, contestatoarea reiterează că solicitarea de a se constata că SC ... & ... SA este ofertantul din procedură cu calitatea de producător al ...-ului denumit „Scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă, tipul/modelul „501028", pentru care a fost emis Certificatul de examinare UE de tip nr. 3476/12.07.2019 și Declarația de conformitate UE, depuse în documentele ofertei.

Faptul că a ales să subcontracteze, sub propriul său „management al calității produsului prin supravegherea proceselor de producție la subcontractant, confecționarea ...-ului către un alt operator economic, nu poate semnifica că subcontractorul trebuia să prezinte un alt Certificat de examinare UE de tip, care ar fi fost propriu unui alt tip de ..., diferit de tipul „501028", inclus în ofertă, fiind evident că tipul de ... nu putea fi certificat, concomitent, atât ..., în calitate de producător, cât și subcontractantului.

Opinia contestatoarei este că prin depunerea în ofertă a Declarației de conformitate UE, era evident că SC ... & ... SA este producătorul care își asumă responsabilitatea pentru conformitatea ..., certificat UE de tip, a cărui confecționare este realizată de subcontractant, acțiunea de subcontractare nefiind de natură să anuleze calitatea sa de producător și

nici să transfere subcontractantului obligația de certificare UE a tipului de produs *„501028" - „Scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă”.*

Prin urmare, apreciază că pretenția entității contractante este contrară prevederilor art. 3 pct. 4. din Regulamentului (UE) nr. 425/2016. Chiar și în cazul în care entitatea contractantă considera că și subcontractantul declarat trebuia să depună documentele prezentate mai sus, petenta consideră că, înainte de a decide respingerea ofertei sale pentru un astfel de motiv, aceasta era obligată prin dispozițiile art. 187 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 la a *„respinge subcontractantul propus și solicita ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia, prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv”*. Această regulă legală a fost ignorată, atât pe timpul evaluării ofertelor, cât și la formularea punctului de vedere, subliniind că în ambele cazuri respectiva obligație a fost trecută sub tăcere.

Reiterând unele aspecte prezentate și în contestație, petenta arată că jurisprudența CEJ a statuat că (...) o entitate contractantă nu este autorizată să solicite (...) ca viitorul adjudecatar al acestui contract să execute prin mijloace proprii un anumit procentaj din lucrările care fac obiectul contractului menționat (Cauza C - 406/14), iar în situația în care îndeplinirea cerinței de calificare privind prezentarea Declarației de conformitate UE și a Certificatului de examinare UE de tip” este realizată de SC ... & ... SA - ofertant individual, în cauză nu are aplicabilitate excepția instituită prin dispozițiile art. 58 alin. (2) din HG nr. 394/2016, invocată de entitatea contractantă. Aceasta apreciază ca fiind evident că nu a apelat la resursa (autorizația) subcontractantului pentru îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, ci este deținător de drept al autorizației solicitate.

Contestatoarea concluzionează în sensul că:

- întrucât cerința de calificare impusă prin pct. III. 1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională" al fișei de date este îndeplinită, fără să fi fost invocate, pentru îndeplinirea respectivei cerințe, capacitățile vreunei alte persoane, terț susținător sau subcontractant;

- întrucât confecționarea produsului ... se realizează de subcontractant sub managementul calității produsului a SC ... & ... SA, prin supravegherea proceselor de producție la subcontractantop/operațiune care este inclusă în procentul de 10% executat în cadrul contractului;

- întrucât calitatea sa de producător nu a suferit vreo nuanțare sau afectare în situația în care subcontractantul fabrică ...-urile pentru SC ... & ... SA, iar ElP-urile astfel confecționate vor fi comercializate tot de SC ... & ... SA sub propria denumire sau propria marcă comercială (art. 3 pct. 4/Regulamentului (UE) nr. 425/2016), solicită a se constata netemeinicia considerentului entității contractante invocat privind respingerea ofertei și de a admite contestația astfel cum aceasta a fost formulată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei și din analiza susținerilor părților, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... - SA a inițiat, în temeiul Legii nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului sectorial de furnizare având ca obiect „Echipament individual de protecție (...)", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 1011942/08.06.2019, împreună cu documentația de atribuire.

Valoarea estimată totală a contractului este de 2.549.760 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut". Pentru lotul nr. 2 -„scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă", care face obiectul prezentei contestații, valoarea estimată a contractului este de 1.186.510 lei fără TVA.

Potrivit declarației de participare publicată în SEAP în data de 17.07.2019, pentru lotul 2 au fost depuse 2 oferte, printre care și cea a contestatoarei. Conform acestui document, SC ... & ... SA a nominalizat SC ... SRL atât ca ca terț susținător, cât și ca subcontractant, care va executa 90% din valoarea contractului.

Conform raportului procedurii nr. 11/2/3067/25.09.2019, oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, și neconformă, potrivit prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din același act normativ, întrucât subcontractantul SC ... SRL nu a îndeplinit cerința de a prezenta declaraţia de conformitate EC/UE și certificatul de examinare EC/UE de tip, emis de un organism notificat, conform HG 115/2004/ Regulamentului UE 2016/425.

Împotriva acestui rezultat, SC ... & ... SA a formulat prezenta contestație.

După depunerea contestației, SC ... & ... SA a transmis dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 23.730,20 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ..., a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. 205790812/1/08.10.2019, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă dosarului Consiliului nr. 2026/C4/2019.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul are în vedere următoarele prevederi ale fișei de date a achiziției, referitoare la cerințele de calificare:

„III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională

(...)

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de bunuri: certificate emise de organisme de control al calității

1.Declarație de conformitate EC si

2.Certificat de examinare EC de tip emis de un organism notificat conform HG 115/2004.

Declarația de conformitate EC și certificatul de examinare EC de tip trebuie să fie reale/actuale la data limita de depunere a ofertelor.

sau

1.Declarație de conformitate UE și

2.Certificatul de examinare UE de tip emis de un organism notificat, conform Regulamerntului UE 2016/425*.*

Declarația de conformitate UE și certificatul de examinare UE de tip trebuie să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa în acest sens DUAE, de fiecare ofertant, ofertant asociat, terț susținător, subcontractant cu informațiile aferente situației lor, urmând ca documentele justificative să fie prezentate de către ofertantul clasat pe primul loc, doar la solicitarea entității contractante la finalizarea evaluării ofertelor.

Document suport DUAE: certificat de examinare EC de tip şi declaraţie de conformitate EC, conform HG 115/2004 sau certificat de examinare UE şi declaraţie de conformitate UE, conform Regulamentului UE 2016/425 trebuie să fie valabile la data limită de depunere a ofertelor."

De asemenea, în caietul de sarcini se specifică:

„De asemenea, ofertanţii vor prezenta **declaraţia de conformitate EC și certificatul de examinare EC de tip emis de un organism notificat conform HG 115/2004**, valabil până cel târziu la data de 21.04.2023 **sau declaraţie de conformitate UE si certificat de examinare UE de tip emis de un organism notificat, conform Regulementului UE 2016/425**".

Așadar, cerința de prezentare a declaraţiei de conformitate EC/UE și a certificatului de examinare EC/UE de tip, emis de un organism notificat, conform HG 115/2004/ Regulamentului UE 2016/425 figurează atât în fișa de date și în anunțul de participare, cât și în caietul de sarcini, ca specificație tehnică. Nefiind contestate, prevederile documentației de atribuire au căpătat caracter obligatoriu, atât pentru ofertanți, care au obligația de întocmi oferta în conformitate cu prevederile acesteia, cât și a entității contractante, care are obligația de a evalua ofertele raportat la prevederile documentațieid e atribuire.

Consiliul constată că în oferta sa tehnică, contestatoarea a depus Certificat UE de tip nr. 3476/.../12.07.2019 și Declarație de conformitate UE, pentru SC ... & ... SA, fără a depune vreun document aparținând subcontractantului și terțului susținător SC ... SRL.

În această situație, pe parcursul evaluării ofertelor, entitatea contractantă a solicitat, în două rânduri, clarificări contestatoarei.

Astfel, mai întâi, prin adresa nr. 11/2/2671/26.08.2019, a solicitat, printre altele, în temeiul prevederilor art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, coloborat cu art. 58 alin. (2) din HG nr. 394/2016, să transmită documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus.

În răspunsul său, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 11/2/2712/28.08.2019, contestatoarea a precizat că SC ... & ... SA este deținătorul de drept al produsului ofertat, astfel că poate alege să realizeze producția la orice subcontractant utilizând resursele acestuia, fără ca subcontractantul să aibă la rândul lui produsul certificat, situație în care subcontractantul respectă atât proprietatea intelectuală a SC ... & ... SA (subcontractantul neavând drept de comercializare a produsului), cât și rețelele de fabricație și procesele tehnologice ale acesteia.

Contestatoarea mai menționează în răspunsul său că pentru dovedirea însușirii cerințelor din documentația de atribuire de către SC ... SRL, care a fost nominalizat și ca terț susținător, a fost încheiat Acordul de subcontractare nr. 1125/15.07.2019.

În urma acestui răspuns, entitatea contractantă a solicitat ofertantului SC ... & ... SA, în conformitate cu prevederile art. 205, coroborat cu art. 187 din Legea nr. 99/2016, să transmită documentele relevante privind capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus, respectiv:

„1.Declarație de conformitate EC si

2.Certificat de examinare EC de tip emis de un organism notificat conform HG nr. 115/2004

sau

1.Declarație de conformitate UE și

2.Certificatul de examinare UE de tip emis de un organism notificat, conform Regulamerntului UE 2016/425.”

Cu adresa înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 11/2/2764/04.08.2018, SC ... & ... SA a răspuns acestei solicitări, în care, invocând prevederile art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 susține că SC ... SRL nu are obligația de a dovedi că, la rândul său, deține declarație de conformitate EC/UE și Certificat de examinare EC/UE de tip în nume propriu, însă, entitatea contractantă trebuie să ia în considerare capacitatea sa tehnică și profesională pentru partea sa de implicare în realizarea contractului, deoarece a prezentat documente relevante în acest, respectiv certificat ONRC cu domeniu de activitate conform cerinței de la pct. III.1.1. b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date și angajamentul ferm de sprijin tehnic, însoțit de documente suport privind lista resurselor tehnice și umane pe care le deține, conform art. 196 alin. (3) și (4) din Legea nr. 99/2016 și pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

În urma acestui răspuns, entitatea contractantă a declarat oferta depusă de SC ... & ... SA inacceptabilă, în conformitate cu art. 140 alin. (4) din H.G nr. 394/2016 („În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condiţiile art. 221 din Lege, clarificări şi, după

caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă") și neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din H.G nr. 394/2016 („nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini").

În soluționare, Consiliul are în vedere următoarele prevederi legale:

- art. 185 din Legea nr. 99/2016: *„(4) Entitatea contractantă nu poate stabili criterii privind capacitatea pentru subcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens."*

- art. 192 din Legea nr. 99/2016: *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:*

m) certificate emise de institute oficiale responsabile cu controlul calităţii sau organisme cu competenţe recunoscute, care atestă conformitatea produselor care urmează a fi livrate, identificată în mod clar prin trimitere la specificaţii tehnice sau standarde."

- art. 58 din HG nr. 394/2016: *„(1) În situaţia în care entitatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activităţii profesionale şi/sau cerinţelor de executare a contractului anumite autorizaţii specifice, cerinţa se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceştia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate şi/sau că unul dintre membrii asocierii deţine autorizaţia solicitată, după caz, cu condiţia ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă.*

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul sectorial, cerinţa prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deţine autorizaţia solicitată prin documentaţia de atribuire, cu condiţia ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă."

- art. 169 din Legea nr. 99/2016: *„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să furnizeze un raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformităţii sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă care să ateste conformitatea produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziţiei cu cerinţele sau criteriile stabilite prin specificaţiile tehnice, factorii de evaluare sau condiţiile de executare a contractului."*

- art. 187 din Legea nr. 99/2016: *„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informaţii şi documente relevante referitoare la capacitatea tehnică şi profesională a*

subcontractanţilor propuşi, cu privire la partea/părţile din contract pe care aceştia urmează să le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informaţiile şi documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv, entitatea contractantă respinge subcontractantul propus şi solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia şi prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să le îndeplinească efectiv."

- art. 197 din Legea nr. 99/2016 – *„(1) Entitatea contractantă verifică dacă terţul/terţii care asigură susţinerea în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară ori privind capacitatea tehnică şi/sau profesională îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, şi nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 şi 180.*

(2) Dacă terţul/terţii nu îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează într-unul din motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 şi 180, entitatea contractantă solicită ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)."

Consiliul constată că în acordul de subcontractare nr. 1125/15.07.2019, încheiat între SC ... & ... SA, numit „cumpărător și contractant în relația cu autoritatea contractantă" și SC ... SRL, în calitate de subcontractor, pentru participarea la prezenta procedură de atribuire pentru lotul 2 - 9127 bucăți scurtă impermeabilă termoizolantă cu glugă, potrivit căruia:

„2.2. Termenii generali ai contribuției fiecăreia din părți în participarea la licitație și ducerea la îndeplinire a contractului de achiziție publică sunt:

- SC ... & ... SA – ofertant la licitație, contractant în relația cu autoritatea achizitoare și activitățile de logistică pentru livrare,

- SC ... SRL – subcontractant/susținător terț, **producătorul produselor finite**."(…)

„4.1. Ofertantul:

- va răspunde de participarea la licitație și de îndeplinirea criteriilor de adjudecare;
- va purta corespondență cu beneficiarul;
- va fi responsabil de activitățile logistice.

4.2 Subcontractorul:

- va furniza ofertantului informațiile și documentele solicitate înainte de termenele limită de depunerea a documentelor pentru licitație";
- va pune la dispoziție experiența și know-how-ul său pentru îndeplinirea corespunzătoare a condițiilor de participare la licitație și a obligațiilor contractuale asumate:

- **va produce și livra produsele** în cantitățile și sortimentele care vor fi solicitate prin contractul sectorial.”

De altfel, în contestație, SC ... & ... SA arată că SC ... SRL are următoarele atribuții:

„- preluarea comenzilor de la ... & ... SA;

- planificarea resurselor tehnice și umane declarate în cadrul angajamentului de susținere tehnică;

- producția propriu-zisă (90% din operațiunile de manufacturare în sistem lohn);

- pregătirea loturilor pentru livrare și asigurarea procedurilor de recepție calitativă și cantitativă desfășurată de titularul de contract ... & ... SA.”

Deși, potrivit acestui acord de subcontractare, SC ... SRL ar urma să fie producătorul întregii cantități de scurte impermeabile termoizolante cu glugă prevăzută pentru lotul 2, în oferta tehnică depusă nu există niciun document pentru acest operator economic, toate documentele depuse aparținând ofertantului SC ... & ... SA. Astfel în Certificatul de examinare UE de tip nr. 3476/.../12.07.2019 se specifică: „Producător ... & ... SA, comuna ...i, ..., km 6, str. ... nr. 1E, cod postal 807325, județul ..., România, CUI RO 39991049”, numele producătorului, respectiv „... & ... SA, comuna ...i, ..., km 6, str. ... nr. 1E, cod poștal 807325, județul ..., România” urmând să fie aplicat și pe eticheta cusută, iar în Declarația de conformitate UE se specifică: „Firma producătoare ... & ... SA, comuna ...i, ..., km 6, str. ... nr. 1E, cod poștal 807325, județul ..., România (…) declarăm pe propria răspundere că produsele furnizate de noi din modelul de ... (…) sunt în conformitate cu (…). Produsele livrate sunt identice cu modelul care a făcut obiectul certificării prin «examinare UE de tip» (modulul B) prevăzute la anexa V din Regulamentul (UE)2016/425, pentru care s-a emis Certificatul de examinare UE de tip Nr. 3476/.../12.07.2019 de către organismal de certificare notificat din INCDPM București (…)”

Prin urmare, din toate documentele depuse de contestatoare în oferta sa tehnică reiese că produsele care fac obiectul ofertării nu pot fi produse decât de către ... & ... SA, pe când din acordul de subcontractare reiese că produsele vor fi executate de către subcontractantul SC ... SRL.

Deși i-au fost solicitate, în două rânduri, clarificări, ... & ... SA nu a lămurit acest aspect și nici nu a depus documentele solicitate pentru producătorul de fapt al echipamentului individual de protecție, astfel că decizia entității contractante de a respinge oferta contestatoarei, ca inacceptabilă și nefondată, este temeinică și legală.

Consiliul nu poate reține susținerile contestatoarei, potrivit cărora, fiind deținătoare de drept a produsului ofertat, poate alege să realizeze producția la orice subcontractant, fără ca acesta să dețină la rândul său, certificarea acestui produs, întrucât SC ... & ... SA nu a probat în niciun fel această susținere.

Consiliul mai reține că dispozițiile art. 3 și 9 din Regulamentul UE 2016/425, citate de contestatoare, nu pot fi interpretate în sensul că, existând un reprezentant al producătorului nu mai există obligația de obținere a declarației de conformitate și a Certificatului de examinare UE de tip pentru producător. Niciuna dintre dispozițiile legale citate nu lasă să se înțeleagă că aceste documente pot fi prezentate de reprezentantul producătorului, în locul său, aceste documente fiind unele personale, obținute pentru propriu său process de producție, și nu pentru distribuție.

Reprezentantul are și el, în sensul definiției din Regulament, calitatea de producător, acest lucru neînsemnând că producătorul-fabricant își pierde această calitate.

Având în vedere că respingerea ofertei contestatoarei s-a făcut în etapa evaluării ofertelor tehnice și a vizat neîndeplinirea cerințelor caietului de sarcini de către producătorul echipamentului de protecție nu sunt aplicabile prevederile art. 187 alin. (2) și art. 197 alin. (2) din HG nr. 394/2016, de înlocuire a subcontractantului și, respectiv a terțului susținător, întrucât acestea vizează cazul neîndeplinirii cerințelor de calificare de către subcontractant și terțul susținător.

Pe de altă parte, o eventuală înlocuire a subcontractantului nu ar schimba cu nimic situația actuală, întrucât din documentele depuse în oferta tehnică rezultă că echipamentul de protecție ofertat de ... & ... SA nu poate fi produs decât de acest operator economic.

Mai mult decât atât, o eventuală solicitare de înlocuire a subcontractantului va aduce modificarea propunerii tehnice, situație în care devin aplicabile prevederile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora: „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... & ... SA în contradictoriu cu ... – SA.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația depusă de SC ... & ... SA în contradictoriu cu ... - SA, în calitate de entitate contractantă.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, potrivit art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile lucrătoare de la primire.

Redactată în 4 exemplare, conţine 19 (nouăsprezece) pagini.