

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. 2173/C1/2223

Data: 18.10.2022

Prin contestația nr. 1901/08.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 44964/09.09.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în Mun., str., nr., Biroul nr., jud., cod unic de înregistrare RO....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 46012/29.08.2022 și a raportului procedurii nr. 46007/29.08.2022, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, cu adresa de corespondență, CN Poșta Română - Oficiul, Jud., căsuța poștala, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord cadru, având ca obiect „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP - - SDN - Acord Cadru 4 ani”, cod CPV: 45233139-3, s-a solicitat:

1. anularea comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire;
2. anularea raportului procedurii, precum și a tuturor actelor care au stat la baza încheierii acestuia;
3. anularea deciziei autorității contractante prin care au fost declarate admisibile ofertele clasate înaintea SC SRL;
4. obligarea autorității contractante, la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor clasate înaintea sa prin reanalizare, cu luarea în considerare a aspectelor învederate în cadrul prezentei contestații, a ofertelor depuse de:

- SC SRL – SC SRL, ofertant clasat pe locul I, subcontractant SC SRL;

- SC SRL, ofertant clasat pe locul II, subcontractant SC SRL;

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SRL, cu sediul în București, B-dul. nr., ..., Jud., având CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, a formulat

cerere de intervenție în cadrul dosarului, în aceeași procedură de atribuire, solicitând admiterea cererii de intervenție în interes propriu pentru menținerea ca parte interesată în dosar.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 47574/27.09.2022, SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în Com., ..., ..., ..., ..., cod unic de înregistrare, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin, și convențional prin Cabinet de Avocat „.....”, cu sediul procesual ales la sediul avocatului din Mun., ..., ..., Jud. Cluj, a formulat cerere de intervenție în cadrul dosarului, în aceeași procedură de atribuire, solicitând: 1. admiterea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie formulată în sprijinul autorității contractante;

2. pe fond, respingerea contestației ca neîntemeiată, cu cheltuieli de judecată.

Prin adresa nr. 1722/21.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47265/....., SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SC SRL, cu sediul în, ..., ..., cod unic de înregistrare, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin și convențional prin, a formulat cerere de intervenție în cadrul dosarului, în aceeași procedură de atribuire, solicitând:

1. în principal:

- Pe cale de excepție solicită a se reține în cauză incidența excepției tardivității contestației;

2. în subsidiar:

- Respingerea contestației, ca nefondată, iar, pe cale de consecință;

- Menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante.

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

Cu titlu prealabil, contestatorul precizează că potrivit acordului de subcontractare nr. 1/17.03.2022, încheiat între Asocierea SC SRL – SC SRL și subcontractantul SC SRL, lucrările ce fac obiectul acestuia sunt lucrări de realizare a marcajului rutier, procentul de subcontractare fiind de 7,34% din valoarea ofertată, iar potrivit acordului de subcontractare nr. 1/28.03.2022, încheiat între SC SRL și subcontractantul SC SRL, lucrările ce fac obiectul acestuia sunt lucrări de marcaj rutier, procentul de subcontractare fiind de 6,32% din valoarea ofertată.

Astfel, apreciază că subcontractantul SC SRL a prezentat prețuri diferite pentru cei doi ofertanți, și astfel cum rezultă din comunicarea nr. 12088/24.08.2022, Consiliul Concurenței a reținut în analiză informațiile transmise cu privire la indiciile privind denaturarea concurenței.

În opinia contestatorului, există indicii rezonabile cu privire la subevaluarea ofertelor financiare, situație de natură a conduce la riscul atribuirii contractelor unor ofertanți care nu vor finaliza lucrările.

Contestatorul detaliază în contestație cerințele din cadrul caietului de sarcini - secțiunea „Prescripții generale pentru execuție marcaje rutiere aplicabile la rece, bicomponent, în strat gros și marcaje rutiere aplicabile la cald (termoplastice) DRDP - SDN”, capitolele 1.2.10. și 1.2.11.

Totodată, detaliază și răspunsurile autorității contractante la întrebările 7.9 și 7.10, din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări aferente procedurii de achiziție, nr. 14786/24.03.2022.

Contestatorul constată faptul că prin răspunsurile formulate, autoritatea contractantă explicitează cerințele 1.2.10. și 1.2.11. ale caietului de sarcini, clarificând aspecte foarte importante, rezultând astfel două cerințe obligatorii, care trebuie îndeplinite și totodată însușite (asumate) de către ofertant prin propunerea tehnică:

- încercările/determinările se vor efectua doar de către laboratoare autorizate;
- verificările și încercările/determinările se vor efectua zilnic.

De asemenea, precizează și faptul că rapoartele/jurnalele zilnice în care sunt consemnate rezultatele încercărilor/determinărilor efectuate vor constitui documente de calitate care vor face parte din documentația de control a recepției la terminarea lucrărilor, așa cum susține că se menționează și la capitolul 8.3.3. din caietul de sarcini.

Prin propunerea tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL, constată faptul că, deși ofertantul își însușește obligativitatea efectuării zilnice a încercărilor, determinărilor și consemnarea rezultatelor obținute în rapoarte/jurnale zilnice, nu își asumă totodată și obligativitatea că acestea vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate, neîndeplinind astfel în totalitate cerințele caietului de sarcini, completate cu răspunsul 7.9 al autorității contractante din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

Coroborând aspectele mai sus menționate cu modul de întocmire a propunerii financiare, contestatorul concluzionează că la construcția prețului unitar pentru marcaje rutiere în strat gros executate la cald, ofertantul Asociera SC SRL – SC SRL nu și-a prevăzut și costurile aferente efectuării zilnice a încercărilor și determinărilor de către un laborator autorizat, costuri care constituie o pondere semnificativă din prețul final ofertat pentru marcaje.

Astfel, în susținerea celor de mai sus, contestatorul precizează că la cap. 3.2.9 din caietul de sarcini sunt enumerate valorile minime acceptate la terminarea lucrărilor (la sfârșitul zilei de lucru) ale performanțelor marcajelor rutiere permanente de culoare albă pentru care trebuie realizate determinări specifice, cu un laborator autorizat:

- Coeficientul de retroreflexie (RL) $> 200 \text{ (mcd} \cdot \text{m}^{-2} \cdot \text{lx}^{-1})$;
- Coeficientul de luminanță sub lumina difuză (Qd) $> 160 \text{ (mcd} \cdot \text{m}^{-2} \cdot \text{lx}^{-1})$;
- Coeficientul de luminanță (β) $\geq 0,40$;
- Aderența suprafeței (SRT) ≥ 45 .

Contestatorul menționează că tot din cuprinsul caietului de sarcini, la capitolul 6. „Controlul calității marcajului”, pe lângă valorile minime

acceptate pentru performantele marcajului, sunt trecute și numărul de determinări/încercări care trebuie efectuate zilnic, în funcție de cantitatea și tipul marcajului care a fost aplicat.

Constată astfel că, în funcție de productivitatea avută de executant, în conformitate cu prevederile cap. 1.2.11 din caietul de sarcini și a răspunsului la solicitarea de clarificări, acesta trebuie să efectueze zilnic, cu un laborator autorizat, un număr de încercări/determinări specifice care, la final, au o pondere importantă în prețul ofertat.

Așadar, contestatorul susține că ofertantul trebuia să își prevadă în costurile totale atât cheltuielile cu determinările de laborator zilnice, care stau la baza procesului verbal la terminarea lucrărilor, cât și pe cele de la expirarea perioadei de garanție, care stau la baza procesului verbal de recepție finală.

Contestatorul oferă un exemplu, pentru a stabili un quantum minim al cheltuielilor indirecte cu încercările de laborator, prin consultarea site-ului laboratorului autorizat Cestrin [https://www.cestrin.ro/assets/pdf/servicii% 20laborator.pdf](https://www.cestrin.ro/assets/pdf/servicii%20laborator.pdf), extrăgând prețurile pentru încercările/determinările solicitate prin caietul de sarcini.

Având în vedere productivitatea de 100 mp/zi pe care Asociera SC SRL – SC SRL o declară în situația cea mai avantajoasă, raportat la productivitate, acesta trebuia să își prevadă minim costurile, prezentate în continuare sub formă tabelară, pentru aplicarea fiecărui metru pătrat de marcaj rutier, contestatorul susținând că în calculul exemplificat nu au fost luate în considerare cheltuielile cu deplasarea laboratorului pe amplasamentul lucrării.

Contestatorul susține că, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței capitolului 5.4.3. din caietului de sarcini în ceea ce privește utilajele și echipamentele minime puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului, ofertantul Asociera SC SRL – SC SRL prezintă, în cadrul propunerii tehnice și/sau în cadrul răspunsului nr. 65/03.08.2022 la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 41595/02.08.2022:

- contractul de închiriere utilaje/echipamente nr. 30/29.03.2022 încheiat între SC SRL și SC SRL;
- contractul de închiriere utilaje/echipamente nr. 357A/11.03.2022 încheiat între SC SRL și SC SRL.

Astfel, constată că în ambele contracte prezentate, obiectul contractului îl reprezintă închirierea echipamentelor/utilajelor cuprinse în anexele corespunzătoare, împreună cu personalul aferent necesar pentru operarea echipamentelor/utilajelor cuprinse în anexele.

Ținând cont de acest aspect (împreună cu personalul aferent) contestatorul apreciază că în situația dată, Asociera SC SRL – SC SRL trebuia să declare operatorul economic SC SRL ca

fiind subcontractant, fapt care nu se regăsește în oferta depusă de asociere.

Conform cerinței din caietul de sarcini general, pct. 4.3, contestatorul precizează că ofertantul trebuie să facă dovada că deține „utilajele și echipamentele utilizate pentru execuția lucrărilor în vederea respectării condițiilor prevăzute în caietul de sarcini pe specialități”, astfel: „Laborator autorizat pentru încercări în construcții pentru pofilele: drumuri, materiale pentru drumuri și teren de fundare (grad II)”, deci, un laborator autorizat pentru întreaga gama de încercări, care să acopere cerințele din caietul de sarcini pentru execuție, respectiv pentru încercările enumerate în tabelele nr. 9, 10 privind caracteristicile mixturii asfaltice fabricate sau aprovizionate și în tabelele 11, 13 privind caracteristicile stratului de mixtură asfaltică așternut.

Contestatorul susține că din anexele autorizației nr. 3154/22.06.2016 se observa ca laboratorul de analiza si încercări în construcții - grad II - SC SRL nu are autorizate, corespunzător profilului drumuri, încercările dinamice pe mixturi asfaltice, respectiv cele enumerate în tabelele atașate 9, 10, respectiv:

„Încercări pe cilindrii de mixtură asfaltică confecționați la presă:

- Volum de goluri la 80 rotații;
- Rezistență la deformării permanente (fluaj dinamic): deformăția la 50 °C, 300 kPa și 10.000 impulsuri;
- Modulul de rigiditate la 20 °Cm 124 ms

Încercări pe plăci confecționate în laborator sau pe carote din îmbrăcămintea asfaltică executată:

- Rezistență la deformații permanente, 50 °C (ornieraj); viteza de deformație la ornieraj, adâncimea făgașului;

Încercări pe cilindrii Marshall specifice mixturii asfaltice stabilizate:

- Volum de goluri umplut cu bitum;
- Sensibilitate la apă.

și nici încercările enumerate în tabelele atașate 11 și 13, respectiv:

Încercări pe carotele extrase din îmbrăcămintea asfaltică executată:

- Gradul de compactare;
- Absorbția de apă.

Determinarea caracteristicilor suprafeței îmbrăcăminții asfaltice executate:

- Planeitate în profil longitudinal;
- Planeitate în profil transversal;
- Aderența suprafeței - determinarea cu pendulul SRT;
- Adâncimea medie a macrotexturii, adâncime textură - metoda volumetrică; - Coeficientul de frecare”.

Având în vedere că obiectul principal al acestui contract este execuția de covoare din mixtură asfaltică tip MAS 16, contestatorul apreciază că este esențial să se verifice la 400 - 700 to calitatea mixturii asfaltice fabricate/ aprovizionate și caracteristicile covorului asfaltic executat, așa cum prevede caietul de sarcini la pct. 5.2.6, 5.3.1, 5.3.2, 5.4,1, verificări pe care ofertantul nu le poate executa, dat fiind că laboratorul declarat nu este autorizat să execute în totalitate încercările prevăzute în caietul de sarcini.

Astfel, susține că practic, pe parcursul execuției lucrărilor, ofertantul nu poate efectua controlul calității lucrărilor executate așa cum este stipulat în capitolul 5 al caietului de sarcini, deoarece nu poate executa încercările cerute nici pe mixtura asfaltică pe care o pune în operă și nici pe stratul de îmbrăcămintă asfaltică executat, ceea ce reprezintă o încălcare flagrantă a prevederilor cerințelor din documentația de licitație.

Reiterând cerințele 1.2.10. și 1.2.11. din caietul de sarcini, precum și răspunsurile la întrebările 7.9 și 7.10, din răspunsul consolidat nr. 14786/24.03.2022, contestatorul susține că propunerea tehnică depusă de ofertantul SC SRL nu îndeplinește în totalitate cerințele caietului de sarcini, întrucât în cadrul acesteia, Ofertantul SC SRL nu face referire sub nici o formă la modul în care vor fi efectuate încercările/determinările solicitate prin caietul de sarcini, completate cu răspunsurile autorității contractante din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

Astfel, contestatorul constată faptul că ofertantul SC SRL nu își însușește obligativitatea efectuării zilnice a încercărilor și determinărilor solicitate prin caietul de sarcini și consemnarea

rezultatelor obținute în rapoarte/jurnale zilnice, și totodată nu își asumă obligativitatea că acestea vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate.

Coroborând aspectele mai sus menționate cu modul de întocmire a propunerii financiare, contestatorul concluzionează susținând că la construcția prețului unitar pentru marcaje rutiere în strat gros executate la cald, ofertantul SC SRL nu și-a prevăzut și costurile aferente efectuării zilnice a încercărilor și determinărilor de către un laborator autorizat, costuri care constituie o pondere semnificativă din prețul final ofertat pentru marcaje.

În continuare, contestatorul reiterează cerințele cap. 3.2.9. precum și ale cap. 6 din caietul de sarcini, susținând faptul că ofertantul trebuia să își prevadă în costurile totale atât cheltuielile cu determinările de laborator zilnice, care stau la baza procesului verbal la terminarea lucrărilor, cât și pe cele de la expirarea perioadei de garanție, care stau la baza procesului verbal de recepție finală.

Și în cazul acestui ofertant, contestatorul prezintă spre exemplificare, pentru a stabili un quantum minim al cheltuielilor indirecte cu încercările de laborator, prin consultarea site-ului laboratorului autorizat Cestrin <https://www.cestrin.ro/assets/pdf/servicii%20laborator.pdf>, extrage prețurile pentru încercările/determinările solicitate prin caietul de sarcini.

Contestatorul precizează că având în vedere productivitatea de 80 mp/zi, pe care ofertantul SC SRL o declară, în situația cea mai avantajoasă, raportat la productivitate, acesta trebuia să își prevadă minim costurile detaliate sub formă tabelară, pentru aplicarea fiecărui

metru pătrat de marcaj rutier. În calculul exemplificat, contestatorul precizează că nu au fost luate în calcul cheltuielile cu deplasarea laboratorului pe amplasamentul lucrării.

În susținerea celor precizate anterior, contestatorul anexează răspunsul ofertantului SC SRL nr. 676/03.08.2022 la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 41610/02.08.2022 și răspunsul ofertantului SC SRL nr. 689/05.08.2022 la solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 42169/04.08.2022, de unde precizează că rezultă următoarele:

„1. În oferta de prețuri a subcontractantului SC SRL nr. 22A/03.03.2022 în baza căreia ofertantul SC SRL și-a construit prețul unitar final pentru marcaje se menționează subliniat la Nota: «Oferta de preț nu cuprinde și determinările solicitate pentru marcaje rutiere prin caietul de sarcini, la terminarea lucrărilor»;

2. Ofertantul SC SRL a folosit prețuri și tarife diferite (mai mari, chiar și de peste 5 ori) pentru materialele și utilajele ce intră în componența prețului unitar final al marcajelor, față de cele ale subcontractantului declarat SC SRL”.

Nu în ultimul rând, contestatorul atrage atenția și asupra faptului că SC SRL a prezentat preșuri unitare diferite pentru articolul marcaje rutiere în cazul celor doi ofertanți, în condițiile în care este subcontractant declarat pentru execuția lucrărilor de marcaje rutiere pentru ambii ofertanți.

În acest sens contestatorul invocă prevederile art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 21/1996, precum și pe cele ale art. 101 alin. (1) lit. c) din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene, aplicabil simultan cu prevederile din Legea nr. 21/1996.

În opinia contestatorului, conform cerinței din caietul de sarcini general, pct. 4.3, ofertantul trebuie să facă dovada că deține „utilajele și echipamentele utilizate pentru execuția lucrărilor în vederea respectării condițiilor prevăzute în caietul de sarcini pe specialități”, deci un laborator autorizat pentru întreaga gama de încercări care să acopere cerințele din caietul de sarcini pentru execuție, privind caracteristicile mixturii asfaltice fabricate sau aprovizionate și privind caracteristicile stratului de mixtură asfaltică așternut.

Din anexele la autorizația nr. 3383/22.08.2018 contestatorul arată faptul că laboratorul de analiză și încercări în construcții - grad II - SC SRL nu are autorizate, corespunzător profilului drumuri, încercările dinamice pe mixturi asfaltice.

Având în vedere că obiectul principal al acestui contract este execuția de covoare din mixtura asfaltică tip MAS 16, în opinia contestatorului este esențial să se verifice la 400 - 700 to calitatea mixturii asfaltice fabricate/aprovizionate și caracteristicile covorului

asfaltic executat, așa cum prevede caietul de sarcini la pct. 5.2.6, 5.3.1, 5.3.2, 5.4.1, verificări pe care ofertantul nu le poate executa, dat fiind că laboratorul declarat nu este autorizat să execute în totalitate încercările prevăzute în caietul de sarcini.

Practic, contestatorul apreciază că pe parcursul execuției lucrărilor, ofertantul nu poate efectua controlul calității lucrărilor executate așa cum este stipulat în capitolul 5 al caietului de sarcini, deoarece nu poate executa încercările cerute nici pe mixtură asfaltică pe care o pune în opera și nici pe stratul de îmbrăcămintă asfaltică executat, ceea ce reprezintă o încălcare flagrantă a prevederilor cerințelor din documentația de licitație.

Suplimentar, solicită a se constata că niciunul dintre cei doi ofertanți clasati pe primele două locuri nu poate efectua controlul calității lucrărilor executate așa cum este stipulat în capitolul 5 al caietului de sarcini deoarece nu poate executa încercările cerute nici pe mixtură asfaltică pe care o pune în operă și nici pe stratul de îmbrăcămintă asfaltică executat, ceea ce reprezintă o încălcare flagrantă a prevederilor cerințelor din documentația de licitație.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul invocă jurisprudența CJUE și decizii ale Consiliului.

Concluzionând, contestatorul susține că evaluarea ofertanților nu s-a realizat prin raportare la cerințele obligatorii ale documentației de atribuire, rezultatul procedurii fiind vădit viciat, prin nerespectarea principiului tratamentului egal în etapa de verificare a ofertelor tehnice, sens în care se impune anularea raportului procedurii și deciziilor privind

admisibilitatea ofertanților clasați înaintea SC SRL și, implicit, reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității acestora.

Prin adresa nr. 20151/19.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 46536/20.09.2022, autoritatea contractantă transmite, prin poștă electronică, punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Preliminar, autoritatea contractantă prezintă în punctul de vedere istoricul procedurii de atribuire, precum și ceea ce a solicitat și susținut contestatorul.

Autoritatea contractantă invocă excepția tardivității formulării contestației depusă de contestatarul SC SRL, în conformitate cu prevederile art. 16 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, deoarece contestația a fost comunicată după expirarea termenului legal de contestare.

Astfel, invocând prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, precizând că în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, respectiv 26.093.012 lei fără TVA, și având în vedere faptul că raportul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii au fost postate în SEAP în data de 29.08.2022, în opinia autorității contractante contestatarul SC SRL trebuie să sesizeze Consiliul în termen de 10 zile, începând cu 30.08.2022, respectiv pana la finalul zilei de 08.09.2022.

Autoritatea contractantă susține că la sediul său, contestația a fost comunicată la data de 14.09.2022, prin firma de curierat Cargus și a fost livrată cu borderoul de livrare din 14.09.2022, la sediul temporar aflat la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, județul

Totodată, conform avizului de expediere nr. 982498122 (AWB-CARGUS) și desfășurătorul acestuia, plicul ce conține contestația a fost expediat de către SC SRL în data de 08.09.2022, ora 15:56, la destinatarul: „«COMP. NAT. DE ADMINA INFRASTRUCTURII RU –cod postal: 900131, -Adresa: CT\Șoseaua Mangaliei 68D, CN POSTA ROMANA-OF. POSTAI 6, CASUTA POȘTALA 626»„.

Autoritatea contractantă arată că, conform desfășurătorului avizului de expediere nr. 982498122, în data de 09.09.2022, apare că plicul a fost livrat la „adresa greșită”, în data 12.09.2022 se face retur în depozitul Cargus, se face transfer între gestiunile Cargus, apoi în data de 14.09.2022 plicul pleacă spre destinatar și este livrat tot în 14.09.2022, la ora 09:57, la sediul temporar aflat la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, județul

Menționează că pe plicul de protecție al avizului de expediere (folia de plastic lipită de plicul de hârtie) au fost scrise (scris de mână) cu pixul „POIANA, NOD RUTIER A4” și „07999585540”, acesta din urmă fiind numărul de telefon al unui operator de la registratura sa.

Cu privire la adresa sa, autoritatea contractantă face următoarele mențiuni:

- în fișa de date a achiziției are înscris următoarele:

„În cadrul Cap: I.I) Denumire și adrese - sunt înscrise următoarele: «.....SA Cod de identificare fiscală:; Adresa: SA prin Direcția Regională de Drumuri și Poduri, Municipiul, strada Traian, fără număr, județul; Localitate:; (...)»

În cadrul Cap VI.4.4 Serviciul de la care se pot obține informații privind procedura de contestare - sunt înscrise următoarele:

«..... SA prin DRDP Serviciul Juridic Adresa: DRDP, Municipiul, Strada, fără număr, Județul; Localitate:; Cod Postal: 900714; Țară: România; Codul NUTS: R0223; Adresa de e-mail: net@drdpct.ro; nr. de telefon:; Adresa web a sediului principal al autorității/entității contractante (URL) www. drdpct.ro;»

Pe site-ul DRDP la Secțiunea - Contact, sunt înscrise următoarele: «DRDP-..... își desfășoară activitatea (temporar) la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4, km 5+644.

Adresa de corespondență: CN POȘTA ROMÂNĂ-OFICIUL, ..., Căsuța Poștală”.

Autoritatea contractantă menționează că în cadrul derulării acestei proceduri de achiziție, corespondența cu privire la sediul temporar al DRDP-, se regăsește în 3 (trei) adrese:

- adresa nr. 17656/07.04.2022, publicată în SEAP în data de 07.04.2022, prin care a fost solicitat instrumentul de garantare pentru participarea la procedura, în original;

- în această adresă sunt menționate următoarele: „Adresa la care veți depune originalul instrumentului de garantare, susmenționat, este: DRDP-, Localitatea Municipiul, Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, situat pe Autostrada A 4 km5+644 sau la Oficiul Posta, CP”;

- conform postării în SEAP a contestatarului, instrumentul de garantare pentru participarea la procedura, a fost depus de un reprezentat, la registratura autorității contractante de la sediul temporar, respectiv Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4, km 5+644;

- adresa nr. 40392/27.07.2022, publicată în SEAP în data de 27.07.2022, prin care s-a solicitat prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și a instrumentului de garantare pentru participarea la procedura, în original.

- în această adresă sunt menționate următoarele: „Adresa la care veți depune originalul instrumentului de garantare, este: DRDP-....., Localitatea Municipiul, Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, situat pe Autostrada A 4 km5+644 sau la Oficiul Posta 6, CP 626”;

- conform postării în SEAP a contestatarului, instrumentul de garantare pentru participarea la procedura, a fost depus de un reprezentat, la registratura autorității contractante de la sediul temporar, respectiv Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4, km 5+644.

- adresa nr. 46354/30.08.2022, transmisă prin email, ca răspuns la solicitarea contestatarului nr. 1806/29.08,2022 (ce a fost transmisă prin email la autoritatea contractanta) cu privire la accesul neîngrădit la anumite informații din dosarul achiziție;

- în această adresa sunt menționate următoarele: „Adresa la care DRDP- are sediul temporar este Central de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, Județul”.

Autoritatea contractantă susține că reprezentanții SC SRL au fost prezenți la sediul temporar - Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, județul, în data de 31.08.2022 și 01.09.2022, conform proces verbal.

În opinia autorității contractante, conform adresei înscrise în avizul de expediere nr. 982498122, plicul trebuia livrat către aceasta de CN „Poșta Română”, cu „lista de distribuire a trimiterilor pentru distanță” aferentă căsuței poștale 626, din ziua respectivă.

Astfel, autoritatea contractantă susține că în data de 14.09.2022 i-a fost comunicată contestația, de către firma de curierat Cargus, la sediul temporar aflat la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, județul, cu borderoul de livrare din 14.09.2022, care este aferent avizului de expediere nr. 982498122, ce trebuia livrat de CN Poșta Română.

Având în vedere cele mai sus prezentate, solicită respingerea contestației depusă de contestatorul SC SRL, ca tardivă, în conformitate cu prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă descrie în cadrul punctului de vedere, conform documentației tehnice, tipurile de lucrări ce urmează să fie executate, dar și valoarea estimată a prezentei achiziții (valoare maximă acord cadru), care este de 92.140.423,20 lei, din care, valoarea lucrărilor de marcaje rutiere este de 6.750.643,20 lei și reprezintă 7,32%.

Cu privire la ofertantul câștigător, respectiv Asocierea SC SRL – SC SRL, autoritatea contractantă precizează că valoarea ofertată pentru această achiziție (valoare maximă acord cadru)

este de 71.815.440,00 lei, din care, valoarea lucrărilor de marcaje rutiere este de 5,268.480,00 lei și reprezintă 7,34%.

În cele ce urmează, prezintă sub formă tabelară prețurile unitare pentru lucrările de marcaje rutiere, respectiv estimarea sa și cele oferite de ofertanții clasați pe locurile 1,2 și 3.

Din analiza acestor preturi unitare, autoritatea contractantă subliniază că se observă că acestea sunt apropiate de estimarea sa, în concluzie, ofertanții au cuprins în cadrul propunerii financiare costurile aferente cerințelor înscrise în caietul de sarcini.

Cu privire la critica referitoare la faptul că „Subcontractantul SC SRL a prezentat prețuri diferite pentru cei doi ofertanti (...)”, autoritatea contractantă face mențiunea că Consiliul Concurenței în adresa nr. 12088/24.08.2022, precizează că nu au fost găsite indicii privind denaturarea concurenței.

Cu privire la critica contestatorului referitoare la faptul că deși prin propunerea tehnică ofertantul câștigător „(...) își însușește obligativitatea efectuării zilnice a încercărilor și determinărilor și consemnarea rezultatelor obținute în rapoarte/jurnale zilnice, nu își asuma totodată și obligativitatea că acestea vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate, neîndeplinind astfel în totalitate cerințele caietului de sarcini (...)”, autoritatea contractantă susține că ofertantul își asumă îndeplinirea tuturor cerințelor tehnice prevăzute în caietele de sarcini și descrie în detaliu execuția lucrărilor de marcaje rutiere în cadrul propunerii tehnice - Metodologie de lucru (paginile 37-51).

Autoritatea contractantă detaliază în cuprinsul punctului de vedere, care sunt determinările care trebuie realizate în laboratoarele autorizate pentru admiterea recepțiilor la terminarea lucrărilor, cât și la expirarea termenului de garanție (recepția finală), acestea fiind înscrise și în caietul de sarcini la pct. 6.12 din cap. 6, cerințe pe care, de asemenea, le detaliază în cuprinsul punctului de vedere.

Totodată, constată că din cele înscrise de către SC SRL în tot cuprinsul contestației se observă că acesta confundă măsurătorile zilnice cu determinările care se efectuează pentru admiterea recepțiilor la terminarea lucrărilor, cât și la expirarea termenului de garanție (recepția finală), iar în susținerea acestei afirmații, apreciază ca fiind semnificative cele înscrise de contestator la penultimul alineat de la pagina 4 din contestație: „La cap. 3.2.9 din caietul de sarcini sunt enumerate valorile minime acceptate la terminarea lucrărilor (la sfârșitul zilei de lucru) ale performanțelor marcajelor rutiere permanente de culoare albă pentru care trebuie realizate determinări specifice cu un laborator autorizat (...)”, menționând că aceste determinări nu sunt cuprinse la verificările zilnice, care sunt înscrise în cadrul punctului 6.2 din caietul de sarcini.

Detaliind cerințele punctului 3.2.9. din caietul de sarcini, autoritatea contractantă subliniază că determinările înscrise la acest punct se realizează numai la recepție, la terminarea lucrărilor.

Din analiza celor înscrise de către contestator în cadrul penultimului alineat, pagina 4, pct. 3.2.9, autoritatea contractantă precizează că se observă că acesta a adăugat sintagma „la sfârșitul zilei de lucru”, pentru a induce ideea că verificările zilnice sunt aceleași cu determinările de la recepția de la terminarea lucrărilor și recepția finală.

De asemenea, menționează că punctul 3.2.9. din caietul de sarcini, face parte din capitolul 3 - Produse utilizate, care tratează materialele care se vor folosi la execuția lucrărilor de marcaje și condițiile minime de acceptare a acestora, iar verificarea lucrărilor executate se realizează conform capitolului 6 - Controlul calității marcajului și capitolul 8 - Recepția lucrărilor, din caietul de sarcini, atât pentru verificările zilnice, cât și pentru recepțiile la terminarea lucrărilor și la expirarea termenului de garanție (recepția finală), concluzionând că această critică este nefondată.

Cu privire la critica „(...) Ofertantul SC SRL – SC SRL nu și-a prevăzut și costurile aferente efectuării zilnice încercărilor și determinărilor de către un laborator autorizat, costuri care constituie o pondere semnificativă din prețul final ofertat pentru marcaje”, autoritatea contractantă face mențiunea că societatea contestatoare adaugă la costul verificărilor zilnice și costul determinărilor ce urmează a se efectua la recepția la terminarea lucrărilor și la recepția finală (expirarea termenului de garanție), iar în concluzie, calculul prezentat este supraevaluat și nefondat.

Referitor la critica „în situația dată ofertantul SC SRL – SC SRL trebuia să declare operatorul economic SC SRL ca fiind subcontractant, fapt care nu se regăsește în oferta depusă de asociere”, autoritatea contractantă o apreciază ca fiind nefondată, deoarece textul Legii nr. 98/2016 precizează în mod explicit că punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare.

Astfel, autoritatea susține că spre deosebire de subcontractant, furnizorul/prestatorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse/servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică, așa cum este și cazul SC SRL, care doar pune la dispoziție un utilaj cu deservent.

Cu privire la critica „SC SRL nu are autorizație, corespunzător profilului drumuri, încercările dinamice pe mixturi asfaltice”, autoritatea contractantă precizează că în cadrul propunerii tehnice ofertantul a depus documente pentru 3 (trei) laboratoare autorizate, respectiv:

- Laboratorul de analiza și încercări în construcții - grad II - SC SRL, autorizat profil D, (pag 411 din propunerea tehnică);
- Laborator Central grad I - SC SRL, autorizat profil D,(pag 422 din propunerea tehnică);
- Laborator de analize și încercări în construcții grad II - SC SRL autorizat profil D,(pag 441 din propunerea tehnică).

Astfel, menționează că analizele de laborator solicitate prin caietul de sarcini se pot efectua de laboratoarele prezentate de ofertantul câștigător, în concluzie și această critică este nefondată.

Cu privire la ofertantul clasat pe locul 2, respectiv SC SRL, autoritatea contractantă precizează că valoarea ofertată pentru această achiziție (valoare maximă acord cadru) este de 82.565.860,80 lei, din care, valoarea lucrărilor de marcaje rutiere este de 5.219.020,80 lei si reprezintă 6,32%.

Cu privire la critica referitoare la faptul că „Subcontractantul SC SRL a prezentat prețuri diferite pentru SC SRL și SC SRL (...)”, autoritatea contractantă face mențiunea că în adresa nr. 12088/24.08.2022 Consiliul Concurenței precizează că nu au fost găsite indicii privind denaturarea concurenței.

Cu privire la critica contestatorului referitoare la faptul că prin propunerea tehnică ofertantul SC SRL „(...) nu își însușește obligativitatea efectuării zilnice a încercărilor și determinărilor și consemnarea rezultatelor obținute în rapoarte/jurnale zilnice, nu își asuma totodată și obligativitatea că acestea vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate, neîndeplinind astfel în totalitate cerințele caietului de sarcini (...)”, autoritatea contractantă susține că ofertantul își

asumă îndeplinirea tuturor cerințelor tehnice prevăzute în caietele de sarcini în cadrul propunerii tehnice pag. 22 la Planul de Management al Calității.

Autoritatea contractantă detaliază în cuprinsul punctului de vedere care sunt determinările care trebuie realizate în laboratoarele autorizate pentru admiterea recepțiilor la terminarea lucrărilor, cât și la expirarea termenului de garanție (recepția finală), acestea fiind înscrise și în caietul de sarcini la pct. 6.12 din cap. 6 și pct. 8.4.5. din cap. 8, cerințe pe care, de asemenea, le detaliază în cuprinsul punctului de vedere.

Totodată, constată că din cele înscrise de către SC SRL în tot cuprinsul contestației se observă că acesta confundă măsurătorile zilnice cu determinările care se efectuează pentru admiterea recepțiilor la terminarea lucrărilor, cât și la expirarea termenului de garanție (recepția finală), iar în susținerea acestei afirmații, apreciază ca fiind semnificative cele înscrise de contestator la alineatul 2 de la pagina 12 din contestație, autoritatea contractantă menționând că aceste determinări nu sunt cuprinse la verificările zilnice, care sunt înscrise în cadrul punctului 6.2 din caietul de sarcini.

Detaliind cerințele punctului 3.2.9. din caietul de sarcini, autoritatea contractantă subliniază că determinările înscrise la acest punct se realizează numai la recepție, la terminarea lucrărilor.

Din analiza celor înscrise de către contestator în cadrul alineatului 2 de la pagina 12, autoritatea contractantă precizează că se observa că acesta a adăugat sintagma „la sfârșitul zilei de lucru”, pentru a induce ideea că verificările zilnice sunt aceleași cu determinările de la recepția de la terminarea lucrărilor și recepția finală.

De asemenea, menționează că punctul 3.2.9. din caietul de sarcini, face parte din capitolul 3 - Produse utilizate, care tratează materialele care se vor folosi la execuția lucrărilor de marcaje și condițiile minime de acceptare a acestora, iar verificarea lucrărilor executate se realizează conform capitolului 6 - Controlul calității marcajului și capitolul 8 - Recepția lucrărilor, din caietul de sarcini, atât pentru verificările zilnice, cât și pentru recepțiile la terminarea lucrărilor și la expirarea termenului de garanție (recepția finală), concluzionând că această critică este nefondată.

Cu privire la critica „(...) Ofertantul SC SRL nu și-a prevăzut și costurile aferente efectuării zilnice încercărilor și determinărilor de către un laborator autorizat, costuri care constituie o pondere semnificativă din prețul final ofertat pentru marcaje”, autoritatea contractantă face mențiunea că, contestatorul adaugă la costul verificărilor zilnice și costul determinărilor ce urmează a se efectua la recepția la terminarea lucrărilor și la recepția finală (expirarea termenului de garanție), iar în concluzie, calculul prezentat este supraevaluat și nefondat.

Cu privire la critica „SC SRL nu are autorizație, corespunzător profilului drumuri, încercările dinamice pe mixturi asfaltice”, autoritatea contractantă precizează că în cadrul propunerii tehnice ofertantul a depus documente pentru un laborator autorizat, respectiv:

- Laboratorul de Analiză și Încercări în Construcții - grad II - SC Construct SRL, autorizat profil D (pag. 523 din propunerea tehnică);

Având în vedere cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SC SRL.

Prin adresa nr. 50152/19.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 46558/20.09.2022, autoritatea contractantă depune, în copie, dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 2015/22.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47066/22.09.2022, contestatorul depune concluzii la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea excepției tardivității invocată de către autoritatea contractantă.

În opinia contestatorului, premisa analizei excepției o constituie întrebarea dacă invocarea propriei culpe este aptă să asigure protecția juridică a unor drepturi, chiar în ipoteza când ar fi incident un caz de tardivitate. Altfel spus, dacă autoritatea contractantă ar putea să se prevaleze cu succes de propria culpă constând în indicarea mai multor adrese de corespondență eronate sau incomplete, iar contestatorul apreciază că răspunsul nu poate fi decât unul negativ, o concluzie contrară fiind de natură să încalce principiul exercitării cu bună credință a drepturilor și obligațiilor în genere.

Adresa indicată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției ca fiind în „strada Traian, fără număr, județul” este

greșită, aspect confirmat de faptul că atât în acordul cadru, cât și în contractul subsecvent, este indicat sediul (temporar) la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4 - DC 89, Autostrada A4, km 5+644, iar adresa pentru corespondență este indicată ca fiind CN Poșta Română - Oficiul, ..., căsuța poștală

De asemenea, în ceea ce privește Oficiul 6, ..., căsuța poștală, solicită a se avea în vedere că acest oficiu, conform datelor publicate pe site-ul oficial al CN Poșta Română, este situat în mun., Șos., nr., Cod Postal 900116, jud.

Astfel, contestatorul arată faptul că aceste adrese, cea a sediului temporar și cea pentru corespondență, se regăseau la data înaintării contestației către autoritatea contractantă, pe site-ul DRDP (primul document anexat).

Chiar autoritatea contractantă își recunoaște, de o manieră implicită, culpa indicării unor adrese eronate, astfel cum rezultă din anexa 2, aceasta procedează la completarea datelor de contact afișate pe site, în sensul că precizează că adresa de corespondență stabilită la căsuța poștală este valabilă exclusiv pentru corespondența transmisă prin intermediul CN „Poșta Română, în aceste condiții, contestatorul precizează că este evident că nu i se poate imputa faptul că a indicat o adresă greșită.

Mai mult, contestatorul solicită Consiliului să constate că însăși autoritatea contractantă confirmă faptul că SC SRL și-a îndeplinit, în termen legal, obligația impusă de art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 de a înainta contestația către DRDP până la data de 08.09.2022. Astfel, contestatorul arată faptul că, autoritatea

contractantă precizează „Conform avizului de expediere nr. 902498437(AWB-Cargus) și desfășurătorul acestuia, plicul ce conține contestația a fost expediat de către SC SRL în data de 08.09.2022, ora 15:56”.

Așa fiind, contestatorul reține că autoritatea contractantă a invocat excepția tardivității nu pentru nerespectarea termenului de înaintare a contestației, ci pentru întârzierea primirii acestei contestații, cauzată de propria-i culpă de a indica adrese de corespondență eronate/incomplete.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă pretinde Consiliului o interpretare contrară legii a dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că pretinde modificarea normei prin înlocuirea obligației contestatarului de a înainta contestația înăuntrul termenului legal de contestare cu obligația de a face dovada confirmării de primire de către autoritate a contestației înăuntrul termenului legal de contestare. Or, o atare interpretare nu poate fi acceptată, norma legală fiind lipsită de echivoc.

Totodată, solicită a se avea în vedere faptul că, la data de 8.09.2022 a procedat la comunicarea către Consiliu și către autoritatea contractantă, prin intermediul aceluiași serviciu de curierat rapid, a celor 4 contestații pe care le-a declarat în procedura de licitație organizată de către DRDP

Deopotrivă, solicită a se avea în vedere că pentru toate cele 4 contestații a consemnat cauțiunile impuse de lege, valoare totală a acestora fiind de 3.736.740,45 lei. În aceste circumstanțe, este evident că intenția sa nu a fost aceea de a consemna cauțiunile doar pentru a-și indisponibiliza această valoare semnificativă, ci dimpotrivă, pentru siguranța îndeplinirii riguroase a procedurii de comunicare a înaintat autorității contractante contestațiile la adresa oficială de corespondență publicată pe site-ul acesteia:, căsuța poștală ..., iar pentru că această adresă era incompletă, am accesat site-ul oficial al CN Poșta Română, unde am identificat adresa acestui oficiu poștal, anume șos., nr., ..., cod postal 900116, jud.

În acest sens, contestatorul susține că trebuie remarcat faptul că nu există oficiu poștal fără o adresă, după cum nici nu există oficii poștale cu mai multe adrese, ci subunități ale unui oficiu poștal, amplasate la adrese diferite. Așadar, adresa oficiului poștal nr. este cea indicată pe site-ul oficial al CN Poșta Română, iar autoritatea contractantă nici cel puțin la momentul la care invocă excepția tardivității nu a lămurit care este adresa de corespondență.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că nici în cuprinsul punctului de vedere analizat, autoritatea contractantă nu a indicat o adresă corectă, fapt ce va conduce la o viciere a procedurii de comunicare către aceasta a deciziei ce urmează a fi dispusă.

Astfel, în partea introductivă a punctului de vedere exprimat, autoritatea contractantă indică drept adresă a sediului „strada Traian, fără număr, județul” și un sediu temporar la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4 - DC 89, Autostrada A4, km 5+644, iar ca adresă de corespondență este indicat același oficiu poștal nr.6

În opinia sa, se impune ca autoritatea contractantă să indice în mod neechivoc la ce adresă se va face corespondența: la sediul principal sau la sediul temporar, care fiind un sediu provizoriu necesită și indicarea unui interval temporal în care corespondența poate fi comunicată la această adresă.

Un argument suplimentar îl constituie faptul că autoritatea contractantă nu și-a exprimat punctul de vedere ca urmare a aplicării de către Consiliu a dispozițiilor art. 16 alin. (4) din Legea 101/2016 ci, astfel cum rezultă din ultimul paragraf al primei pagini a punctului de vedere, acesta a fost exprimat, cităm, „în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în termen legal”.

Așadar, în raport de recunoașterea neechivocă de către autoritatea contractantă a faptului că a înaintat contestația în data de 08.09.2022, dar și a faptului că punctul de vedere a fost exprimat în temeiul și înăuntrul termenului legal stabilit de art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, calculat de la data de 14.09.2022 când i-a fost livrată contestația comunicată în 08.09.2022, contestatorul solicită Consiliu să constate că și-a îndeplinit, în termenul legal, obligația stabilită de art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 de a înainta autorității contractante contestația ce formează obiectul dosarului nr. 2223/2022.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită respingerea excepției tardivității, ca fiind nefondată.

Prin adresa nr. 2020/22.09.2022, transmisă prin poșta electronică, înregistrată la CNSC sub nr. 47088/22.09.2022, contestatorul formulează cererea prin care solicită încuviințarea participării la dezbaterile contestației, pentru a formula concluzii verbale în fața Consiliului.

Prin corespondența transmisă electronic nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SRL a formulat cerere de intervenție în cadrul dosarului, în aceeași procedură de atribuire, solicitând: admiterea cererii de intervenție în interes propriu pentru menținerea ca parte interesată în dosar.

Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție, SC SRL dovedește un interes legitim și actual în formularea cererii de intervenție, în condițiile în care susține că a depus o ofertă admisibilă în cadrul procedurii de achiziție „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP -..... - SDN - Acord Cadru 4 ani”- anunț de participare CN1039495/19.02.2022 .

Intervenientul susține că ofertantul clasat pe locul al III - lea a contestat ofertele clasate pe locul I și al II - lea, în urma judecării dosarului și a reevaluării conformității ofertelor atacate cu contestație sau susținute cu cereri de intervenție/concluzii scrise fiind posibilă o schimbare a clasamentului ofertelor într-un mod favorabil pentru sine.

Concluzionând, solicită Consiliului admiterea prezentei cereri de intervenție în interes propriu.

Prin corespondența transmisă electronic, înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SRL, în calitate de lider al ASOCIERII SC SRL – SC SRL, a formulat cerere de intervenție în cadrul dosarului, în aceeași procedură de atribuire, solicitând:

1. admiterea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie formulată în sprijinul autorității contractante;
2. pe fond, respingerea contestației ca neîntemeiată, cu cheltuieli de judecată.

Intervenientul constată că reprezentanții societății contestatoare au avut acces la informațiile și documentele sale, ce au fost declarate ca fiind confidențiale (propunerea tehnică inclusiv documentele aferente formularului IV.4.1/1; lista cuprinzând consumurile de resurse materiale; lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții; răspunsul la clarificări nr. 65/03.08.2022 și, în special, documentele aferente; propunerea financiară). Similar și în ceea ce privește informațiile și documentele confidențializate de societatea SC SRL.

În acord cu dispozițiile art. 57 din Legea nr. 98/2016, susține că a indicat și justificat, în mod explicit, în cuprinsul declarației privind partea/ părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial.

Susținerea contestatorului potrivit căreia „Există, așadar, indicii rezonabile cu privire la subevaluarea ofertelor financiare, situație de natură a conduce la riscul atribuirii contractelor unor ofertanți care nu vor finaliza lucrările” este în opinia intervenientului pe de o parte, neîntemeiată iar, pe de altă parte, nedovedită, și subliniază că:

a. deși se face referire la „comunicarea nr. 12088/24.08.2022” a Consiliului Concurenței, aceasta nu a fost anexată contestației. Totuși, remarcă data pretensei comunicări, respectiv data de 24.08.2022, ceea ce îl conduce cel puțin la următoarele două concluzii:

i. contestatorul a avut acces la informații și documentele confidențiale din cuprinsul dosarului achiziției anterior datei de 29.08.2022;

ii. contestatorul a încercat să-și preconstituie probe pentru a justifica acest demers jurisdicțional – administrativ;

b. societatea SC SRL a avut și calitatea de subcontractant al Asocierii SC SRL & SC SRL, împrejurare ce nu a fost evidențiată de contestator;

c. este evident că prețurile ofertate subscrisei de către societatea SC SRL nu trebuie să fie identice cu cele ofertate unui alt operator economic, prețul stabilindu-se în urma negocierii dintre părți și a particularității ofertei, fiind absurd a se califica această împrejurare drept o „înțelegere complexe de împărțire a pieței”. Mai mult, prețul ofertat

subscrisei de SC SRL nu a vizat mașina de însoțire și semnalizare precum și utilajul pentru execuția marcajelor rutiere termoplastice Borum B500;

d. mai important este că din valoarea ofertată de intervenient (71.815.440 lei exclusiv TVA), valoarea marcajelor rutiere este de 5.268.480 lei exclusiv TVA, reprezentând 7,34%. Contestatorul face referire în cuprinsul contestației, în concret, doar la această valoare, deși susține că „subevaluarea ofertelor financiare”. De altfel, nu s-a dovedit/justificat aceasta pretinsă „subevaluare”;

e. apoi, diferența valorică dintre intervenient și SC SRL este de 10.750.420,80 lei exclusiv TVA, astfel că prețul marcajului nu poate influența clasamentul. Fără dubiu, prețul ofertei a fost dictat de categoria de lucrări „lucrare propriu zisă - 50.240.400 lei exclusiv TVA în componența căreia elementul major de preț îl reprezintă mixtura asfaltică MAS16 și dressing în valoare de 41.859.090 lei exclusiv TVA, material fabricat de subscrisa în stația proprie de fabricat mixturi asfaltice (astfel cum rezultă din cuprinsul listei privind consumurile de resurse materiale - pag. 520 - 523 din propunerea tehnică).

Intervenientul susține că se impune să sublinieze că nu a fost criticat de către contestatorul faptul că nu ar fi îndeplinit cerințele din cuprinsul caietului de sarcini privind lucrarea propriu - zisă, astfel cum va detalia mai jos.

Astfel, precizează că valoarea lucrărilor de întreținere este de 66.546.960 lei exclusiv TVA, reprezentând 92,66% din valoarea ofertată, fiind împărțită după cum urmează :

- lucrare propriu zisă - 50.240.400,00 lei exclusiv TVA;
- pregătire strat suport plombări cu MAS16m - 10.474.800,00 lei exclusiv TVA;
- frezare strat suport 6 cm - 4.158.000,00 lei exclusiv TVA;
- completări acostamente cu piatră spartă - 1.673.760,00 lei exclusiv TVA.

La această valoare intervenientul precizează că se adaugă cea a marcajelor rutiere, respectiv suma de 5.268.480 lei exclusiv TVA, acest aspect rezultând din cuprinsul listei de cantități - acord cadru covoare asfaltice - pag. 513 - 519 din propunerea tehnică.

Totodată, constată că societatea contestatoare nu a formulat critici împotriva raportului procedurii cu privire la:

a. admisibilitatea ofertei pe care a depus-o privind documentele depuse și datele principale ale ofertei (pct. 3.1. din raport);

b. admisibilitatea ofertei sale, privind îndeplinirea condițiilor legale de constituire a garanției de participare și a depunerii DUAE (pct. 3.2.1. din raport);

c. documentele pe care le-a depus, solicitate prin documentația de atribuire și dacă acestea corespund cerințelor minime potrivit cerințelor și specificațiilor tehnice prevăzute în caietul de sarcini;

d. îndeplinirea prevederilor cerințelor și specificațiilor tehnice prevăzute în caietul de sarcini, cu excepția pretensei neasumări că încercările și determinările rezultate din aplicarea caietului de sarcini vor fi efectuate de către un laborator autorizat și a pretensei lipse a unui laborator autorizat pentru întreaga gama de încercări, care să acopere cerințele din caietul de sarcini;

e. admisibilitatea ofertei financiare, cu excepția celei privind pretinsa neincludere în cuprinsul acesteia a cheltuielilor privind încercările/ determinările rezultate din aplicarea caietului de sarcini;

f. faptul că nu a fost reținută de către comisia de evaluare împrejurarea că prețul pe care l-a propus sau componentele acestuia ar fi neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi executat (pct. 3.2.3. din raport, pag. 9; procesul - verbal din 08.08.2022);

g. aplicarea criteriului prețul cel mai scăzut de către comisia de evaluare;

h. verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE (pct. 3.2.6. din raport; procesul - verbal nr. 43224/ 11.08.2022).

Intervenientul SC SRL solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie, astfel cum aceasta a fost formulată, interesul subscrisei fiind unul evident, raportându-se la:

- dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 alin. (1) și (3), art. 63 alin. (1), art. 64 alin. (2), art. 65 alin. (1), art. 67 din CPC;

- calitatea subscrisei de ofertant câștigător în cadrul procedurii, astfel cum rezultă din cuprinsul raportului procedurii nr. 46007/29.08.2022;
- faptul că prin prezenta cerere de intervenție urmărește respingerea contestației formulată în legătură cu acest rezultat, deci menținerea deciziei autorității contractante dispusă prin raportul procedurii atacat.

În opinia intervenientului, criticile formulate de contestator sunt netemeinice, putând fi rezumate astfel (constată similaritatea criticilor îndreptate atât împotriva sa cât și împotriva operatorului economic clasat pe locul 2) :

„- nu ne-am fi asumat că încercările și determinările rezultate din aplicarea caietului de sarcini vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate;

- nu am fi prevăzut în propunerea financiară și costurile aferente efectuării zilnice a încercărilor/determinărilor de către un laborator autorizat;

- nu am fi declarat operatorul economic SC SRL ca fiind subcontractant;

- nu am deține un laborator autorizat pentru întreaga gama de încercări care să acopere cerințele din caietul de sarcini;

- pretinsa încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 21/1996”.

Cu privire la netemeinicia criticii vizând încălcarea cerinței de la pct. 1.2.10. din caietul de sarcini, intervenientul apreciază că este evident că aceasta critica este vădit neîntemeiată, și detaliază din cuprinsul propunerii tehnice, pag. 38.

Interpretarea dată de contestatoare mențiunilor anterior citate, este una pur subiectivă, încercând să le denatureze, în condițiile în care tocmai în cuprinsul caietului de sarcini se face referire la „unități de specialitate”, precizează intervenientul.

Totodată, susține faptul că prevederile cerințelor de la pct. 1.2.10., respectiv pct. 1.2.11. nu au fost explicitate prin răspunsul autorității contractante, fiind evident că încercările/determinările trebuie efectuate de către unități autorizate, iar ritmicitatea acestora era prevăzută în cuprinsul caietului de sarcini (inclusiv la capitolul 6 - Controlul calității marajului).

Mai mult, detaliază în cuprinsul cererii de intervenție ceea ce a menționat la pag. 66 din propunerea tehnică.

Intervenientul susține că laboratorul SC SRL este cel care va efectua încercările pentru siguranța circulației (marcage), fiind un laborator autorizat, anexând autorizația nr. 3216/27.12.2016, din cuprinsul căreia rezultă că acest laborator are autorizate încercări privind: (i) coeficientul de retroreflexie; (ii) coeficientul de luminanță sub

lumina difuză (Qd); (iii) coeficientul de luminanță; (iv) aderența suprafeței; (v) rezistență la uzură.

Preîntâmpinând o posibilă critică tardivă a contestatorului, intervenientul arată că nu a fost necesară prezentarea dovezii de colaborare cu un laborator autorizat de profil siguranța circulației, la momentul depunerii ofertelor, astfel cum apreciază că rezultă din cuprinsul răspunsului la clarificări 4.18.

Referitor la netemeinicia criticii privind neinclusiunea în propunerea financiară a costurilor aferente efectuării zilnice a încercărilor/determinărilor de către un laborator autorizat, intervenientul apreciază că societatea contestatoare ignoră faptul că prin documentația pusă la dispoziția operatorilor economici, autoritatea contractantă a permis fiecărui ofertant să-și prevadă propriile norme, sens în care intervenientul susține că a ales să respecte Ordinul nr. 1568/15.10.2002.

Apoi, apreciază că însăși contestatorul susține, raportat la includerea corectă de către intervenient a acestor costuri în cadrul cheltuielilor indirecte „... quantum minim al cheltuielilor indirecte cu încercările de laborator ...”.

Prețurile indicate de contestator ca fiind preluate „prin consultarea site-ului laboratorului autorizat Cestrin” nu pot fi avute în vedere, apreciază intervenientul, în condițiile în care nu reprezintă un preț minim impus laboratoarelor autorizate.

Totuși, intervenientul susține că, având în vedere ca ipoteză, tariful vehiculat de contestator pentru realizarea încercărilor la marcaje, în sumă de 10,04 lei/mp este nerelevant, în condițiile în care:

„- tocmai contestatorul arată că am fi prevăzut «2,8 lei/mp». Or, această susținere contrazice critica societății contestatoare privind neinclusiunea în propunerea financiară a costurilor aferente efectuării încercărilor/ determinărilor de către un laborator autorizat;

- nu se cunoaște cantitatea de marcaj rutier ce va fi comandat de autoritatea contractantă”.

Mai mult, apreciază faptul că contestatorul ignoră cuantumul total aferent cheltuielilor indirecte, respectiv suma de 2.050.697,89 lei.

De altfel, intervenientul apreciază că, relevant în contextul acestei critici nu este cuantumul costurilor privind încercările/determinările, ci dacă le-a prevăzut și inclus în cuprinsul propunerii financiare. Or, astfel cum susține că a arătat deja, a respectat întocmai prevederile cap. IV.4.2. din fișa de date, incluzând în oferta financiară și cheltuielile privind încercările și determinările aferente marcajului rutier.

În ceea ce privește netemeinicia criticii privind necesitatea declarării operatorului economic SC SRL ca fiind subcontractant, intervenientul susține că acesta a fost considerat ca fiind un furnizor, raportat la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, așadar, SC SRL nu execută părți ori elemente ale lucrărilor ce fac obiectul acordului cadru și nici nu răspunde de organizarea și derularea acestora, ci pune la dispoziție anumite utilaje/echipamente.

De asemenea, intervenientul susține că, art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 arată în mod explicit că punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi, precizând că procurarea materialelor, aplicarea tehnologiei de execuție și supervizarea acesteia, examinarea lucrărilor, etc. sunt în sarcina SC SRL, care a fost declarată subcontractant.

În aceste condiții, intervenientul apreciază că se poate lesne observa că societatea SC SRL doar pune la dispoziția sa, respectiv subcontractantului, anumite bunuri, fără a interveni în desfășurarea unor etape din contractul cadru, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică, și nu reprezintă o componentă esențială a contractului de achiziție publică.

În opinia SC SRL, relevantă în acest sens este și notificarea ANAP cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorială versiunea actualizată la data de 12.05.2022.

Intervenientul susține că fiind netemeinică critica contestatorului privind nedeținerea unui laborator autorizat pentru întreaga gama de încercări, care se acopere cerințele din caietul de sarcini.

În esență, intervenientul susține că societatea contestatoare face referire doar la laboratorul SC SRL, ignorând că în cuprinsul

propunerii sale tehnice, astfel cum susține că a arătat anterior, a declarat colaborarea cu: 2 laboratoare autorizate de grad II (SC SRL - pag. 411-417 și SC SRL- pag. 441-445) și un laborator de grad I (SC SRL - pag. 422-434), la care se adaugă laboratorul SC SRL (pentru marcajele rutiere), acoperind astfel toată gama de încercări solicitate în cuprinsul caietului de sarcini.

Așadar, contrar susținerilor contestatorului, intervenientul apreciază că poate efectua controlul calității lucrărilor executate potrivit cerințelor caietului de sarcini, atât sub aspectul încercărilor și determinărilor cerute pe mixtura asfaltică, cât și sub aspectul stratului de îmbrăcăminte asfaltică.

În ceea ce privește laboratorul autorizat SC SRL, astfel cum apreciază intervenientul că a arătat anterior, autoritatea contractantă nu a impus „prezentarea dovezii de colaborare cu un laborator autorizat de profil siguranța circulației la momentul depunerii ofertelor”.

Or, tocmai din răspunsul 4.18. al autorității contractante la solicitările de clarificări (nr. 14786/24.03.2022) intervenientul apreciază că rezultă în mod clar că operatorul economic nu este limitat doar la colaborarea cu un singur laborator autorizat „pentru întreaga gama de încercări care să acopere cerințele din caietul de sarcini”, cum în mod greșit susține contestatorul.

De asemenea, apreciază ca fiind relevante în acest sens și răspunsurile autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 14786/24.03.2022, la întrebările nr. 1, 8 și 11, unde se face referire la „laboratoare acreditate și/sau autorizate”.

Referitor la critica potrivit căreia ar fi fost încălcate dispozițiile art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 21/1996, intervenientul apreciază că această critică a fost invocată doar formal, neindicând-se, în concret, modalitatea în care s-au încălcat respectivele prevederi.

Apoi, astfel cum apreciază că a arătat deja, SC SRL a avut calitatea de subcontractant și al asocierii SC SRL & SC SRL, aspect ce nu a fost criticat de contestator.

Pretinsa prezentare a unor prețuri diferite de către un operator economic în relația acestuia de afaceri cu alți operatori economici nu poate conduce la concluzia existenței unei practici neconcurențiale, apreciază intervenientul.

Astfel, admite faptul că a fost adresată de către contestator o plângere către Consiliul Concurenței, însă acesta ignoră împrejurarea că valoarea execuției lucrărilor de marcaje rutiere nu a avut un impact asupra clasamentului, nefiind astfel afectată în mod real și direct de pretinsa „înțelegeri complexe de împărțire a pieței”. Astfel cum susține că a arătat anterior, prețul ofertei a fost dictat de categoria de lucrări „lucrare propriu zisă” - 50.240.400 lei exclusiv TVA, în componența căreia elementul major de preț îl reprezintă mixtura asfaltică MAS16 și dressing în valoare de 41.859.090 lei exclusiv TVA, material pe care l-a fabricat în stația proprie de fabricat mixturi asfaltice.

Cu privire la cheltuielile de judecată, intervenientul apreciază că, în preîntâmpinarea apărării potrivit căreia intervenientul accesoriu trebuie să suporte întotdeauna cheltuielile proprii cereri, indiferent dacă hotărârea s-a pronunțat ori nu în favoarea părții pentru care a intervenit, apreciază că nu se poate refuza de plano intervenientului accesoriu dreptul de a-și recupera cheltuielile de judecată.

În acest sens, în analiza art. 67 CPC, invocarea argumentului privind necesitatea ca intervenția terțului să nu conducă la sporirea cheltuielilor de judecată nu este suficient pentru a înlătura aplicarea regulilor vizând acordarea cheltuielilor de judecată înscrisă în art. 453 alin. (1) cpc, ce are ca fundament stabilirea culpei procesuale, în condițiile în care terțul a intervenit în sprijinul uneia dintre părți, intenționând însă protejarea unui drept propriu.

Apărarea în mod preventiv a acestui interes, prin formularea cererii de intervenție accesorie, poate conduce la ocazionarea unor cheltuieli, fiind echitabil și legal ca terțului să i se recunoască dreptul de a și le recupera de la partea în culpă, care prin acțiunile sau inacțiunile sale este pe cale de a-i produce un prejudiciu, apreciază intervenientul.

Totodată, dacă terțul care intervine în proces în favoarea uneia dintre părți este considerat parte și se bucură de deplinătatea drepturilor procesuale, este firesc să i se recunoască și dreptul de a i se repara prejudiciul reprezentat de cheltuielile de judecată avansate în cauză,

orice limitare a prerogativelor procesuale trebuind a fi expres prevăzută de lege.

Așadar, apreciază ca fiind întemeiată solicitarea sa privind obligarea contestatorului la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu prezentul demers judiciar.

Pentru toate aceste considerente, intervenientul solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulată de SC SRL, ca neîntemeiată, cu cheltuieli de judecată.

Prin adresa nr. 1722/21.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47265/....., Asocierea SC SRL, a formulat cerere de intervenție în cadrul dosarului, în aceeași procedură de atribuire, solicitând:

1. în principal:

- Pe cale de excepție solicită a se reține în cauză incidența excepției tardivității contestației;

2. în subsidiar:

- Respingerea contestației, ca nefondată, iar, pe cale de consecință;
- Menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante.

Cu privire la cererea de intervenție, intervenientul solicită, în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu, având în vedere că există și un drept propriu, pe care înțelege să îl apere, și în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din cpc, admiterea acesteia.

În subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, solicită ca prezenta

cerere să fie admisă ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din cpc.

În opina intervenientului, interesul său se justifică atât prin calitatea de ofertant cu ofertă declarată admisibilă, astfel cum reiese din cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 46015/29.08.2022, transmisă de către autoritatea contractantă în urma finalizării evaluării ofertelor, cât și prin calitatea sa de ofertant participant la această procedură cu o ofertă admisibilă.

Temeiul de drept al formulării prezentei cereri de intervenție îl constituie, în opinia intervenientului, prevederile art. 17 alin.(3) din Legea 101/2016, coroborat cu prevederilor art. 61 și următoarele din cpc.

Având în vedere cele de mai sus, consideră faptul că are atât interesul cât și dreptul de a interveni în cauză, și în sprijinul autorității contractante, având în vedere faptul că se critică de către contestator modul în care a fost evaluată și oferta sa.

Prin prezenta cerere de intervenție, SC SRL dorește să-și apere dreptului câștigat urmare a desemnării ofertei sale drept câștigătoare, în acest context, susține că nu există niciun impediment în formularea cererii de intervenție în fața CNSC, aspect despre care susține că ar fi validat de practica CNSC, cât și de instanțele de judecată, astfel, consideră că cererea sa de intervenție este admisibilă și întemeiată, motiv pentru care solicită introducerea sa în cauză, în calitate de intervenient, și admiterea cererii de intervenție pentru motivele dezvoltate în ceea ce urmează.

Intervenientul prezintă un scurt istoric al procedurii de atribuire, și subliniază că a depus ofertă în cadrul acesteia și, ca urmare, autoritatea contractantă a transmis la data 29.08.2022 comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 46015/29.08.2022, în care a statuat faptul că oferta sa este declarată admisibilă și câștigătoare.

Cu privire la excepția tardivității contestației, intervenientul precizează că, în conformitate cu raportul procedurii de atribuire, contestatorul a luat la cunoștință de actul pe care îl reclamă (comunicarea rezultatului procedurii), la data de 29.08.202, ori numai pe portalul CNSC contestația este înregistrată la data de 09.09.2022, la sediul autorității contractante aceasta fiind înregistrată pe data de 14.09.2022, în opinia acestuia fiind incidente în speță prevederi art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, solicită a se reține că termenul de contestare este depășit la data transmiterii contestației, respectiv 14.09.2022, așa cum reiese din faptul că autoritatea contractantă a postat pe SEAP contestația în această dată, ultima zi pentru depunerea contestației împotriva rezultatului procedurii de atribuire fiind 08.09.2022.

Pe fondul cauzei, cu privire la laboratorul autorizat, intervenientul detaliază cerința din documentația de atribuire, și subliniază că aceasta poate fi îndeplinită fie prin prezentarea unui laborator propriu grad II, fie prin prezentarea unui precontract cu un laborator minim grad II, autorizat în condițiile legii.

Intervenientul apreciază că îndeplinește în totalitate cerințele documentației de atribuire, deoarece deține laborator grad II autorizat conform Legii nr. 10/1995, privind calitatea în construcții, cu profile corespunzătoare (Drumuri, Codul profilului - D) prezentat în cadrul propunerii noastre tehnice la pag. 219, cât și acordul contractual nr. 3946/18.03.2022 (atașat prezentei) încheiat cu laboratorul Cestrin. Laboratorul propriu autorizat plus laboratoarele Cestrin autorizate acoperă toată gama de teste cerute prin documentație.

Prin urmare, apreciază că în mod corect a declarat autoritatea contractantă oferta sa admisibilă. Dacă ar fi avut vreun dubiu cu privire la acest aspect, în conformitate cu prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, aceasta putea solicita clarificări cu privire la acest aspect.

Față de toate aceste aspecte, solicită să se rețină că în mod corect a declarat autoritatea contractantă oferta sa admisibilă, alegațiile contestatorului reprezentând supoziții ale acestuia pe care nu le probează.

Totodată, menționează faptul că răspunsul său și anexele prezentei cereri, în conformitate cu prevederile Legii nr. 11/1991, privind combaterea concurenței neloiale, pe cele ale Directivei UE 243/20162 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale,

respectiv art. 1, art. 2 și art. 3 din cuprinsul acesteia, precum și pe cele ale Legii nr. 21/1996 a concurenței, sunt confidențiale deoarece acestea reprezintă secret comercial ce nu poate fi divulgat concurenților.

Intervenientul susține că, referitor la prețul pe care l-a oferit, contestatorul a făcut un calcul greșit, ce nu are relevanță în situația de fapt.

Costurile laboratorului propriu autorizat sunt acoperite din totalitatea contractelor pe care le derulează, nu doar din acest viitor posibil contract, iar costurile sale cu terții (alte laboratoare autorizate) sunt confidențiale, contestatorul încercând să inducă în eroare Consiliul, apreciază intervenientul.

De asemenea, în viziunea acestuia contestatorul face un calcul eronat, făcând grave confuzii între cheltuielile directe ale realizării marcajului și costurile indirecte ale SC SRL pe care nu are cum să le cunoască altcineva din afara acestei companii. Costul cu testele este o cheltuială directă, fiind inclusă în costul marcajului, testarea fiind obligatorie prin cerințele documentației de atribuire.

În funcție de numărul contractelor pe care le are simultan, acest cost poate fi cuprins între 0,5 lei și valoarea cu care ar putea angaja un terț cu laborator autorizat să execute aceste teste, susține intervenientul.

În concluzie, apreciază că acest calcul a fost prezentat de contestator numai în scopul vădit de a induce în eroare Consiliul.

Totodată, subliniază că prețul oferit este de 120,56 lei/mp, costul cu testele este un cost direct (nu un cost indirect).

Pentru mai multă claritate menționează că pe lângă:

- laboratorul său autorizat;
- contractul încheiat cu Cestrin (anexat).

subcontractorul SC SRL deține un laborator autorizat (al treilea în cadrul contractului) iar costurile testelor pot fi incluse în prețul serviciilor sale, contestatorul neavând niciun argument în susținerile sale.

Prin corespondența transmisă electronic, înregistrată la CNSC sub nr. 48452/03.10.2022, contestatorul depune concluzii de admitere a contestației ce face obiectul dosarului nr. 2223/2022.

În ceea ce privește excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și de către intervenient, pentru argumentele expuse în cuprinsul concluziilor înaintate la data de 22.09.2022, înregistrate sub nr. 47066, solicită respingerea excepției ca nefondată.

Pe fondul cauzei, contestatorul solicită admiterea contestației pentru argumentele expuse în cuprinsul actului de sesizare, susținând că ar fi confirmat caracterul fundamentat al criticilor sale, de o manieră implicită (dar neechivocă), de chiar autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere exprimat.

Contestatorul susține că ofertantul clasat pe locul I, în cuprinsul cererii de intervenției, declară în mod neadevărat că laboratorul SC SRL este laboratorul care va efectua încercările pentru siguranța circulației (marcaje), iar în realitate, astfel cum rezultă din răspunsul pe care SC SRL îl transmite către SC SRL, subcontractorul declarat al contestatorului SC SRL, între ofertantul SC SRL – SC SRL și laboratorul SC SRL, nu există nicio formă de colaborare.

De asemenea, solicită a se constata că argumentele expuse în cuprinsul contestației sunt confirmate, de data aceasta în mod explicit, de intervenientul SC SRL, care solicită admiterea contestației formulată de SC SRL, SC SRL arătând la finalul cererii de intervenție următoarele: „Considerând că toate cele prezentate constituie suficiente argumente și dovezi în soluționarea cauzei, în raport de dispozițiile legale aplicabile procedurii, reiterăm solicitările noastre de admitere a contestației astfel cum aceasta a fost formulată”.

Câtă vreme obiectul prezentului dosar îl formează contestația formulată de SC SRL, se constată că ofertantul SC SRL, care, în opinia contestatorului este într-o totală confuzie cu privire la clasarea sa pe locul I, confirmă justetea criticilor.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă încearcă să creeze aparența unei combateri punctuale a aspectelor de nelegalitate invocate de SC SRL, însă autoritatea contractantă confirmă că rezultatul procedurii este viciat în ceea ce privește cele 2 oferte situate în clasament pe poziții superioare, în fapt, aceste oferte ar fi trebuit să fie

respinse, nefiind întocmite cu respectare prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale incidente.

Astfel, într-o astfel de situație, în care cele 2 oferte nu ar putea fi declarate admisibile, oferta sa, clasată pe locul 3 în clasamentul stabilit de achizitoare, s-ar clasa pe primul loc și ar deveni câștigătoare a procedurii de atribuire, sens în care se impune anularea raportului procedurii și a deciziilor privind admisibilitatea ofertanților clasați înaintea SC SRL și, implicit, reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității acestor oferte.

În continuare, referitor la punctul de vedere al autorității contractante, contestatorul supune atenției următoarele aspecte de natură a proba caracterul superficial și nelegal al activității autorității contractante în faza de verificare a propunerilor tehnice și financiare.

Astfel, susține faptul că autoritatea contractantă, denaturând concluziile expuse în răspunsul Consiliului Concurenței, încearcă să creeze aparența că, cităm „Consiliul Concurenței în adresa nr. 12088/24.08.2022, precizează că nu au fost găsite indicii privind denaturarea concurenței”, însă, în realitate, Consiliul Concurenței a precizat în chiar ultimul paragraf al răspunsului înaintat autorității contractante că reține în analiză informațiile transmise „și, în măsura în care din coroborarea informațiilor ce vor fi colectate de Consiliul Concurenței, conform atribuțiilor legale proprii, vor fi identificate elemente suplimentare de natură a constitui indicii privind posibile comportamente anticoncurențiale, autoritatea de concurență va interveni, din oficiu, în temeiul prevederilor Legii concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare”.

Totodată, contestatorul precizează că autoritatea contractantă, contrazicându-și atât propriul răspuns la clarificări, potrivit căruia ofertanții trebuie să efectueze zilnic, cu un laborator autorizat, un număr de încercări/determinări specifice, cât și cerințele punctului 6.2 al propriului caiet de sarcini, susține că SC SRL „confundă măsurătorile zilnice cu determinările care se efectuează pentru admiterea recepțiilor la terminarea lucrărilor cât și la expirarea termenului de garanție (recepția finală)”.

Contestatorul arată că, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini pct. 8.3.2 recepția la terminarea lucrărilor se face odată cu recepția întregii lucrări prin examinarea marcajelor rutiere „în conformitate cu documentația tehnică aprobată și documentația de control întocmită în timpul execuției”.

De asemenea, arată că, pct. 8.3.3. clarifică modalitatea de efectuare a recepției precizând că „Recepția se efectuează prin analizarea vizuală a lucrării și analizarea documentelor prevăzute în cartea tehnică. Evidența tuturor verificărilor din timpul execuției

lucrărilor face parte din documentația de control a recepției la terminarea lucrărilor”.

Contestatorul susține că printre documentele de control întocmite în timpul execuției, așa cum este precizat în cuprinsul art. 8.3.2 se numără și rapoartele privind determinările coeficienților de aderență, luminanța sub iluminare difuză și de retroreflexie pe vreme uscată efectuate zilnic cu laboratoare autorizate în conformitate cu răspunsul consolidat nr. 14786/ 24.03.2022 al autorității contractante la solicitările de clarificări aferente procedurii, pct. 7.9 și 7.10.

Contestatorul detaliază în cuprinsul concluziilor cerința 6.2. din cuprinsul caietului de sarcini din care, coroborat cu precizarea din răspunsul consolidat al autorității contractante pct. 7.9 și 7.10, reiese clar că aceste determinări trebuie să fie efectuate zilnic cu laboratoare autorizate, iar rezultatele trebuie consemnate în jurnalele zilnice de activitate care, așa cum susține că a arătat, fac parte din documentația de control în timpul execuției.

Mai mult decât atât, susține că prin punctul de vedere exprimat, autoritatea contractanta precizează în mod absolut eronat următoarele: „Menționez că aceste determinări nu sunt cuprinse la verificările zilnice, care sunt înscrise în cadrul punctului 6.2 din caietul de sarcini... Astfel se observă că determinările înscrise la acest punct se realizează numai la recepția la terminarea lucrărilor” (a se vedea paginile 22, și 26-27 din punctul de vedere).

Astfel, contestatorul precizează că printre determinările la care face referire autoritatea se numără și coeficienții de retroreflexie (RL) și de luminanță sub iluminare difuză (QD), observându-se astfel în mod clar

cum autoritatea contractantă, prin cele două afirmații de mai sus, își contrazice practic cerințele punctului 6.2 al propriului caiet de sarcini, prin care se solicită inclusiv efectuarea determinărilor celor doi coeficienți (RL și QD).

Chiar dacă, apreciază contestatorul, prin raportare la propunerea tehnică, ofertanții SC SRL – SC SRL și SC SRL declară că vor efectua verificări în conformitate cu art. 6.2 din caietul de sarcini, așa cum susține autoritatea contractantă prin punctul de vedere, aceștia nu și-au prevăzut niciun cost cu determinările de laborator, indiferent că acestea trebuiau să fie efectuate zilnic în vederea recepției la terminarea lucrărilor sau în apropierea expirării perioadei de garanție, în vederea afectării recepției finale.

În opinia contestatorului, atunci când a stabilit că încercările/determinările performanțelor marcajelor rutiere vor fi efectuate cu laboratoare autorizate, autoritatea contractantă a avut în vedere că în conformitate cu procedura privind evaluarea laboratoarelor de analiză și încercări în activitatea de construcții în vederea autorizării, din 24.06.2021 în vigoare din 16.07.2021 elaborată de către Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației, laboratorul trebuie:

- să aibă identificate permanent riscurile privitoare la imparțialitate;
- să facă dovada că personalul său nu este supus presiunilor comerciale, financiare sau de altă natură, care i-ar putea influența deciziile;
- să efectueze activitățile astfel încât, să îndeplinească cerințele din SR EN ISO/IEC 17025, ale clienților și ale autorităților de reglementare, conform art. 3.8;
- să facă dovada că deține personal atât intern cât și extern (colaborator) care este imparțial, competent, cunoaște și acționează în concordanță cu cerințele sistemului de management implementat în laborator;
- întreg personalul laboratorului trebuie să aibă pregătirea tehnică și experiența profesională necesară îndeplinirii atribuțiilor postului pe care îl deține;
- să dețină toate echipamentele (mijloace de măsurare, aparate auxiliare pentru prelevare, pregătire probe, analizare, software pentru procesare date, etc.) necesare pentru efectuarea încercărilor autorizate;
- întrucât toți parametrii impuși la verificarea calității semnalizării rutiere sunt prevăzuți de standarde (europene sau naționale) corectitudinea rezultatelor verificării acestora nu poate fi garantată decât de efectuarea lor de către laboratoare autorizate.

Contestatorul susține că, în măsura în care rapoartele verificărilor/determinărilor/încercărilor efectuate zilnic fac parte din documentația care stă la baza recepției la terminarea lucrărilor este clar că pentru a

păstra imparțialitatea rezultatelor și pentru a avea garanția că sunt realizate respectând toate cerințele de calitate, acestea trebuie să fie efectuate cu laboratoare autorizate și nu de către fiecare executant în parte (decât dacă acesta ar deține un laborator autorizat) așa cum încearcă autoritatea contractantă să inducă ideea.

Totodată, susține că verificarea zilnică a cerințelor de calitate în ceea ce privește marcajele rutiere este importantă având în vedere faptul că acestea influențează în mod direct siguranța circulației rutiere și implicit a participanților la trafic.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă încearcă să facă diferența între termenii „verificare” și „determinare”, neprecizând însă că atât verificările cât și determinările, indiferent de momentul în care sunt realizate, trebuie efectuate cu laboratoare autorizate și acestea implică cheltuieli pe care ofertanții SC SRL – SC SRL și SC nu și le-au luat în calcul la stabilirea prețului unitar așa cum este prevăzut în fișa de date a procedurii, creându-și astfel un avantaj competitiv artificial.

Totodată, susține că autoritatea contractantă consideră în mod eronat și fără a aduce dovezi concludente că, dacă prețurile unitare ofertate pentru execuția marcajelor rutiere sunt apropiate de estimarea autorității contractante, acestea implicit cuprind în cadrul propunerii financiare și costurile aferente cerințelor înscrise în caietul de sarcini referitoare la efectuarea verificărilor/încercărilor/determinărilor de către un laborator autorizat, încălcând astfel principiul tratamentului egal în evaluarea ofertelor.

Menționează că cel puțin în cazul ofertanților SC SRL – SC SRL și SC SRL, conform analizei prețurilor unitare pentru marcaje rutiere, nu reiese deloc că acestea ar fi apropiate de estimarea autorității contractante, așa cum susține aceasta, fapt care evidențiază, din nou, modul superficial în procesul de evaluare al ofertelor.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a impus, astfel cum rezultă din răspunsul consolidat nr 14786/24.03.2022 la solicitările de clarificări aferente procedurii, pct. 7.9 și 7.10, ca rapoartele privind determinările coeficienților de aderență, luminanță sub iluminare difuză și de retroreflexie pe vreme uscată să fie efectuate zilnic cu laboratoare autorizate.

În viziunea contestatorului, inconsecvența autorității contractante este evidentă în sensul că afirmă că SC SRL ar fi adăugat „la costul verificărilor zilnice și costul determinărilor ce urmează a se efectua la recepția la terminarea lucrărilor și la recepția finală (expirarea termenului de garanție), iar în concluzie calculul prezentat este supraevaluat și nefundat”. Or, susține că astfel cum rezultă din cuprinsul caietului de sarcini, art. 6.2, coroborat cu precizarea din răspunsul consolidat al autorității contractante pct. 7.9 și 7.10, reiese clar că aceste determinări trebuie să fie efectuate zilnic cu laboratoare autorizate, iar rezultatele trebuie consemnate în jurnalele zilnice de activitate care, așa cum susține că a arătat mai sus, fac parte din documentația de control în timpul execuției.

Având în vedere că operatorii economici, prin ofertele depuse, trebuie să efectueze o analiză complexă cu considerarea tuturor aspectelor tehnice și financiare pentru realizarea tuturor serviciilor/lucrărilor, astfel încât oferta depusă, ce reprezintă angajamentul asumat în scopul realizării obiectului contractului, să fie reală și să permită execuția integrală a proiectului, cu respectarea în totalitate a cerințelor beneficiarului și documentației de atribuire în cadrul prețului ofertat, în opinia contestatorului este evident că autoritatea contractantă a efectuat, în cazul ofertanților SC SRL – SC SRL și SC SRL, o evaluare superficială cu privire la caracterul corect, licit și sustenabil al prețului pe care aceștia l-au ofertat.

Contestatorul susține că niciunul dintre ofertanții situați pe locurile 1 și 2 în ierarhia rezultată prin aplicarea criteriului de atribuire nu a luat în calcul, la stabilirea prețului unitar, costurile determinate de efectuarea verificărilor/ încercărilor/determinărilor de către un laborator autorizat, creându-și astfel un avantaj competitiv artificial.

De asemenea, susține că este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public,

însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

Or, în opinia contestatorului, acceptarea unor oferte în care nu sunt prevăzute costurile necesare verificării cerințelor de calitate în ceea ce privește marcajele rutiere, esențială pentru siguranța circulației rutiere, a fost de natură a crea, cu încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, un avantaj evident în favoarea ofertanților SC SRL – SC SRL și SC SRL , avantaj constând în declararea acestor oferte ca fiind admisibile, deși intrau sub incidența sancțiunilor impuse de art. 137 alin. (3) lit. a) și d) din HG nr. 395/2016.

În susținerea celor menționate anterior, contestatorul invocă jurisprudența CJUE.

În cele ce urmează, contestatorul reiterează aspectele expuse pe larg în cuprinsul contestației, raportat la faptul că Asocierea SC SRL – SC SRL, ofertant clasat pe locul I, și SC SRL, ofertant clasat pe locul II, au prezentat oferte neconforme raportat la documentația de atribuire.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 47622/27.09.2022, SC SRL a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, mai exact:

- punctul de vedere al autorității contractante, înregistrat sub nr. 47265/.....;

- concluzii scrise formulate de contestator, înregistrate sub nr. 47066/22.09.2022;
- cerere de intervenție formulată de SC SRL, inclusiv anexele acesteia, înregistrată sub nr. 47265/.....;
- cerere de intervenție formulată de SC SRL, inclusiv anexele acesteia, înregistrată sub nr. 47574/27.09.2022.

Prin adresa nr. 47880/C1/2223/28.09.2022, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 29.09.2022.

Ulterior studierii dosarului cauzei, SC SRL depune prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48493/03.09.2022, concluzii scrise.

Preliminar, referitor la cerere cererea de intervenție formulată de SC SRL, intervenientul arată că:

a. aceasta nu poate fi calificată ca fiind o cerere de intervenție în interes propriu (petitul principal), în condițiile în care societatea SC SRL nu deține calitatea de ofertant declarat câștigător (probabil dintr-o eroare materială s-a menționat această calitate), ci de ofertant a cărui ofertă a fost declarată admisibilă, însă necâștigătoare (aflându-se pe poziția 4 din 7 în clasament). Or, esența cererii de intervenție voluntară principală constă în aceea că intervenientului pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legal de acesta (art. 61 alin. (2) CPC);

b. mai mult, ofertanții declarați câștigători, nu pot formula decât intervenție accesorie în favoarea autorității contractante;

c. însă, în opinia sa, operatorul economic a cărui ofertă a fost declarată admisibilă nu poate formula în orice condiții cerere de intervenție accesorie, ci doar dacă justifică un interes;

d. în aceste condiții, SC SRL nu justifică un interes, oferta acestuia clasându-se pe poziția nr. 4, poziție aflată după cea deținută de contestator, astfel că se impune respingerea cererii de intervenție voluntară ca fiind inadmisibilă;

e. în final, în mod greșit contestatorul arată în cuprinsul concluziilor scrise ca „de data aceasta în mod explicit, de intervenientul SC SRL, care solicită onoraturii Consiliu admiterea contestației formulată de SC SRL...”, în condițiile în care în cuprinsul cererii se invocă atât excepția tardivității contestației cât și „respingerea contestației, ca nefondată, pe cale de consecință menținerea ca fiind temeinice și legale actele autorității contractante”, însă și ca „în situația în care Consiliu va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, să admită prezenta cerere de intervenție ca o intervenție accesorie, în

interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din cpc”;

f. apoi, contestatorul ascunde cu bună știință faptul că intervenientul SC SRL a arătat în mod explicit și că „calculul făcut de contestator nu este corect și, în plus, nu are nicio relevanță în situația de față” sau că „Oricum, contestatorul face un calcul eronat făcând grave confuzii între cheltuielile directe ale realizărilor marcajului și costurile indirecte ale SC SRL pe care nu are cum să le cunoască altcineva din afara acestei companii”. Așadar, se poate constata cu ușurință că intervenientul nu „confirmă justetea criticilor subscrisei”, cum în mod greșit se susține, deși poate a existat o astfel de „strategie” între cei doi operatori economici (având în vedere și contextul formulării unor cereri de intervenție similare și în dosarele nr. 2222/2022, nr. 2224/2022 și nr. 2225/2022, în care SC SRL are calitatea de contestator).

De altfel, din cuprinsul susținerii „În raport de aceste considerente, solicităm respectuos a se avea în vedere faptul că, în procedura de licitație a lotului aferent SDN (cerințele de calificare fiind identice cu cele din procedura de față)...” - pag. 6 paragraful 3, concluziile scrise, se poate constata, cel puțin aparent, că contestatorul înțelege să invoce critici similare în toate cele 4 dosare și să le speculeze cu rea-credință.

Intervenientul susține faptul că argumentele anterior expuse sunt aplicabile și cu privire la cererea de intervenție în interes propriu formulată de intervenientul SC SRL, operatorul economic a căruia oferta, deși admisibilă, s-a clasat pe ultimul loc, sens în care se impune respingerea cererii de intervenție voluntară ca fiind inadmisibilă.

Totodată, subliniază că deși contestatorul susține doar prin concluziile scrise că „aceste oferte ar fi trebuit să fie respinse” sau că „solicităm Onorabilului Consiliu să constate că: Asocierea SC SRL – SC SRL, ofertant clasat pe locul I, a prezentat o ofertă neconformă raportat la documentația de atribuire”, susțineri formulate tardiv, fiind deci inadmisibile.

Mai mult, apreciază că, în cuprinsul concluziilor scrise, contestatorul se referă doar la „răspunsul Consiliului Concurenței” nr. 12088/24.08.2022 și asupra pretenției încălcări a pct. 1.2.10, 1.2.11., 6.2. și 5.4.3. din caietul de sarcini, fără a mai insista asupra celorlalte critici formulate de aceasta în cuprinsul contestației, ceea ce presupune o validare implicită a argumentelor subscrisei și ale autorității contractante.

După cum a arătat la pct. I.(2) din cuprinsul cererii de intervenție, intervenientul susține faptul că, contestatorul a încercat să-și preconstituie probe în încercarea de a atrage atenția asupra unei pretense investigații a Consiliului Concurenței privind denaturarea concurenței.

În concret, contestatorul cu bună știință a înțeles să prezinte eronat că „Consiliul Concurenței a reținut în analiză informațiile transmise cu privire la indiciile privind denaturarea concurenței”, în condițiile în care în cuprinsul aceleași adrese s-a arătat explicit că nu au fost găsite indicii privind denaturarea concurenței, contestatorul nu a înțeles să depună acest înscris la dosar.

Intervenientul susține că, deși în mod repetat se susține că autoritatea contractantă ar fi evaluat „superficial” ofertele operatorilor economici clasati pe primele două poziții, contestatorul se refera, în concret, doar la o pretenso nerespectare a prevederilor 1.2.10., 1.2.11., 6.2. și 5.4.3. din cuprinsul caietului de sarcini aferent execuției marcajului rutier, în condițiile în care există patru caiete de sarcini, fără a include aici caietul de sarcini privind atribuirea acordului-cadru.

Cu privire la netemeinicia criticii privind încălcarea cerinței de la pct. 1.2.10. și 1.2.11. din caietul de sarcini, SC SRL arată că în cuprinsul propunerii sale tehnice (pag. 38), și-a asumat, în mod expres, și respectarea cerințelor prevăzute la pct. 1.2.10 și 1.2.11., împrejurare confirmată și de către autoritatea contractantă.

Trimiterile contestatorului, în cuprinsul concluziilor scrise, la prevederile pct. 6.2. și 8.3.3. din cuprinsul caietului de sarcini aferent marcajului rutier, nu fac decât să confirme susținerile autorității contractante, apreciază intervenientul, iar prevederile pct. 8.3.2. nu au fost invocate ca fiind încălcate în cuprinsul contestației formulate, astfel că orice altă critică suplimentară în acest sens este tardiv formulată.

În opinia intervenientului, încercarea contestatorului de a corobora prevederile pct. 6.2. cu cele ale pct. 8.3.2. prin raportate la răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 14789/24.03.2022 este greșită. Astfel, răspunsul autorității contractante a fost „Verificările marcajelor rutiere prevăzute la art. 6.2. se vor efectua zilnic și rezultatele vor fi consemnate în jurnalele zilnice de activitate”, nefăcând referire la rapoartele privind determinările coeficienților de aderență, luminanță sub iluminare difuză și de retroreflexie pe vreme uscată, cu aparatură specifică.

Subliniază că, în cuprinsul concluziilor scrise, contestatorul nu mai face trimitere, la dispozițiile pct. 3.2.9. (la care aceasta a adăugat nepermis sintagma la sfârșitul zilei de lucru, în cuprinsul contestației), fiind evident că determinările menționate la acest punct se realizează numai la terminarea lucrărilor.

Însă, insistența contestatorului cu privire la pretinsele contradicții ale autorității contractante privind prevederile pct. 6.2. este lipsită de relevanță, în condițiile în care intervenientul susține că și-a asumat respectarea cerințelor prevăzute la pct. 1.2.10., 1.2.11. și 6.2., împrejurare recunoscută chiar de către contestator (pag. 3, paragraful 6 din cuprinsul concluziilor scrise).

Apoi, susține că la pct. 6.2. nu face referire la determinările privind coeficienții de aderență și de luminanță, cum în mod greșit arată contestatorul, ceea ce conduce la invalidarea întregului „calcul” al acesteia din cuprinsul contestației. Așadar, trimiterile contestatorului la prețul de 2,8 lei/mp sunt greșite, însă confirmă implicit includerea costurilor cu determinările de laborator în cuprinsul propunerii financiare.

În continuare, intervenientul arată că, în cuprinsul concluziilor scrise contestatorul arată că „aceștia nu și-au prevăzut niciun cost cu determinările de laborator indiferent că acestea trebuiau să fie efectuate zilnic în vederea recepției la terminarea lucrărilor sau în apropierea expirării perioadei de garanției în vederea efectuării recepției finale”, iar contrar acestei susțineri greșite, intervenientul arată că a prevăzut și inclus costul aferent încercărilor/ determinărilor impuse de caietul de sarcini aferent marcajului rutier în propunerea financiară, astfel cum susține că a arătat și în cuprinsul cererii de intervenție (pct. IV. 2), argumente necombătute de contestator.

În continuare, intervenientul explică punctual de ce apreciază ca fiind falsă și tardivă următoarea susținere a contestatorului „(...) ofertanta SC SRL – SC SRL și SC SRL nu și le-au luat în calcul la stabilirea prețului unitar așa cum este prevăzut în fișa de date a procedurii creându-și astfel un avantaj competitiv artificial”.

Sub un prim aspect, intervenientul susține că propunerea sa financiară a respectat întocmai cerințele autorității contractante. De altfel, contestatorul nu invocă vreo cerință/condiție care să nu fie respectată de SC SRL, relevante în acest sens fiind și anexele caietului de sarcini privind atribuirea contractului cadru.

Intervenientul solicită să se constate, deși contestatorul face trimitere la pretinsa incidență a art. 137 alin. (3) lit. a) și d) din HG nr. 395/2016 (doar în cuprinsul concluziilor scrise), că acesta nu invocă, în concret, sub ce aspect propunerea sa financiară nu satisface cerințele caietului de sarcini (în condițiile în care nu a existat vreo cerință în sensul indicării defalcate și separate a costurilor privind încercările/determinările/verificările efectuate la laboratoarele autorizate), pe de o parte, iar, pe de altă parte, sub ce aspect propunerea sa financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.

Mai mult, intervenientul detaliază în cuprinsul concluziilor scrise, prevederile art. 3.3.3. din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice.

De asemenea, apreciază ca fiind nerelevantă, în acest context, trimiterea contestatorului la cauza C-42/13 CJUE.

Așadar, critica potrivit căreia ar fi fost încălcat „principiul tratamentului egal în evaluarea ofertelor” sau „principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței” este neîntemeiată în opinia intervenientului.

În ceea ce privește laboratorul SC SRL, intervenientul arată că SC SRL ignoră că autoritatea contractantă nu a impus „prezentarea dovezii de colaborare cu un laborator autorizat de profil siguranța circulației la momentul depunerii ofertelor” și, contrar celor susținute de către contestator, în opinia intervenientului aceasta împrejurare nu conduce la concluzia că „nu a luat în considerare cheltuielile cu determinările de laborator”, fiind o simplă alegație tendențioasă.

Apoi, susține că pretinsa adresa nr. 123/28.09.2022 nu poate fi avută în vedere, în condițiile în care nu a fost anexată și solicitarea adresată laboratorului SC SRL, aparent nu de către contestator, pe de o parte, iar, pe de altă parte, este nerelevantă. Totodată, depunerea acestora înscrisuri este tardivă.

Relevant de subliniat, în opinia intervenientului, este că în cuprinsul contestației, contestatorul nu a criticat/invocat lipsa colaborării cu un laborator privind încercările/determinările pentru marcajele rutiere.

Totodată, apreciază că se impune a se evidenția că SC SRL nu mai insistă asupra criticii privind nedeținerea unui laborator autorizat pentru întreaga gama de încercări care să acopere cerințele din caietul de sarcini cu privire la calitatea mixturii asfaltice fabricate și caracteristicile covorului asfaltic executat.

Referitor la critica contestatorului privind necesitatea declarării operatorului economic SC SRL ca fiind subcontractant, intervenientului solicită a se constata că SC SRL nu a combătut în vreun fel argumentele SC SRL, prezentate la pct. IV. (3) din cuprinsul cererii de intervenție și nici cele ale autorității contractante.

Susținerea tardivă potrivit căreia „nici subcontractantul comun celor doi ofertanți clasati în fața subscrisei, anume SC SRL nu îndeplinește cerința deținerii unui laborator de analiză pentru efectuarea testelor și încercărilor” este în opinia intervenientului nerelevantă, în condițiile în care nu există vreo asemenea cerință.

Intervenientul apreciază că orice analiză/judecare a criticilor tardive ale contestatorului din cuprinsul concluziilor scrise ar reprezenta o încălcare a dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, sens în care solicită Consiliului să le respingă ca inadmisibile.

Prin corespondența transmisă electronic nr. 1797/03.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48558/03.10.2022, SC SRL depune cerere prin care solicită respingerea contestației.

Totodată, solicită ca în loc de „Considerând că toate cele prezentate constituie suficiente argumente și dovezi în soluționarea cauzei, în raport de depozițiile legale aplicabile procedurii, reiterăm solicitările noastre de admitere a contestației astfel cum aceasta a fost formulată” a se citi „Considerând că toate cele prezentate constituie suficiente argumente și dovezi în soluționarea cauzei, în raport de depozițiile legale aplicabile procedurii, reiterăm solicitările noastre de respingere a contestației astfel cum aceasta a fost formulată”.

Prin adresa nr. 1937/13.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 45738/14.09.2022 SC SRL depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208389144/1, tranzacția nr. 1250327788/2083418094, din data de 12.09.2022, emisă de CEC Bank: Unitatea - Sucursala, în cuantum de 921404,23 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru, având ca obiect „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP - - SDN - Acord Cadru 4 ani”, cod CPV: 45233139-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. CN1039495/19.02.2022, conform căruia valoarea maximă estimată a procedurii este 92.140.423,20 lei, fără TVA. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL, în calitate de lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, a depus cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 47574/27.09.2022 (vol. 1/11 al dosarului cauzei) și, totodată, SC SRL a depus cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 47265/..... (vol. 1/11 al dosarului cauzei), precizată, în completare, cu adresa nr.

48558/03.10.2022 (vol. 1/11 al dosarului cauzei), cereri care prezintă natura juridică a unor cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică respectivele cereri de intervenție drept cereri de intervenții accesorii formulate în favoarea entității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și având în vedere faptul că, la data de 14.09.2022, entitatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „[CN1039495/00211] Contestație SDN pdf.p7s”, contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererile de intervenție anterior precizate sunt formulate în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, Asocierea SC SRL – SC SRL are calitatea de ofertant clasat pe locul 1 iar SC SRL are calitatea de ofertant clasat pe locul 4, iar cererile celor doi ofertanți privesc menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu respectivele cereri de intervenție, astfel cum au fost calificate iar, în conformitate cu art. 67 din cpc, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va

analiza aceste cereri de intervenție împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Referitor la cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. / (vol. 1/11 al dosarului cauzei), depusă de SC SRL, având în vedere că respectivul operator, prin această cerere, formulează un singur petit, prin care solicită doar admiterea acestei cereri de intervenție în interes propriu, fără să pretindă ceva anume, raportat la prevederile art. 61-63 din cpc, respectiv fără să solicite menținerea deciziei autorității contractante, pentru a fi considerată cerere de intervenție accesorie, sau fără să pretindă pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus soluționării sau un drept strâns legat de acesta, pentru a fi considerată cerere de intervenție principală (în acest ultim caz cererea formulată trebuind să fie, de fapt și de drept, o cerere de chemare în judecată, mai precis o contestație, în condițiile legii), SC SRL fiind clasat pe locul 7, mai precis ultimul loc din clasament, Consiliul constată inadmisibilitatea respectivei cereri de intervenție.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației formulată de SC SRL, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis ca urmare a formulării prezentei contestații și de SC SRL în cererea de intervenție.

În opinia autorității contractante (o abordare similară având și SC SRL), excepția invocată ar fi justificată de faptul că „La sediul autorității contractante, Contestația a fost comunicată la data de 14.09.2022, prin firma de curierat CARGUS și a fost livrată cu borderoul de livrare din 14.09.2022, la sediul temporar aflat la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oras Ovidiu, județul

Conform avizului de expediere nr 982498122 (AWB-CARGUS) și desfășurătorul acestuia plicul ce conține contestația a fost expediat de către SC SRL în data de 08.09.2022, ora 15:56, la destinatarul:

«COMP. NAȚ. DE ADMIN A INFRASTRUCTURII RU –cod poștal: 900131

-Adresa: CT, Șoseaua Mangaliei 68D, CN POȘTA ROMÂNĂ-OF. POSTAL 6, CĂSUȚA POȘTALĂ 626. »

Conform desfășurătorului avizului de expediere nr. 982498122, în data de 09.09.2022, apare că plicul a fost livrat la „adresa greșită”, în data de 12.09.2022 se face retur în depozitul Cargus, se face transfer între gestiunile CARGUS, apoi în data de 14.09.2022 plicul pleacă spre destinatar și este livrat tot în 14.09.2022, la ora 09:57, la sediul temporar aflat la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, județul

(...)

Conform adresei înscrise în Avizul de Expediere nr 982498122, plicul trebuia livrat către autoritatea contractanta de C.N. „POSTA ROMANA”, cu „LISTA DE DISTRIBUIRE A TRIMITERILOR PENTRU DISTANTA” aferenta Căsuței Poștale 626, din ziua respectivă.

La autoritatea contractantă Contestația a fost livrată (comunicată) în 14.09.2022, de către firma de curierat CARGUS, la sediul temporar aflat la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4-DC89, Autostrada A4 km5+644, Oraș Ovidiu, județul, cu borderoul de livrare din 14.09.2022, care este aferent Avizului de Expediere nr 982498122 ce trebuia livrat de CN POȘTA ROMÂNĂ.

Având în vedere cele mai sus prezentate, solicităm respingerea Contestației depusă de contestatarul SC SRL, ca tardivă și în consecință vă rugăm să o respingeți, în conformitate cu prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare”.

În soluționarea excepției, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante **poate sesiza Consiliul** în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, **în termen de:**

a) **10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în

care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;”

- prevederile art. 16 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „(1) **Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.**

(2) În termen de o zi de la primirea contestației, autoritatea contractantă are obligația să o publice în SEAP”;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016, conform căruia „**Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile** Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale **Legii nr. 134/2010 (Codul de Procedură Civilă – n.n.)**, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, **în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare**”;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă: „(1) Actul de procedură **depus înăuntrul termenului** prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau **depus la un serviciu de curierat rapid** ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.

Pe cale de consecință, raportat la prevederile legale anterior precizate, 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 reprezintă o Lex specialis față de prevederile Legii nr. 134/2010, prevalând asupra acestui act normativ în condițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Astfel, dat fiind că, în cazul de față, fiind vorba de o procedură de licitație deschisă, termenul procedural stabilit de Legea nr. 101/2016 pentru sesizarea Consiliului, este de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a acestuia, iar

contestația formulată de SC SRL a fost înaintată respectiv transmisă către autoritatea contractantă (la adresa de corespondență comunicată de respectiva autoritate pe site-ul DRDP-....., respectiv OFICIUL, ..., căsuța poștală ...) prin depunerea la firma de curierat rapid CARGUS (pag. 000116, vol. 1/11 al dosarului cauzei), în ultima zi a termenului de contestare, respectiv 08.09.2022 (comunicarea privind rezultatul procedurii fiind transmisă contestatorului în data de 29.08.2022), Consiliul reține că a fost respectat, de către contestator, în speța de față, termenul reglementat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care va respinge ca nefondată excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă și de către SC SRL.

Consiliul subliniază că nu pot fi admise ca fiind relevante adresele cu nr. 17656/07.04.2022, nr. 40392/27.07.2022 și cu nr. 46354/30.08.2022 (această ultimă adresă având data ulterioară comunicării privind rezultatul procedurii, transmisă contestatorului, respectiv 29.08.2022), invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, raportat la corespondența cu privire la sediul temporar al DRDP-....., atâta vreme cât aceste adrese, transmise după data-limită de depunere (04.04.2022), vizează aspecte punctuale, altele decât cele legate de depunerea de contestații (care nu pot constitui o modificare, în condițiile legii, a informațiilor/regulilor comunicate de autoritate până în această dată-limită), și totodată conțin (primele două adrese citate) și mențiunea „sau la Oficiul Poștal 6, CP 626”.

Procedând la analiza pe fond a prezentei contestații, formulată de SC SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de rezultatul

procedurii de atribuire și, implicit, de modul în care autoritatea contractantă a evaluat ofertele depuse de Asocierea SC SRL – SC SRL, ofertant clasat pe locul 1, și de SC SRL, ofertant clasat pe locul 2, raportat la îndeplinirea cerințelor solicitate prin documentația de atribuire, motiv pentru care va soluționa contestația analizând criticile formulate în acest sens de către contestator, luând în considerare atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația aplicabilă.

Astfel, cu privire la criticile formulate cu titlu prealabil de către contestator, la pag. 2 din contestație, Consiliul reține că, raportat la ofertele depuse de Asocierea SC SRL – SC SRL și de SC SRL, care au același subcontractant, respectiv SC SRL, criticile contestatorului sunt în fapt simple afirmații sau presupuneri, fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu concret, criticile respective fiind axate pe considerații generale, respectiv „Astfel cum rezultă din comunicarea nr. 12088/24.08.2022, Consiliul Concurenței a reținut în analiză informațiile transmise cu privire la indiciile privind denaturarea concurenței. Există, așadar, indicii rezonabile cu privire la subevaluarea ofertelor financiare, situație de natură a conduce la riscul atribuirii contractelor unor ofertanți care nu vor finaliza lucrările”.

În acest sens, Consiliul subliniază că, în conformitate cu art. 12 alin. (1) c.p.c., „(1) **Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință**, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți” ori, în cazul de față, contestatorul nu a ținut cont de aceste prevederi în formularea contestației.

Așadar, Consiliul nu poate reține o astfel de argumentare din partea contestatorului, cum este cea prezentată anterior, mai ales în condițiile în care, prin **adresa (comunicarea) cu nr. 12088/24.08.2022** (pag. 1-4, vol. 3/11 al dosarului cauzei), din care contestatorul a citat un fragment scos din context (fără să prezinte Consiliului respectiva adresă, ca probă a celor criticate), **Consiliul Concurenței precizează foarte clar** că „**În concluzie**, având în vedere cele prezentate mai sus, s-a constatat că, la acest moment, din informațiile furnizate, **nu au fost identificate elemente care să susțină că cei doi operatori economici au avut un comportament care să conducă la denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de achiziție analizată.**

(...)

Totuși, în cazul în care autoritatea contractantă decide excluderea operatorilor economici de la procedura de atribuire, aceștia din urmă au posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt

suficiente pentru a-și demonstra în mod concret credibilitatea, prin raportate la motivele de excludere.

În final, precizăm că reținem în analiză informațiile transmise **și, în măsura în care** din coroborarea informațiilor ce vor fi colectate de Consiliul Concurenței, conform atribuțiilor legale proprii, **vor fi identificate elemente suplimentare** de natură a constitui indicii privind posibile comportamente anticoncurențiale, **autoritatea de concurență va interveni**, din oficiu, în temeiul prevederilor Legii concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare”.

Consiliul subliniază faptul că, raportat la prevederile legale anterior precizate, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai **motivarea, în fapt și în drept**, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării, **precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația**, care în cazul de față erau posibile, altminteri soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „**in integrum**” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Astfel, nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la autoritatea contractantă, aceasta nu a profitat de oportunitatea, în urma studierii dosarului, de a prezenta punctual, detaliat, critici cu privire la anumite

aspecte privind ofertele depuse de Asocierea SC SRL – SC SRL, ofertant clasat pe locul 1, și de SC SRL, ofertant clasat pe locul 2, care au același subcontractant, respectiv SC SRL.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*”.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze criticile formulate **cu titlu prealabil**, anterior menționate, astfel încât să demonstreze caracterul real al acestora.

În acest condiții, Consiliul va respinge ca nefondate criticile anterior menționate, referitoare la preținsele indicii cu privire la subevaluarea ofertelor financiare, formulate cu titlu prealabil de către contestatorul SC SRL.

În subsidiar, Consiliul subliniază, vizavi de participarea SC SRL în calitate de subcontractant, atât pentru Asocierea SC SRL – SC SRL cât și pentru SC SRL, că respectivul contestator ar fi trebuit să cunoască prevederile art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:(...) d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații

concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză”,

precum și prevederile art. 47 din HG nr. 395/2016, respectiv „*Sub sancțiunea excluderii din procedura prevăzută la art. 167 din Lege și fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a depune ofertă alternativă sau de a oferta pe mai multe loturi diferite, **ofertantul/candidatul nu are dreptul ca în cadrul aceleiași proceduri de atribuire:***

a) să depună două sau mai multe candidaturi/oferte individuale și/sau comune, sub sancțiunea excluderii din competiție a tuturor candidaturilor/ofertelor în cauză;

b) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat.”

Pe cale de consecință, având în vedere cele de mai sus, în cazul în care doi operatori economici, care participă cu oferte separate la aceeași procedură de atribuire, au nominalizat același operator economic ca fiind subcontractant, această situație **NU** contravine dispozițiilor legale privind regulile de participare la procedura de atribuire, fiind la latitudinea acestui subcontractant să negocieze/să stabilească cu fiecare dintre acești operatori aspecte legate de implicarea sa în cadrul respectivelor oferte, inclusiv aspecte de natură financiară.

Întrucât considerațiile anterioare, referitoare la faptul că societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze criticile formulate **cu titlu prealabil**, anterior menționate, astfel încât să demonstreze

caracterul real al acestora, Consiliul consideră că aceste considerații se aplică corespunzător și în cazul criticilor **cu titlu suplimentar** ale contestatorului, de la pag. 18 din contestație, care, de asemenea, sunt în fapt simple afirmații sau presupuneri, fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu concret, și anume „*Suplimentar, solicităm a se constata că niciunul dintre cei doi ofertanți clasați pe primele două locuri nu poate efectua controlul calității lucrărilor executate așa cum este stipulat în capitolul 5 al caietului de sarcini deoarece nu poate executa încercările cerute nici pe mixtura asfaltică pe care o pune în opera și nici pe stratul de îmbrăcămintă asfaltică executat, ceea ce reprezintă o încălcare flagrantă a prevederilor cerințelor din documentația de licitație*”.

Astfel, Consiliul va respinge ca nefondate și criticile anterior menționate, formulate cu titlu suplimentar de către contestatorul SC SRL.

În ceea ce privește criticile SC SRL de la pag. 2-8 din contestație, referitoare la propunerea tehnică și financiară a Asocierii SC SRL – SC SRL, Consiliul constată că, la punctele 1.2.10 și 1.2.11. din caietul de sarcini (secțiunea - Prescripții generale pentru execuție marcaje rutiere aplicabile la rece, bicomponent, în strat gros și marcaje rutiere aplicabile la cald (Termoplastice)), autoritatea contractantă a specificat că:

„1.2.10. - Executantul va realiza prin mijloace proprii sau prin colaborare cu unități de specialitate efectuarea *încercărilor și determinărilor* rezultate din aplicarea prezentului caiet de sarcini.

1.2.11. - Executantul va ține evidența zilnică a condițiilor de execuție a marcajului rutier, a încercărilor efectuate și a rezultatelor obținute”.

Prin intermediul documentului - **Răspuns consolidat la solicitările de clarificări**, publicat în SEAP în data de 24.03.2022, sub identificatorul „[CN1039495/00024] Rasp consolid-Cov Tl.pdf.p7s”, document care a devenit parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a specificat următoarele:

„Întrebare 7.9 - În anexa 7, Caiet de sarcini pentru întreținere periodică - covoare asfaltice - Prescripții generale pentru execuție marcaje rutiere prevede la art. de mai jos:

1.2.10. Executantul va realiza prin mijloace proprii sau prin colaborare cu unități de specialitate efectuarea încercărilor și determinărilor rezultate din aplicarea prezentului caiet de sarcini.

Pentru asigurarea tratamentului egal în procesul de evaluare a ofertanților va rugăm să modificați conținutul **art. 1.2.10** în sensul

menținerii unei singure opțiuni, ori prin mijloace proprii, ori prin colaborare cu unități de specialitate.

Răspuns 7.9 - Indiferent de forma de proprietate a laboratorului (propriu sau terț) efectuarea încercărilor se va face doar în laborator autorizat. Impunerea unei forme de proprietate este considerată clauză restrictivă.

Întrebare 7.10 - Din analiza specificațiilor expuse în Caietul de sarcini pentru întreținere periodică - covoare asfaltice - Prescripții generale pentru execuție marcaje rutiere se reține că verificarea marcajului rutier este zilnică.

Art. de mai jos are o formulare interpretabilă cu privire la frecvența acestor verificări.

6.2. Marcajele rutiere se verifică din punct de vedere al formei, dimensiunilor (lățime, lungime, grosime), aspectului, gradului de acoperire și uniformității distribuției microbulelor de sticlă reflectorizante și prin determinări ale coeficienților de luminanță sub iluminare difuză Q_d și retroreflectată R_L (pe vreme uscată).

Se impune reformularea articolului **6.2.** pentru a evita interpretările diferite în sensul ca verificările se vor face zilnic.

Răspuns 7.10 - Verificările marcajelor rutiere prevăzute la art. 6.2 se va efectua zilnic și rezultatele vor fi consemnate în jurnalele zilnice de activitate”.

Consiliul constată că prevederile de la art. 1.2.10. și art. 1.2.11. invocate de contestator sunt incluse în **capitolul 1.2. - Prevederi generale** din caietul de sarcini (secțiunea - Prescripții generale pentru

*execuție marcaje rutiere aplicabile la rece, bicomponent, în strat gros și marcaje rutiere aplicabile la cald (Termoplastice)), aceste prevederi făcând referire la **încercări și determinări, menționate expres în sarcina executantului***, iar prevederile de la art. 6.2. în discuție fac parte din **capitolul 6. – Controlul calității marcajului** din același caiet de sarcini, prevederi care fac referire la **verificări**.

Astfel, raportat la răspunsurile la solicitările de clarificări în speță, invocate de contestator, Consiliul constată că aceste răspunsuri, contrar susținerilor acestuia, NU explicitează prevederile art. 1.2.11. (**Răspuns 7.9**) și NU indică faptul că încercările/determinările precizate la art. 1.2.10. se vor efectua zilnic ci precizează că verificările marcajelor rutiere prevăzute la art. 6.2 se vor efectua zilnic (**Răspuns 7.10**).

Consiliul constată că, și în acest caz, contestatorul încearcă prin interpretări proprii și presupuneri, bazate pe citate rupte din context, să inducă anumite concluzii care nu reflectă realitatea și care ignoră prevederile clare în discuție din documentația de atribuire, ca și în cazul criticilor formulate **cu titlu prealabil**, la a căror formulare a fost ignorat sensul real al adresei (*comunicării*) Consiliului Concurenței cu nr. 12088/24.08.2022, critici considerate nefondate de către Consiliu, din motivele precizate anterior.

Această abordare este evidentă și atunci când contestatorul încearcă, la pagina 4 din contestație, să inducă concluzia că prevederile art. 3.2.9. din caietul de sarcini (*secțiunea - Prescripții generale pentru execuție marcaje rutiere aplicabile la rece, bicomponent, în strat gros și marcaje rutiere aplicabile la cald (Termoplastice)*) conțin expresia „**(la sfârșitul zilei de lucru)**”, ceea ce este în mod evident fals, analizând aceste prevederi, care fac referire, în realitate, la „**Valorile minime acceptate, la terminarea lucrărilor, (...)**”.

Mai mult, și în acest caz, contestatorul încearcă să inducă ideea să determinările care se fac la terminarea lucrărilor, conform prevederilor art. 3.2.9. din caietul de sarcini, și nu zilnic (*determinări care sunt în sarcina beneficiarului - a se vedea art. 8.3.2. prima liniuță din caietul de sarcini în discuție*), sunt aceleași cu determinările care se fac prin laboratoare autorizate și care sunt în sarcina executantului (*conform art. 1.2.10. sus precizat*), determinări care, în opinia contestatorului, ar trebui să se facă zilnic, deși nici prevederile art. 1.2.10. din caietul de sarcini și nici răspunsurile la clarificări, sus precizate, nu conțin o astfel de precizare, raportat la prevederile 1.2.10 în discuție și nici nu fac legătura între aceste prevederi și prevederile art. 6.2. anterior citat.

Pornind de la astfel de interpretări, contestatorul încearcă să inducă ideea neconformității propunerii tehnice a Asocierii SC SRL – SC SRL, de natură să atragă, datorită neasumării prin respectiva propunere a obligativității ca încercările/determinările să fie

efectuate doar de laboratoare autorizate, zilnic, și neconformitatea propunerii financiare a aceleiași Asocieri, deși nici Răspunsul 7.9 și nici Răspunsul 7.10, transmise de către autoritatea contractantă, NU indică faptul că încercările/determinările precizate la art. 1.2.10. în discuție se vor efectua zilnic.

Astfel, raportat la prevederile art. 1.2.10. (completat cu răspunsul la clarificări nr. 7.9 sus citat) și art. 1.2.11. din caietul de sarcini, Consiliul, analizând propunerea tehnică depusă de Asocierea SC SRL – SC SRL, constată că este precizat (pag. 66, vol. 4/11 al dosarului cauzei) faptul că „Determinările de laborator impuse de prescripțiile tehnice și normativele în vigoare cad în sarcina Asocierii SC SRL - SC SRL care deține un contract de prestări servicii cu laboratoarele autorizate ale SC SRL respectiv SC SRL, SC CCCF SRL și SC SRL.”

Totodată, tot în propunerea tehnică în discuție (pag. 38, vol. 4/11 al dosarului cauzei), asocierea respectivă precizează că „Se va realiza prin colaborare cu unități de specialitate efectuarea încercărilor și determinărilor rezultate din aplicarea caietelor de sarcini.”

Consiliul subliniază că, prin intermediul documentului - **Răspuns consolidat la solicitările de clarificări**, publicat în SEAP în data de 24.03.2022, sub identificatorul „[CN1039495/00024] Rasp consolid-Cov Tl.pdf.p7s”, document care a devenit parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a precizat că **„Răspuns 4.18: Nu este necesară prezentarea dovezii de colaborare cu un laborator autorizat de profil siguranța circulației la momentul depunerii**

ofertelor. Se vor efectua toate determinările pentru marcajele rutiere, conform cerințelor din caietul de sarcini”.

Pe cale de consecință, având în vedere aceste cerințe exprese, sus precizate, ale autorității contractante, raportate la anumite obligații ale ofertanților, este evident că respectiva autoritate și-a asumat astfel riscurile aferente neprezentării/nedeținerii de către aceștia, la momentul derulării procedurii, a dovezii de colaborare cu un laborator autorizat, în vederea implementării ulterioare a contractului de achiziție publică.

Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 147 alin. (2) din HG nr. 395/2016, „(2) În cazul în care, pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, **prevalează prevederile caietului de sarcini.**”

În acest condiții, Consiliul nu va reține susținerile contestatorului legate de laboratorul autorizat al SC SRL, din cadrul concluziilor scrise depuse de contestator și înregistrate la Consiliu sub nr. 48452/03.10.2022 (vol. 1/11 al dosarului cauzei).

În conformitate cu solicitările autorității contractante din **Secțiunea IV.4.2 - Modul de prezentare al propunerii financiare**, din Fișa de date, „Documentele de fundamentare a valorii Propunerii Financiare care vor fi prezentate în cadrul ofertei sunt:

- Formularul IV.4.2/1-“Propunerea Financiară”, în conformitate cu modelul prezentat în Secțiunea „Formulare” a Documentației de Atribuire;

Acest Formular de Propunere Financiară include și următoarele 2 (două) anexe:

- Anexa 1 la prezentul formular: Centralizatoare cantități/prețuri ale ACORDULUI CADRU -7 (șapte) tabele;

- Anexa 2 la prezentul formular: Devizele pe categorii de lucrări întocmite în baza Listelor de cantități (Formularele F1,F,2,F,3,C6,C7,C8, C9);

Prețurile și tarifele incluse în coloana Preț Unitar din Listele de Cantități vor reprezenta costul unitar al lucrărilor descrise în cadrul articolelor, incluzând toate costurile și cheltuielile necesare în și pentru construirea lucrărilor descrise împreună cu orice alte lucrări temporare și instalații ce ar putea fi necesare, precum și toate riscurile generale, responsabilitățile și obligațiile stabilite sau incluse în documentația care stă la baza elaborării ofertei. Tarifele și prețurile unitare trebuie introduse pentru fiecare articol din Listele de Cantități”.

Astfel, raportat la criticile contestatorului cu privire la propunerea financiară a Asocierii SC SRL - SC SRL, în corelare cu considerentele anterioare, referitoare la criticile contestatorului privind

propunerea tehnică a respectivei asocieri, Consiliul constată că și aceste critici sunt în fapt, și în acest caz, simple afirmații sau presupuneri, fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu concret, astfel încât să fie demonstrat caracterul real al acestora, criticile respective fiind axate tot pe considerații generale, cum ar fi „Coroborând aspectele mai sus menționate cu modul de întocmire a Propunerii financiare, putem concluziona că la construcția prețului unitar pentru marcaje rutiere în strat gros executate la cald, Ofertantul SRL - SRL nu și-a prevăzut și costurile aferente efectuării zilnice a încercărilor și determinărilor de către un laborator autorizat, costuri care constituie o pondere semnificativă din prețul final ofertat pentru marcaje”.

Mai mult, aceste critici au la bază și un calcul subiectiv, respectiv cu titlu exemplificativ, efectuat de contestator, vizavi de cum ar fi trebuit să își calculeze Asociera SC SRL - SC SRL costurile cu determinările de laborator, care s-a raportat la prețuri pentru încercări/determinări (cum sunt cele solicitate în caietul de sarcini în discuție), care se regăsesc pe site-ul laboratorului autorizat CESTRIN și care nu pot considerate un etalon de calcul oficial, obligatoriu.

Acest calcul nu poate fi considerat o motivare în formularea contestației, în condițiile art. 10 din Legea nr. 101/2016, prin urmare nu poate fi luat în considerare de către Consiliu în soluționarea contestației.

Contestatorul omite faptul că autoritatea contractantă nu a impus ofertanților evidențierea cheltuielilor de laborator în cadrul propunerii financiare cu anexele de rigoare ci a solicitat ca *prețurile și tarifele incluse în coloana Preț Unitar din Listele de Cantități să reprezinte costul unitar al lucrărilor descrise în cadrul articolelor și să includă*

toate costurile și cheltuielile necesare în și pentru construirea lucrărilor descrise împreună cu orice alte lucrări temporare și instalații ce ar putea fi necesare, precum și toate riscurile generale, responsabilitățile și obligațiile stabilite sau incluse în documentația care stă la baza elaborării ofertei, lăsând la latitudinea acestora felul în care își elaborează propunerea financiară pornind de la aceste reguli.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca nefondate criticile SC SRL de la pag. 2-8 din contestație, referitoare la propunerea tehnică și financiară a Asocierii SC SRL – SC SRL.

În ceea ce privește criticile SC SRL de la pag. 8 din contestație, referitoare la nedeclararea ca subcontractant a SC SRL, de către Asocierea SC SRL – SC SRL, Consiliul va respinge ca nefondate și aceste critici.

Mai precis, potrivit prevederilor art. 179 din Legea nr. 98/2016, „Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

(...)

j) o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului”.

Conform art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, „(6) **Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini** ori în documentația descriptivă **și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.**”

În acest sens, autoritatea contractantă a solicitat prin instrucțiunile pentru ofertanți, publicate în SEAP în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „CN1039495/00004] FisaDate_DF1137891.pdf”, intitulate generic „Fișa de date”, la Secțiunea III.1.3.a) - **Capacitatea tehnică și/sau profesională**, următoarele cerințe (aceleași cerințe privind utilajele și echipamentele utilizate regăsindu-se și la pct. 4.3 din caietul de sarcini):

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

Utilaje, instalații și echipament tehnic

Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziție/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziție) de utilaje, instalații și echipamente tehnice necesare pentru execuția lucrărilor, la nivelul celui mai mare contract subsecvent pentru realizarea activităților de întreținere periodică -covoare asfaltice:

- stație de preparat mixtură asfaltică în județul, Călărași, ..., Brăila, ... (aflate pe raza de administrare a Direcției

Regionale de Drumuri și Poduri)) cu autorizația de funcționare valabilă-min 1 buc.; - repartizator finisor - min 1 buc.;

- autobasculante prevăzute cu prelată, pentru transportul mixturii asfaltice - min.10 buc.;

- autocisternă pentru emulsie prevăzută cu instalație de răspândire pentru amorsare - min.1 buc.;

- perie mecanică pentru măturare - min. 1 buc.;

- instalație pentru spălare sub presiune - min.1 buc.;

- compactor static autopropulsat cu rulouri (valturi) -min.2 buc;

- compactor static autopropulsat pe pneuri - min.1 buc;

- mașină de marcaj pentru aplicarea vopselelor de marcaj - min. 1 buc.; - freză de asfalt - min.1 buc.

(...)

Modalitatea de îndeplinire:

(...)

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, anterior atribuirii acordului cadru, la solicitarea Autorității Contractante, **certificate/documente care atestă îndeplinirea cerinței, și anume: documente care să ateste că are la dispoziție/are acces la utilajele**, instalațiile și echipamentele tehnice pentru executarea acordului cadru (dotare proprie/**închiriere**/comodat, leasing, etc (nu se acceptă antecontract (precontract) de vânzare-cumpărare), autorizația de laborator (de minimum gradul 2) cu profile corespunzătoare pentru lucrările de infrastructură de transport rutier valabilă la momentul prezentării, autorizația de funcționare valabilă pentru stația de preparat mixtură asfaltică”.

Ca dotări minime pentru utilajele enumerate anterior, autoritatea contractantă a solicitat, în caietul de sarcini (secțiunea generală – *Lucrări de întreținere periodică drumuri covoare asfaltice executate la cald Anul I - Anul IV*), la pct. 4.3, următoarele „**Dotări minime necesare pentru utilaje:**

- *utilajele vor fi dotate cu girofar cu lumina galbena și panouri de semnalizare luminoase electrodinamice*

- **deservenții** vor avea în dotare sculele necesare intervențiilor accidentale.

- **deservenții** și personalul muncitor vor fi dotati cu echipament de lucru și protecție specific lucrărilor și serviciilor care urmează a fi executate.”

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze îndeplinirea cerințelor de calificare anterior menționate, **așa cum au fost solicitate pentru utilaje**, utilaje care, la **dotările minime necesare**, solicitate prin caietul de sarcini, au avut incluși și **deservenți**.

Consiliul subliniază că prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) și yy) din Legea nr. 98/2016 precizează foarte clar că „w) **furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;**

(...)

Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”.

Astfel, comparativ cu subcontractantul, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului utilaje, astfel cum au fost acestea solicitate prin documentația de atribuire, fără a interveni în desfășurarea unor activități care fac obiectul contractului de achiziție publică aferent, furnizorul nefiind astfel implicat direct în executarea respectivului contract.

Or, analizând contractul de închiriere utilaje/echipamente cu nr. 30/29.03.2022 (pag. 000046, vol. 1/11 al dosarului cauzei) precum și contractul de închiriere utilaje/echipamente cu nr. 357A/11.03.2022 (pag. 000050, vol. 1/11 al dosarului cauzei), invocate de către contestator, Consiliul constată că obiectul acestor 2 contracte îl constituie închirierea, și, implicit, punerea la dispoziție, de către SC SRL către SC SRL și către SC SRL (care este subcontractant al Asocierii SC SRL – SC SRL), a unor

echipamente/utilaje/mijloace auto (nominalizate expres la pct. 1 – Obiectul contractului) cu personal accesoriu aferent, respectiv deservent.

Mai mult, Consiliul constată că aceste două contracte au fost prezentate ca documente prin care Asocierea SC SRL – SC SRL atestă îndeplinirea cerințelor de calificare privind utilajele și anume faptul că are la dispoziție utilajele în discuție, care fac obiectul respectivelor contracte, precum și îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini privind dotările minime necesare pentru aceste utilaje (pag. 341 și 383 din propunerea tehnică a asocierii în discuție, vol. 4/11 al dosarului cauzei), respectiv includ în mod accesoriu și deservenți.

Consiliul reține că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (*art. 123 din HG nr. 395/2016*), cât și pentru autoritatea contractantă, cerințele în discuție, **astfel cum au fost formulate**, nefiind contestate de către niciun operator economic interesat până în data-limită de depunere a ofertelor, inclusiv de către contestator.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: *„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei **autorități contractante** îi revine sarcina **de a respecta cu strictete criteriile pe care ea însăși lea stabilit** (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”* iar la punctul 42 din aceeași

hotărâre a reiterat că „astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit” și a precizat că **„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”**.

Or, în situația de față, este evident că Asocieria SC SRL – SC SRL a demonstrat, prin contractele de închiriere utilaje/echipamente cu nr. 30/29.03.2022 și cu nr. 357A/11.03.2022, că îndeplinește cerințele sus precizate din Fișa de date și din caietul de sarcini, referitoare la utilaje, SC SRL, operatorul care a închiriat și, implicit, a pus la dispoziția respectivei asocieri utilajele în discuție cu deservenți incluși (fie direct fie prin subcontractantul SC SRL), neputând avea calitatea de subcontractant, din motivele prezentate anterior.

Astfel, raportat la cerințele exprese, sus citate, din fișa de date și din caietul de sarcini, și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți precum și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) și f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că verificarea îndeplinirii de către Asocieria SC SRL – SC SRL a respectivelor cerințe s-a făcut cu rigurozitatea impusă atât de aceste cerințe cât și de legislația în domeniu.

În ceea ce privește criticile SC SRL, referitoare la Autorizația de laborator nr. 3154/22.06.2016 (pag. 9 din contestație), emisă pentru Laboratorul de Analiză și Încercări în Construcții - SC SRL (pag. 411 din propunerea tehnică a Asocierii SC SRL – SC SRL SC, vol. 4/11 al dosarului cauzei), Consiliul constată că autoritatea contractantă a solicitat, tot la Secțiunea III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date, următoarele cerințe de calificare:

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

Utilaje, instalații și echipament tehnic

Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziție/are acces (dotare proprie/inchiriere/alte forme de punere la dispoziție) de utilaje, instalații și echipamente tehnice necesare pentru executia lucrărilor, la nivelul celui mai mare contract subsecvent pentru realizarea activităților de întreținere periodică -covoare asfaltice:

(...)

- laborator autorizat (de minimum gradul 2)/precontract cu un laborator autorizat conform Legii nr 10/1995 privind calitatea în construcții, cu profile corespunzătoare (Drumuri, Codul profilului – D) pentru lucrările de infrastructură de transport rutier prevăzute la cap. 5.

din „CAIETUL DE SARCINI PENTRU LUCRĂRI DE ÎNTREȚINERE PERIODICĂ” unde sunt prevăzute următoarele: controlul calității materialelor înainte de punerea în operă; controlul calității mixturilor în timpul fabricației; controlul execuției covoarelor asfaltice la punerea în operă; controlul calității covoarelor asfaltice după execuție.

Modalitatea de îndeplinire:

(...)

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, anterior atribuirii acordului cadru, la solicitarea Autorității Contractante, **certificate/documente care atestă îndeplinirea cerinței, și anume:** documente care să ateste că are la dispoziție/are acces la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice pentru executarea acordului cadru (dotare proprie/închiriere/comodat, leasing, etc (nu se acceptă antecontract (precontract) de vânzare-cumpărare), **autorizația de laborator (de minimum gradul 2) cu profile corespunzătoare pentru lucrările de infrastructură de transport rutier valabilă la momentul prezentării**, autorizația de funcționare valabilă pentru stația de preparat mixtură asfaltică”.

În completarea acestor cerințe, autoritatea contractantă a precizat în caietul de sarcini (secțiunea generală – Lucrări de întreținere periodică drumuri covoare asfaltice executate la cald Anul I - Anul IV), la punctul 4.3, și „- Laborator autorizat pentru încercări în construcții pentru profilele: **drumuri, materiale pentru drumuri și teren fundare (grad II)**”.

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați să

întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrieri, care să probeze îndeplinirea cerințelor anterior menționate, din Fișa de date și din caietul de sarcini, **așa cum au fost solicitate,**

fiind evident că autoritatea contractantă NU a solicitat, prin intermediul acestor cerințe, ca autorizația de laborator să conțină modul de realizare a încercărilor/verificărilor astfel cum este descris la pct. 5.2.6, 5.3.1, 5.3.2, 5.4.1 din caietul de sarcini (*secțiunea - Prescripții generale pentru covoare asfaltice executate cu mixtură asfaltică stabilizată TIP MAS 16, cu preluare denivelări*), invocate de contestator,

ci a solicitat ca această autorizație de laborator, de minimum **gradul 2**, să conțină **profile corespunzătoare** pentru lucrările de infrastructură de transport rutier, respectiv „*profile corespunzătoare (Drumuri, Codul profilului – D) pentru lucrările de infrastructură de transport rutier prevăzute la cap.5. din „CAIETUL DE SARCINI PENTRU LUCRĂRI DE ÎNTREȚINERE PERIODICĂ/profilele: drumuri, materiale pentru drumuri și teren fundare”*”.

Or, analizând Autorizația de laborator nr. 3154/22.06.2016 (pag. 411 din propunerea tehnică a Asocierii SC SRL – SC SRL SC, vol. 4/11 al dosarului cauzei), emisă pentru Laboratorul de Analiză și Încercări în Construcții - SC SRL, Consiliul constată că această autorizație este pentru Laborator de gradul II, pentru efectuarea de încercări și verificări de laborator, în profilurile și pentru încercările din anexă.

Analizând, de asemenea, anexele la Autorizația de laborator nr. 3154/22.06.2016 (pag. 413-417 din propunerea tehnică a Asocierii SC SRL – SC SRL SC, vol. 4/11 al dosarului cauzei), Consiliul constată că, printre profilele autorizate, precizate în respectivele anexe, sunt și profilele D – Drumuri, GTF – geotehnică și teren de fundare și MD – materiale pentru drumuri, astfel cum a fost solicitat în Fișa de date și în caietul de sarcini, fiecare dintre aceste profile corespunzătoare având aferent, în anexe, și nomenclatoarele de încercări, care vizează inclusiv mixturi asfaltice și îmbrăcăminți asfaltice/bituminoase, contrar susținerilor contestatorului, respectiv

„Având în vedere că obiectul principal al acestui contract este execuția de covoare din mixtură asfaltică tip MAS 16, este esențial să se verifice la 400 - 700 to calitatea mixturii asfaltice fabricate/aprovizionate și caracteristicile covorului asfaltic executat, așa cum prevede caietul de sarcini la pct. 5.2.6, 5.3.1, 5.3.2, 5.4.1 (se atașează paginile respective), verificări pe care ofertantul nu le poate executa dat fiind că **laboratorul declarat nu este autorizat sa execute in totalitate încercările prevăzute in caietul de sarcini.** Practic, pe parcursul execuției lucrărilor, ofertantul nu poate efectua controlul calității

*lucrărilor executate așa cum este stipulat în capitolul 5 al caietului de sarcini **deoarece nu poate executa încercările cerute nici pe mixtura asfaltică pe care o pune în operă și nici pe stratul de îmbrăcămintă asfaltică executat**, ceea ce reprezintă o încălcare flagrantă a prevederilor cerințelor din documentația de licitație.”*

Astfel, Consiliul constată că verificarea îndeplinirii de către Asocieria SC SRL – SC SRL a respectivelor cerințe privind prezentarea unei autorizații de laborator, s-a făcut cu rigurozitatea impusă atât de respectivele cerințe sus citate, din Fișa de date și din caietul de sarcini, punctul 4.3, cât și de legislația în domeniu.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca nefondate și criticile SC SRL referitoare la Autorizația de laborator nr. 3154/22.06.2016, emisă pentru Laboratorul de Analiză și Încercări în Construcții - SC SRL.

Cu privire la jurisprudența invocată în prezenta cauză, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul nu va mai analiza criticile contestatorului cu privire la oferta clasată pe locul 2, atâta vreme cât, din cauza motivelor antemenționate, actualul contestator nu poate accede la calitatea de ofertant declarat câștigător, rezultatul fiind același.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, va admite cererile de intervenție formulate de Asocieria SC SRL – SC SRL și de SC SRL.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Respinge ca nefondată excepția tardivității contestației depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, invocată de către autoritatea contractantă și de către SC SRL.

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, admite cererile de intervenție formulate de Asocieria SC SRL – SC SRL și de SC SRL.

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 7 (șapte) exemplare originale, conține 54 (cincizecișipatru) pagini