



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1519/C11/1512

Data: 04.07.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29755/06.06.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator ..., formulată împotriva raportului procedurii nr. 25801/26.05.2023, întocmit de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-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, s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 25801/26.05.2023 privind decizia de declarare admisibilă a ofertei, precum și a tuturor actelor interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestuia, inclusiv, însă fără a se limita la comunicarea rezultatului procedurii de declarare a ofertei SC câștigătoare, obligarea autorității contractante, la reluarea procedurii, în principal, prin reevaluarea ofertei ... cu respectarea autorității de lucru judecat a deciziei CNSC nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022, definitivă prin decizia civilă nr. 3288 din 19.12.2022, iar în subsidiar, cu respectarea puterii de lucru judecat a considerentelor expuse de CNSC în cuprinsul deciziei nr. 2236/26.10.2022.

Prin adresa nr. 1201/13.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 31849/14.06.2023, ..., cu sediul în ..., cu număr de înmatriculare la

Registrul Comerțului nr., având CUI nr. ..., reprezentată convențional prin avocat ..., a formulat cerere de intervenție în cauza ce formează obiectul contestației depusă de asocieria SC SRL, solicitând admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de către SC SRL, cu consecința menținerii deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare.

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

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Fără a relua istoricul procedurii, amplu expus de autoritatea contractantă în raportul procedurii nr. 25801/26.05.2023, supune atenției Consiliului cele două aspecte esențiale de natură a proba că „reevaluarea” ofertei, efectuată de autoritatea contractantă „în urma primirii Deciziei Civile nr. 3288 din data de 19.12.2022, emisă de Curtea de Apel .. în dosarul nr. 7934/2/2022”, reprezintă în realitate o încălcare a autorității de lucru judecat a deciziei CNSC nr. 2270 din 28.10.2022, definitivă prin decizia civilă nr. 3288 din 19.12.2022, prin care a fost respinsă plângerea formulată de autoritatea contractantă împotriva deciziei CNSC nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022.

Astfel, cum rezultă din analiza motivării expuse de autoritatea contractantă în raportul procedurii, aceasta a apreciat că fiind concludent răspunsul la clarificări prin care ofertantul a reluat ad litteram argumentele respinse de CNSC și de Curtea de Apel București în etapă litigioasă anterioară.

În această manieră, dând prevalență susținerilor ofertantului, comisia de evaluare a lipsit realmente de efecte juridice deciziile pronunțate de CNSC și Curtea de Apel București, al căror caracter obligatoriu este consimțit atât de art. 430 Cod procedură civilă, cât și de art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Concret, în etapă litigioasă anterioară s-au tranșat definitiv următoarele chestiuni:

- ofertantul nu a evidențiat în cuprinsul propunerii tehnice modul în care va îndeplini cerința de la pct. 1.2.10, astfel cum a fost clarificată prin răspunsul 5.9, prin care s-a stabilit, în referire la executarea marcajelor, că indiferent de forma de proprietate, efectuarea încercărilor se va face de un laborator autorizat.

- copierea caietului de sarcini nu reprezintă, în fapt, o propunere tehnică, în astfel de situații fiind evidentă lipsa din propunerea tehnică a informațiilor de detaliu, iar simpla mențiune prin care un ofertant arată că își asumă îndeplinirea tuturor cerințelor caietului de sarcini nu este de natură a exonera autoritatea contractantă de efectuarea verificărilor proprii în vederea stabilirii modului în care oferta îndeplinește cerințele documentației achiziției.

În acest sens sunt considerentele expuse în decizia CNSC nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022, pe care le citează.

Astfel cum rezultă din considerentele expuse în decizia CNSC nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022, considerentele prezentate cu privire la oferta SRL, sunt pe deplin valabile și în cazul ofertei depusă de

Aceste considerente au fost criticate de autoritatea contractantă prin plângerea înaintată Curții de Apel București, însă apărările autorității contractante au fost respinse de Curtea de Apel București, prin considerentele obligatorii expuse în decizia civilă nr. 3288 din 19.12.2022, conform cărora:

„curtea va reține faptul că apărarea autorității contractante nu poate fi valorificată în sensul solicitat de aceasta, atâta timp cât, prin oferta depusă, ofertantul trebuie să arate modalitatea în care urmează a desfășura activitățile ce fac obiectul contractului de achiziție, iar corelativ, autoritatea contractantă trebuie să analizeze în ce măsură respectivele modalități sunt de natură a satisface exigentele derulării contractului. Astfel, în mod corect a reținut CNSC faptul că autoritatea contractantă trebuie să analizeze și să stabilească modalitatea în care urmează a fi derulate activitățile de realizare a încercărilor privind marcajele, cu atât mai mult cu cât potrivit mențiunilor caietului de sarcini și a răspunsului din solicitarea de clarificări reiese că respectivele încercări și determinări ale marcajelor rutiere pot fi făcute în două modalități și anume fie prin mijloace proprii fie prin colaborare cu unități specializate, esențial fiind ca laboratorul prin intermediul căruia au loc încercările/determinările să fie unul autorizat”.

Se impune a fi precizat că o reluare a analizei asupra aspectelor tranșate deja prin hotărârile pronunțate în ciclul procesual anterior, de către CNSC și Curte de Apel București, nu mai este posibilă, întrucât contravine autorității de lucru judecat, statuată la art. 431 alin. (1) C. proc. civ. Calea de atac pe care a avut-o la îndemână autoritatea contractantă pentru înlăturarea efectelor deciziei anterioare a CNSC a fost aceea a plângerii, care a și fost promovată de autoritatea contractantă, însă fără succes, așa cum s-a arătat în cele ce preced. Aceleași argumente sunt valabile și pentru ofertantul a cărui cerere de intervenție a fost respinsă.

Prin urmare, autoritatea contractantă în reevaluarea efectuată, ca și Consiliul în verificarea actelor evaluării cu care a fost investit, sunt ținute de cele dezlegate anterior, abaterea de la acestea nefiind permisă.

Așadar, prin decizia precedentă, Consiliul nu a stabilit în sarcina comisiei de evaluare obligația de transmitere a vreunei solicitări de

clarificări, ci a obligat autoritatea contractantă să analizeze și să stabilească, prin raportare strict la oferta tehnică depusă în termenul impus prin fișa de date, modalitatea concretă în care ofertantul urmează a efectua respectivele încercări și determinări ale marcajelor rutiere, astfel încât să se asigure dacă oferta respectivă îndeplinește sau nu toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, astfel cum dispun prevederile art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Pentru a simula respectarea măsurilor dispuse de CNSC prin Decizia nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022, definitivă conform deciziei Curții de Apel București nr. 3288/2022, autoritatea contractantă i-a solicitat ofertantului să transmită clarificări privind modalitatea concretă și detaliată prin care va îndeplini cerința de la pct. 1.2.10. Pentru conformitate, contestatoarea redă pasajul relevant iterat la în raportului procedurii de reevaluare:

„În vederea ducerii la îndeplinire a Deciziei C.N.S.C. privind reevaluarea ofertei dvs. ținând cont de motivele de fapt și de drept ale Deciziei C.N.S.C., menținută prin Decizia Civilă nr. 3288/19.12.2022 pronunțată în dosarul nr. 7934/2/2022, vă solicităm, să ne transmiteți clarificări privind modalitatea concretă și detaliată prin care societatea dumneavoastră înțelese, în cadrul propunerii tehnice, să îndeplinească cerința înscrisă la punctul 1.2.10. din caietul de sarcini nr. 60784/2/08.12.2021.”

Afirmația sa referitoare la simularea punerii în executare a deciziilor pronunțate în etapa litigioasă anterioară nu are, nici pe departe, caracter tendențios, fiind confirmată chiar autoritatea contractantă care „reanalizând” propunerea tehnică a ofertantului, apreciază contrar evidenței reținută de CNSC și Curtea de Apel București, că preluarea „copy and paste” a cerințelor art. 3.2.10 din caietul de sarcini reprezintă, „modalitatea concretă și detaliată” în care urmează a fi derulate activitățile de încercări și determinări ale marcajelor rutiere.

Se constată că, deși autoritatea contractantă, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a acordat ofertantului o reală șansă de a-și modifica/corecta propunerea tehnică, acest ofertant nu doar că nu a detaliat activitățile pe care le va realiza în vederea efectuării încercărilor și determinărilor marcajelor rutiere, dar nu a făcut referire absolut deloc la modalitatea de îndeplinire a cerinței impusă prin art. 1.2.10 din caietul de sarcini, limitându-se doar la a face trimitere la propunerea tehnică. Informațiile regăsite la pagina indicată de ofertant sunt lipsite de relevanță, întrucât reprezintă o redare „copy and paste” a unei alte cerințe din caietul de sarcini, anume cea impusă prin art. 3.2.10.

De altfel, simplă copiere a art. 3.2.10 din caietul de sarcini nu poate fi considerată ca fiind o detaliere a modalității concrete în care ofertantul va îndeplini cerința impusă de autoritatea contractantă prin art. 1.2.10,

cu atât mai mult cu cât, prin raportare la considerentele definitive citate, măsura de reevaluare a ofertei nu viza analiza documentelor pe baza cărora se efectuează verificarea calității tipurilor de produse de marcare rutiere, conform art. 3.2.10, ci modalitățile concrete în care ofertantul urma să realizeze încercări și determinări ale marcajelor rutiere, conform art. 1.2.10 din caietul de sarcini.

Pentru a înlătura orice dubiu cu privire la confuzia în care s-a aflat autoritatea contractantă, redă motivul pentru care comisia de evaluare a apreciat ca fiind concludent răspunsul la clarificări transmis de ofertantul:

"Comisia de evaluare a analizat înscrisurile de la pagina 43 din cadrul propunerii tehnice prezentate de ofertantul:

«Calitatea tuturor tipurilor de produse de marcare rutieră se apreciază pe baza următoarelor documente:

- *Declarația de performanță însoțită de certificatul de a performanței/agrementul tehnic însoțit de avizul tehnic valabil*
- *Fișa tehnică de produs*
- *Buletinele de analiză și/sau rapoartele de încercare rezultate în urma testelor efectuate în laboratoare acreditate și/sau autorizate.»*

În urma analizării răspunsului ofertantului S.R.L. și a verificării în cadrul propunerii tehnice, comisia de evaluare a constatat că acest ofertant îndeplinește cerința înscrisă la punctul 1.2.10. din Caietul de sarcini nr. 60784/2/08.12.2021."

Pentru conformitate, redă art. 3.2.10 din caietul de sarcini:

"3.2.10. Calitatea tuturor tipurilor de produse de marcare rutieră se apreciază pe baza următoarelor documente:

- *declarația de performanță însoțită de certificatul de a performanței/agrementul tehnic însoțit de avizul tehnic valabil;*
- *fișa tehnică de produs;*
- *buletinele de analiză și/sau rapoartele de încercare rezultate în urma testelor efectuate în laboratoare acreditate și/sau autorizate.*

Este obligatoriu prezentarea în original/copie legalizată/copie conform cu originalul a documentelor sus-menționate sau după caz traduse și legalizate în limba română."

Or, obligația stabilită în sarcina autorității contractante de către CNSC și Curtea de Apel București a fost aceea de a verifica modalitatea concretă în care urmează a fi derulate activitățile de realizare a încercărilor privind marcajele.

În considerarea argumentelor expuse mai sus, solicită constatării faptului că reevaluarea ofertei a fost pur formală, fiind efectuată cu încălcarea art. 430 Cod procedură civilă și a art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă ducând în derizoriu principiul securității juridice și al legalității procedurilor de achiziție publică, prin lipsirea de efecte juridice a deciziilor pronunțate de CNSC și Curtea de Apel București.

Raportat la răspunsul dat de ofertantul la solicitarea de clarificări, solicită Consiliului să constate că, în speța dedusă judecății, sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Față de ansamblul argumentelor expuse, solicită Consiliului să constate că reevaluarea ofertei s-a realizat în mod evident părtinitor și cu nerespectarea aspectelor tranșate deja prin hotărârile pronunțate în ciclul procesual anterior, de către CNSC și Curtea de Apel București, cu privire la identificarea modalităților concrete în care ofertantul urma să

realizeze încercări și determinări ale marcajelor rutiere, conform art. 1.2.10 din caietul de sarcini.

În subsidiar, în măsura în care Consiliul va aprecia ca fiind legală concluzia autorității contractante referitoare la concludenta răspunsului la clarificări transmise de, deși acesta vizează îndeplinirea cerinței impuse de art. 3.2.10, cerință distinctă de cea analizată în procedura judiciară anterioară, solicită constatarea faptului că autoritatea contractantă avea obligația respectării puterii de lucru judecat a deciziei nr. 2236/26.10.2022 cu privire la existența unui conflict de interese, în sensul art. 59 din Legea nr. 98/2016, generat de acordul-cadru încheiat între și autoritatea contractantă prin CESTRIN. Raționamentul expus de CNSC în motivarea deciziei nr. 2236/26.10.2022 a fost validat de Curtea de Apel București prin decizia civilă definitivă nr. 318 din 07.02.2023.

Premisa analizei acestui motiv de excludere a ofertantului din procedură o constituie chiar susținerea acestui ofertant, citată în raportul procedurii supus analizei în cauza de față.

Înainte de a proceda la dezvoltarea acestui motiv de nelegalitate a raportului procedurii analizat în cauza de față, solicită Consiliului să aibă în vedere că atât CESTRIN, cât și Direcțiile Regionale de Drumuri și Poduri, sunt subunități fără personalitate juridică ale

Pe cale de consecință, în cazul deciziei CNSC nr. 2236/26.10.2022 sunt incidente dispozițiile, potrivit cărora oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

La fel ca și în speța analizată în cuprinsul deciziei CNSC nr. 2236/26.10.2022, în cauza de față sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, în sensul că:

- potrivit clarificărilor aduse de ofertantul, acesta se află în relații comerciale cu CESTRIN, sens în care invocă acordul cadru nr. 3946/18.03.2022;

- în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, autoritatea contractantă este

- atât DRDP, cât și CESTRIN, sunt structuri în cadrul autorității contractante, ... SA, astfel încât potrivit contractului cadru nr. 3946/18.03.2022, încheiat de ofertantul declarat câștigător cu CESTRIN, autoritatea contractantă, ... SA, va presta servicii pentru un operator economic ce are calitatea de ofertant în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, achiesează întru totul argumentelor expuse de DRDP, citate de către CNSC în cuprinsul deciziei nr. 2236/26.10.2022, conform cărora prevederile art. 59 din Legea 98/2016 vizează atât membrii

comisiei de evaluare și persoanele cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante, cât și întreg personalul CESTRIN. Relevante analizei sunt dispozițiile art. 3 lit. II) din Legea nr. 98/2016, care definesc persoanele cu funcții de decizie.

Potrivit structurii organizatorice a SA, directorul CESTRIN este persoana cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante SA, care este implicat în desfășurarea procedurii de atribuire atât în calitate de persoană cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante, cât și de persoană care a angajat structura pe care o conduce în relații economice/ comerciale cu ofertantul prin încheierea Contract cadru nr. 3946/18.03.2022.

Curtea de Apel București, prin decizia civilă definitivă nr. 318 din 07.02.2023, a validat raționamentul CNSC, expus în decizia nr. 2236/26.10.2022.

Față de argumentele de mai sus, SC SRL solicită anularea raportului nr. 25701/26.05.2023, privind decizia de declarare ca admisibilă a ofertei

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... a formulat punct de vedere, având nr. 27712/09.06.2023, fiind înregistrat la CNSC cu nr. 31049/09.06.2023, iar dosarul achiziției a fost comunicat cu adresa nr. 27953/12.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 31604/13.06.2023, fiind completat cu adresa nr. 28731/15.06.2023, înregistrată sub nr. 32468/16.06.2023.

Prin punctul de vedere, s-a solicitat respingerea contestației formulată de SC SRL, pentru următoarele motive:

În preambul, autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii de atribuire, precizând faptul că urmare a postării rezultatului procedurii în SEAP în data de 29.08.2022, atât, cât și SC SRL au formulat contestații, care au fost admise de CNSC prin decizia nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022.

Decizia în cauză a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel București ce a fost respinsă ca nefondată prin decizia civilă nr. 3288/19.12.2022.

Până la sosirea deciziei civile ante-menționată de la Curtea de Apel București, a suspendat procedura de atribuirea, suspendare ridicată în data de 12.05.2023.

În data de 12.05.2023, a solicitat prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și prelungirea perioadei de valabilitate a garanției de participare de la data de 31.03.2023 până la data de 31.08.2023, celor 5 ofertanți implicați în procedură.

Au transmis acordul pentru prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și dovada prelungirii perioadei de valabilitate a garanției de participare de la data de 31.03.2023 până la data de 31.08.2023, doar 3 (trei) ofertanți. Ofertanții SC ... SRL cu terțul susținător SC ... SRL și SC ... SRL, nu au transmis documentele solicitate.

În urma punerii în aplicare a prevederilor deciziei nr. 2270/C11/2216, 2225 din 28.10.2022, emisă de CNSC, ținând cont de decizia civilă nr. 3288/19.12.2022, a Curții de Apel București, a fost întocmit raportul procedurii nr. 25810/26.05.2023 și în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, așa cum a fost stabilit în documentația de atribuire, clasamentul rezultat este următorul:

Nr. Crt.	Ofertant	Prețul oferat (lei fără TVA)	Clasament
1	S.C. S.R.L. - Subcontractant S.C. ANDUNA SERVIMOB S.R.L.	83.192.198,40	I
2	S.C. S.R.L., - Tert și subcontractant - S.C. VESTA INVESTMENT S.R.L.	84.922.677,60	II

Conform raportului procedurii nr. 25810/26.05.2023, în urma finalizării procesului de reevaluare a ofertei depusă de ofertantul, cu subcontractant SC ... SRL, comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de acest ofertant.

Comunicările cu privire la rezultatul procedurii au fost transmise ofertanților în data de 26.05.2023.

Cu privire la contestația formulată de SC SRL, autoritatea contractantă prezintă următoarele:

Conform raportului procedurii nr. 25810/26.05.2023, în urma finalizării reevaluării ofertelor și SRL, în conformitate cu cele dispuse de CNSC cu privire la contestația depusă de SC SRL, comisia de evaluare a constatat că ofertantul îndeplinește cerința înscrisă la punctul 1.2.10. din caietul de sarcini nr. 60784/2/08.12.2021.

Autoritatea contractantă menționează că oferta depusă de SRL a fost declarată inacceptabilă și neconformă în urma reevaluării în conformitate cu cele dispuse de CNSC cu privire la contestația depusă de

Comisia de evaluare a hotărât ca, în vederea punerii în aplicare a deciziei CNSC, să solicite clarificări ofertantului, cu adresa nr. 24071/17.05.2023, solicitând clarificări cu privire la cerința înscrisă la pct. 1.2.10 din caietul de sarcini, iar ofertanta a transmis răspunsul în SEAP, cu adresa nr. 1072/18.05.2023.

Ulterior, comisia de evaluare a analizat înscrisurile din propunerea tehnică prezentate de cu privire la laboratoarele acreditate și/sau analizate.

În urma analizării răspunsului ofertantului, verificării propunerii tehnice și verificării documentelor menționate de ofertant (Decizii CNSC și Decizii Civile), comisia de evaluare a constatat că acest ofertant îndeplinește cerința înscrisă la punctul 1.2.10. din caietul de sarcini nr. 60784/2/08.12.2021.

Având în vedere cele mai sus prezentate, solicită respingerea contestației formulate de SC SRL.

Prin adresa nr. 1201/13.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 31849/14.06.2023, ... a formulat cerere de intervenție, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În principal, solicită 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 Cod proc. Civ. admiterea acesteia, iar în subsidiar, în situația în care Consiliu va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, solicită admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod proc. Civ.

Interesul său se justifică atât prin calitatea de ofertant declarat câștigător astfel cum reiese din cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 25814/26.05.2023, transmis de către autoritatea contractantă în urma finalizării evaluării ofertelor, cât și prin calitatea de ofertant participant la această procedură cu o ofertă admisibilă.

În prealabil analizei pe fond a contestației formulate de către petentă, solicită Consiliului să se pronunțe cu privire la lipsa de interes în promovarea prezentei contestații.

Fără a mai relua istoricul acestei proceduri care a fost expus atât prin cadrul contestației sale, cât și prin decizia CNSC nr. 2270/C11/2216, 2225/28.10.2022, rămasă definitivă prin Hotărârea civilă a Curții de Apel București nr. 3288/19.12.2022, solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că, în afara acestei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă a mai publicat încă 4 (patru) proceduri de achiziție publică, având ca obiect atribuirea unor acorduri cadru identice cu cele din prezenta procedură, documentația de atribuire fiind identică (fișa de date, caiete de sarcini, etc.), diferența constând în locul (județele) în care se vor desfășura aceste activități, trei dintre aceste proceduri fiind contestate de către petentă, aceasta invocând cu privire la toți ofertanții critici identice, inclusiv cu cele din prezenta speță, cele trei fiind soluționate definitiv prin respingerea acestora ca nefondate, cum ar fi:

- Anunț de participare nr. CN1039500/19.02.2022 având ca obiect atribuirea acordului cadru de execuție lucrări „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP- - Secția Autostrăzi A2+A4 -Acord Cadru 4 ani” prin decizia CNSC nr. 2215/C10/2224/24.10.2022 rămasă definitivă prin Hotărârea civilă a Curții de Apel București nr. 32/16.02.2023;
- Anunț de participare nr. CN1039496/19.02.2022 având ca obiect atribuirea acordului cadru de execuție lucrări „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP- - SDN Slobozia -Acord Cadru 4 ani” prin

decizia CNSC nr. 2184/C8/2222/19.10.2022 rămasă definitivă prin neatacare;

- Anunț de participare nr. CN103 9495/19.02.2022 având ca obiect atribuirea acordului cadru de execuție lucrări „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP- - SDN ... - Acord Cadru 4 ani” prin decizia CNSC nr. 2173/C1/2223/18.10.2022 rămasă definitivă prin neatacare.

În ceea ce privește a patra procedură de achiziție publică despre care face vorbire mai sus, solicită Consiliului să aibă în vedere decizia CNSC nr. 2235/C10/2217/26.10.2022 rămasă definitivă prin Hotărârea Civilă nr. 3128/20.12.2022, pronunțată de către Curtea de Apel București, aferentă anunțului de participare nr. CN1039499/19.02.2022 având ca obiect atribuirea acordului cadru de execuție lucrări „Lucrări de întreținere periodică - Covoare asfaltice executate la cald pe rețeaua de drumuri din administrarea DRDP-..... - SDN -Acord Cadru 4 ani” prin care s-a admis contestația depusă de ... SRL cu privire la oferta societății SC SRL, și prin care s-a decis definitiv cu privire la oferta tehnică a societății SC SRL.

SC SRL a depus în cadrul celor 5 (cinci) proceduri de achiziție, în vederea îndeplinirii cerințelor minime de calificare impuse prin documentația de atribuire, respectiv 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 compactor static autopropulsat pe pneuri - min. 1 buc aceleași două compactoare, respectiv: Bomag BW-219 D-4i și Bomag BW 154AP - 4V AM, acestea din urmă fiind în opinia petentei compactoare vibratoare „pe pneuri”.

În ceea ce privește excepția invocată, solicită Consiliului să aibă în vedere că, deși nici Legea nr. 101/2016, și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație cum este speța de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Relevante în cauză sunt prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit.) din Legea nr. 101/2016.

Lipsa interesului de a exercita acțiunea constituie o cauză de inadmisibilitate de ordine publică pe care instanța o poate examina din

oficiu, cum ar fi Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din 28 septembrie 2004, MCI/Comisia, T-310/00, Rec., p. II-3253, pct. 45 și jurisprudența mai sus enunțată.

Similar, conform instanțelor de la Luxemburg, acțiunea în anulare nu este admisibilă decât în măsura în care reclamantul are un interes să obțină anularea actului atacat, ceea ce presupune ca anularea să poată avea consecințe juridice, respectiv să îi aducă un beneficiu, cu titlu de exemplu, Hotărârea din 26 ianuarie 2022, Leonardo/Frontex, T-849/19, EU:T:2022:28, Hotărârea din 5 septembrie 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, Ordonanța din 20 mai 2019, Phrenos și alții, Comisia, T-715/18, EU:T:2019:370, Ordonanța din 30 aprilie 2007, EnBW Energie Badén Württemberg/Comisia, T-387/04, EU:T:2007:117, Hotărârea din 12 februarie 2004, Grossmann Air Service, C230/02, EU:C:2004:93, și Hotărârea din 25 iulie 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consiliul, C-50/00 P, EU:C:2002:462.

Din dispozițiile legale invocate, rezultă că persoana care se adresează Consiliului cu o contestație, pentru a avea calitatea de persoană vătămată, trebuie să aibă un interes legitim în legătură cu procedura de achiziție publică, față de un act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, iar interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Cu alte cuvinte, interesul contestatoarei cum este speța de față, poate fi justificat, sub aspectul folosului practic urmărit prin demersul legal (conform condiției ca interesul să fie născut și actual) numai în cazul în care acesta ar dovedi un beneficiu direct pe care acesta l-ar obține în cazul admiterii contestației sale ori, este exclusă condiția existenței unui interes legitim, actual și direct și, totodată, a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce, chiar urmare a eventualei reevaluări dispuse de către Consiliu, intimata contestatoare tot nu ar putea avea o ofertă conformă astfel cum s-a stabilit prin decizia CNSC nr. 2235/C10/2217/26.10.2022, rămasă definitivă prin Hotărârea civilă nr. 3128/20.12.2022 pronunțată de către Curtea de Apel București, neputând fi luată nicio măsură de remediere.

De altfel, în aceeași situație ar fi fost și societatea sa, deoarece nu ar fi avut interes în promovarea unei contestații cu privire la comunicarea rezultatului procedurii, întrucât, oferta contestatoarei se află pe locul 2 și în eventualitatea depunerii unei contestații cu privire la aspectele mai sus menționate, chiar și o soluție de admitere a contestației și dispunerea reevaluării ofertelor nu i-ar fi schimbat poziția în clasament.

Astfel, solicită Consiliului să aibă următoarele:

În conformitate cu prevederile documentației de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat la Capitolul Iii.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor

menționate: Utilaje, instalații și echipament tehnic, următoarea cerință obligatorie:

„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: - compactor static autopropulsat pe pneuri - min. 1 buc.;”

În cadrul propunerii tehnice a petentei, în vederea îndeplinirii acestei cerințe, SC SRL a indicat utilajul Bomag BW-219 D-4i ca fiind cilindru compactor terasier (pe pneuri) și utilajul Bomag tip BW 154AP - 4V AM ca fiind compactor vibrator terasier (pe pneuri).

Astfel, în speța similară mai sus invocată, identică din punct de vedere al cerințelor minime de calificare și a documentației de atribuire, referitoare la contestatoarea din prezenta cauză, prin decizia CNSC nr. 2235/C10/2217/26.10.2022, rămasă definitivă prin Hotărârea civilă nr. 3128/20.12.2022 pronunțată de către Curtea de apel București, s-a reținut cu privire la caracterul de neconformitate al acestei oferte.

Prin urmare, cum motivele de excludere nu îi asigură contestatoarei participarea la procedura de atribuire în curs cu șansa reală de a-i fi atribuit contractul, întrucât aceasta nu îndeplinește cerința din cadrul fișei de date a achiziției, Capitolul III.1.3.a), respectiv punctul 4.3. din caietul de sarcini general, neprezentând în lista de utilaje niciun utilaj de tipul compactor static autopropulsat pe pneuri, nu sunt îndeplinite în cauză condițiile prevăzute de art. 2 alin. (1) coroborate cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În susținerea celor de mai sus, intervenienta a invocat Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), în care s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precizat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

Prin urmare, fiind exclusă condiția existenței unui interes legitim, actual și direct și, totodată, a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui

act al autorității contractante, din moment ce, chiar urmare a reevaluării dispuse de către CNSC, nu ar putea fi luată nicio măsură prin prisma căreia să se poată aprecia că intimata-contestatoare justifică existența unui folos practic ce ar fi urmărit prin promovarea demersului, este evident că interesul SC SRL în promovarea cererii sale în legătura cu această procedură de achiziție publică nu există și nici nu poate fi dovedit.

Neavând șansa reală de a câștiga contractul de achiziție publică, SC SRL nu are interes legitim în legătură cu această procedură de atribuire și nici nu face dovada vreunui prejudiciu, necesar deținerii calității de persoană vătămată.

Prin urmare, SC solicită admiterea excepției lipsei de interes și pe cale de consecință respingerea contestației formulată.

Pe fondul cauzei, solicită respingerea criticilor formulate de petenta, acestea reprezentând o interpretare proprie a contestatoarei în încercarea vădită de a induce în eroare.

Așa cum a precizat anterior, susține că, în cadrul propunerii tehnice este specificat faptul că verificările vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate, încercările fiind evident efectuate fie de către laboratorul său, al subcontractantului declarat, fie de către laboratorul CESTRIN conform acordului contractual nr. 3946/18.03.2022 încheiat cu laboratorul, depus odată cu cererea de intervenție în fața CNSC- Decizia CNSC nr. 2270/C11/2216, 2225 și întâmpinarea pe rolul Curții de Apel București.

Deci, autoarea contestației cunoștea acest fapt, contractul încheiat cu CESTRIN, la data transmiterii cererii de intervenție, respectiv data de 21.09.2022, prin urmare aceste date îi erau cunoscute (perioadă în care a avut acces și la dosarul achiziției publice), drept pentru care solicită Consiliului să constate și să admită în conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) și art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, excepția tardivității formulării acestor critici ce vizează relația contractuală dintre SC și laboratorul CESTRIN.

În situația în care se trece peste această excepție, solicită reținerea în soluționare faptul că, astfel cum anterior a menționat, încă din cadrul cererii de intervenție depuse, a precizat faptul că la data depunerii ofertei avea la dispoziție/acces atât la laboratoarele SC (propriu sau cu contract), cât și la laboratorul subcontractantului declarat.

Critica contestatoarei de la acea vreme cu privire la laboratorul autorizat grad II, a fost rezolvată de către Consiliu, în mod definitiv, în considerentele deciziei, respectiv în cadrul deciziei nr. 2270/C11/2216, 2225/28.10.2022.

Mai mult, astfel cum au fost reținute în cadrul deciziei CNSC mai sus menționate:

„spre deosebire de oferta SRL, cazul ofertei depuse de SC, contestatoarea susține că deși își asumă obligativitatea efectuării zilnice și consemnarea rezultatelor obținute în rapoarte/jurnale zilnice, nu își asumă și obligativitatea ca acestea să fie făcute doar de către laboratoare autorizate, nefiind îndeplinită astfel cerința caietului de sarcini cum fost completată prin răspunsul 5.9”.

Ori, astfel cum a precizat în cadrul propunerii tehnice, testele vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate.

De reținut sunt și aspectele precizate în cadrul Hotărârii Civile nr. 32/16.02.2023 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 7831/2/2022*, într-o speță similară, în cadrul căreia cu privire la modalitatea de acces la laborator, Curtea de Apel București a reținut: *„Criticile referitoare la existența unui acord de colaborare între ofertantă și laboratorul autorității contractante nu sunt întemeiate deoarece caietul de sarcini nu prevede obligativitatea existenței unui contract și nu exclude parteneriatele între ofertant și laboratorul autorității contractante.”*

Acest raționament se regăsește și în cadrul Deciziei CNSC nr. 2173/C1/2223 din 18.10.2022 prin care cu referire la prevederile Cap. 1.2.1.10, Consiliul a stabilit în mod definitiv faptul că:

„Consiliul constată că prevederile de la art. 1.2.10. și art. 1.2.11. invocate de contestatoare 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.”

De altfel, invocă și Hotărârea Civilă nr. 3288/2022 din 19.12.2022 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul 7934/2/2022.

În atare situație, și-a asumat faptul că aceste încercări vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate, fie de către laboratorul său, al subcontractantului declarat, fie de către laboratorul CESTRIN conform acordului contractual nr. 3946/18.03.2022 încheiat cu laboratorul.

Până la acest moment, contestatoarea nu a invocat și nu a solicitat să facă dovada deținerii unui laborator autorizat în vederea realizării încercărilor pentru marcajele rutiere.

În cadrul contestației anterioare au fost invocate foarte multe motive care în fapt reprezentau doar interpretări eronate ale contestatoarei cum de altfel și Consiliul a reținut în decizia mai sus invocată.

Astfel, abia la acest moment al depunerii contestației, SC SRL a invocat un nou motiv, respectiv faptul că SC nu are acces sau nu are la dispoziție un laborator în vederea efectuării încercărilor aferente marcajelor rutiere astfel cum este precizat la punctele 1.2.10 din caietul de sarcini completat prin răspunsurile 5.9 și 5.10.

În situația în care i s-ar fi cerut să facă o astfel de dovadă, ar fi depus în afara documentelor aferente laboratorului propriu și documente din care să rezulte că și subcontractantul declarat deține un contract cu un laborator autorizat, contract pe care îl depune alăturat cererii de intervenție.

Din punctul său de vedere, cum de altfel s-a reținut și în Hotărârea Civilă nr. 32/16.02.2023 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 7831/2/2022*, nefiind solicitat prin caietul de sarcini și depunerea acestui contract al subcontractantului, nu a considerat necesar a depune și acest contract.

Prin urmare, îndeplinește și această cerință, chiar și în condițiile în care nu a fost precizat în mod expres în caietul de sarcini sau documentația de atribuire depunerea inițială a tuturor documentelor în discuție.

Menționează că anexele prezentate, 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.

În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, precum și considerentele Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător.

Considerând că toate cele prezentate constituie suficiente argumente și dovezi în soluționarea cauzei, în raport de dispozițiile legale aplicabile procedurii, reiterează solicitările de respingere a contestației, în principal, pe cale de excepție și în subsidiar ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 32892/19.06.2023, SC SRL a transmis note scrise:

I. referitoare la punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă;

II. referitoare la cererea de intervenție formulată de SC, inclusiv cu privire la excepțiile invocate, respectiv cu privire la:

- excepția lipsei de interes care, reprezintă în realitate o contestație mascată, efectuată cu eludarea obligației de constituire a cauțiunii corespunzătoare, având în vedere că prin argumentele expuse intervenienta critică, în fapt, raportul procedurii de reevaluare nr. 25810/26.05.2023 în ceea ce privește declararea ca admisibilă a ofertei SC SRL și clasarea acesteia pe locul secund al procedurii;

- excepția tardivității formulării criticilor ce vizează relația contractuală dintre SC și laboratorul CESTRIN.

I. În referire la punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă, precizează că, analizând cuprinsul punctului de vedere exprimat de autoritatea contractantă, a constatat că nu cuprinde nici cel puțin un argument de natură a combate motivele de nelegalitate expuse în cuprinsul contestației, autoritatea contractantă limitându-se la a reda

pasaje întregi din cuprinsul raportului procedurii de reevaluare nr. 25810/26.05.2023, obiect al controlului de legalitate în cauza pendinte.

Singurele referiri la contestația dedusă judecății sunt cele exprimate în primul paragraf și ultimul paragraf, prin care autoritatea contractantă, în mod generic, solicită „respingerea contestației”, fără a arăta de ce nu ar fi întemeiate motivele de nelegalitate expuse în cuprinsul contestației cu privire la nerespectarea considerentelor deciziei CNSC nr. 2270/2022, definitivă prin decizia Curții de Apel București nr. 3288/2022, respectiv cu privire la conflictul de interese generat de acordul- cadru încheiat între SC și autoritatea contractantă prin CESTRIN, conform raționamentul expus de CNSC în motivarea deciziei nr. 2236/26.10.2022, definitivă prin decizia Curții de Apel București nr. 318/2023.

Modalitatea de redactare a punctului de vedere, ce cuprinde doar două paragrafe referitoare la contestația pendinte, confirmă implicit că reevaluarea ofertei SC s-a realizat cu ignorarea aspectelor tranșate deja prin hotărârile pronunțate în ciclul procesual anterior, de către CNSC și Curte de Apel București, cu privire la identificarea modalităților concrete în care ofertantul urma să reanalizeze încercări și determinări ale marcajelor rutiere, conform art.1.2.10 din caietul de sarcini, respectiv cu privire la existența unui conflict de interese, în sensul art. 59 din Legea nr. 98/2016, generat de acordul-cadru încheiat între SC și autoritatea contractantă prin CESTRIN.

II. În referire la excepția lipsei de interes invocată prin cererea de intervenție formulată de ofertantul, solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Cu titlu prealabil, solicită a se reține că în raportul de reevaluare al procedurii, *„conform celor dispuse de CNSC prin Decizia nr. 2270/C111/2216, 2225, ținând cont de Decizia Civila a Curții de Apel București nr. 2388/19.12.2022”* este consemnat rezultatul reevaluării.

Așadar, conform raportului procedurii nr. 25801/26.05.2023, contestat în cauza pendinte din prisma declarării ca admisibilă a ofertei, oferta depusă de SC SRL a fost menținută ca admisibilă și declarată ca necâștigătoare.

Autoritatea contractantă, în măsura în care ar fi apreciat că oferta depusă de SC SRL în procedura de licitație deschisă analizată în cauza pendinte ar fi fost afectată de motivul de neconformitate identificat în anul 2022 într-o procedură de licitație distinctă, avea obligația de a solicita ofertantului SC SRL clarificări, așa cum a procedat și cu intervenienta SC, și în măsura în care aceasta nu ar fi răspuns ori răspunsul ar fi fost neconcludent, avea deplina competență de a respinge

oferta contestatoarei ca inacceptabilă sau neconformă pentru motivele pe care a ajuns să le cunoască ulterior primei evaluări.

Or, autoritatea contractantă, așa cum rezultă din raportul procedurii, a apreciat că oferta SC SRL este conformă, motiv pentru care solicită să se constate incidența dispozițiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Deopotrivă, solicită a se reține și incidența art. 2 alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE.

Având în vedere că, potrivit definiției de la art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, oferta depusă de SC SRL nu a fost exclusă din procedură, se constată că interesul în contestarea ofertei declarată câștigătoare este unul real, serios, fiind justificat, sub aspectul folosului practic urmărit prin demersul legal, de posibilitatea de a fi declarată câștigătoare a procedurii, fiind ofertantul clasat pe locul secund care, în ipoteza admiterii contestației, ar urca pe primul loc în clasament.

Într-adevăr, în cursul anului 2022, autoritatea contractantă a derulat mai multe proceduri de licitație publică însă nu a optat pentru împărțirea pe loturi a lucrărilor respective, iar împrejurarea că fișele de date și caietele de sarcini au avut un conținut similar este lipsită de relevanță, în condițiile în care acestea au fost elaborate de și preluate de toate DRDP-urile din țară.

Chiar și în ipoteza în care prin DRDP ar fi lotizat lucrările, constatarea neconformității unei oferte depusă pentru unul dintre loturi nu ar fi determinat excluderea ofertantului respectiv din celelalte loturi, ci ar fi justificat o reluare a procedurii de evaluare a ofertei respective, evident cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, care impun autorității contractante să se abțină de la orice comportament de natură a avantaja un anumit operator economic, dreptul de a solicita clarificări nefiind unul discreționar, lăsat la bunul plac al autorității contractante.

În acest sens, sunt și dispozițiile art. 9 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

După cum s-a relevat și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, ofertantul nu poate fi exclus din procedura de atribuire dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective adoptate îi restabilesc fiabilitatea.

În contextul în care admisibilitatea ofertei SC SRL a fost menținută de autoritatea contractantă, în urma reluării procesului de evaluare (moment ulterior comunicării nr. 2235/2022), este evident că excepția lipsei de interes invocată de SC, grefată pe o așa zisă excludere a ofertei SC SRL dintr-o altă procedură de licitație publică organizată de aceeași autoritate contractantă, reprezintă un subterfugiu de contestare a admisibilității ofertei contestatoarei cu eludarea, însă, a obligației de constituire a cauțiunii, al cărei quantum

semnificativ este împovăraător pentru orice operator economic, dar pe care l-a suportat atât în procedura anterioară, cât și în procedura de față.

Deși în acest dosar, în contextul factual anterior expus, este lipsit de orice relevanță aspectul așa zisei excluderi a ofertantului SC SRL dintr-o procedură de achiziție publică distinctă de cea analizată în cauza de față.

Astfel, solicită să se aibă în vedere că prin decizia nr. 2235/C10/2022, contrar alegațiilor intervenientului, Consiliul nu a declarat oferta SC SRL neconformă, ci a dispus reevaluarea acestei oferte, fără a analiza, nici cel puțin incidental, abaterea din punctul de vedere al gravității și al modului în care, prin raportare la caietele de sarcini pe specialități, parte integrantă a documentației de atribuire, lipsa utilajului de tipul compactor static autopropulsat pe pneuri nu a influențat rezultatul procedurii.

În acest context al analizei, este remarcabilă dualitatea autorității contractante care, în procedura de reevaluare desfășurată urmare a deciziei CNSC nr. 2270/C11/2022, a solicitat ofertantului SC clarificări privind modalitatea concretă și detaliată prin care va îndeplini cerința de la pct. 1.2.10, iar în procedura de reevaluare desfășurată urmare a deciziei CNSC nr. 2235/C10/2022, a apreciat că nu se impune o solicitare de clarificări de la SC SRL.

Un atare comportament denotă intenția directă și repetitivă a autorității contractante de a atribui lucrările publice unor firme agreeate, ale căror interese au fost apărate de autoritatea contractantă în fața instanțelor de judecată.

În cazul admiterii contestației, autoritatea contractantă s-a considerat a fi vătămată de decizia nr. 2270/C11/2022, prin care CNSC a dispus reevaluarea ofertelor clasate pe pozițiile superioare SC SRL și, scutindu-i pe ofertanții preferați de obligația de a constitui cautiunea prevăzută la art.611 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, a exercitat calea de atac pe care a avut-o la îndemână pentru înlăturarea efectelor deciziei CNSC nr. 2270/C11/2022.

Întrucât criticile autorității contractante au fost respinse de Curtea de Apel București, prin decizia civilă nr. 3288 din 19.12.2022, aceasta și-a arogat competența de a reforma, în afara căilor legale de atac, decizia CNSC nr. 2270/C11/2022 și, cu nerespectarea aspectelor tranșate deja prin hotărârile pronunțate în ciclul procesual anterior, a apreciat că simpla copiere a cerințelor art. 3.2.10 din caietul de sarcini reprezintă, „modalitatea concretă și detaliată” în care ofertantul SC urma să realizeze încercări și determinări ale marcajelor rutiere, conform art. 1.2.10 din caietul de sarcini.

În cazul deciziei nr. 2235/C10/2022, prin care CNSC, admitând contestația formulată de .. SERV, a dispus reevaluarea ofertei SC SRL, autoritatea contractantă nu doar că nu s-a mai simțit vătămată de decizia CNSC, dar a și confundat noțiunea de reevaluare cu cea de excludere.

În măsura în care autoritatea contractantă ar fi respectat principiile legalității și al egalității de tratament, ar fi avut posibilitatea de proba că deținea, conform contractului de vânzare cumpărare anexat prezentei, utilajul de tip compactor static autopropulsat pe pneuri, însă a omis să îl menționeze în lista utilajelor. Indicarea acestui tip de utilaj, cu ocazia reevaluării ofertei conform deciziei CNSC nr. 2235/2022, nu ar fi reprezentat o modificare/completare a propunerii tehnice, ci doar o confirmare/clarificare a modalității de punere în practică a procedurii tehnice depusă inițial, fără a influența prețul ofertei sau elementele sale esențiale, fiind permisă de legislația specifică. Omisiunea sa de a menționa în lista privind utilajele a compactorului static autopropulsat pe pneuri se încadra în categoria abaterilor tehnice minore, în sensul art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016, în condițiile în care caietul de sarcini specific, compactare a mixturilor asfaltice se va realiza cu compactoare cu rulouri netede, cu sau fără dispozitive de vibrare SI/SAU compactoare pe pneuri.

Maniera în care a înțeles autoritatea contractantă să pună în aplicare cele două decizii pronunțate de CNSC cu privire la două proceduri distincte de licitație publică probează, o dată în plus, existența unei practici abuzive a autorității contractante de a descalifica oferta sa.

Conduita comisiei de evaluare, de a nu-i solicita, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr.98/2016, clarificări, denotă intenția directă și repetitivă de a atribui lucrările publice unor firme agreate, în condițiile în care ofertantului care a urcat pe primul loc în urma reevaluării desfășurată urmare a deciziei CNSC nr. 2235/C10/2022, comisia de evaluare nu i-a solicitat doar clarificări asupra aceluiași aspecte referitoare la cerința de calificare impusă cu privire la LISTA PRIVIND UTILAJELE, INSTALAȚIILE SI ECHIPAMENTELE TEHNICE, ci i-a permis să procedeze atât la modificarea ofertei tehnice, prin retransmiterea acestei liste, cât și la modificarea ofertei financiare, iar în cazul intervenției din cauza de față, în procedura de reevaluare desfășurată urmare a deciziei CNSC nr. 2270/C11/2022, a apreciat că aceasta a depus o ofertă admisibilă, cu toate că acest ofertant nu doar că nu a detaliat activitățile pe care le va realiza în vederea efectuării încercărilor și determinărilor marcajelor rutiere, dar nu a făcut referire absolut deloc la modalitatea de îndeplinire a cerinței impusă prin art.1.2.10 din caietul de sarcini, ci s-a limitat la a reda ad litteram o altă cerință din caietul de sarcini, anume cea impusă prin art.3.2.10.

În considerarea argumentelor anterior expuse, solicită respingerea excepției lipsei de interes invocată de SC, interesul său este unul legitim, în sensul că oferta sa a fost menținută de comisia de reevaluare

ca admisibilă, nu a fost exclusă definitiv din procedură, a fost vătămată printr-un act al autorității contractante (interes legitim, personal, născut) și are șanse reale de a câștiga procedura dacă ar fi reevaluate ofertele (interes actual).

III. În referire la excepția tardivității formulării criticilor ce vizează relația contractuală dintre SC și laboratorul CESTRIN, solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Astfel cum a arătat în contestație, premisa analizei acestui motiv de excludere a ofertantului SC din procedură o constituie chiar susținerea acestui ofertant, citată în raportul procedurii supus analizei în cauza de față, pe care îl citează.

Contrar aserțiunilor intervenientei, relația contractuală dintre SC și laboratorul CESTRIN a fost invocată și în ciclul procesual anterior, însă acest aspect nu a fost analizat în cadrul deciziei CNSC nr. 2270/C11/2022, aspect confirmat de considerentele expuse.

Chiar admitând, prin reducere la absurd, teoria dezvoltată de intervenient în susținerea acestei excepții, deși contrazisă neechivoc de considerentele CNSC, solicită a se constata că acest motiv de nelegalitate a fost invocat în cuprinsul contestației reglementat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, solicită Consiliului să rețină că nu se regăsesc elemente care să conducă la respingerea acestui motiv de nelegalitate pe calea excepției tardivității și solicită respingerea excepției ca nefondată.

Deopotrivă, în constatarea caracterului nefondat al cererii de intervenție, solicită Consiliului să aibă în vedere că, prin argumentele expuse în susținerea așa zisei tardivități de către SC, aceasta recunoaște implicit că autoritatea contractantă a apreciat ca fiind concludent răspunsul pe care aceasta l-a dat solicitării de clarificări urmare a faptului că i-a permis acesteia să își completeze oferta, prin depunerea unui contract pe care CNSC, în ciclul procesual anterior, nu l-a identificat în oferta inițială.

IV. Pe fondul cauzei, SC SRL solicită respingerea cererii de intervenție, ca nefondată, și admiterea contestației, astfel cum a fost formulat și motivată.

Pentru argumentele expuse în cuprinsul contestației și ale prezentelor note, solicită Consiliului să dispună respingerea excepțiilor invocate de intervenientă, respingerea cererii de intervenție și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Cu adresa nr. 35167/1512/C11/29.06.2022, Consiliul a solicitat SC să comunice dacă criticile formulate prin cererea de intervenție

referitoare la admisibilitatea ofertei depusă de SC SRL reprezintă o contestație.

SC a răspuns cu adresa nr. 1291/30.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 35410/30.06.2023, precizând că aceste critici nu reprezintă o contestație și că a formulat o cerere de intervenție, solicitând, în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia că inadmisibilitate ofertei SC SRL nu intră sub autoritatea de lucru judecat, luarea în considerare a demersului său ca fiind o cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante.

SC SRL a constituit cautiunea în sumă de 921.404,23 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209209867/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 06.06.2023.

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

..... a organizat o licitație deschisă în vederea încheierii acordului-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, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1039498/19.02.2022. Valoarea estimată a acordului-cadru de lucrări este de 92.140.423,20 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva deciziei privind rezultatul procedurii de atribuire, ... și SC SRL au formulat contestații, fiind admise prin decizia nr. 2270/C11/2216, 2225/ 28.10.2022.

Împotriva acestei decizii autoritatea contractantă a formulat plângerea care a fost respinsă prin Hotărârea nr. 3288/19.12.2022 de Curtea de Apel București, Secția a IX-a de Contencios administrativ și fiscal.

Ulterior, în urma reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit un nou raport al procedurii de atribuire, comunicând un nou rezultat al procedurii. Aceste acte fac obiectul contestației în analiză, formulată de SC SRL.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a contestației formulate de către SC SRL, ... a formulat cerere de intervenție, iar Consiliul încuviințează în principiu capătul subsidiar de cerere, ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

În acest sens, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă, potrivit cărora intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Din acest motiv

intervenția principală, conform art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată, îndreptându-se, în acest caz, împotriva ambelor părți din proces, respectiv autoritate contractantă și contestatoare.

Prin urmare, dat fiind că oferta a fost declarată câștigătoare și urmărește să își preserve dreptul câștigat, contrar cererii principale a intervenientei, în fața Consiliului, aceasta nu poate uza decât de calea unei intervenții accesorii, în favoarea autorității contractante, în condițiile art. 61 alin. (3) din cod. Atât timp cât intervenienta urmărește menținerea rezultatului stabilit de autoritatea contractantă se poate concluziona că intervenția este în sprijinul acesteia și nu pentru realizarea unei pretenții proprii, ofertantului neputându-i reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea achizitoarei.

În ceea ce privește capătul principal de cerere, de admitere a cererii de intervenție în interes propriu, Consiliul constată inadmisibilitatea cererii, anularea unui act al autorității contractante privind evaluarea unui ofertant neputând fi făcută pe această cale a intervenției accesorii, ci trebuie să îmbrace forma unei contestații.

Această apreciere a Consiliului are în vedere dispoziția expresă prevăzută de legiuitor la art. 8 alin. (1) din Lege nr. 101/2016:

"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: (...)".

Consiliul a reținut și precizarea expresă a că cererile sale legate de oferta contestatoarei nu reprezintă o contestație.

Astfel, cererea de intervenție poate fi formulată doar în legătura cu contestația, prin raportare la aceasta, atât ca și conținut, cât și ca termen de intervenție, după cum este prevăzut expres la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, capătul de cerere privind intervenția accesorie urmează a fi cercetat odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea lor având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Trecând la soluționarea contestației, având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției lipsei de interes în formularea contestației depuse de SC SRL invocată de intervenienta

În sprijinul acestei solicitări intervenienta invocă neconformitatea ofertei SC SRL.

Având în vedere cele stabilite anterior, respectiv că pe calea cererii de intervenție nu pot fi atacate actele autorității contractante, ci doar pe calea unei contestații, fiind inadmisibilă o astfel de solicitare pe această cale, Consiliul va respinge excepția invocată de petentă ca nefondată, deoarece rezultatul evaluării ofertei SC SRL nu poate fi atacat astfel.

Prin urmare, SC SRL fiind ofertant clasat pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile, are interes în formularea unei contestații împotriva ofertantului declarat câștigător, în speță

Pe fondul contestației, Consiliul constată că demersul contestatoarei a fost determinat de clasarea ofertei sale pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile, apreciind că oferta depusă de, clasată pe locul I, a fost declarată admisibilă în mod eronat/nelegal.

Astfel, susține că reevaluarea ofertei, efectuată de autoritatea contractantă în urma primirii Deciziei nr. 3288/ 19.12.2022 a Curții de Apel București, prin care a fost respinsă plângerea formulată de achizitoare împotriva deciziei Consiliului nr. 2270/2216, 2225/28.10.2022, reprezintă, în realitate, o încălcare a autorității de lucru judecat, revenindu-se asupra unor aspecte tranșate atât de CNSC, cât și de Curtea de Apel, în mod nepermis.

În acest sens, arată că autoritatea contractantă a apreciat ca fiind concludent răspunsul la clarificări prin care acest ofertant a reluat ad litteram argumentele respinse de Consiliu și de Curtea de Apel București în etapă litigioasă anterioară, când au fost tranșate definitiv chestiunile legate de lipsa evidențierii în cuprinsul propunerii tehnice a modului în care se va îndeplini cerința de la pct. 1.2.10, astfel cum a fost clarificată prin răspunsul 5.9, respectiv în privința copierii caietului de sarcini în propunerea tehnică ceea ce nu reprezintă, în fapt, o propunere tehnică.

În contra celor susținute de contestatoare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Verificând lucrările comisiei de evaluare efectuate urmare a deciziei Consiliului nr. 2270/2216, 2225/28.10.2022, respectiv a hotărârii Curții de Apel București nr. 3288/19.12.2022, prin care a fost respinsă plângerea formulată de achizitoare împotriva acestei decizii, Consiliul constată că, prin adresa nr. 24073/17.05.2023, autoritatea contractantă a solicitat clarificări privind modalitatea concretă și detaliată prin care propunerea tehnică depusă îndeplinește cerința înscrisă la pct. 1.2.10 din caietul de sarcini.

La această solicitare ofertantul a răspuns cu adresa nr. 1072/ 18.05.2023, prin referire la decizia Consiliului amintită, că testele vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate. De asemenea, au fost invocate cele reținute de Curtea de Apel București (dosar 7831/2/2022*) și Consiliu (decizia 2173/C1/2223) în spețe similare, inclusiv cele reținute în hotărârea amintită, nr. 3288/19.12.2022, privind soluționarea plângerii de către Curtea de Apel București. Astfel, susține că și-a asumat că aceste verificări vor fi efectuate doar de către laboratoare autorizate, fie

de propriul laborator, fie de cel al subcontractantului declarat, fie de laboratorul, conform contract nr. 3946/18.03.2023, depus la CNSC atașat cererii de intervenție formulate în dosarul 2225/2022 și la Curtea de Apel atașat întâmpinării, îndeplinind cerința, chiar dacă prin documentația de atribuire nu s-a solicitat expres depunerea documentelor în discuție.

Acest răspuns a fost considerat concludent de autoritatea contractantă după cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 25810/26.05.2023.

În aceste condiții, Consiliul consideră relevante cele stabilite prin decizia sa anterioară nr. 2270/2216, 2225/28.10.2022, rămasă definitivă, urmare a respingerii plângerii achizitoarei prin hotărârea Curții de Apel București nr. 3288/19.12.2022:

"În analiza sa Consiliul va avea în vedere, mai întâi, criticile cu privire la oferta SRL, declarată câștigătoare.

Astfel, autoarea acestei contestații invocă faptul că autoritatea contractantă a prevăzut în Caietul de sarcini - Marcaje următoarele:

"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".

De asemenea, invocă răspunsul consolidat nr. "14784/24.03.2022" (14782/24.03.2022), potrivit căruia:

"9. Întrebare 5.9 In 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 vă 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 5.9 - 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.

10. Întrebare 5.10 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 Qd și retroreflectată RL (pe vreme uscata).

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

Răspuns 5.10 Verificările marcajelor rutiere prevăzute la art. 6.2 se va efectua zilnic și rezultatele vor fi consemnate în jurnalele zilnice de activitate."

Autoarea contestației, raportat la acest răspuns consolidat, concluzionează că acesta determină următoarele cerințe obligatorii a fi îndeplinite:

"- încercările/determinările se vor efectua de către laboratoare autorizate;

- verificările și încercările/determinările se vor efectua zilnic."

De asemenea, contestatoarea mai invocă și prevederile caietului de sarcini de la cap. 8.3.3., potrivit cărora:

"Recepția se efectuează prin examinarea vizuală a lucrării și analizarea documentelor conținute în cartea tehnică. Evidența tuturor verificărilor din timpul execuției lucrărilor face parte din documentația de control a recepției la terminarea lucrărilor."

Prin demersul său în fața Consiliului, contestatoarea susține că ofertantul SRL nu îndeplinește aceste cerințe de la pct. 1.2.10, 1.2.11 și 8.3, completate cu răspunsurile 5.9 și 5.10 din răspunsul consolidat amintit.

.....
Cu toate acestea, din analiza propunerii tehnice a ofertei depuse de SRL, Consiliul nu a putut identifica modul în care ofertantul va îndeplini cerința de la pct. 1.2.10, astfel cum a fost clarificată prin răspunsul 5.9, prin care s-a stabilit, în referire la executarea marcajelor, că indiferent de forma de proprietate, efectuarea încercărilor se va face de un laborator autorizat. De altfel, deși a stabilit că oferta acestui operator economic este conformă, Consiliul nu a putut identifica modul în care a stabilit autoritatea contractantă că cerința sa privind realizarea încercărilor de către un laborator autorizat în caietul de sarcini privind marcajele este îndeplinită, respectiv că laboratorul de grad II indicat în ofertă ar putea asigura îndeplinirea cerinței.

Consiliul consideră că era necesară evidențierea modului de îndeplinire a cerinței cu atât mai mult cu cât, deși a avut o solicitare de utilizarea echipamentelor proprii deținute de operatorii economici prin trimitere la pct. 6.12 (cu referire la coeficienții de retroreflexie și luminanță), autoritatea contractantă nu a dat curs acestei solicitări și a declarat că vor fi respectate cerințele caietului de sarcini.

.....
De asemenea, Consiliul reține că autoarea contestației critică și admisibilitatea ofertei clasate pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile, respectiv oferta

În referire la această ofertă penteta formulează, pentru început, aceleași critici cu privire la obligațiile ofertanților ce ar decurge din modul de clarificare a prevederilor caietului de sarcini pentru marcaje, pct. 1.2.10 și 1.2.11 prin răspunsurile 5.9 și 5.10 prin răspunsul consolidat nr. "14784/24.03.2022" (nr. 14782/24.03.2022).

Spre deosebire de oferta SRL, în cazul ofertei depuse de, contestatoarea susține că deși își asumă obligativitatea efectuării zilnice și consemnarea rezultatelor obținute în rapoarte/jurnale zilnice, nu își asumă și obligativitatea ca acestea să fie făcute doar de către laboratoare autorizate, nefiind îndeplinită astfel cerința caietului de sarcini cum a fost completată prin răspunsul 5.9.

Legat de acest aspect, Consiliul reține că în propunerea tehnică a acestui ofertant (....), pag. 42 și 138, există mențiunea că va ține evidența zilnică a condițiilor de execuție a marcajului, a încercărilor efectuate și a rezultatelor obținute, așa cum s-a stabilit la art. 1.2.11 din caietul de sarcini de către achizitoare, cerință neafectată de clarificarea 5.9 cum invocă petenta. Tot în cadrul acestei oferte, la pag. 49 (indicată și de petentă), se află mențiunea că șeful echipei de marcaj va face raportul zilnic de execuție a marcajului rutier, conform modelului din caietul de sarcini Anexa A, care constituie document de recepție.

De asemenea, contestatoarea face referire la informațiile existente în propunerea tehnică la pag. 51, 148 și 149 din oferta criticată, susținând faptul că nu este indicat că toate aceste încercări și determinări vor fi efectuate de un laborator autorizat.

Și în cazul acestei oferte sunt pe deplin valabile cele reținute din acest punct de vedere în soluționarea contestației formulate împotriva ofertei SRL, atât în ceea ce privește efectele clarificărilor invocate, cât și din punct de vedere al îndeplinirii acestor cerințe și a costurilor incidente.

Ca și în cazul ofertei clasate pe primul loc, Consiliul nu poate identifica în oferta în cauză și nici în evaluarea realizată de achizitoare asupra acestei oferte, cum a stabilit autoritatea contractantă că este îndeplinită cerința 1.2.10.

De asemenea, sunt considerate relevante cele reținute de Curtea de Apel București în hotărârea sa nr. 3288/19.12.2022:

"Astfel, curtea reține faptul că potrivit Cap. 1. Generalități - subcapitolul 1.2. Prevederi Generale pct. 1.2.10. din Caietul de Sarcini, «Executantul va realiza prin mijloace proprii sau prin colaborare cu unități de specialitate efectuarea încercărilor și determinărilor rezultate din aplicarea prezentului caiet de sarcini».

Iar potrivit Răspunsului 5.9 din solicitarea de clarificări se reține faptul că «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».

Sub acest aspect, curtea va reține faptul că apărarea autorității contractante nu poate fi valorificată în sensul solicitat de aceasta, atâta timp cât, prin oferta depusă, ofertantul trebuie să arate modalitatea în care urmează a desfășura activitățile ce fac obiectul contractului de achiziție, iar corelativ, autoritatea contractantă trebuie să analizeze în ce măsură respectivele modalități sunt de natură a satisface exigențele derulării contractului.

Astfel, în mod corect a reținut CNSC faptul că autoritatea contractantă trebuie să analizeze și să stabilească modalitatea în care urmează a fi derulate activitățile de realizare a încercărilor privind marcajele, cu atât mai mult cu cât, potrivit mențiunilor caietului de sarcini și a răspunsului din solicitarea de clarificări reiese că respectivele încercări și determinări ale marcajelor rutiere pot fi făcute în două modalități și anume fie prin mijloace proprii fie prin colaborare cu unități specializate, esențial fiind ca laboratorul prin intermediul căruia au loc încercările/determinările să fie unul autorizat.

Pe de altă parte, simpla mențiune a unui ofertant în cadrul ofertei, prin care acesta din urmă arată că își asumă și va îndeplini toate cerințele caietului de sarcini nu este de natură a exonera autoritatea contractantă de efectuarea verificărilor proprii în vederea stabilirii modului în care oferta îndeplinește cerințele documentației achiziției, în caz contrar ajungându-se la acceptarea unei oferte care arată exclusiv că va îndeplini toate elementele, ceea ce nu poate fi acceptat.

Având în vedere aceste considerente și apreciind că în cauză nu subzistă motivele invocate de către autoritatea contractantă, curtea urmează să respingă ca nefondată plângerea formulată cu consecința menținerii deciziei CNSC ca legală și temeinică, conform dispozitivului.”

Contrar susținerilor autoarei contestației situația de față nu îndeplinește condițiile existenței autorității de lucru judecat, în sensul dispozițiilor art. 430 din Codul de procedură civilă, datorită faptului că, în fapt, cele reținute de Consiliu nu au tranșat situația ofertei, ci dimpotrivă, a stabilit caracterul incomplet al evaluării realizate și necesitatea reluării acestui demers. Astfel, Consiliul a reținut și curtea a confirmat, că din cadrul propunerii tehnice a ofertantului și din evaluarea realizată de achizitoare nu rezultă modul în care a fost îndeplinită cerința caietului de sarcini, astfel cum a fost aceasta clarificată, respectiv ca efectuarea încercărilor să fie realizată doar în laborator autorizat, indiferent de forma de proprietate a laboratorului.

În consecință, reluarea evaluării și solicitarea de clarificări cu privire la acest aspect nu contravine celor dispuse de Consiliu. A solicita clarificări în scopul lămuriri unor aspecte de către autoritatea contractantă, aspecte neclarificate anterior, nu este doar o necesitate, ci chiar o obligație a achizitoarei, astfel încât, evaluarea ofertelor să fie una completă și temeinică. Un astfel de demers este posibil atât timp cât nu conduce la obținerea unui avantaj nepermis al ofertantului, așa cum a stabilit și legiuitorul la art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ceea ce nu este cazul în situația de față, neputându-se aprecia că, printr-o astfel de solicitare ar fi fost avantajat acest ofertant.

Cât privește răspunsul dat de, la solicitarea achizitoarei nr. 24073/17.05.2023, Consiliul reține că la pag. 43 indicată de acesta se regăsește mențiunea că buletinele de analiză și/sau rapoartele rezultate

În urma testelor vor fi efectuate în laboratoare acreditate și/sau autorizate. De asemenea, este arătat prin acest răspuns că aceste verificări vor fi realizate fie de laboratorul propriu, fie de cel al subcontractantului, fie de către laboratorul CESTRIN (acord contractual nr. 3946/18.03.2022).

Acest răspuns a fost considerat concludent de achizitoare, conform raportului procedurii nr. 25810/26.05.2023.

Astfel, reluarea evaluării și solicitarea de clarificări de către autoritatea contractantă este în concordanță cu obligația stabilită de Consiliu și confirmată de Curte, de a analiza și stabili modalitatea în care urmează a fi derulate activitățile de realizare a încercărilor privind marcasele, de efectuare a unor verificări proprii în vederea stabilirii modului în care oferta îndeplinește cerințele documentației achiziției.

Așa cum s-a reținut anterior, clarificarea acestui aspect nu era doar necesară, ci și obligatorie pentru a se putea stabili admisibilitatea ofertei criticate. Raportat la modul de formulare a cerinței în discuție în caietul de sarcini, astfel cum a fost aceasta clarificată, nicio ofertă nu putea fi respinsă pentru că nu au fost depuse în clar informații cu privire la acest aspect în cadrul ofertei, așa cum nicio ofertă nu putea fi declarată admisibilă fără ca achizitoarea să stabilească modul în care vor fi realizate aceste încercări.

Într-adevăr, atât Consiliul, cât și Curtea de Apel București au reținut că simpla mențiune în propunerea tehnică cu privire la îndeplinirea acestei cerințe nu este suficientă, însă, nu în sensul indicat de petentă, de a determina neconformitatea ofertei în analiză, ci în sensul în care nu are rolul de a exonera autoritatea contractantă de efectuarea verificărilor proprii în vederea stabilirii modului în care oferta îndeplinește cerințele documentației achiziției, în condițiile în care o cerință clară de calificare în acest sens lipsește. Consiliul reține și că cerința caietului de sarcini a fost clarificată strict în ceea ce privește forma de asigurare a accesului la un laborator pentru efectuarea încercărilor și determinărilor rezultate din aplicarea prezentului caiet de sarcini (laborator propriu sau aparținând unui terț).

Cât privește motivele pentru care autoritatea contractantă a considerat concludent acest răspuns, Consiliul, din nou, nu a putut constata rațiunile care au stat la baza acestei aprecieri, achizitoarea mulțumindu-se la a reține că, în urma analizării răspunsului primit, a considerat îndeplinită cerința.

Pe lângă incertitudinea cu privire la modul concret în care se va asigura realizarea acestor verificări, respectiv care dintre cele 3 laboratoare amintite va realiza verificarea marcajelor, Consiliul constată și o lipsă de diligență a achizitoarei în a realiza o analiză completă a acestui răspuns și a face aprecieri asupra modului detaliat de răspuns solicitat față de cel primit.

În acest sens, pe de o parte, Consiliul constată că nu există nicio analiză a achizitoarei din care să rezulte că laboratorul propriu ori cel

deținut de subcontractantul SC ... SRL pot asigura realizarea acestor verificări.

Pe de altă parte, nu există nicio analiză din care să rezulte că, în cazul în care ofertantul ar uza de serviciile CESTRIN (acord contractual nr. 3946/18.03.2022), nu s-ar afla într-o situație potențială de conflict de interese, în sensul dispozițiilor art. 58-60 din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care, atât DRDP, cât și CESTRIN sunt unități subordonate Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere (....).

De altfel, nici măcar prin punctul de vedere la contestație autoritatea contractantă nu a furnizat mai multe informații cu privire la motivele pentru care a considerat răspunsul primit concludent, date fiind acuzațiile aduse de petentă.

În aceste condiții Consiliul reține că, mai degrabă, răspunsul dat de poate fi considerat neconcludent, pentru că nu lămurește lipsit de echivoc acest aspect, lipsind temeiul pentru a considera că înlătură neclaritățile legate de modul de îndeplinire a cerinței.

În această situație, se impune reluarea procesului de evaluare a ofertei din punct de vedere a modului în care acest ofertant îndeplinește cerința ca verificările impuse pentru marcajele rutiere să fie realizate de un laborator autorizat în acest sens, inclusiv în stabilirea existenței unui eventuale potențiale situații de conflict de interese.

În aceste condiții, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 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, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de declarare admisibilă a ofertei, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei

Contestația urmând a fi admisă, Consiliul încuviințând în principiu cererea de intervenție depusă de, o va respinge ca nefondată în ceea ce privește contestația formulată de SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes în formularea contestației de către SC SRL, invocată de

Admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind decizia de declarare admisibilă a ofertei, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei

Încuviințează în principiu și respinge ca nefondată cererea de intervenție înaintată de în ceea ce privește contestația formulată de SC SRL.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

Redactată în 5 exemplare, conține 28 pagini.
Redactată practicaua deciziei ...