

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. 1590/C1/1637

Data: 10.06.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29443/14.05.2024, formulată de SRL în calitate de lider al asocierii formată din SRL – SRL, cu sediul în Municipiul, str. ..., județul, având cod unic de înregistrare ..., înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal de administrator și convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1204/08.05.2024, emisă către autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Modernizare drumuri de interes local în, județul, s-a solicitat:

1. Anularea Raportului procedurii nr. 1203/08.05.2024 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 1204/08.05.2024, a proceselor-verbale de evaluare aferente acestora, precum și a tuturor actelor anterioare sau subsecvente în privința declarării ofertei depuse ca inacceptabilă și neconformă;

2. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție cu privire la oferta depusă, la reevaluarea acesteia potrivit considerentelor deciziei care va fi pronunțată de CNSC și la refacerea clasamentului ofertanților cu luarea în considerare și a ofertei;

3. Obligarea autorității contractante la acordarea cheltuielilor ocazionate cu soluționarea prezentei contestații, potrivit prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 727/23.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 32213/24.05.2024, ...SRL cu sediul în, strada ..., județul, având cod unic de înregistrare înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de administrator, formulează cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită

încuviințarea și admiterea cererii de intervenție voluntară accesorie; respingerea ca nefondată a contestației depusă de SRL.

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

Anterior detalierii motivelor de nelegalitate care viciază respingerea, pentru a doua oară, ca neconformă și inacceptabilă, a ofertei, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt.

Pe fondul cauzei, apreciază că, în mod netemeinic și nelegal, oferta sa a fost declarată, pentru a doua oară, inacceptabilă și neconformă.

Contrar celor reținute, în mod nelegal, de către autoritatea contractantă, precizează că cerința documentației de atribuire privitoare la produsul de impermeabilizare și de împiedicare a ridicării prafului nu se poate interpreta în sensul unei hidroizolări (a unei impermeabilizări totale)

Consideră că interpretarea și aplicarea de către autoritatea contractantă a acestei cerințe trebuie să se facă cu respectarea unor coordonate obligatorii.

Cu privire la interpretarea cerinței cu respectarea prevederilor normativelor aplicabile, arată că cerința referitoare la impermeabilizarea stratului de uzură trebuie să fie interpretată coroborat cu prevederile Normativului din 29 noiembrie 2017 privind mixturile asfaltice executate la cald. Condiții tehnice de proiectare, preparare și punere în operă a mixturilor asfaltice”. Indicativ AND 605-2016, aprobat prin Ordinele nr. 1779/2017 și nr. 6970/2017 (Normativ modificat prin Ordinul nr. 1.114/2023). Face trimitere, de asemenea, la prevederile art. 57 din Normativul AND 605-2016.

Arată că absorbția de apă a betonului asfaltic (inclusiv deci a stratului de uzură) trebuie să se situeze între 1,5% și 5%, în volum. Menționează că impermeabilizarea stratului de uzură, indiferent ce produs ar fi utilizat, nu este permis să conducă la scăderea procentului volumetric de apă absorbită de betonul asfaltic sub 1,5%.

Prin urmare, consideră că cerința documentației de atribuire a fost greșit interpretată și aplicată de autoritatea contractantă în sensul unei impermeabilizări totale (a unei „sigilări” sau „hidroizolări”) .

Subliniază că nici documentația de atribuire, nici autoritatea contractantă (în răspunsurile la solicitările de clarificări ale potențialilor ofertanți) nu au indicat anumiți parametri tehnici concreți, în ceea ce privește gradul de impermeabilizare, număr de aplicări, alte caracteristici.

Precizează că produsul oferat - BIO COMPLEX W, se încadrează exact în această cerință, având ca rol principal împiedicarea ridicării prafului, dar având în același timp și un efect de împiedicare a absorbției de apă în betonul asfaltic, fără însă, a asigura o impermeabilizare totală (hidroizolare sau sigilare), deoarece, într-un astfel de caz, s-ar încălca prevederile Normativului AND 605-2016, anterior citate.

Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, precizează că produsul BIO COMPLEX W respectă cerința documentației de atribuire, având ca efect atât împiedicarea ridicării prafului, cât și acela de impermeabilizare a betonului asfaltic (în sens de diminuare a permeabilității acestuia la apă, nu în sens de hidroizolare/impermeabilizare totală).

Precizează că, prin pct. 5 al răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 872/01.04.2024, a indicat faptul că „impermeabilizarea rezultă din fisa de prezentare la pagina 28 unde se specifică că are consistența unui gel (peliculă) format în diluție cu apă”, precum și faptul că „În urma aplicării acestui gel se formează pelicula necesară impermeabilizării în stratul superficial al mixturii asfaltice”. De asemenea, la acest răspuns a adăugat Declarația de performanță emisă de SRL, precum și adresa SRL nr. 865/04.04.2024.

Arată că, ulterior comunicării rezultatului procedurii, a solicitat acces la dosarul achiziției, putând astfel constata faptul că răspunsul dat de producător era rezultatul unei întrebări tendențioase adresate de SRL (adresa nr. 526/09.04.2024), întrebarea adresată producătorului Eko Gea de SRL, fiind: „Ne întrebăm cu respect dacă produsele dumneavoastră sunt special concepute pentru aplicarea pe suprafețe de asfalt, în special în scopul hidroizolației (...).”.

Menționează că în aceste condiții, răspunsul producătorului în care se afirmă că „BCX nu acționează ca agent de etanșare pentru hidroizolație. Este menit să acționeze ca soluție de fixare a prafului în diferite cazuri”, nu putea fi folosit de autoritatea contractantă pentru a conchide că produsul în cauză (BIO COMPLEX W) nu ar avea efect de impermeabilizare a stratului de asfalt (efect solicitat de cerințele documentației de atribuire), deoarece, documentația nu cerea ca respectivul produs să fie „agent de etanșare pentru hidroizolație” și nici nu ar putea fi interpretată în sensul solicitării unui efect de impermeabilizare totală (deoarece, o astfel de interpretare ar conduce la încălcarea prevederilor Normativului AND 605-2016).

Pentru a combate efectul solicitării tendențioase formulate de SRL, solicitare de al cărei conținut a luat la cunoștință ulterior comunicării rezultatului procedurii, contestatorul precizează că a solicitat clarificări suplimentare producătorului Eko Gea.

Astfel, arată că prin e-mail-ul din data de 13.05.2024, acesta a confirmat atât faptul că respectivul produs nu este „agent de etanșare pentru hidroizolație”, dar și faptul că acesta are efect de impermeabilizare a suprafețelor de beton asfaltic, îmbunătățind calitățile de impermeabilizare a suprafețelor pe care este aplicat, crescând gradul de impermeabilizare a aceluia strat, fără însă a-l hidroizola (fără a-l impermeabiliza 100%), putând fi aplicat, în acest scop, inclusiv, pe suprafețe de asfalt.

Menționează că, în adresa SRL nr. 880/19.04.2024, se indică faptul că „Informațiile regăsite pe site-ul nostru sunt cele pentru care produsul acționează în principal (acțiunea principală pentru care a fost produs - aceea de stoparea/combaterăa prafului) și având în vedere lipsa cererii din partea constructorilor pentru alte tipuri de utilizări - nu am considerat necesară decât descrierea sumară a acțiunii acestuia. Mai mult, în filtrele de căutare ați fi putut constata că e recomandat în șantiere și pe carosabil (<https://www.santura.ro/c-22-biocomplex-w-dust-stop-p-15.html>).”

Prin urmare, contestatorul consideră că documentele avute la dispoziție de autoritatea contractantă confirmă faptul că produsul oferit - BIO COMPLEX W, se încadrează în limitele cerinței (cu condiția ca aceasta să fie interpretată și aplicată cu respectarea Normativului AND

605-2016), utilizarea principală fiind aceea de combatere a prafului, dar având, în același timp, și efectul de a îmbunătăți gradul de impermeabilizare a stratului de uzură din beton asfaltic.

În aceste condiții, apreciază că respingerea ofertei sale este abuzivă, fiind o nouă manifestare atât a evaluării părtinitoare efectuate de către autoritatea contractantă, dar și a influenței avute asupra acesteia de către administratorul ofertantului câștigător, administrator care are și calitatea de șef al echipei de proiectare care a întocmit Proiectul tehnic, parte a documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 1316/17.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 30892/20.05.2024, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Preliminar, autoritatea contractantă face un scurt istoric al procedurii.

Precizează că, ulterior Deciziei CNSC nr. 563/C1/366 din 05.03.2024, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea fiecărei cerințe care a făcut obiectul deciziei inițiale de respingere a acestei oferte, prin raportare la considerentele deciziei CNSC și la prevederile documentației de atribuire

În ceea ce privește cerința privind soluție DSMB și DSLC sau alt produs ecologic echivalent agrementat, autoritatea contractantă face trimitere la pag. 37 din Decizia CNSC anterior menționată precizând că, raportat la considerentele menționate în decizie, a procedat la reverificarea înscrisurilor depuse de contestator, pentru produsul propus, respectiv BIO COMPLEX W produs de EKO GEA din Slovenia, în vederea stabilirii conformității acestuia raportat la prevederile documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă arată că, în oferta inițială, ofertantul a depus, pentru dovada îndeplinirii acestei cerințe, următoarele documente:

- fișă de prezentare a produsului BIO COMPLEX W (pag. 28 din fișierul „Surse materiale, laboratoare și distanțe transport vol 2”), în care se menționează că acest produs are „efecte în fixarea suspensiilor de praf la nivelului solului”; în acest document nu se face nicio referire la capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor din asfalt - BA16 (pentru împiedicarea pătrunderii apei), conform cerinței din documentația de atribuire;
- la pag. 29-32 din fișierul „Surse materiale, laboratoare și distanțe transport voi 2” se regăsesc înscrisuri emise în alte limbi, al căror conținut nu a putut fi evaluat, inițial;
- fotografie produs BIO COMPLEX 400 cu indicare marcaj CE (pag. 33 din fișierul „Surse materiale, laboratoare și distanțe transport vol 2”);
- o recomandare de la un utilizator pentru folosirea produsului în „procesul de spălare străzi”, „procesul de reducere și fixare a prafului” (pag. 34 din fișierul „Surse materiale, laboratoare și distanțe transport vol 2”);
- fișă tehnică de securitate pentru produsul BIO COMPLEX W DUST STOP, întocmită de SRL în care se menționează o singură utilizare a acestuia, respectiv „fixarea particulelor de praf pe sol” (pag. 35-36 din fișierul „Surse materiale, laboratoare și distanțe transport vol 2”).

Analizând înscrisurile depuse în oferta inițială, s-a constatat că:

- produsul propus de ofertant este destinat utilizării pe sol pentru reducerea și fixarea prafului;
- nu au fost identificate informații privind performanța/capacitatea produsului propus în ceea ce privește impermeabilizarea suprafețelor din BA 16, pentru împiedicarea pătrunderii apei;
- prin documentația de atribuire, s-a solicitat ofertarea produsului DUST STOP MUNICIPAL BLEND (DSMB) și DUST STOP LIQUID CONCENTRATE (DSLCL) sau un alt produs echivalent pentru impermeabilizarea stratului de uzura din BA 16 și pentru împiedicarea ridicării prafului;

- din documentele și informațiile existente în oferta tehnică a contestatorului, rezultă că produsul oferat îndeplinește numai cerința referitoare la reducerea prafului. Nu rezultă că acest produs are și rolul/capacitatea/destinația de impermeabilizare a suprafețelor asfaltate, astfel încât să fie împiedicată pătrunderea apei și să fie asigurat nivelul de calitate al lucrării urmărit de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr. 872/01.04.2024, i s-a solicitat ofertantului să indice care sunt informațiile și documentele din ofertă din care rezultă, în mod clar și explicit, că produsul propus, respectiv BIO COMPLEX W produs de EKO GEA din Slovenia, are capacitatea de a impermeabiliza suprafețe asfaltate (de a nu permite pătrunderea apei), conform cerinței din documentația de atribuire, și să prezinte documente emise de producător (de tipul celor invocate de către CNSC, respectiv declarație de performanță, certificat de conformitate etc.), astfel încât, comisia de evaluare să poată face comparație între performanțele declarate de producător și mențiunile din proiectul tehnic, și prin care să se confirme că produsul oferat este destinat utilizării pe suprafețe asfaltate, pentru impermeabilizarea acestora. La această solicitare, ofertantul a indicat unele informații din ofertă care însă nu se referă la capacitatea produsului de a impermeabiliza stratul de uzură din asfalt, transmițând o declarație de performanță emisă de un furnizor din România - SRL, care a declarat performanțe diferite față de cele comunicate de producător, și fără a atașa un înscris din care să rezulte că acest furnizor este împuternicit/mandatat de producător să emită și să semneze declarații de performanță „pentru și în numele acestuia”.

În aceste condiții, autoritatea contractantă precizează că i-a solicitat, din nou, clarificări ofertantului, pentru a lămuri neconcordanța dintre informațiile comunicate de către producător și cele declarate de furnizor, și pentru a depune dovada că acesta din urmă este împuternicit de producător să emită și să semneze declarații de performanță „pentru și în numele acestuia”, însă, nici prin acest răspuns, ofertantul nu a comunicat informații și documente care să ateste îndeplinirea cerinței, nu a clarificat neconcordanța sesizată, nu a transmis un înscris emis de producător care să îi susțină propriile afirmații și descrieri ale produsului, și nici nu a făcut dovada că furnizorul respectiv (....SRL) este împuternicit să emită și să semneze declarații de performanță „pentru și în numele” producătorului.

Autoritatea contractantă precizează că a solicitat informații de la furnizorul SRL, întrucât, acesta a intervenit în procedură prin transmiterea unui înscris adresat autorității și prin care declara: „pentru și în numele fabricantului”, caracteristici ale produsului pe care producătorul (fabricantul) însuși nu le atestă.

Arată că nici ofertantul și nici furnizorul nu au fost în măsură să prezinte un document emis de producător, care să le confirme afirmațiile.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, întrucât, furnizorul SRL a emis o declarație de performanță „pentru și în numele fabricantului”, în care se regăsesc caracteristici pe care fabricantul nu le confirmă, comisia de evaluare i-a solicitat, acestuia, documente din care să rezulte mandatul acordat furnizorului din partea producătorului EKO GEA pentru a emite și semna declarații de

performanță „pentru și în numele acestuia” și lămuriri privind diferențele față de descrierea comunicată de producătorul produsului. SRL a răspuns cu adresa nr. 880/19.04.2024 prin care modifică afirmația inițială din declarația de performanță emisă „pentru și în numele fabricantului”, fără a prezenta dovada unei împuterniciri din partea producătorului, conform solicitării.

În urma evaluării documentelor din oferta inițială și a celor transmise pe calea clarificărilor, autoritatea contractantă a stabilit că ofertantul SRL nu a răspuns concludent la solicitările de clarificări din 1 și 17 aprilie 2024, și nu a dovedit că produsul oferat îndeplinește cerințele din documentația de atribuire.

Raportat la criticile din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă precizează că din coroborarea prevederilor art. 2 pct. 22 și art. 12 din Regulamentul (UE) nr. 305/2011 privind stabilirea unor condiții armonizate pentru comercializarea produselor pentru construcții și de abrogare a Directivei 89/106/CEE a Consiliului, rezultă, în mod clar, că o persoană fizică sau juridică poate acționa în numele fabricantului doar în baza unui mandat scris și în limitele sarcinilor specificate.

Totodată, conform art. 12 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 305/2011 „întocmirea documentației tehnice nu face parte din mandatul reprezentantului autorizat”, iar potrivit art. 4 și 11, fabricanții au obligația întocmirii declarațiilor de performanță.

Astfel, din documentele puse la dispoziție, rezultă că are doar calitatea de furnizor/distribuitor (nici măcar de reprezentant autorizat), acesta neavând dreptul, conform Regulamentul (UE) nr. 305/2011, de a emite și semna declarații de performanță pentru și în numele fabricantului. Documentul numit de acesta „declarație de performanță” și prezentat comisiei de evaluare, pe calea clarificărilor, excede prerogativelor unui furnizor/distribuitor de produse pentru construcții și contravine Regulamentului (UE) nr. 305/2011.

Consideră că, în mod corect și legal, nu a luat în considerare acest document fără a fi confirmat de producător.

Cu privire la toate alegațiile contestatorului privind parametrii tehnici și alte specificații legate strict de impermeabilizare, ce rezultă sau ar putea să rezulte din diverse normative, autoritatea contractantă precizează că o atare analiză nu se poate realiza, în lipsa unui document emis de producător. Arată că, deși a solicitat de două ori ofertantului, nu a avut la dispoziție documente emise de producător, în care să se menționeze capacitatea de impermeabilizare și parametrii tehnici ai acesteia.

Referitor la informațiile de care comisia de evaluare a luat act pe durata reevaluării ofertei, respectiv, corespondența dintre SRL și

fabricantul produsului ofertat de contestator, autoritatea contractantă face următoarele mențiuni:

- comisia de evaluare nu a luat decizia de respingere a ofertei depuse de contestator, în baza acestei corespondențe, ci, motivat de transmiterea unor răspunsuri neconcludente la solicitările de clarificări și de faptul că acest ofertant nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței în cauză;

- contrar celor afirmate de contestator la pag. 10 din contestație, acesta nu a aflat de răspunsul producătorului „ulterior comunicării

rezultatului procedurii”, ci chiar din perioada de evaluare a ofertei sale, când comisia de evaluare a informat ofertantul de existența acestui răspuns, și i-a dat posibilitatea să își prezinte punctul de vedere și documente în susținere. Întrucât, nu a fost în măsură/a refuzat să prezinte documentele solicitate, care să confirme îndeplinirea cerinței, oferta a fost respinsă.

În ceea ce privește atașarea la contestație a unei corespondențe - (doar) în limba engleză și ulterior comunicării rezultatului procedurii - dintre contestator și fabricantul produsului la care se referă cerința în cauză, autoritatea contractantă reiterează faptul că i-a solicitat ofertantului, de două ori, să prezinte documente emise de producător, în probarea îndeplinirii cerinței.

Subliniază că orice demers al ofertantului de a obține, la acest moment, documentele solicitate de comisia de evaluare, pentru care a beneficiat, de fiecare dată, de un termen rezonabil de răspuns, este tardiv.

Pentru considerentele cuprinse în prezentul punct de vedere și ținând cont de constatările și concluziile consemnate în documentele de evaluare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că motivele de contestare formulate de SRL sunt neîntemeiate și să dispună respingerea contestației, ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea actelor atacate.

Prin adresa nr. 1316/17.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 30897/20.05.2024, autoritatea contractantă transmite documentele emise de la ultima Decizie CNSC și până în prezent.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, contestatorul formulează răspuns, prin care solicită înlăturarea, ca nelegale și nefondate, a apărărilor invocate de autoritatea contractantă, cu consecința admiterii contestației, așa cum a fost aceasta formulată.

Consideră că abordarea autorității contractante contravine flagrant prevederilor Regulamentului UE nr. 305/2011.

Menționează că, în temeiul prevederilor art. 15 coroborate cu cele ale art. 11 ale Regulamentului UE nr. 305/2011, importatorul/distribuitorul produsului este acela care emite declarația de performanță, acesta fiind „considerat drept fabricant” (i.e. producător) atunci când, printre altele, introduce pe piață un produs sub nume propriu, sau sub propria sa marcă.

Astfel, precizează că, în prezenta speță, produsul de combatere a prafului și de impermeabilizare BIOCOMPLEX W, precum și alte produse fabricate de Eko Gea, sunt introduse pe piața română de importatorul și distribuitorul SRL, sub marca proprie a acestuia „Santura”.

Subliniază că autoritatea contractantă avea cunoștință de faptul că marca sub care este comercializat în România produsul BIOCOMPLEX W

este „Santura”, deținătorul acesteia fiind distribuitorul SRL, precizând că, pe imaginea aflată la pag. 33 din Partea a II-a a Propunerii tehnice, sunt clar indicate nu doar marcajul CE, ci și marca Santura (sub care se comercializează în România), precum și adresa și datele de contact ale distribuitorului. De asemenea, în fișa tehnică aflată la pag. 35 din Partea a II-a a Propunerii tehnice, autoritatea contractantă avea date din care rezulta faptul că produsul BIOCOMPLEX W este distribuit de SRL, această fișă menționând astfel: „Identificarea societății (...)”. Mai mult, marca „Santura” este clar indicată în antetul Declarației de performanță

emise de SRL, în antetul Adresei SRL nr. 865/04.04.2024, destinată autorității contractante.

Reiterează faptul că, în adresa nr. 880/14.04.2024, ...SRL a informat autoritatea contractantă în mod expres despre calitatea sa de distribuitor, indicând și numărul contractului de distribuție încheiat cu Eko Gea (52/03.07.2017). De asemenea, la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 872/01.04.2024 s-a atașat și adresa SRL nr. 865/04.04.2024, destinată autorității contractante.

Revenind la performanțele declarate de producător, subliniază că deși, în lumina prevederilor Regulamentului UE nr. 305/2011, distribuitorul și importatorul SRL este asimilat producătorului din Slovenia din perspectiva capacității legale de a declara performanțele tehnice ale produsului BIOCOMPLEX W, astfel încât documentele de natură tehnică emise de acesta erau asimilate celor emise de producător, a depus, împreună cu contestația, și un răspuns formulat chiar de către Eko Gea, care, de asemenea, confirmă performanțele produsului declarate de distribuitorul și importatorul SRL (inclusiv din punctul de vedere al capacității de îmbunătățire a impermeabilizării stratului de asfalt pe care este aplicat).

În susținerea acordării cheltuielilor de judecată, contestatorul depune, în probațiune, factura nr. CAA1043 din 14.05.2024, în cuantum de 2.664,91 lei, precum și ordinul de plată aferent.

Prin adresa nr. 727/23.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 32213/24.05.2024, ...SRL formulează cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită încuviințarea și admiterea cererii de intervenție voluntară accesorie; respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de SRL.

În fapt, ...SRL precizează că are un interes legitim în cauză, întrucât, potrivit Raportului procedurii nr. 1203/08.05.2024, este declarat ofertant câștigător, motiv pentru care, este în drept să formuleze cerere de intervenție, potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale Codului de procedură civilă, aplicabile.

Pe fondul cauzei, consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a respins oferta contestatorului, subliniind că este de acord cu argumentele autorității contractante ce abordează problema aplicabilității Regulamentului UE nr. 305/2011 de stabilire a unor condiții armonizate pentru comercializarea produselor pentru construcții și de abrogare a Directivei 89/106/CEE a Consiliului (Text cu relevanță pentru SEE) în prezenta cauză.

Arată că, deși, prin decizia anterior pronunțată de către CNSC, se specifică, în mod expres, obligația comisiei de evaluare de a solicita contestatorului o declarație de performanță eliberată de producător, deși prin solicitările de clarificări s-a cerut acest document, contestatorul nu a

reuşit să prezinte dovezile solicitate, motiv pentru care decizia comisiei este una corectă.

Subliniază, de asemenea, că, din fişa tehnică a produsului BIO COMPLEX W DUST STOP, se menţionează doar o singură utilizare a acestuia, pentru „fixarea particulelor de praf pe sol”, şi nu se menţionează nimic cu privire la împiedicarea pătrunderii apei, iar, ca urmare a acestor menţiuni, s-au solicitat clarificări cu privire la proprietăţile produsului în ceea ce priveşte impermeabilizarea stratului de uzură BA 16. Din răspunsurile oferite, atât de către contestator, cât şi

de către furnizorul acesteia, nu a rezultat faptul că produsul oferat ar avea și aceste proprietăți, motiv pentru care, soluția comisiei de evaluare este una temeinică și legală

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 33085/28.05.2024, ... SRL transmite înscrisul intitulat „Întâmpinare la cererea de intervenție”, prin care solicită Consiliului respingerea cererii de intervenție, cu consecința admiterii contestației, așa cum a fost aceasta formulată.

Față de susținerile intervenientului, contestatorul își menține aprecierile din contestație și le reiterează, punctual.

De asemenea, prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 33092/28.05.2024, ... SRL, depune dovezile privitoare la cheltuielile suportate pentru întocmirea și depunerea înscrisului intitulat „Întâmpinare la cererea de intervenție, respectiv, factura CAA 1045 din 27.05.2024, în cuantum de 887,93 lei, precum și ordinul de plată aferent.

Prin adresa nr. 45/16.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 31046/20.05.2024, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210229362/1, tranzacția nr. 1455908049/255633123 din data de 15.05.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala, în cuantum de 88.000,00 lei.

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele:**

..... În calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Modernizare drumuri de interes local în, județul, cod CPV: 45233140-2 elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat /06.09.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 4.491.957,31 lei fără TVA.

În cauza care formează obiectul prezentei, ...SRL a formulat cererea de intervenție nr. 727/23.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 32213/24.05.2024, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care, Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității 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, cu înștiințarea părților cauzei, 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 16.05.2024, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „[....]/00160] Contestatie 2.pdf.p7s”, contestația formulată de SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată 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 SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar ,cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu

cererea de intervenție formulată astfel cum a fost calificată, iar, în conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție a SRL, împreună cu contestația formulată de SRL.

În acest sens, Consiliul reține că, prin contestația care face obiectul prezentei, ... SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta în etapa de reevaluare dispusă prin Decizia CNSC nr. 563/C1/366 din data 05.03.2024.

Având în vedere această situație faptică expusă de contestator, Consiliul va reține că, anterior, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, ... SRL a formulat contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 8209/09.02.2024, care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. 366/2024, solicitând atât reevaluarea ofertei sale, care fusese respinsă în etapa de verificare a propunerii tehnice, cât și reevaluarea ofertei desemnată câștigătoare.

Urmare a soluționării contestației formulată anterior de SRL, Consiliul a pronunțat Decizia CNSC nr. 563/C1/366 din data 05.03.2024 prin care a dispus astfel: „Admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, în ceea ce privește modalitatea de evaluare a propriei sale oferte iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii transmisă contestatorului și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SRL – SRL, de la etapa de verificare a propunerii tehnice, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge, ca nefondate, criticile din contestația formulată de SRL privind oferta desemnată câștigătoare iar, pe cale de consecință, admite în parte cererea de intervenție formulată de SRL.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator, în cuantum de 2.960,30 lei.

Respinge, ca inadmisibilă, solicitarea contestatorului de obligare a intervenientului la plata de cheltuieli de soluționare.

Obligatorie.

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

Totodată, având în vedere măsurile de remediere dispuse prin dispozitivul Deciziei CNSC nr. 563/C1/366 din data 05.03.2024, Consiliul va reține din considerentele acesteia: „(...) la secțiunea III „Cerințe specifice”, punctul 2 referitor la materialele utilizate, autoritatea contractantă a precizat că „La etapa de licitație, ofertantul va prezenta: (...) c) agreementul

tehnic și avizul tehnic pentru soluție DSMB si DSLC sau pentru un alt produs ecologic echivalent agrementat”.

Motivul concret pentru care a fost inclusă această cerință în caietul de sarcini se regăsește la pag. 23 din proiectul tehnic (pag. 28 din fișierul publicat în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[..../00007] PTDE parte scrisa.pdf.p7s”), astfel:

„Pentru impermeabilizarea stratului de uzura din BA 16 și împiedicarea ridicării prafului se va folosi produsul DUST STOP MUNICIPAL BLEND (DSMB) și DUST STOPT LIQUID CONCENTRATE (DSLCL) sau un produs ecologic echivalent

agrementat. În urma aplicării soluției din apă - DSMB + DSLQ, aceasta pătrunde la nivel microscopic în structura mixturii asfaltice unde creează o peliculă plastifiată ce sigilează fisurile și porii, împiedicând astfel pătrunderea apei. În urma frecării pneurilor pe suprafața de rulare se creează un fenomen electrostatic ce încarcă particulele de praf ținându-le pe sol și împiedicând ridicarea prafului în atmosferă.

Pentru aplicarea acestei soluții de impermeabilizare se vor respecta indicațiile agrementului tehnic al produsului utilizat”.

Consiliul reține că, atât la data organizării prezentei proceduri de atribuire cât și la data pronunțării prezentei, agrementarea tehnică în construcții era și, respectiv, este reglementată prin anexa nr. 5 la HG nr. 766/1997 care stabilește, la art. 2 alin. (1) că „Agrementul tehnic în construcții este o componentă a sistemului calității în construcții și reprezintă evaluarea tehnică favorabilă, concretizată într-un document scris, asupra aptitudinii de utilizare în conformitate cu cerințele fundamentale aplicabile construcțiilor prevăzute la art. 5 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, a unor produse sau seturi, denumite în continuare produse pentru construcții, care nu fac obiectul unei specificații tehnice. **Agrementul tehnic în construcții stabilește, în conformitate cu art. 12 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, republicată, condițiile de fabricație, de transport, de depozitare, de punere în operă și de întreținere a acestora**”.

Totodată, se reține că alin. (2) al aceleiași norme juridice statuează în sensul că „Specificațiile tehnice sunt:

a) specificații tehnice armonizate, care cuprind standardele europene armonizate și documentele de evaluare europene;

b) specificații tehnice nearmonizate, care cuprind standardele și documente de standardizare internaționale, standardele și documente de standardizare europene nearmonizate adoptate de Asociația de Standardizare din România la nivel național, precum și standardele române originale”.

Forma actuală a regulamentului privind agrementul tehnic pentru produse, procedee și echipamente noi în construcții (anexa 5 la HG nr. 766/1997) a fost actualizată/stabilită prin Hotărârea nr. 750/2017, aceasta introducând, printre altele, definiția actuală a agrementului tehnic în construcții și trimiterile către standardele europene.

Motivele reformulării definiției agrementului și a introducerii trimiterilor către standardele europene armonizate și nearmonizate se regăsesc în Nota de fundamentare la Hotărârea Guvernului nr. 750/2017, disponibilă spre consultare publică pe pagina internet oficială a Guvernului României la adresa internet <https://www.gov.ro/ro/guvernul/procesul-legislativ/note-de-fundamentare/nota-de-fundamentare-hg-nr-750-11-10-2017&page=9>,

relevant în soluționarea contestației fiind faptul că modificările au vizat „armonizarea (...) cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 305/2011 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 martie 2011 de stabilire a unor condiții armonizate pentru comercializarea produselor pentru construcții și de abrogare a Directivei 89/106/CEE a Consiliului”.

Rezultă că în anul 2017 a fost actualizată reglementarea națională a agrementului tehnic pentru construcții, în scopul armonizării acesteia cu prevederile comunitare incidente, reprezentate de Regulamentului (UE) nr. 305/ 2011 (act normativ invocat de către contestator și care are caracter obligatoriu în România, conform prevederilor art. 288 din Tratatul CEE, potrivit căruia regulamentul se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale).

Față de cele de mai sus, Consiliul reține prevederile art. 4 și 6 din Regulamentului (UE) nr. 305/ 2011 care reglementează Declarația de performanță emisă pentru produsele pentru construcții astfel:

„Articolul 4 - Declarația de performanță

(1) Atunci când un produs pentru construcții face obiectul unui standard armonizat sau este conform cu o evaluare tehnică europeană care a fost eliberată pentru acesta, fabricantul întocmește o declarație de performanță pentru acesta în momentul în care este introdus pe piață.

(2) Atunci când un produs pentru construcții face obiectul unui standard armonizat sau este conform cu o evaluare tehnică europeană care a fost eliberată pentru acesta, se pot furniza informații sub orice formă referitoare la performanța acestuia în ceea ce privește caracteristicile esențiale, astfel cum sunt definite în specificațiile tehnice armonizate aplicabile, numai dacă acestea sunt incluse și specificate în declarația de performanță, cu excepția cazurilor în care, în conformitate cu articolul 5, nu s-a întocmit nicio declarație de performanță.

(3) Prin întocmirea declarației de conformitate, fabricantul își asumă responsabilitatea pentru conformitatea produsului pentru construcții cu performanța declarată. În lipsa unor indicii obiective în sens contrar, statele membre presupun că declarația de performanță întocmită de fabricant este exactă și fiabilă

(...)

Articolul 6 - Conținutul declarației de performanță

(1) Declarația de performanță exprimă performanța produselor pentru construcții în ceea ce privește caracteristicile lor esențiale, conform specificațiilor tehnice armonizate relevante.

(2) Declarația de performanță conține în special următoarele informații:

(a) referința produsului-tip pentru care a fost întocmită declarația de performanță;

(b) sistemul sau sistemele de evaluare și de verificare a constanței performanței produsului pentru construcții, astfel cum se prevede în anexa V;

(c) numărul de referință și data eliberării standardului armonizat sau a evaluării tehnice europene care a fost utilizată pentru evaluarea fiecărei caracteristici esențiale;

(d) după caz, numărul de referință al documentației tehnice specifice utilizate și cerințele pe care fabricantul susține că produsul le respectă.

(3) În plus, declarația de performanță cuprinde:

(a) utilizarea preconizată sau utilizările preconizate ale produsului pentru construcții, în conformitate cu specificația tehnică armonizată aplicabilă;

(b) lista caracteristicilor esențiale, astfel cum sunt stabilite în specificația tehnică armonizată pentru utilizarea preconizată sau utilizările preconizate declarate;

(c) performanța cel puțin a uneia dintre caracteristicile esențiale ale produsului pentru construcții, relevante pentru utilizarea preconizată sau utilizările preconizate declarate;

(d) după caz, performanța produsului pentru construcții, pe niveluri sau clase, sau sub formă descriptivă, dacă este necesar pe baza unui calcul, în

ceea ce privește caracteristicile esențiale stabilite în conformitate cu articolul 3 alineatul (3);

(e) performanța acelor caracteristici esențiale ale produsului pentru construcții care sunt legate de utilizarea sau utilizările preconizate, luând în considerare dispozițiile legate de utilizarea sau utilizările preconizate acolo unde fabricantul intenționează să pună la dispoziție pe piață produsul pentru construcții;

(f) pentru caracteristicile esențiale enumerate, pentru care nu este declarată niciun fel de performanță, acronimul „NPD” (nicio performanță determinată);

(g) atunci când produsul a făcut obiectul unei evaluări tehnice europene, performanța, pe niveluri sau clase, sau într-o descriere, a produsului pentru construcții în ceea ce privește toate caracteristicile esențiale cuprinse în evaluarea tehnică europeană corespunzătoare.

(4) Declarația de performanță se întocmește conform modelului care figurează în anexa III.

(5) Informațiile menționate la articolul 31 sau, după caz, la articolul 33 din Regulamentul (CE) nr. 1907/2006 se furnizează împreună cu declarația de performanță”.

Totodată, Consiliul va reține ca deosebit de relevante prevederile art. 8 alin. (2) din același Regulament, potrivit cărora „Marcajul CE se aplică pe acele produse pentru construcții pentru care fabricantul a întocmit o declarație de performanță în conformitate cu articolele 4 și 6.

Dacă o declarație de performanță nu a fost întocmită de către fabricant conform articolelor 4 și 6, marcajul CE nu se aplică.

Prin aplicarea sau dispunerea aplicării marcajului CE, fabricanții arată că își asumă responsabilitatea pentru conformitatea produsului pentru construcții cu performanța sa declarată, precum și pentru respectarea de către acesta a tuturor cerințelor aplicabile prevăzute în prezentul regulament și în alte acte legislative de armonizare relevante ale Uniunii care prevăd aplicarea marcajului.

Normele privind aplicarea marcajului CE prevăzute de alte acte din legislația de armonizare relevante a Uniunii se aplică fără a aduce atingere dispozițiilor prezentului alineat”.

Consiliul reține că asocierea SRL – SRL a propus în cadrul prezentei proceduri de atribuire un produs pentru impermeabilizarea asfaltului provenind din Slovenia pentru care nu a fost în măsură să furnizeze un acord național însă a atașat în cadrul propunerii tehnice înscrisuri de natura celor prevăzute la art. 4, 6 și 8 din Regulamentul UE nr. 305/2011, inclusiv certificat de conformitate, poza după marcajul CE, declarație de conformitate etc.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența prevederilor art. 8 alin. (4) din Regulamentul UE nr. 305/2011 potrivit cărora „Pe teritoriul lor sau aflat sub responsabilitatea lor, statele membre nu interzic și nici nu împiedică punerea la dispoziție pe piață sau utilizarea produselor pentru construcții purtătoare ale marcajului CE în cazul în care performanțele declarate corespund cerințelor privind utilizarea respectivă în statul membru vizat”.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corespunzător aceste prevederi legale comunitare deoarece a respins oferta contestatorului fără să efectueze nicio comparație între performanțele declarate de producătorul din (n.n. Slovenia) și mențiunile din caietul de sarcini detaliate la pag. 23 din proiectul tehnic, alegând să respingă în mod superficial și neîntemeiat oferta contestatorului pentru simplul motiv că nu a depus un acord național, ignorând cu desăvârșire obligațiile asumate de către

România prin aderarea la Uniunea Europeană, inclusiv cele prevăzute la 148 alin. (2) din Constituția României, potrivit căroră „*Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare*”.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale pe motivul agrementării soluției de impermeabilizare a asfaltului”.

Decizia CNSC nr. 563/C1/366 din data 05.03.2024 nu a fost atacată cu plângere, devenind definitivă și executorie, cele statuate în dispozitivul acesteia beneficiind de autoritate de lucru judecat.

În atari condiții, părțile din cauza soluționată anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Rezumând considerentele anterior iterate din Decizia nr. 563/C1/366 din data 05.03.2024, se rețin următoarele aspecte:

- potrivit proiectului tehnic, parte a documentației de atribuire, a fost stabilită în sarcina operatorilor economici interesați, următoarea obligație: *„Pentru impermeabilizarea stratului de uzura din BA 16 și împiedicarea ridicării prafului se va folosi produsul DUST STOP MUNICIPAL BLEND (DSMB) și DUST STOP LIQUID CONCENTRATE (DSLQ) sau un produs ecologic echivalent agrementat”;*

- rezultă că produsul impus prin documentația de atribuire trebuia să aibă rol dublu, respectiv, atât de impermeabilizare a asfaltului BA 16, cât și de împiedicare a ridicării prafului, principiul de acționare a acestui produs fiind prevăzut în proiectul tehnic, sub forma *„În urma aplicării soluției din apă - DSMB + DSLQ, aceasta pătrunde la nivel microscopic în structura mixturii asfaltice unde creează o peliculă plastifiată ce sigilează fisurile și porii, împiedicând astfel pătrunderea apei. În urma frecării pneurilor pe suprafața de rulare se creează un fenomen electrostatic ce încarcă particulele de praf ținându-le pe sol și împiedicând ridicarea prafului în atmosferă”;*

- asocierea SRL – SRL a prevăzut în ofertă un produs provenind din Slovenia, pentru care nu a prezentat agrement tehnic, ci, alte înscrisuri pe care autoritatea contractantă avea posibilitatea de a de analiza pentru verificarea îndeplinirii cerinței din documentația de atribuire;

- în condițiile în care produsul propus nu deține un agrement tehnic, dar este purtător de marcaj CE, acesta poate fi acceptat doar dacă *„performanțele declarate corespund cerințelor privind utilizarea respectivă”*, fiind reținută aplicabilitatea, în speță, a prevederilor Regulamentului (UE) nr. 305/2011 privind stabilirea unor condiții armonizate pentru comercializarea produselor pentru construcții și de abrogare a Directivei 89/106/DEE a Consiliului;

- autoritatea contractantă este obligată să efectueze o *„comparație între performanțele declarate de producătorul din Slovenia și mențiunile din caietul de sarcini detaliate la pag. 23 din proiectul tehnic”*.

Consiliul reține că, în etapa de reevaluare dispusă prin decizia anterior menționată, autoritatea contractantă a procedat la reverificarea înscrisurilor depuse de contestator pentru produsul din Slovenia, respectiv BIO COMPLEX W, fabricat de EKO GEA, după cum urmează:

- Fișa de prezentare a produsului BIO COMPLEX W (pag. 28 din fișierul cu identificatorul „[....]/00062]Surse materiale, laboratoare si distante transport vol 2.pdf.p7s”, depus de contestator în SEAP, în cadrul propunerii sale tehnice), în care se menționează că acest produs are „efecte în fixarea suspensiilor de praf la nivelul solului”, însă nu se face nicio referire la capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor din asfalt – BA16 (pentru împiedicarea pătrunderii apei), conform cerinței din documentația de atribuire;

- La pag. 29-32 din același fișier se regăsesc înscrisuri în alte limbi;
- La pag. 33 se regăsește o fotografie a recipientului produsului BIO COMPLEX 400, cu evidențierea marcatului CE;
- La pag. 34 se regăsește o recomandare de la un utilizator pentru folosirea produsului în „procesul de spălare străzi”, „procesul de reducere și fixare a prafului”;
- La pag. 35-36 se regăsește fișa tehnică de securitate pentru produsul BIO COMPLEX W DUST STOP, întocmită de SRL, în care se menționează o singură utilizare a acestuia, respectiv „fixarea particulelor pe sol”.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază drept pertinentă atât susținerea autorității contractante, din punctul de vedere, conform căruia, din înscrisurile depuse de către contestator în propunerea sa tehnică, rezultă că produsul BIO COMPLEX W este destinat utilizării pe sol pentru reducerea și fixarea prafului, cât și cea potrivit căreia, în oferta contestatorului nu se regăsesc informații privind performanța/capacitatea produsului propus în ceea ce privește impermeabilizarea suprafețelor din BA 16, pentru împiedicarea pătrunderii apei.

Or, prin documentația de atribuire s-a solicitat ofertarea unui produs care să realizeze atât impermeabilizarea stratului de uzură din BA 16, cât și împiedicarea ridicării prafului, fiind indicat drept referință, ca modalitate de acțiune/funcționare și performanțe, un anumit produs, cu mențiunea că se acceptă și alte produse echivalente.

Totodată, Consiliul reține că, deși înscrisurile prezentate de asocieria SRL – SRL, în cadrul propunerii sale tehnice, nu conțin nicio referire cu privire la utilizarea BIO COMPLEX W pentru impermeabilizarea suprafețelor asfaltate, autoritatea contractantă a procedat la solicitarea de clarificări din partea contestatorului, prin adresa nr. 872/01.04.2024, în sensul de a preciza care sunt informațiile și documentele din care rezultă, în mod clar și explicit, că produsul propus are capacitatea de a impermeabiliza suprafețele asfaltate (de a nu permite pătrunderea apei), conform cerinței din documentația de atribuire și să prezinte documente emise de producător (de tipul celor menționate în decizia CNSC anterioară, respectiv declarație de performanță, certificat de conformitate etc.), astfel încât comisia de evaluare să poată face comparație între performanțele declarate de producător și mențiunile din proiectul tehnic, și prin care să confirme că produsul oferat este destinat utilizării pe suprafețele asfaltate, pentru impermeabilizarea acestora.

La această solicitare de clarificări, asocierea SRL – SRL a răspuns prin adresa nr. 25/04.04.2024, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 919/05.04.2024, astfel:

- la punctul 1, sub pretextul unui scurt istoric al procedurii din perspectiva cerinței privind impermeabilizarea asfaltului și împiedicarea ridicării prafului, își exprimă nemulțumirea cu privire la modalitatea în care au fost formulate atât cerința cât și răspunsurile autorității contractante la solicitările de clarificări solicitate anterior depunerii ofertelor;

- la punctul 2, indică paginile din fișierul „Surse materiale, laboratoare si distante transport vol 2.pdf.p7s” la care se regăsesc informații despre produsul BIO COMPLEX W, conform celor reținute anterior în considerentele prezentei;

- la punctul 3, prezintă, sub formă tabelară, o comparație a produselor din oferta sa, din oferta desemnată câștigătoare și din proiectul tehnic;

- la punctul 4, formulează susțineri/critici cu privire la produsul din oferta desemnată câștigătoare;

- la punctul 5, răspunde întrebării privind identificarea informațiilor și documentelor din ofertă din care să rezulte, în mod clar și explicit, că produsul BIO COMPLEX W are capacitatea de impermeabiliza suprafețe asfaltate (de a nu permite pătrunderea apei), în sensul „(...) impermeabilizarea rezultă din fișa de prezentare la pagina 28 unde se specifică că are consistența unui gel (peliculă) format în contact cu apa. În urma aplicării acestui gel se formează pelicula necesară impermeabilizării în stratul superficial al mixturii asfaltice (...)”;

- la punctul 6, răspunde solicitării de depunere a documentelor emise de producător (cum ar fi declarația de performanță, certificatul de conformitate etc.), indicând documentele din propunerea sa tehnică, enumerate anterior și anexează declarația de performanță și o adresă, ambele emise de operatorul economic SRL, sub marca SANTURA;

- la punctul 7, menționează că atașează traducerea înscrisurilor prezentate în alte limbi în propunerea sa tehnică;

- în final, formulează critici cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare și reproduce un paragraf din decizia CNSC pronunțată anterior în cadrul aceleiași proceduri, în care a fost reținută modalitatea părtinitoare și nelegală în care au fost evaluate anterior cele 2 oferte.

În declarația de performanță, anexată de către contestator răspunsului său, se menționează, ca modalitate de acțiune a produsului BIO COMPLEX W, că, acesta „creează o peliculă de gel la nivelul solului, care are capacitatea de a îngloba particulele de praf/cenușă din atmosferă și de la nivelul solului, gelul are capacitatea de a menține particulele de praf/cenușă la nivelul solului chiar și după uscare, astfel că o umezire suplimentară nu este necesară. Asigură impermeabilizarea straturilor de sol și de asemenea a celor din mixturi asfaltice”.

Declarația de performanță poartă mențiunea „semnată pentru și în numele fabricantului de către SRL”.

Consiliul reține că, fiind evident interesat de păstrarea statutului de ofertant desemnat câștigător, intervenientul SRL a purtat cu fabricantul din Slovenia corespondența transmisă la dosarul achiziției prin adresa nr. 526/09.04.2024 înregistrată la autoritatea contractantă

sub nr. 539/09.04.2024, din care rezultă că produsul din oferta contestatorului „(...) *nu acționează ca agent de etanșare pentru hidroizolație. Este menit să acționeze ca o soluție de fixare a prafului în diferite cazuri (...)*”.

Având în vedere contradicția dintre informațiile prezentate de contestator, respectiv declarația de performanță întocmită de operatorul economic SRL, în care se menționează că „asigură impermeabilizarea straturilor de sol și de asemenea a celor din mixturi asfaltice” și cele din corespondența cu fabricantul din Slovenia, prin care este negat efectul

de „(...) etanșare pentru hidroizolație”, fiind menționat doar că „Este menit să acționeze ca o soluție de fixare a prafului în diferite cazuri”, autoritatea contractantă a transmis asocierii SRL – SRL adresa nr. 1023/17.04.2024, prin care a solicitat acestuia să clarifice următoarele aspecte:

„prezentarea în răspuns a unor documente, inclusiv declarație de performanță, emise de către SRL, furnizor al produsului, în condițiile în care au fost solicitate documente emise de producător. De asemenea, vă solicităm informații și documente privind mandatul din partea producătorului acordat lui SRL pentru a emite și semna declarația de performanță „pentru și în numele acestuia”.

Neconcordanța dintre descrierea comunicată de producătorul produsului („BCX nu acționează ca agent de etanșare pentru hidroizolație. Este menit să acționeze ca o soluție de fixare a prafului în diferite cazuri. Avem deja câteva proiecte de succes în acest caz de utilizare în România. Dacă sunteți interesat de eliminarea prafului pe șantiere, vă stăm la dispoziție”) și cele declarate de către furnizorul SRL („asigură de asemenea impermeabilizarea straturilor de sol și de asemenea a celor din mixturi asfaltice sau beton”).

Tot pentru a lămuri discrepanța anterior menționată, autoritatea contractantă a transmis și SRL o solicitare similară, prin adresa nr. 1024/17.04.2024, referitor atât la mandatul din partea producătorului pentru a semna în numele său, cât și cu privire la neconcordanța dintre caracteristicile comunicate de producător și cele declarate de SRL.

Procedând la analiza răspunsului contestatorului nr. 32/19.04.2024 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 1076/22.04.2024, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că acesta nu a prezentat niciun înscris cu privire la mandatul SRL pentru a semna în numele fabricantului, menționând că nu a obținut un răspuns din partea ofertantului până la termenul acordat de comisia de evaluare și că ar fi aflat, pe cale verbală, de la respectivul operator economic, că „o astfel de solicitare a fost adresată de comisia de evaluare la care acesta a răspuns”.

În ceea ce privește discrepanțele dintre caracteristicile declarate de producătorul din Slovenia și cele din înscrisurile provenind de la furnizorul SRL, Consiliul reține că asocierea SRL – SRL nu a transmis comisiei de evaluare niciun înscris prin care să confirme capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor din asfalt, limitându-se la explicații generice potrivit cărora lipsa înscrisurilor prin care să demonstreze caracteristicile și performanțele produsului din oferta sa ar avea ca origine caracterul neclar/sumar al documentației de atribuire.

Or, astfel de susțineri (în speță critici formulate tardiv cu privire la conținutul documentației de atribuire), nu pot fi considerate răspuns concludent cu privire la caracteristicile produsului din oferta contestatorului, ci, doar, eventual, o explicație generică cu privire la motivele care au determinat contestatorul să prevadă în ofertă un produs pentru care nu deține documente prin care să demonstreze capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor de asfalt.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, în

etapa de elaborare a ofertelor cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, printre care se regăsește și verificarea conformității ofertelor cu prevederile caietului de sarcini.

În cazul în care era nemulțumit de modalitatea în care autoritatea contractantă a elaborat specificațiile tehnice din caietul de sarcini, de răspunsul consolidat la solicitările de clarificare formulate de operatorii economici interesați în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016 sau de aparenta contradicție a acestora cu prevederile AND 605-2016, ... SRL avea posibilitatea să conteste cerințele considerate nelegale sau restrictive, în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, raportat la prevederile alin. (2) al aceleiași norme juridice, în speță, în termen de 7 zile de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire sau a răspunsului consolidat.

Consiliul subliniază 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-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (*art. 123 din HG nr. 395/2016*), cât și pentru autoritatea contractantă, **aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu cât și prevederile propriei documentații de atribuire**, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

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 strictețe 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, din această perspectivă, autoritatea contractantă nu putea să treacă cu vederea faptul că asocierea SRL – SRL nu a reușit să probeze, în etapa de reevaluare a ofertei, că produsul din oferta sa are capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor de asfalt, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

Nu este de neglijat faptul că SRL avea cunoștință încă de la data pronunțării deciziei CNSC anterioare, de faptul că autoritatea contractantă a fost obligată să verifice caracteristicile produsului BIO COMPLEX W din oferta sa, motiv pentru care, acest operator economic avea tot interesul să-și procure din timp înscrișuri de natură tehnică prin care să demonstreze, în mod cert, echivalența dintre produsul menționat în caietul de sarcini și cel din oferta sa.

Or, se constată că, la cca. 1 lună de la pronunțarea Deciziei CNSC nr. 563/C1/366 din data 05.03.2024, asocierea SRL - SRL nu

a fost în măsură să confirme autorității contractante, prin depunerea documentelor de la producător, aspecte elementare, cum ar fi capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor de asfalt sau abilitarea furnizorului SRL de a emite în numele producătorului documente tehnice, cum este declarația de performanță din anexa răspunsului la prima solicitare de clarificări.

În soluționare, Consiliul nu va putea reține corespondența din data 13.05.2024, prin care producătorul din Slovenia transmite contestatorului că produsul BIO COMPLEX W ar avea drept efect secundat îmbunătățirea caracteristicii de impermeabilitate a suprafeței pe care este aplicat, deoarece, acest înscris nu a fost transmis comisiei de evaluare în vederea exercitării de către aceasta a atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ci, a fost transmis doar Consiliului, în anexa contestației formulată, tocmai ca urmare a eșecului respectivului ofertant de a procura documente/înscrisuri tehnice prin care să probeze astfel de aspecte, corespondența fiind ulterioară respingerii ofertei.

Situația este similară și în ceea ce privește extrasul din contractul de reprezentare între operatorul economic din Slovenia și furnizorul SRL din România, pentru care contestatorul a prezentat un extras (prima și ultima pagină) doar în anexa concluziilor scrise înregistrate la CNSC sub nr. 32014/23.05.2024, ulterior respingerii ofertei datorită, printre altele, răspunsului neconcludent cu privire la abilitarea furnizorului SRL de a semna „(...) pentru și în numele fabricantului (...)”.

În speță, prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, autoritatea contractantă având neclarități privind capacitatea/caracteristica de impermeabilizare a suprafețelor din asfalt BA16 ale produsului din oferta contestatorului, acesta a prezentat înscrisuri pe care furnizorul din România a pretins că le emite „(...) pentru și în numele fabricantului (...)” însă, ulterior, nu a fost în măsură să probeze mandatul acordat de fabricant furnizorului din România pentru extinderea domeniului de aplicare a produselor sale, de la combaterea ridicării prafului la impermeabilizarea asfaltului, motiv pentru care autoritatea contractantă a constatat, în mod corect, caracterul neconcludent al răspunsului.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a pus în aplicare în mod corect măsurile dispuse prin decizia CNSC pronunțată anterior în aceeași procedură de atribuire, iar culpa pentru respingerea ofertei datorită modalității superficiale de elaborare a răspunsurilor la solicitarea de clarificări aparține contestatorului.

În ceea ce privește susținerile contestatorului, de la pag. 7-8 din contestație, conform cărora, produsul din oferta sa ar avea același

rezultat cu cel solicitat prin proiectul tehnic, Consiliul nu le va putea reține, deoarece, o astfel de analiză nu se poate limita doar la menționarea generică a efectului final (asigurarea sau nu a unui grad oarecare de impermeabilizare), ci, ar fi trebuit să cuprindă toate aspectele funcționale ce caracterizează produsul de referință, inclusiv, durabilitatea în timp, motivat de faptul că obiectul prezentei proceduri nu constă în servicii de spălare a străzilor, astfel cum a fost contractul din recomandarea emisă de municipiul Timișoara prezentată de contestator în ofertă, situație în care este inerentă aplicarea regulată a produsului

(zilnic, săptămânal etc.), ci, este un contract de lucrări, pentru care a fost prevăzută, în proiectul tehnic, aplicarea unui produs cu durabilitate implicit mai mare (6-12 luni conform mențiunilor contestatorului de la pag. 21 din fișierul „*Surse materiale, laboratoare si distante transport vol 2.pdf.p7s*” din oferta sa).

Rezumând aspectele reținute anterior, Consiliul constată că, deși a solicitat și obținut, prin contestația anterioară, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, contestatorul SRL nu a fost în măsură să demonstreze, în etapa de reevaluare, caracteristicile produsului propus în propunerea tehnică pentru impermeabilizarea asfaltului, ci, a invocat diferite pretexte pentru care se consideră îndreptățit să se abată de la cerințele documentației de atribuire, situație în care, contestația sa anterioară apare ca fiind de natură să nu respecte rigorile prevăzute la art. 12 alin. (1) Cpc, aplicabil conform art. 68 din Legea nr. 101/2016, „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”, unicul rezultat concret al formulării succesive a celor două contestații de către SRL fiind întârzierea atribuirii contractului.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SRL.

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de 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 5 (cinci) exemplare originale, conține 22 (douăzecișidouă) pagini