

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 433/28.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către S.R.L., în numele asocierii..... S.R.L., cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., împotriva raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, emis de către (.....), cu sediul în județ, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, se solicită:

- anularea raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 în ceea ce privește decizia de respingere a ofertei asocierii sale, clasamentul și stabilirea ofertei câștigătoare;

- anularea actelor subsecvente raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 și reevaluarea ofertei depusă de asocieria sa.

Prin cererea de intervenție nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. /, ... S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ...S.R.L., cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI ..., solicită:

- încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie;
- admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod proc. Civ.;

- pe cale de excepție, respingerea ca tardivă și prematură a contestației precum și constatarea că, în cauză, sunt îndeplinite condițiile excepției autorității și puterii de lucru judecat;

- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestației formulate de SRL.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

**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 S.R.L. critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 3.../2016.

În fapt, contestatoarea menționează că a fost informată cu privire la faptul că oferta depusă de asocierea sa a fost respinsă, aceasta fiind declarată neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 3.../2016.

De asemenea, contestatoarea menționează că, anterior declarării drept neconformă a ofertei asocierii sale, autoritatea contractantă o declarase câștigătoare.

Cu privire la această decizie, asocierea S.C. SA - S.C. ... S.R.L. a depus contestația ce a făcut obiectul dosarului nr.

Întrucât C.N.S.C. a respins contestația formulată de asocierea S.C. SA - S.C. ... S.R.L., aceasta a introdus calea de atac a plângerii la Curtea de Apel, împotriva deciziei CNSC nr. .../.../.../23.12.2022.

Prin decizia nr. .../2023, Curtea de Apel a admis în parte plângerea formulată de S.C. ... S.R.L., a anulat decizia CNSC nr. .../.../.../23.12.2022 și, în consecință, a admis în parte contestația depusă de S.C. ... S.R.L. și a dispus anularea raportului inițial al procedurii, precum și reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... S.R.L. - S.R.L., sub aspectul cerinței privind proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice oferite.

Contestatoarea susține că, pe tot parcursul soluționării plângerii de către Curtea de Apel, societatea sa a arătat că, deși nu se face o mențiune expresă pe certificatul inițial de conformitate al controlului producției în fabrică nr. .. emis în data de 16.03.2023, de către ... S.R.L., îndeplinirea cerinței privind proprietățile fonoabsorbante rezultă din coroborarea informațiilor și documentelor prezentate.

Cu toate acestea, Curtea de Apel a apreciat că îndeplinirea cerinței privind proprietățile fonoabsorbante nu este certă, fiind necesară prezentarea unor documente suplimentare în acest sens, după cum rezultă din conținutul deciziei nr. .../2023:

"Astfel, niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat de câștigător și apreciate ca relevante de către Consiliul (...), nu certifică faptul că mixtura asfaltică oferită are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate. (...) fiind incertă îndeplinirea cerinței în discuție de către mixtură în ansamblul său, în lipsa unei certificări de specialitate, similare celei prezentate de petentă." (pag. 15 din decizie)

Prin urmare, Curtea a apreciat că documentele prezentate inițial nu sunt suficient de *"precise"* și că este *"incertă îndeplinirea cerinței"*.

Astfel, în opinia contestatoarei, pentru certitudine (în sensul îndeplinirii sau în sensul neîndeplinirii cerinței), autoritatea contractantă era obligată să procedeze la reevaluarea ofertei, prin solicitarea de clarificări.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă, în urma deciziei nr. .../2023 a Curții de Apel, a reluat procedura, însă cu nerespectarea celor dispuse și motivate în decizie.

Concret, autoritatea contractantă a reluat procedura, prin respingerea automată a ofertei asocierii sale, fără a solicita clarificări pentru a da posibilitatea prezentării unor documente cu mențiuni exprese privind proprietățile fonoabsorbante.

Contestatoarea consideră că această solicitare de clarificări se impunea:

- în condițiile în care asocierea sa a depus de la început documente din care rezultă informații rezonabile care conduc la concluzia că cerința ar putea să fie îndeplinită.

- pentru a duce la îndeplinire în mod corect decizia nr. .../2023 a Curții de Apel, care doar a apreciat că documentele depuse inițial nu sunt suficient de precise astfel încât să se stabilească în mod cert dacă este sau nu îndeplinită cerința.

Astfel, contestatoarea precizează că prin decizia Curții de Apel nu s-a constatat neîndeplinirea respectivei cerințe și nici nu s-a stabilit neconformitatea ofertei asocierii sale.

În opinia contestatoarei, în această situație, comisia de evaluare era singura abilitată, conform legii, să realizeze o nouă evaluare, sub aspectul cerinței în cauză, prin solicitarea de clarificări și doar ulterior, în funcție de răspunsul primit, să constate îndeplinirea sau neîndeplinirea certă a cerinței.

Pentru o confirmare în plus și pentru a înlătura orice dubiu privind certitudinea îndeplinirii cerinței, autoritatea contractantă avea obligația să solicite, în completarea celor transmise deja, un document care să conțină o mențiune expresă, după cum a stabilit Curtea de apel că este necesar.

Mai mult decât atât, contestatoarea subliniază faptul că autoritatea contractantă avea cunoștință de revizuirea anexei la certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. .., în care se menționează expres "*beton asfaltic cu proprietăți fonoabsorbante cu pudreta de cauciuc și polimeri*", acest document ajungând în posesia autorității contractante în cadrul unei alte proceduri de achiziție publică la care este participant S.C. ...v S.R.L., producătorul și furnizorul mixturii asfaltice oferite de societatea sa, și titularul certificatului de conformitate al controlului producției în fabrică nr. ..., după cum rezultă din adresa nr. 260/28.03.2023, anexată la contestație. În acest caz, cerința a fost declarată îndeplinită, oferta depusă de ...v S.R.L. calificându-se la etapa de evaluare tehnică.

În ceea ce privește comunicarea privind rezultatul procedurii adresată societății sale, contestatoarea susține că documentul pe care l-a încărcat autoritatea contractantă în SEAP, la secțiunea "Comunicări", nu poate fi deschis.

În acest sens, contestatoarea solicită acces la dosarul achiziției publice.

Luând în considerare situația de fapt prezentată anterior, raportat la prevederile legale și ale documentației de atribuire, autoarea contestației solicită Consiliului să constate că decizia autorității contractante de a respinge oferta asocierii sale este netemeinică și nelegală.

Prin cererea de intervenție nr./....., înregistrată la Consiliu cu nr./....., ... S.A. solicită:

- încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie;
- admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod proc. Civ.;

- pe cale de excepție, respingerea ca tardivă și prematură a contestației precum și constatarea că, în cauză, sunt îndeplinite condițiile excepției autorității și puterii de lucru judecat;

- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestației formulate de SRL.

Intervenienta arată că la data de 21.03.2023, urmare a punerii în aplicare a deciziei nr. .../2023, emisă de Curtea de Apel, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire nr. 58157, oferta asocierii sale fiind desemnată câștigătoare. În data de 29.03.2023, a luat cunoștință, prin intermediul platformei SEAP, despre contestația depusă de SRL.

În aceste condiții, intervenienta arată că, prin cerere de intervenție accesorie, susține apărările autorității contractante, în speță, legalitatea evaluării ofertelor de către aceasta, prin comisia de evaluare.

I. Intervenienta solicită Consiliului să respingă contestația depusă de SRL ca tardivă, prin raportare la următoarele:

- raportul procedurii de atribuire nr. 58152/21.03.2023 (act atacat de SRL) a fost postat în SEAP la data de 21.03.2023;

În ceea ce privește adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, contestatoarele menționează că acest act nu a putut fi accesat, fără a preciza un anumit motiv pentru care nu s-a putut accesa și nici nu a menționat vreo diligentă efectuată de aceasta cu privire la intrarea în posesia justificării prezentată de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Intervenienta susține că societatea sa a intrat în posesia adresei de comunicare a rezultatului procedurii, imediat după postarea acesteia în SEAP, fără a întâmpina vreo dificultate în accesarea documentului.

- contestația a fost depusă de SRL pe rolul CNSC în data de 29.03.2023 și la Primăria tot în data de 29.03.2023, fiind înregistrată sub nr. 65047;

- valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 23.438.057,13 lei, fără TVA;

- în conformitate cu dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare este de 7 zile.

Prin urmare, intervenienta consideră că SRL a depus contestația cu nerespectarea termenului legal, aceasta trebuind să fie respinsă ca tardivă.

II. De asemenea, intervenienta solicită Consiliului să respingă contestația depusă de SRL ca prematur introdusă, prin raportare la actul atacat.

Având în vedere actul contestat, respectiv raportul procedurii de atribuire nr. 58152/21.03.2023 și lipsa cunoașterii de către contestator a conținutului adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, intervenienta apreciază că SRL nu cunoaște actualmente argumentele pentru care autoritatea contractantă a decis respingerea

ofertei sale, aceste explicații urmând a fi cunoscute de contestator la momentul intrării în posesia adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire.

Prin raportare la cele anterior menționate, intervenienta consideră că argumentele contestației nu se pot fundamenta decât prin raportare la actul de evaluare final emis de autoritatea contractantă către fiecare ofertant în parte (la nivel de ofertant) și nu în mod general (la nivel de Raport procedură de atribuire).

Astfel, doar ulterior cunoașterii de către contestator a motivelor de respingere a ofertei sale, acesta poate dovedi interesul, dreptul său legitim precum și vătămarea cauzată.

De asemenea, intervenienta arată că actul administrativ produce efecte juridice doar de la comunicare, astfel încât, în lipsa cunoașterii de către contestatoare a deciziei privind respingerea ofertei, nu se poate aprecia că raportul procedurii de atribuire îi produce vreo vătămare.

Față de cele menționate, intervenienta consideră că este prematură contestația depusă de SRL, urmând a se respinge de CNSC.

III. În ceea ce privește excepția autorității și puterii de lucru judecat, intervenienta arată că în accepțiunea actuală a codului de procedură civilă, autoritatea de lucru judecat se manifestă sub cele două aspecte (de autoritate de lucru judecat și de putere de lucru judecat) și cu manifestare pozitivă sau negativă, după caz, așa cum foarte clar indică și decizia nr... a ICCJ - Secția a II-a civilă.

De asemenea, intervenienta arată că art. 431 alin. (2) C.pr. civ. reglementează prezumția legală de lucru judecat, care reprezintă manifestarea pozitivă a autorității de lucru judecat; ea este la îndemâna oricăreia dintre părțile unui litigiu, în sensul că fiecare dintre ele are posibilitatea de a opune lucrul anterior judecat, într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

În acest caz, nu este necesar să existe triplă identitate de părți, obiect și cauză, ci este suficient ca în judecata ulterioară să fie adusă în discuție o chestiune litigioasă care să aibă legătură cu ceea ce s-a soluționat anterior, așa încât aceasta să nu poată fi contrazisă, indiferent dacă această rezolvare a fost dată prin dispozitiv sau numai în considerente, date fiind dispozițiile art. 430 alin. (2) NCP.

Este necesar să se facă distincție între autoritatea de lucru judecat care are drept consecință respingerea acțiunii în temeiul acestei excepții, întrucât sunt îndeplinite elementele prevăzute de art. 431 alin. 1 C.pr.civ și puterea de lucru judecat care se referă la modalitatea în care anterior au fost dezlegate anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a statua diferit.

În aceste condiții, intervenienta solicită Consiliului să remarce faptul că instanța Curtea de Apel în dosarul nr. ... prin Decizia civilă nr....../.../09.02.2023 statuează foarte clar următoarele:

- ... afirmă că: "Arată că este verificată de un laborator pentru care este deja emis certificatul pentru mixtura și este emis ca fiind un beton asfaltic cu proprietăți fonoabsorbante". (pag.2 paragraf final)

- ... afirmă că: "În cadrul licitației și în cadrul dosarului a arătat că propune o mixtură asfaltică din componența căreia fac parte mai multe componente: bitum, file, agregate naturale și acest road plus. Această mixtură asfaltică pe care a propus-o este certificată nu de o societate care are competențe în acest sens, ci de 2; iar aceste certificate sunt însoțite de documentația, de rapoartele de încercare care au stat la baza emiterii acestor certificate". (pag.3 paragraf 6)

- CNSC: "Analizând propunerea tehnică prezentată de ofertantul declarat câștigător, Consiliul constată că au fost prezentate următoarele documente:

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108 5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către ICECON Cert-Organism de Certificare în baza certificatului de acreditare ON0075 (pag. 238-propunerea tehnică)"

- certificatul emis la data de 16.03.2021 de către ... "nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate" (pag. 15 paragraf 6)

Deci, este statuat de către Curtea de Apel faptul că: "certificatul emis la data de 16.03.2021 de către ... nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate" (pag. 15 paragraf 6).

Prin urmare, intervenienta precizează că CNSC, în analizarea contestației depuse de SRL, trebuie să se raporteze la cele constatate de Curtea de Apel

Prin adresa nr. 454/....., înregistrată la Consiliu sub nr. 17850/03.04.2023, contestatoarea a transmis recipisa de consemnare nr. ... din data de, emisă de CEC Bank – Sucursala, în original, precum și dovada comunicării contestației la autoritatea contractantă prin poștă.

Prin adresele nr. ..., Consiliul, în considerarea prevederilor art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat autorității contractante și contestatoarei punctul de vedere cu privire la excepțiile tardivității și prematurității contestației, precum și a excepției autorității și puterii de lucru judecat, invocate de către SA prin cererea de intervenție nr. /....., înregistrată la CNSC cu nr. /.....

Prin adresa nr. 688../03.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI) transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către S.R.L., solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii, arătând că prin Decizia CNSC nr. .../.../23.12.2022 a fost respinsă contestația formulată de către SA. Împotriva deciziei C.N.S.C. nr. .../.../23.12.2022 SA a depus plângere, iar Curtea de Apel, prin decizia sa, a admis în parte plângerea formulată de către SA și a anulat decizia CNSC nr. .../.../23.12.2022.

În data de 28.03.2023, ora 17:18, a fost primită prin e-mail contestația nr. 433/28.03.2033 de la SRL (membru al Asocierii ... SRL - SRL), fiind înregistrată la, cu nr. 65047/29.03.2023.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă consideră nefondate observațiile contestatoarei și face următoarele precizări:

În Decizia nr. .../2023 a Curții de Apel se menționează:

„În ceea ce privește criticile SA referitoare la faptul că ofertantul declarat necâștigător nu a prezentat documente care să ateste proprietățile fonoabsorbante pentru Mixtura asfaltică, Curtea reține că în mod legal s-a apreciat de către Consiliu în sensul obligativității includerii de către ofertanți în propunerea tehnică a unei mixturi asfaltice cu proprietăți fonoabsorbante și de a prezenta documente care să ateste aceste proprietăți, eliberate de organisme de certificare recunoscute.

Procedând la verificarea documentelor prezentate de ofertantul declarat câștigător, cuprinse în vol VI al achiziției, în opinia Curții, Consiliul a concluzionat greșit în sensul îndeplinirii cerinței în discuție.

Asfel, niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat de câștigător și apreciate ca relevante de către Consiliul, respectiv: certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108- 5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către ICECON Cert-Organism de Certificare în baza certificatului de acreditare ON0075 (pag. 238 - propunerea tehnică); certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2204-CPR-0847.1 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic tip SMA 8 50/70; SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021 de către AU Cert Produc acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ON066 (pag. 240-propunerea tehnică); agreement tehnic 005-07/318-2019 pentru bitumuri tip Road +, emis de către Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației-Consiliul Permanent pentru construcții (pag. 241-251 din propunere atehnică), nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate.

De precizat în acest context că, potrivit ofertei asocierii ...- SRL și agreementului prezentat de aceasta, doar un compus (ROAD +) din rețeta mixturii asfaltice ofertate de aceasta are proprietăți fonoabsorbante, fiind incertă îndeplinirea cerinței în discuție de către mixtură în ansamblul său, în lipsa unei certificări de specialitate, similare celei prezentate de petentă. Astfel, în certificatele de conformitate prezentate de SA s-a precizat expres faptul că betonul asfaltic ofertat de SA are proprietăți fonoabsorbante, fapt confirmat și de concluziile Raportului de încercare nr. RI- 21.04.104 din 02.06.2021 prezentat de aceasta și emanând, de asemenea, de la o un organism de certificare abilitat."

Ținând cont de decizia Curții de Apel nr. .../2023 comisia de evaluare a trecut la reevaluarea ofertei depuse de asocieria ... SRL - SRL.

În conformitate cu Decizia Curții de Apel nr. .../2023, comisia de evaluare nu poate lua în calcul niciunul dintre documentele prezentate de către Asocieria ... SRL - SRL pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor privind mixtura asfaltică prevăzută în documentația de atribuire, și anume:

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021 de către ICECON Cert - Organism de Certificare în baza certificatului de acreditare ON0075 (pag. 238 - propunerea tehnică);

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2204-CPR- 0847.1 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic

tip SMA 8 50/70; SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către ... acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ONO66 (pag. 240-propunerea tehnică);

- acord tehnice 005-07/318-2019 pentru bitumuri tip Road +, emis de către Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației-Consiliul Permanent pentru construcții (pag. 241-251 din propunere tehnică),

întrucât acestea nu certifică faptul că mixtura asfaltică oferată are proprietăți fonoabsorbante, așa cum s-a solicitat în proiectul tehnic (mixtură asfaltică stabilizată MAS16, precum și MAS8 modificată cu pudră de cauciuc și polimeri - cu proprietăți fonoabsorbante).

Oferantul a prezentat în cadrul propunerii tehnice certificate pentru controlul producției în fabrică pentru beton asfaltic ce nu deține proprietățile solicitate prin Proiectul tehnic.

Prin fișa de date autoritatea contractantă a solicitat să fie prezentate Certificatele pentru Controlul Producției în Fabrică pentru mixturile asfaltice și betoanele de ciment.

Oferantul Asocieria ... SRL - SRL nu a demonstrat modalitatea de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire.

Neîndeplinirea cerinței specifice din Caietul de sarcini - capitolul 5, punctul 8, atrage declararea ofertei ca neconformă potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 3.../2016.

În contestația transmisă, autoritatea contractantă arată că SRL subliniază faptul că în dosarul depus la Curtea de Apel există și certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021, nu în 16.03.2023 așa cum în mod eronat a fost precizat de către acesta.

Curtea de Apel având acces la tot dosarul achiziției (oferta tehnică, răspunsuri la clarificări), a decis: *„niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat de câștigător și apreciate ca relevante de către Consiliul, nu certifică faptul că mixtura asfaltică oferată are proprietăți fonoabsorbante”*.

Decizia Curții de Apel este obligatorie pentru autoritatea contractantă, comisia de evaluare nu a făcut decât să pună în aplicare prevederile acesteia.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că nu avea obligația să ceară documente în completare, așa cum în mod eronat susține constatatoarea, întrucât dacă ar fi existat documente în acest sens ar fi fost prezentate de către aceasta atât la CNSC, cât și la Curtea de Apel.

Prin transmiterea revizuirii Certificatului de conformitate nr. 2232-CPR-572 emis în 14.02.2023 și a Anexei acestuia prin intermediul contestației, se dovedește faptul că societatea contestatoare nu deținea, la data limită de depunere a ofertelor 08.05.2022, un document care să

certifice faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante.

Autoritatea contractantă menționează faptul că în data de 28.03.2023, ora 11:47, ... SRL liderul Asocierii ... SRL - SRL a solicitat, pe e-mail, comunicarea rezultatului procedurii, întrucât fișierul atașat în SEAP nu poate fi deschis. Autoritatea contractantă a transmis în aceeași zi, la ora 11:51, documentul solicitat.

În considerarea punctelor de vedere prezentate anterior prin raportare la aspectele contestate de SRL (membru al Asocierii ... SRL - SRL), autoritatea contractantă susține legalitatea respingerii ofertei Asocierii ... SRL - SRL și consideră neîntemeiată contestația depusă.

Prin adresa nr. 5984/04.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 18392/05.04.2023, intervenienta transmite completare la cererea de intervenție, prezentând argumentația sa vizând fondul cauzei.

Intervenienta menționează că urmare a pronunțării de către Curtea de Apel a Deciziei nr. .../2023, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertelor, sens în care a luat act de cele dispuse de instanță, respectiv: ”(...) Astfel, niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat câștigător (...), respectiv: certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA16 50/70 nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest emise de organisme abilitate (...)” – pag. 16.

De asemenea, intervenienta subliniază faptul că nici autoritatea contractantă și nici contestatoarea nu au calitatea de a interveni în ceea ce s-a constatat de către instanța de judecată, decizia acesteia fiind obligatorie.

Totodată, intervenienta precizează că certificatul la care face referire contestatoarea în argumentația sa este identic cu cel depus în oferta sa, făcând obiectul analizei Curții de Apel Acest certificat a fost eliberat inițial la data de 16.01.2021 și modificat la data de 14.02.2023 (prin revizuirea anexei sale).

Față de data depunerii ofertei - 09.06.2022, este evident că acest document nu poate produce niciun efect, revizuirea acestuia la data de 14.02.2023 neputând retroactivă.

În acest context, prin atașarea la contestația depusă pe rolul CNSC a Certificatului revizuit la data de 14.02.2023, contestatoarea demonstrează că, la data depunerii ofertelor nu îndeplinea cerința documentației de atribuire vizând caracterul fonoabsorbant al mixturii.

Mai mult, intervenienta susține că nici în situația actuală, contestatoarea nu prezintă un Certificat care să ateste proprietățile fonoabsorbante ale mixturii, ci doar prezintă o Anexă a unui certificat, cu titlu de Revizuire.

Prin adresa nr. 489/05.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 18465/05.04.2023, contestatoarea transmite punctul său de vedere cu privire la excepțiile invocate prin cererea de intervenție, astfel:

1. Referitor la excepția tardivității, contestatoarea susține că aceasta nu este incidentă, întrucât:

- Raportul procedurii contestat a fost publicat în SEAP la data de 21.03.2023; Termenul de contestare aplicabil în speță este de 7 zile, deci până la data de 28.03.2023 inclusiv;

- Contrar afirmațiilor intervenientei, contestația a fost transmisă către CNSC și către autoritatea contractantă în data de 28.03.2023 (atât prin e-mail, cât și prin poștă), nicidecum în data de 29.03.2023 așa cum, în mod greșit, susține S.A.

Dovada comunicării în termen a contestației (confirmarea de primire) a fost deja comunicată Consiliului, având înscrisă "data prezentării trimiterii poștale" - 28.03.2023.

Prin urmare, contestatoarea solicită Consiliului să constate că nu este incidentă excepția tardivității contestației și să respingă cererea adresată în acest sens de către S.A.

2. Referitor la excepția prematurității, contestatoarea susține că aceasta nu este incidentă raportat la toate cele menționate la punctul anterior, cu privire la luarea la cunoștință, în data de 21.03.2023, despre rezultatul procedurii și despre decizia de respingere a ofertei sale, coroborate cu:

Situația de fapt pe care o prezintă intervenienta (la pag. 3 din cererea de intervenție), respectiv "*lipsa cunoașterii de către contestatoare a deciziei privind respingerea ofertei*" este falsă.

Contestatoare afirmă aceasta întrucât la momentul depunerii contestației, cunoștea rezultatul procedurii, decizia de respingere a ofertei, inclusiv motivele, precum și informațiile privind oferta declarată câștigătoare. Toate acestea sunt consemnate în cadrul raportului procedurii contestat.

Însăși intervenienta cunoaște conținutul raportului procedurii, dar face afirmații false chiar și în aceste condiții.

La pag. 4-5 din raportul procedurii contestat, se regăsește menționată decizia de respingere a ofertei asocierii sale, inclusiv motivele invocate de către autoritatea contractantă pentru justificarea acestei decizii.

- Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 58160/21.03.2023 nu putea fi accesată inițial, însă autoritatea contractantă a transmis-o ulterior într-un format care a permis deschiderea documentului.

- Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 58160/21.03.2023 nu conține elemente (motive) noi față de cele consemnate în raportul procedurii.

- Comunicările privind rezultatul procedurii sunt acte subsecvente raportului procedurii, ceea ce presupune anularea lor, pe cale de consecință, în situațiile în care Consiliul dispune anularea raportului procedurii (act principal), în baza căruia au fost întocmite și transmise comunicările către fiecare ofertant în parte.

Prin urmare, contestatoarea solicită Consiliului să constate că nu este incidentă excepția prematurității contestației și să respingă cererea adresată în acest sens de către S.A.

3. Referitor la excepția autorității și puterii de lucru judecat, contestatoarea menționează că aceasta nu este incidentă, motivat de faptul că:

- Dispozițiile codului de procedură civilă sunt foarte clare în ceea ce privește reglementarea "autorității de lucru judecat". Această excepție se poate invoca doar în situația în care elementele noii acțiuni sunt identice cu cele ale cauzei inițiale. În acest sens, art. 431 C.pr.civ. prevede că *"nimeni nu poate sta în judecată de două ori, în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect"*.

Prin urmare, contestatoarea solicită Consiliului să constate că aceste condiții nu sunt îndeplinite în prezenta speță.

De altfel, contestatoarea arată că cele susținute anterior, sunt confirmate chiar și de către intervenientă, care de asemenea arată condițiile necesare pentru a fi incidentă autoritatea de lucru judecat, dar în același timp afirmă că *"nu este necesar să existe triplă identitate de părți, obiect și cauză"* invocând decizia nr. ... a ÎCCJ.

Contestatoarea precizează că decizia nr. ... a ÎCCJ, invocată de către intervenientă, nu stabilește reguli de interpretare generale, ci este pronunțată într-un litigiu particular și produce efecte juridice numai pentru părțile aflate în litigiul respectiv. Decizia menționată nu privește nici recursul în interesul legii și nici nu este dată pentru dezlegarea unor probleme de drept, în condițiile art. 519 C.pr.civ., singurele cazuri în care deciziile ICCJ reprezintă izvoare de drept și sunt obligatorii pentru toate instanțele.

De altfel, Decizia nr. ... a ÎCCJ nu prezintă relevanță pentru soluționarea dosarului nr. .../.../2023 nici măcar sub aspectul prezentării unui exemplu orientativ de "bună practică" și pentru interpretare și soluționare unitare, ținând cont că cele două spețe nu prezintă nicio asemănare și niciun element comun, nici sub aspectul situațiilor de fapt dar nici în ceea ce privește prevederile legale aplicabile.

După cum a arătat și în contestația depusă, contestatoarea menționează că, prin decizia nr. .../2023, Curtea de Apel a dispus reevaluarea ofertei asocierii sale, întrucât a apreciat că îndeplinirea cerinței privind proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice oferite, nu este certă.

Curtea de apel a stabilit faptul că este *"incertă îndeplinirea cerinței în discuție de către mixtură în ansamblul său, în lipsa unei certificări de specialitate, similare celei prezentate de petentă."* (pag. 15 din decizie)

De asemenea, contestatoarea susține că în decizia nr. .../2023, nu se regăsește nicio mențiune expresă și nici nu rezultă din cuprinsul acesteia că instanța ar fi stabilit faptul că cerința nu este îndeplinită și, pe cale, de consecință, că oferta este neconformă.

Astfel, comisia de evaluare avea obligația să reevalueze oferta, prin solicitarea de documente suplimentare, pentru a stabili cu certitudine îndeplinirea sau neîndeplinirea cerinței. Prin urmare, contestatoarea solicită Consiliului să constate că nu este incidentă excepția autorității și puterii de lucru judecat și să respingă cererea adresată în acest sens de către S.A.

În concluzie, având în vedere considerentele anterior prezentate, contestatoarea solicită Consiliului să respingă cererea de intervenție accesorie nr. /, formulată de către S.C. S.A.

Prin adresa nr. 68911/05.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 18683/06.04.2023, autoritatea contractantă răspunde la excepțiile invocate de intervenientă, comunicând faptul că nu consideră tardivă și prematură contestația transmisă de către SRL în data de 28.03.2023, motivat de următoarele:

- în data de 28.03.2023, ora 17:18, a fost primită prin e-mail Contestația nr. 433/28.03.2023 de la SRL (membru al Asocierii ... SRL SRL) fiind înregistrată la UAT Municipiului, cu nr. 65047/ 29.03.2023, contestația fiind depusă astfel în termenul de 7 zile de la momentul transmiterii comunicării rezultatului procedurii;

- în data de 28.03.2023, ora 11:47, ... SRL liderul Asocierii ... SRL - SRL a solicitat prin intermediul e-mail Comunicarea rezultatului procedurii, întrucât fișierul atașat în SEAP nu poate fi deschis. Autoritatea contractantă a transmis în aceeași zi la ora 11:51 documentul solicitat, astfel constatatorul prin intermediul liderului de asociere ... SRL a avut acces la comunicarea rezultatului procedurii înaintea transmiterii contestației.

În ceea ce privește excepția autorității și puterea de lucru judecat autoritatea contractantă consideră corectă încadrarea făcută de intervenientă, întrucât prin Decizia Curții de Apel nr. .../2023 a fost stabilit deja faptul că din documentele prezentate mixtura asfaltică ofertată nu are proprietăți fonoabsorbante, așa cum s-a solicitat în proiectul tehnic (mixtură asfaltică stabilizată MAS16, precum și MAS8 modificată cu pudră de cauciuc și polimeri - cu proprietăți fonoabsorbante).

Prin adresa CNSC nr. .../.../04.04.2023, Consiliul a invitat societatea contestatoare la studierea dosarului achiziției publice aferent dosarului CNSC nr. .../2023, la data de 07.04.2023, între orele 10⁰⁰-12⁰⁰.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. .../06.04.2023, contestatoarea a informat Consiliul că nu se poate prezenta în data de 07.04.2023 pentru studierea dosarului, însă va transmite concluzii scrise în termenul stabilit de CNSC prin adresa nr. .../.../.../04.04.2023.

Prin adresa nr. 513/10.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 1...48/11.04.2023, contestatoarea a formulat concluzii scrise, solicitând:

- anularea raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 în ceea ce privește decizia de respingere a ofertei sale și privind clasamentul și stabilirea ofertei câștigătoare;

- anularea actelor subsecvente raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, și reevaluarea ofertei depuse de societatea sa, pentru motivele de fapt și de drept prezentate în continuare;

- respingerea cererii de intervenție formulată de către S.A., ca nefondată.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante, potrivit căreia ”Ținând cont de decizia Curții de apel nr. .../2023, comisia de evaluare a trecut la reevaluarea ofertei depuse de Asocieria ... S.R.L. - S.R.L.", contestatoarea susține că reevaluarea s-a făcut cu nerespectarea deciziei pe care însăși autoritatea o invocă, acesta constând în respingerea directă a ofertei societății sale, fără a solicita clarificări/documente suplimentare pentru stabilirea certitudinii îndeplinirii sau a neîndeplinirii cerinței.

Contestatoarea reiterează faptul că instanța nu a constatat neîndeplinirea cerinței respective și nici neconformitatea ofertei, ci doar a apreciat că este *"incertă îndeplinirea cerinței în discuție (...) în lipsa unei certificări de specialitate, similare celei prezentate de petentă."*

De asemenea, contestatoarea precizează că instanța a soluționat plângerea și a făcut respectivele aprecieri și constatări, doar pe baza probelor depuse de părțile cauzei, în cursul soluționării contestației de către CNSC, conform prevederilor legale.

În calea de atac a plângerii, nu au fost administrate probe noi față de cele aflate la dosarul constituit la CNSC, după cum este stabilit la art. 31 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care prevede că, în calea de atac din domeniul achizițiilor publice, *"Nu se pot depune probe noi față de cele care au fost depuse în cadrul contestației."*

Instanța a apreciat că susținerile și dovezile prezentate inițial de societatea sa nu sunt suficiente pentru a stabili cu certitudine că cerința este îndeplinită, fiind necesară și o *"certificare de specialitate, similară celei prezentate de petentă"* sens în care comisia de evaluare era obligată să solicite clarificări.

Totodată, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă își justifică decizia pe faptul că instanța a apreciat că *"Niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat câștigător și apreciate ca relevante de către Consiliu, nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante"*.

Și din această precizare, se poate observa că instanța s-a raportat doar la acele documente luate în considerare de Consiliu, în soluționarea contestației depuse de S.A., însă nimic nu o împiedica pe autoritatea contractantă să solicite documente suplimentare în reevaluare.

Raportat la prezenta cauză, contestatoarea susține că nu există nicio prevedere legală și niciun considerent din decizia Curții de Apel nr. .../2003 care să împiedice autoritatea contractantă să solicite clarificări înainte de a lua o decizie privind oferta societății sale.

Cu privire la afirmația autorității contractante conform căreia *"nu avea obligația să ceară documente în completare așa cum susține în mod eronat contestatorul, întrucât dacă ar fi existat documente în acest sens ar fi fost prezentate de către acesta atât la CNSC, cât și la Curtea de Apel"*, contestatoarea precizează că acesta este contrazisă, în primul rând, de considerentele cuprinse în decizia Curții de Apel (care obligă la reevaluare efectivă, și nu la respingerea directă a ofertei), dar și de prevederile legale potrivit cărora soluționarea plângerilor formulate

împotriva deciziilor CNSC se realizează doar pe baza probelor depuse de părțile cauzei, în cursul soluționării contestației de către CNSC.

Prin urmare, contestatoarea menționează că societatea sa nu avea posibilitatea să depună noi documente la Curtea de Apel (chiar și în formă revizuită) față de cele care au stat la baza soluționării contestației de către Consiliu, iar în ceea ce privește depunerea de noi documente la Consiliu am apreciat la acel moment că acestea nu sunt necesare pentru a constata îndeplinirea cerinței, cu atât mai mult cu cât chiar și autoritatea contractantă inițial a stabilit cerința îndeplinită, iar oferta conformă și câștigătoare.

Contestatoarea învederează faptul că autoritatea contractantă înscrie o dată greșită a emiterii certificatului de conformitate a controlului producției în fabrică nr. ..., ulterioară datei de depunere a ofertelor, deși data corectă a emiterii certificatului în cauză este anterioară depunerii ofertei, respectiv 16.03.2021.

În primul rând, contestatoarea menționează că certificatul în cauză este valabil numai împreună cu anexa, parte integrantă din acesta.

Revizuirea anexei la certificat s-a realizat de emitentul acestui document, la solicitarea titularului - S.C. ...v S.R.L., prin înscrierea unei mențiuni exprese și explicite referitoare la proprietățile fonoabsorbante, tocmai pentru a nu mai exista acea incertitudine invocată de către Curtea de Apel

Această revizuire nu este echivalentă cu o nouă certificare și are rolul doar de a confirma proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice.

Așadar, cerința privind proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice ofertate de către societatea sa este îndeplinită, aspect dovedit prin certificatul de conformitate a controlului producției în fabrică nr. ... emis în data de 16.03.2021 și aflat în termen de valabilitate, conform vizelor anuale aplicate pe acesta.

De altfel, contestatoarea precizează că, așa cum s-a menționat și în contestație, autoritatea contractantă avea deja cunoștință, atunci când a luat decizia respingerii ofertei societății sale, despre revizuirea anexei la certificatul în discuție și a acceptat acest certificat în cadrul unei alte proceduri de achiziție, calificând oferta, deși situația era identică.

În ceea ce privește argumentele intervenientei prezentate în adresa nr. 5984/04.04.2023, intitulată "Completare la cererea de intervenție voluntară accesorie nr.", contestatoarea precizează că își menține motivele și susținerile cuprinse în contestația depusă și în concluziile scrise, în completarea cărora face și următoarele precizări:

- este de acord cu afirmația intervenientei conform căreia "*nici autoritatea contractantă și nici contestatoarea nu au calitate de a interveni în ceea ce s-a constatat de către instanța de judecată*", însă ținând cont că instanța a constatat doar că există o incertitudine, raportat la documentele depuse inițial, cu privire la îndeplinirea cerinței,

este evident că autoritatea contractantă este cea care a interpretat și a aplicat în mod greșit decizia Curții de Apel;

- este de acord cu intervenienta care în mod corect a constatat faptul că certificatul în discuție a fost depus în ofertă de la început, prin urmare prezentarea într-o formă revizuită a unui document prezentat inițial nu contravine principiilor și prevederilor legale aplicabile iar autoritatea contractantă este obligată să îl ia în considerare la evaluarea îndeplinirii cerinței;

- în ceea ce privește ultimul argument al intervenientei, conform căruia *"Nici în situația actuală, contestatoarea nu prezintă un certificat care să ateste proprietățile fonoabsorbante ale mixturii ci doar prezintă o anexă la un certificat, cu titlu de Revizuire"*, intervenienta, cu rea-credință, face abstracție de anumite precizări din cuprinsul documentului în cauză, din care rezultă că anexa este parte din certificat, acestea fiind valabile doar împreună, astfel pe certificatul nr. ... se menționează expres: *"Prezentul certificat este valabil până la data de 16 martie 2025, însoțit de Anexă, parte integrantă a acestuia"*.

De asemenea, în anexa la certificatul nr. ... se menționează expres: *"Prezenta anexă face parte integrantă din certificatul de conformitate CPF și este valabilă doar împreună cu acesta."*

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... (.....) a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, cod CPV 45233142-6 Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 23.438.057,13 lei fără TVA.

Conform celor precizate în raportul procedurii nr. 58152/21.03.2023, oferta asocierii ... S.R.L. - S.R.L. a fost respinsă ca neconformă, iar oferta asocierii S.A. - ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în sumă de 23.407.630,72 lei, fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că S.R.L., în numele asocierii ... S.R.L. - S.R.L., a transmis recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC BANK Sucursala la data de, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 88.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. .../2023.

Astfel, Consiliul constată că S.R.L., în numele asocierii ... S.R.L. - S.R.L. a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 611 din Legea nr. 101/2016.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că, după depunerea contestației de către S.R.L.,

..... S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ... S.R.L., a depus Cererea de intervenție voluntară accesorie nr./....., înregistrată la Consiliu cu nr./.....

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de S.A., Consiliul are în vedere că în ceea ce o privește pe intervenientă, interesul acesteia este evident în condițiile în care oferta sa este declarată câștigătoare în cadrul procedurii de atribuire, conform Raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, motiv pentru care va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de aceasta, în condițiile în care intervenția vizează menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor 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 interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației” și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de S.R.L., la data de 29.03.2023, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ofertantei S.A., împreună cu contestația formulată de S.R.L.

Procedând la soluționarea contestației formulată de către S.R.L., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepțiilor invocate de către intervenienta S.A. în cererea de intervenție, respectiv excepția tardivității și prematurității contestației, precum și excepția autorității și puterii de lucru judecat.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, Consiliul are în vedere faptul că intervenienta a motivat excepția invocată, bazându-se pe faptul că raportul procedurii de atribuire nr. 58152/21.03.2023 a fost postat în SEAP la data de 21.03.2023, iar contestația a fost depusă de S.R.L., atât la CNSC, cât și la autoritatea contractantă, în data de 29.03.2023, cu nerespectarea termenului legal de 7 zile, prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că, prin adresa nr. 489/05.04.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 18465/05.04.2023, autoarea contestației a solicitat respingerea excepției tardivității depunerii contestației, precizând că a respectat termenul legal prevăzut de legiuitor, contestația fiind transmisă atât la CNSC, cât și la autoritatea contractantă, în data de 28.03.2023, prin e-mail și poștă.

De asemenea, Consiliul constată că, prin adresa nr. 68911/05.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 18693/06.04.2023, autoritatea contractantă a susținut că a primit contestația în data de 28.03.2023, aceasta fiind depusă în termenul de 7 zile de la transmiterea rezultatului procedurii.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță sunt aplicabile dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora: „(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea achiziției menționată în anunțul de participare nr. ... (23.438.057,13 lei) și a tipului de contract (lucrări), rezultă faptul că S.R.L. a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a transmite contestația autorității contractante într-un anumit termen, respectiv în 7 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul acesteia considerat nelegal, respectiv raportul procedurii nr. 58152/21.03.2023 și adresa nr. 58160/21.03.2023 privind comunicarea rezultatului procedurii.

Urmare a primirii raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 și a adresei nr. 58160/21.03.2023 privind comunicarea rezultatului procedurii, ... SRL a transmis către CNSC și către autoritatea contractantă contestația, în termen, prin e-mail și poștă, la data de 28.03.2023, așa cum reiese din documentele aflate la dosarul cauzei, fiind înregistrată la CNSC cu nr. ... și nr. 17249/....., respectându-se termenul legal de 7 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În aceste condiții, constatându-se că SRL a formulat și transmis la CNSC și autoritatea contractantă contestația în termenul legal, Consiliul respinge excepția invocată de către intervenienta S.A. referitoare la tardivitatea depunerii contestației de către SRL.

Referitor la excepția prematurității contestației, Consiliul are în vedere faptul că intervenienta a motivat excepția invocată, bazându-se pe lipsa cunoașterii de către contestatoare a conținutului adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, apreciind că raportul procedurii de atribuire nu îi produce vreo vătămare contestatoarei.

Procedând la analiza excepției prematurității contestației, Consiliul constată că, prin adresa nr. 489/05.04.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 18465/05.04.2023, contestatoarea a solicitat respingerea acesteia, susținând că la momentul depunerii contestației, cunoștea rezultatul procedurii, respectiv decizia de respingere a ofertei sale, inclusiv motivele, precum și informațiile privind oferta declarată câștigătoare, toate acestea fiind consemnate în cadrul raportului procedurii contestat. În ceea ce privește comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 58160/21.03.2023, contestatoarea a menționat faptul că aceasta nu a putut fi accesată inițial, însă autoritatea contractantă i-a transmis-o ulterior într-un format care a permis deschiderea documentului. De asemenea, comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 58160/21.03.2023 nu conține elemente (motive) noi față de cele consemnate în raportul procedurii.

Totodată, Consiliul constată că, prin adresa nr. 68911/05.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 18693/06.04.2023, autoritatea contractantă a susținut faptul că, în data de 28.03.2023 ora 11:47, contestatoarea i-a solicitat comunicarea rezultatului procedurii, întrucât fișierul atașat în SEAP nu poate fi deschis, iar în aceeași zi, la ora 11:51, i-a transmis acesteia documentul solicitat, astfel constatatoarea a avut acces la comunicarea rezultatului procedurii înaintea transmiterii contestației.

În raport de cele expuse anterior, respectiv faptul că la momentul formulării contestației, societatea contestatoare cunoștea motivele de respingere a ofertei sale, acestea fiind consemnate în cadrul raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, precum și în comunicarea rezultatului procedurii nr. 58160/21.03.2023, act despre care contestatoarea a luat la cunoștință înainte de transmiterea contestației, excepția prematurității contestației nu va reținută de Consiliu, aceasta fiind respinsă ca neîntemeiată.

Referitor la excepția autorității și puterii de lucru judecat, Consiliul are în vedere faptul că intervenienta a motivat excepția invocată, bazându-se pe faptul că prin Decizia Curții de Apel nr. .../2023 a fost stabilit deja faptul că din documentele prezentate mixtura asfaltică ofertată nu are proprietăți fonoabsorbante, așa cum s-a solicitat în proiectul tehnic (mixtură asfaltică stabilizată MAS16, precum și MAS8 modificată cu pudră de cauciuc și polimeri - cu proprietăți fonoabsorbante).

Sunt relevante în soluționare susținerile autoarei intervenției, potrivit cărora:

"În accepțiunea actuală a codului de procedură civilă, autoritatea de lucru judecat se manifestă sub cele două aspecte (de autoritate de lucru judecat și de putere de lucru judecat) și cu manifestare pozitivă sau negativă, după caz, așa cum foarte clar indică și decizia nr. ... a ICCJ - Secția a II-a civilă:

Dacă în manifestarea sa de excepție procesuală (care corespunde unui efect negativ, extinctiv de natură să oprească o nouă judecată), autoritatea de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente prevăzută de art. 1201 C. civ. (obiect, părți, cauză), nu tot astfel se întâmplă atunci când acest efect important al hotărârii se manifestă pozitiv, demonstrând modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit.

Altfel spus, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.

Între excepția autorității de lucru judecat și puterea de lucru judecat, există o distincție clară. Astfel, condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică) ce oprește repetarea judecării, iar puterea, prezumția de lucru judecat, impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre."

Așa cum a precizat și autoarea intervenției, este necesar să se facă distincție între autoritatea de lucru judecat care are drept consecință respingerea acțiunii în temeiul acestei excepții, întrucât sunt îndeplinite elementele prevăzute de art. 431 al. C.pr.civ și puterea de lucru judecat care se referă la modalitatea în care anterior au fost dezlegate anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a statua diferit.

În speța de față considerentele Deciziei nr. .../.../... din 23.12.2022 pronunțate de instanța de judecată beneficiază de puterea lucrului judecat, în sensul că autoritatea contractantă este obligată la punerea în aplicare a celor statuate de instanță, întrucât Decizia nr. .../09.02.2023 este executorie.

Astfel, cele statuate în dispozitivul și cuprinsul motivării ei beneficiază de putere de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauza judecată de instanță, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Potrivit art. 431 alin. (2) Cod procedură civilă "*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă*".

Astfel cum a arătat și intervenienta, doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

În raport de cele mai sus expuse, excepția autorității de lucru judecat nu va reținută de Consiliu, aceasta fiind respinsă ca neîntemeiată.

Anterior, pe rolul Consiliului s-a aflat dosarul nr. ... aferent contestației nr. 22.297/17.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56585/17.11.2022, formulată de către S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ... S.R.L. care a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. .../.../... din 23.12.2022 prin care a respins contestația formulată, respectiv::

„Respinge contestația formulată de către S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ... S.R.L. cu sediul în, ..., ..., ..., bloc, județ, în contradictoriu cu (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI), cu sediul în, județ, ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de către asocieria ... S.R.L. - S.R.L., prin asociat împuternicit S.R.L., cu sediul în, ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii 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.”

Ulterior pronunțării Deciziei nr. .../.../... din 23.12.2022, asocieria S.A. - ... S.R.L. a formulat plângere împotriva deciziei pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor la Curtea de Apel, Secția Contencios Administrativ și Fiscal.

Prin Decizia Curții de Apel a fost admisă în parte plângerea formulată de către SA, prin Decizia nr. .../09.02.2023 instanța de judecată dispunând următoarele:

”Admite în parte plângerea formulată de către SC SA. Anulează decizia CNSC nr. .../.../... / 23.12.2022 și în consecință: Admite în parte contestația formulată de SC SA.

Anulează Raportul procedurii nr. 232136/10.11.2022 și actele subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de către Asocieria ... SRL&..... SRL. prin raportare la prevederile documentației de atribuire, sub aspectul îndeplinirii proprietăților fonoabsorbante de către mixtura asfaltică ofertată.

Respinge cererea de intervenție formulată de Asocieria ... SRL&..... SRL.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică azi, 9 februarie 2023.”

Înainte de a proceda la soluționarea criticilor, Consiliul va enunța următoarele considerații de ordin general.

Astfel, conform doctrinei juridice, în conformitate cu dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de proc. civ alin. (1) – *„Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată”*; alin. (2) – *„Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”*.

Corelativ, Consiliul reiterează următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016:

- art. 28 alin. (1) - *„Decizia Consiliului **este obligatorie pentru părțile cauzei**”*;

- art. 29 – *„Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile*

cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate”;

- art. 32 alin. (1) - *Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerile se soluționează de complete specializate în achiziții publice”;*

- art. 35. alin. (2) - *„Hotărârea prin care instanța soluționează plângerea este **definitivă**.”*

Coroborând normele juridice anterior enunțate, rezultă că, în ceea ce privește “obiectul cererii contestației deduse soluționării”, Consiliul este obligat să ia în considerare, în mod exclusiv Decizia nr. .../.../... din 23.12.2022 pronunțată de Curtea de Apel, deoarece la momentul soluționării prezentei contestații, aceasta este definitivă; altfel spus, nu mai este susceptibilă, de anulare sau modificare, decât prin intermediul căilor extraordinare de atac.

Pe cale de consecință, în situația în care părțile, în exercitarea propriei lor voințe, nu au exercitat nicio cale extraordinară de atac împotriva deciziei în cauză, Consiliul apreciază că, în mod automat, se prezumă că acestea au acceptat și însușit conținutul acesteia, perspectivă din care apreciază că dispozițiile actului juridic anterior invocat intră în sfera puterii lucrului judecat.

Conform art. 35 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, decizia instanței de judecată este definitivă pentru părțile cauzei, inclusiv pentru (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI) care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin amintita decizie. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012, Artegoda/Comisia, C-221/10: autoritatea de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi dissociate [Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/ Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, Rec., p. I-4845, punctul 44].

Așadar, nici părțile și nici alți subiecți de drept interesați nu au atacat Decizia nr. .../09.02.2023 (care a fost și postată în SEAP, la

03.03.2023, fișier denumit [CN1042342/00083].HC-152-2022.p7s - situație în care este opozabilă și prin prisma considerentelor accesibile oricui în format electronic, față de art. 431 alin. (2) C. proc. civ. („Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”) și art. 435 alin. (2) C. proc. civ. („Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”).

Decizia nr. .../09.02.2023 este executorie, cele statuate în dispozitivul și cuprinsul motivării ei beneficiind de putere de lucru judecat. În atare condiții, părțile din cauza judecată de instanță sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Raționamentul de mai sus este validat și de instanțele de judecată, spre exemplu Curtea de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal (Decizia civilă nr. .../ 27.01.2014), în sensul că „efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu (...) în atare condiții, părțile din cauza judecată (...) sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată”.

Prin urmare, Consiliul urmează a soluționa contestația în cauză, analizând modul în care autoritatea contractantă a respectat dispozițiile Deciziei nr. .../09.02.2023, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Se are în vedere faptul că, ulterior pronunțării Deciziei nr. .../09.02.2023 achizitoarea a procedat la reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... S.R.L. - S.R.L.

Rezultatul procesului de reevaluare dispus se regăsește consemnat de membrii comisiei de evaluare în cuprinsul Procesului-verbal nr. 525.../14.03.2023 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, concluzia membrilor comisiei de evaluare fiind aceea că asocierea ... S.R.L. - S.R.L. nu a demonstrat modalitatea de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire, aspect care a condus la declararea ofertei ca neconformă potrivit prevederilor art. 137, alin (3), lit. a) din HG nr. 3.../2016.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea de evaluare a ofertei asocierii contestatoare, pe care autoritatea contractantă a declarat-o ca fiind neconformă. Astfel analizând criticile formulate de asocierea contestatoare ... S.R.L. - S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nepunerea în aplicare de către autoritatea contractantă a dispozițiilor Deciziei nr. .../09.02.2023, vizavi de modul de îndeplinire a cerinței privind mixtura asfaltică, respectiv sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că achizitoarea a procedat la respingerea ofertei depusă

de asocierea ... S.R.L. - S.R.L., fără a solicita clarificări vizavi de motivul reținut care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de asocierea contestatoare, Consiliul găsește util a relua câteva dintre elementele pentru fixarea cadrului speței, consemnate în Decizia nr. .../.../... din 23.12.2022 respectiv:

" 1). În ceea ce privește criticile formulate cu privire la faptul că ofertantul declarat câștigător nu a prezentat documente care să ateste proprietățile fonoabsorbante pentru mixtura asfaltică ofertată, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare prevederile documentației de atribuire și prevederile legale invocate de contestator, din cuprinsul cărora rezultă obligația ofertanților de a cuprinde în propunerea lor tehnică mixtură asfaltică cu proprietăți fonoabsorbante și de a prezenta documente care atestă aceste proprietăți, eliberate de organisme de certificare recunoscute.

Analizând propunerea tehnică prezentată de ofertantul declarat câștigător, respectiv volumul VI al dosarului achiziției, Consiliul constată că au fost prezentate următoarele documente:

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232 - CPR - 572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic tip SMA 8 50/70; SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5:2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021 de către All Cert Produc acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ON075 (pag. 238 din propunerea tehnică);

- certificat de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2204 - CPR - 0847.1 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5:2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către ICECON Cert – Organism de Certificare acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ON066 (pag. 240 din propunerea tehnică);

- agrement tehnic 005-07/318-2019 pentru bitumuri tip Road+, emis de către Ministerul Lucrărilor Publice, dezvoltării și Administrației – Consiliul tehnic Permanent pentru Construcții (pag. 241-251 din propunerea tehnică).

Din analiza documentelor prezentate de asocierea ... S.R.L. - S.R.L. în cadrul propunerii tehnice rezultă că mixtura asfaltică ofertată de acest ofertant îndeplinește standardul EN 13108-5:2006, motiv pentru care respinge, ca nefondate criticile formulate de contestator sub acest aspect."

Esențial sunt dezlegările date de Curtea de Apel în cuprinsul Deciziei nr. .../09.02.2023 :

Analizând legalitatea deciziei contestate în raport de criticile formulate de petentă, Curtea constată următoarele:

1. În ceea ce privește criticile SA referitoare la faptul că ofertantul declarat necâștigător nu a prezentat documente care să ateste proprietățile fonoabsorbante pentru Mixtura asfaltică, Curtea reține că în mod legal s-a apreciat de către Consiliu în sensul obligativității includerii de către ofertanți în propunerea tehnică a unei mixturi asfaltice cu proprietăți fonoabsorbante și de a prezenta documente care să ateste aceste proprietăți, eliberate de organisme de certificare recunoscute.

Procedând la verificarea documentelor prezentate de ofertantul declarat câștigător, cuprinse în voi VI al achiziției, în opinia Curții, Consiliul a concluzionat greșit în sensul îndeplinirii cerinței în discuție.

Astfel, niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat de câștigător și apreciate ca relevante de către Consiliul, respectiv: certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către ICECON Cert -Organism de Certificare în baza certificatului de acreditare ON0075(pag. 238-propunerea tehnică); certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2204-CPR-0847.1 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic tip SMA 8 50/70; SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021 de către ... acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ONO66 (pag. 240-propunerea tehnică); agrement

tehnice 005-07/318-2019 pentru bitumuri tip Road +, emis de către Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației-Consiliul Permanent pentru construcții (pag. 241-251 din propunere tehnică), **nu certifică faptul că mixtura asfaltică oferată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate.**

De precizat în acest context că, potrivit ofertei asocierii ... SRL și agrementului prezentat de aceasta, doar un compus (ROAD +) din rețeta mixturii asfaltice oferate de aceasta are proprietăți fonoabsorbante, fiind incertă îndeplinirea cerinței în discuție de către mixtură în ansamblul său, în lipsa unei certificări de specialitate, similare celei prezentate de petentă. Astfel, în certificatele de conformitate prezentate de SA s-a precizat expres faptul că betonul asfaltic oferat de SA are proprietăți fonoabsorbante, fapt confirmat și de concluziile Raportului de încercare nr. RI- 21.04.104 din 02.06.2021 prezentat de aceasta și emanând, de asemenea, de la o un organism de certificare abilitat.

(...)

Pentru motivele expuse succint mai sus, reținând că sunt întemeiate în cauză doar criticile de la pct. 1 din plângerea de față, Curtea conchide în sensul nelegalității deciziei C.N.S.C doar sub acest aspect, urmând a face aplicarea în cauză a disp. art. 34 din Legea nr. 101/2016 și a admite în parte plângerea de față și a dispune anularea în parte a deciziei criticate, cu consecința admiterii în parte a contestației și a anulării Raportul procedurii nr. 232136/10.11.2022 și a actelor subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă Pe cale de consecință, va fi obligată AC la reluarea procedurii de evaluare a ofertei asocierii ... S.R.L. - S.R.L doar sub aspectul îndeplinirii de către mixtura asfaltică oferată de asocieria ... S.R.L. - S.R.L a proprietăților fonoabsorbante cerute prin documentația de atribuire.

Pentru aceleași motive, față de dispozițiile art. 67 C.pr. civ., cererea de intervenție formulată în cauză urmează a se respinge ca nefondată, având în vedere faptul că aceasta a fost formulată în interesul A.C.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Admite în parte plângerea formulată de către SC SA. Anulează decizia CNSC nr. .../.../... / 23.12.2022 și în consecință: Admite în parte contestația formulată de SC SA.

Anulează Raportul procedurii nr. 232136/10.11.2022 și actele subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de către Asocieria ... SRL&..... SRL. prin raportare la prevederile documentației de atribuire, sub aspectul îndeplinirii proprietăților fonoabsorbante de către mixtura asfaltică oferată.

Respinge cererea de intervenție formulată de Asocieria ... SRL&..... SRL.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică azi, 9 februarie 2023.

Raționamentul conturat de asocieria contestatoare în favoarea argumentelor pentru care solicită clarificarea ofertei depuse, se bazează pe următoarele aspecte:

”- prin decizia nr. .../2023, Curtea de Apel a admis în parte plângerea formulată de S.C. ... S.R.L., a anulat decizia CNSC nr. .../.../.../23.12.2022 și, prin consecință, a admis în parte contestația depusă de S.C. ... S.R.L. și a dispus anularea raportului inițial al procedurii, precum și reevaluarea ofertei subscrisei sub aspectul cerinței privind proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice oferate;

- *cu toate acestea, Curtea de Apel a apreciat că îndeplinirea cerinței privind proprietățile fonoabsorbante nu este certă, fiind necesară prezentarea unor documente suplimentare în acest sens, după cum rezultă din conținutul deciziei nr. .../2023;*

- *prin urmare, Curtea de apel a apreciat că documentele prezentate inițial nu sunt suficient de "precise" și că este "incertă îndeplinirea cerinței";*

- *însă pentru certitudine (în sensul îndeplinirii sau în sensul neîndeplinirii cerinței), autoritatea contractantă era obligată să procedeze la reevaluarea ofertei, prin solicitarea de clarificări;*

- *în urma deciziei nr. .../2023 a Curții de Apel, autoritatea contractantă a reluat procedura însă cu nerespectarea celor dispuse și motivate în decizie;*

- *concret, autoritatea contractantă a reluat procedura, însă prin respingerea automată a ofertei noastre, fără a solicita clarificări pentru a da*

posibilitatea prezentării unor documente cu mențiuni exprese privind proprietățile fonoabsorbante”;

- în sprijinul criticilor aduse, precizează faptul că autoritatea contractantă avea cunoștință de revizuirea anexei la certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. ..., în care se menționează expres *"beton asfaltic cu proprietăți fonoabsorbante cu pudreta de cauciuc și polimeri"*, acest document ajungând în posesia autorității contractante în cadrul unei alte proceduri de achiziție publică, la care este participant S.C. ...v S.R.L., producătorul și furnizorul mixturii asfaltice oferite de contestatoare și titularul certificatului de conformitate al controlului producției în fabrică nr. ..., după cum rezultă din adresa nr. 260/28.03.2023, anexată la contestația formulată;

- este atașată contestației, corespondența mai sus amintită și Certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. ..., a cărei anexă a fost revizuită.;

- concluzia la care ajunge asocierea contestatoare este aceea că, pentru o confirmare în plus și pentru a înlătura orice dubiu privind certitudinea îndeplinirii cerinței, autoritatea contractantă avea obligația să solicite, în completarea celor transmise deja, un document care să conțină o mențiune expresă, după cum a stabilit Curtea de apel că este necesar.

Se au în vedere și susținerile achizitoarei precum că *"Autoritatea contractantă nu avea obligația să ceară documente în completare așa cum susține în mod eronat constatatul, întrucât dacă ar fi existat documente în acest sens ar fi fost prezentate de către acesta atât la CNSC, cât și la Curtea de Apel."*

Prin transmiterea revizuirii Certificatul de conformitate nr. ... emis în 14.02.2023 și a Anexei acestuia prin intermediul contestației, se dovedește faptul că acesta nu deținea, la data limită de depunere a ofertelor 08.05.2022, un document care să certifice faptul că mixtura asfaltică oferită are proprietăți fonoabsorbante."

Trecând la analiza celor reclamate, Consiliul reține că potrivit prevederilor din cuprinsul caietului de sarcini, la secțiunea 5 dedicată modului de elaborare a propunerii tehnice sunt precizate următoarele:

" Modul de prezentare a propunerii tehnice

Ofertanții au obligația de a elabora propunerea tehnică astfel încât aceasta să respecte în totalitate specificațiile tehnice conform caietului de sarcini întocmit de către autoritatea contractantă.

Propunerea Tehnică trebuie să demonstreze că ofertanții au înțeles corect cerințele din caietul de sarcini. De asemenea ofertanții trebuie să convingă autoritatea contractantă că în caz de atribuire ofertanții dispun de resurse suficiente, precum și de experiența necesară pentru a asigura execuția lucrărilor care fac obiectul Contractului. La elaborarea ofertei tehnice se vor descrie tehnologiile de execuție aferente fiecărei categorii de lucrări, cu respectarea standardelor și prescripțiilor tehnice pentru executarea lucrărilor de bună calitate, în cadrul propunerii tehnice se vor prezenta minim următoarele:

(...).

8. Ofertanții (executanții) trebuie să prezinte documentele conform Hotărârii nr. 668/2017 privind stabilirea condițiilor pentru comercializarea produselor pentru construcții pentru principalele materiale utilizate în cadrul prezentului proiect (balast, piatra spartă, betoane, mixturi asfaltice), **documente elaborate de un organism de evaluare și**

verificare a performantei produselor pentru construcții. La executarea lucrărilor se vor utiliza numai materialele specificate prin proiect. **Pentru mixturile asfaltice și betoanele de ciment se vor prezenta Certificatele pentru Controlul Producției în Fabrica care trebuie să fie în perioada de valabilitate.”**

Din economia dispozițiilor documentației de atribuire, anterior redate, Consiliul determină că ofertanții trebuiau să prezinte documentele conform *Hotărârii nr. 668/2017 privind stabilirea condițiilor pentru comercializarea produselor pentru construcții* pentru principalele materiale utilizate în cadrul prezentului proiect (balast, piatra sparta, betoane, mixturi asfaltice), documente elaborate de un organism de evaluare și verificare a performantei produselor pentru construcții.

Ulterior pronunțării Deciziei nr. .../09.02.2023 autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei depuse de asocieria ... S.R.L. - S.R.L.

Rezultatul procesului de reevaluare dispus se regăsește consemnat de membrii comisiei de evaluare în cuprinsul Procesului-verbal nr. 525.../14.03.2023 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, concluzia membrilor comisiei de evaluare fiind aceea că asocieria ... S.R.L. - S.R.L. nu a demonstrat modalitatea de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire, aspect care a condus la declararea ofertei ca neconformă potrivit prevederilor art. 137, alin (3), lit. a) din HG nr. 3.../2016, respectiv:

” În conformitate cu Decizia Curții de Apel nr. .../2023, comisia de evaluare nu poate lua în calcul niciunul dintre documentele prezentate de către Asocieria ... SRL - SRL pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor privind mixtura asfaltică prevăzută în documentația de atribuire, și anume:

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021 de către ICECON Cert - Organism de Certificare în baza certificatului de acreditare ON0075 (pag. 238 - propunerea tehnică);

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2204-CPR-0847.1 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic tip SMA 8 50/70; SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către AII Cert Produc acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ON066 (pag. 240-propunerea tehnică);

- agreement tehnic 005-07/318-2019 pentru bitumuri tip Road +, emis de către Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației-Consiliul Permanent pentru construcții (pag. 241-251 din propunere atehnică),

întrucât acestea nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, așa cum s-a solicitat în proiectul tehnic (mixtură asfaltică stabilizată MAS16, precum și MAS8 modificată cu pudră de cauciuc și polimeri - cu proprietăți fonoabsorbante).

Ofertantul a prezentat în cadrul propunerii tehnice certificate pentru controlul producției în fabrică pentru beton asfaltic ce nu deține proprietățile solicitate prin Proiectul tehnic.

Prin fișa de date autoritatea contractantă a solicitat să fie prezentate Certificatele pentru Controlul Producției în Fabrica pentru mixturile asfaltice și betoanele de ciment.

Ofertantul Asocieria ... SRL - SRL nu a demonstrat modalitatea de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire.

Neîndeplinirea cerinței specifice din Caietul de sarcini - capitolul 5, punctul 8, atrage declararea ofertei ca neconformă potrivit prevederilor art. 137, alin (3), lit. a) din HG nr. 3.../2016.”

Din economia celor mai sus redate, Consiliul determină că nu i se poate reproșa achizitoarei pretinsa nepunere în aplicare a celor statuate de instanța de judecată potrivit considerentelor reținute.

Este important de punctat faptul că instanța de judecată a statuat în mod expres faptul că niciunul din documentele depuse de asocieria ... S.R.L. - S.R.L. nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate.

Abordarea contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă *pentru certitudine (în sensul îndeplinirii sau în sensul neîndeplinirii cerinței), era obligată să procedeze la reevaluarea ofertei, prin solicitarea de clarificări, astfel că acțiunea achizitoarei de a relua procedura prin respingerea automată a ofertei, fără a solicita clarificări pentru a da posibilitatea prezentării unor documente cu mențiuni exprese privind proprietățile fonoabsorbante* nu va fi reținută de Consiliu în soluționare ca fiind judicioasă.

În stabilirea acestei finalități cu privire la raționamentul contestatoarei, Consiliul apreciază că el este unul greșit, dat fiind că premisa principală pe care se fundamentează este una invalidă. Astfel, în logica autoarei contestației, faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări nesocotește decizia instanței de judecată. Însă, este sesizabil încă de la început, că niciunde instanța de judecată nu stabilit în sarcina achizitoarei că se impune clarificarea cu asocieria în cauză, ci a statuat:

Astfel, niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat de câștigător și apreciate ca relevante de către Consiliul, respectiv:

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 10.05.2019 de către ICECON Cert -Organism de Certificare în baza certificatului de acreditare ON0075(pag. 238-propunerea tehnică);

- certificatul de conformitate al controlului producției în fabrică nr. 2204-CPR-0847.1 pentru beton asfaltic cu conținut ridicat de mastic tip SMA 8 50/70; SMA 16 50/70 conform SR EN 13108-5: 2006, SR EN 13108-5:2006/AC:2008, emis în data de 16.03.2021 de către AII Cert Produc acreditat pentru certificare în baza certificatului de acreditare ONO66 (pag. 240-propunerea tehnică);

- agrement tehnic 005-07/318-2019 pentru bitumuri tip Road +, emis de către Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației-Consiliul Permanent pentru construcții (pag. 241-251 din propunere atehnică),

nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate.

Astfel că achizitoarea, prin membrii comisiei de evaluare, luând act de documentele depuse și de considerentele instanței de judecată, potrivit cărora niciunul dintre documentele depuse de asocieria ... S.R.L. - S.R.L. nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate în mod judicios a constatat că asocieria ofertantă a prezentat în cadrul propunerii tehnice certificate pentru controlul producției în fabrică pentru beton asfaltic ce nu deține proprietățile solicitate prin

proiectul tehnic, respectiv ofertanta nu a demonstrat modalitatea de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire.

Nici împrejurările relatate de asocierea contestatoare, potrivit căroră:

- revizuirea anexei la certificat s-a realizat de emitentul acestui document, la solicitarea titularului - S.C. ...v S.R.L., prin înscrierea unei mențiuni exprese și explicite referitoare la proprietățile fonoabsorbante, tocmai pentru a nu mai exista acea incertitudine invocată de către Curtea de Apel;

- această revizuire nu este echivalentă cu o nouă certificare și are rolul doar de a confirma proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice;

- așadar, cerința privind proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice ofertate de către subscrisa este îndeplinită, aspect dovedit prin certificatul de conformitate a controlului producției în fabrică nr. 2232-CPR-572 emis în data de 16.03.2021 și aflat în termen de valabilitate, conform vizelor anuale aplicate pe acesta.

- de altfel, după cum am menționat și în contestație, autoritatea contractantă avea deja cunoștință, atunci când a luat decizia respingerii ofertei noastre, despre revizuirea anexei la certificatul în discuție și a acceptat acest certificat în cadrul unei alte proceduri de achiziție, calificând oferta deși situația era identică”

nu sunt de natură la a concluziona că achizitoarea trebuia să se raporteze la respectivul înscris.

Practic, în speță, asocierea contestatoare se prevalează de propria culpă, respectiv de neconformitatea ofertei (vizavi de nedepunerea documentelor relevante și edificatoare în dovedirea cerinței vizând caracterul fonoabsorbant al mixturii), solicitând acceptarea ei pe considerentul că autoritatea contractantă avea deja cunoștință, atunci când a luat decizia respingerii ofertei, despre revizuirea anexei la certificatul în discuție, pentru a-i reproșa acesteia faptul că în mod neîntemeiat nu a solicitat clarificări pentru a da posibilitatea prezentării unor documente cu mențiuni exprese privind proprietățile fonoabsorbante.

În considerarea celor mai sus precizate, sunt relevante în soluționare și argumentele aduse de autoarea intervenției, potrivit căroră:

”- precizăm că certificatul la care face referire contestatoarea în argumentația sa este identic cu cel depus în oferta sa, făcând obiectul analizei Curții de Apel Acest certificat a fost eliberat inițial la data de 16.01.2021 și modificat la data de 14.02.2023 (prin revizuirea anexei sale).

- față de data depunerii ofertei - 09.06.2022, este evident că acest document nu poate produce niciun efect, revizuirea acestuia la data de 14.02.2023 neputând retroactiva.

- în acest context, prin atașarea la contestația depusă pe rolul CNSC a Certificatului revizuit la data de 14.02.2023, contestatoarea demonstrează că, la data depunerii ofertelor nu îndeplinea cerința documentației de atribuire vizând caracterul fonoabsorbant al mixturii.

Mai mult, nici în situația actuală, contestatoarea nu prezintă un Certificat care să ateste proprietățile fonoabsorbante ale mixturii ci doar prezintă o Anexă a unui certificat, cu titlu de Revizuire.”

Ceea ce este de punctat în prezenta cauză este faptul că forul administrativ-jurisdicțional, în această etapă este obligat în a verifica

dacă achizitoarea a pus întocmai în aplicare cele statuate de instanța de judecată.

Consiliul nu poate analiza motivele aduse în discuție de ... S.R.L. - S.R.L. cu privire la documentul revizuit atașat contestației de aceasta în dovedirea îndeplinirii cerinței privind mixtura asfaltică, câtă vreme documentele depuse în ofertă au fost analizate anterior, ajungându-se la concluzia că respectivele documente depuse nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, care să determine că se impune reevaluarea ofertei prin clarificare acesteia.

Organul administrativ nu poate relua verificarea ofertei în privința unor aspecte deja analizate, pe motiv că ulterior ofertanta ar deține documente care fac dovada îndeplinirii cerinței privind proprietățile fonoabsorbante ale mixturii asfaltice.

Atâta vreme cât, așa cum a fost anterior reținut, Curtea de Apel a statuat că ”niciunul dintre documentele prezentate de ofertantul declarat de câștigător nu certifică faptul că mixtura asfaltică ofertată are proprietăți fonoabsorbante, îndeplinirea de către aceasta a standardului EN 13108-5:2006 fiind greșit echivalată cu îndeplinirea cerinței tehnice impuse de AC, în lipsa unor certificări precise în acest sens emise de organisme abilitate”

și că

”(...) potrivit ofertei asocierii .. SRL- SRL și agrementului prezentat de aceasta, doar un compus (ROAD +) din rețeta mixturii asfaltice oferite de aceasta are proprietăți fonoabsorbante, fiind incertă îndeplinirea cerinței în discuție de către mixtură în ansamblul său, în lipsa unei certificări de specialitate, similare celei prezentate de petentă”

achizitoarea în mod justificat a decis că ofertanta a prezentat în cadrul propunerii tehnice certificate pentru controlul producției în fabrică pentru beton asfaltic ce nu deține proprietățile solicitate prin proiectul tehnic și nu a demonstrat modalitatea de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul determină că procesul de reevaluare realizat de membrii comisiei de evaluare se înscrie în cele dispuse de instanța de judecată, motiv pentru care criticile aduse vizavi de pretinsa nelegalitate a reevaluării dispuse sunt nefondate.

În concluzie, Consiliul achiesează la concluziile la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de neconformitate a ofertei depusă în cauza expusă și susține că ofertanții au obligația de a întocmi ofertele cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, după cum rezultă din dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 3../2016, potrivit cu care *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*.

În atari condiții, respingerea ofertei sale fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de societatea contestatoare.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.R.L., în

calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - S.R.L., în contradictoriu cu (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI).

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul apreciază fondată cererea de intervenție formulată de S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ... S.R.L., motiv pentru care o admite.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile tardivității și prematurității contestației, precum și excepția autorității de lucru judecat, excepții invocate de către intervenienta S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ... S.R.L.

Respinge contestația formulată de S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - S.R.L., în contradictoriu cu (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI), ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de S.A., în calitate de lider al asocierii S.A. - ... S.R.L.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii 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.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...