CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 98/05.11.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 46097/07.11.2018, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în …, formulată împotriva adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, pentru loturile 1-7, emise de către ..., cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect *„Achiziţia de vopsea de marcaj rutier cu diluant și microbile de sticlă: ….”*, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la anularea adresei nr. 73733/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 1), adresei nr. 73738/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 2), adresei nr. 73745/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 3), adresei nr. 73753/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 4), adresei nr. 73759/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 5), adresei nr. 73765/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 6), adresei nr. 73770/25.10.2018 (comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 7), a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei desemnate câștigătoare și la emiterea unui nou rezultat al procedurii cu respectarea legislației în materie.

Prin cererea de intervenţie voluntară în interesul autorității contractante, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 48830/23.11.2018, formulată de SC ...SA, cu sediul în …., reprezentată convențional prin …., cu sediul ales pentru

comunicarea actelor de procedură în București, …., în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii în cauză, a solicitat:

1. respingerea contestaţiei ca netemeinică şi nelegală;

2. menţinerea raportului procedurii de evaluare şi a tuturor actelor subsecvente inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii aferente tuturor celor 7 loturi și pe cale de consecinţă, a procesului de evaluare a ofertei sale, în urma căruia oferta a fost declarată ca fiind câştigătoare.

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

Prin contestaţia nr. 98/05.11.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 46097/07.11.2018, formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă privind încheierea acordului-cadru având ca obiect *„Achiziţia de vopsea de marcaj rutier cu diluant și microbile de sticlă: ….”*, contestatoarea solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În data de 25.10.2018, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, respectiv că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul al doilea, oferta câștigătoare fiind cea depusă de SC ...SA.

În primul rând, contestatoarea precizează că legislaţia în vigoare în domeniul achiziţiilor publice, respectiv Legea nr. 98/2016, reglementează modul de realizare a achiziţiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică şi de organizare a concursurilor de soluţii, instrumentele şi tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică, precum şi anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziţie publică. Totodată, se arată că regulile de evitare a conflictului de interese prevăzute de legislaţia în domeniul achiziţiilor publice se aplică în legătură cu derularea unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică, fiind invocate în acest sens prevederile art. 58 – 63 din Legea nr. 98/2016.

Primul element de noutate constă în introducerea definiţiei conflictului de interese şi explică noţiunea de conflict de interese (termenul nefiind definit anterior în OUG nr. 34/2006).

Un al doilea element de noutate este acela că, în noua lege privind achiziţiile publice (art. 59 din Legea nr. 98/2016), constituie conflict de interese atât situaţiile în care există un interes (personal, economic, financiar, direct sau indirect, ce compromite imparţialitatea şi independenţa persoanei din autoritatea contractantă sau consultantului ce o asistă în respectiva procedură), cât şi situaţiile în care „ar putea fi perceput” că există un astfel de interes, ca element care compromite imparţialitatea ori independenţa în luarea deciziilor în procesul de

achiziţii publice. Aşadar, simpla percepţie sau aparenţă a unui conflict de interese trebuie abordată şi remediată de către autorităţile contractante.

Un al treilea element de noutate în cazul identificării unui potenţial conflict de interese, este că autoritatea contractantă nu procedează automat la excluderea ofertantului aflat într-o situaţie potenţială de conflict de interese, ci, în conformitate cu prevederile art. 62 alin. (3), în cazul în care autoritatea contractantă stabileşte că există un conflict de interese, aceasta are obligaţia legală să adopte măsurile necesare pentru eliminarea circumstanţelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri cum ar fi înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor atunci când le este afectată imparţialitatea, acolo unde este posibil, urmând ca, abia dacă acest lucru nu este posibil, autoritatea contractantă să excludă ofertantul aflat în conflict de interese. Elementul de noutate adus de noua lege este dat tocmai de excludere ca măsură ce se ia în ultimă instanţă pentru remedierea unui conflict de interese.

În cazul de față, autoritatea contractantă nu a efectuat verificările necesare pentru a se asigura ca societatea desemnată câștigătoare se află sau nu se află într-un conflict de interese.

Din certificatul constatator al societății desemnate câștigătoare se poate observa că acţionari sunt o persoană juridică (SC ...SA) și încă 8 persoane fizice (al căror nume nu este cunoscut). Deci, cum s-a asigurat autoritatea contractantă ca SC ...SA nu se află în conflict de interese câtă vreme nu se cunoaşte nici măcar acționariatul acestei companii. Mai mult decât atât, nu au fost depuse nici cazierele judiciare pentru acţionarii SC ...SA, contrar prevederilor documentaţiei de atribuire și contrar prevederilor DUAE, poate tocmai pentru ca numele acestora să rămână necunoscut și pentru a îngreuna determinarea existenței unui posibil conflict de interese.

Pe de altă parte, petenta arată că, potrivit art. 133 alin. (1) şi art. 134 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă, inclusiv din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, precum şi de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte.

Conform prevederilor art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 72 din Legea nr. 394/2016, în cazul procedurilor de atribuire care se desfăşoară într-o singură etapă, entitatea va solicita doar ofertantului aflat pe primul loc în clasamentul intermediar realizat după evaluarea tuturor ofertelor depuse, conform criteriului de atribuire precizat în anunţul de participare/simplificat, să prezinte documentele suport indicate în fişa de date a achiziţiei sectoriale, în vederea probării celor asumate prin DUAE. De asemenea, în conformitate cu alin. (3) al art. 205 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă poate invita candidaţii/ofertanţii să completeze sau să

clarifice documentele justificative depuse ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE.

Totodată, potrivit prevederilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate pentru demonstrarea conformităţii ofertei cu cerinţele solicitate, comisia de evaluare este cea care pe parcursul derulării procedurii stabileşte care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor (art. 140 alin. 1 din HG nr. 394/2016). Atunci când solicită completarea unor documente, entitatea contractantă trebuie sa aibă în vedere si respectarea prevederilor art. 221 alin. (2) din aceeaşi Lege nr. 99/2016, potrivit cărora prin clarificările/completările solicitate, entitatea nu are dreptul să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Având în vedere că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului desemnat câștigător documentele suport pentru DUAE, iar acesta nu a prezentat cazierele judiciare ale acţionarilor, petenta apreciază că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care prevede obligaţia comisiei de evaluare de a stabili oferta câştigătoare dintre ofertele admisibile.

Referitor la cerinţa III.1.1.a) din fișa de date a achiziţiei, Situația personală a candidatului sau ofertantului, contestatoarea arată că s-a solicitat cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.

Ofertantul SC ...SA, din moment ce a fost clasat pe primul loc, i-au fost solicitate documentele conform DUAE. Însă, cazierele judiciare ale acţionarilor nu au fost transmise autorității contractante, motiv pentru care oferta acestuia ar fi trebuit declarată ca inacceptabilă, pentru că nu a prezentat, conform solicitării, documente în susţinerea DUAE, iar autoritatea contractantă ar fi trebuit să aplice în mod corespunzător prevederile art. 143 alin. (2) şi din Normele aprobate prin HG nr. 394/2016.

Prin urmare, petenta solicită să se constate că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corespunzător dispoziţiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016. De asemenea, se arată că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care prevede obligaţia comisiei de evaluare de a stabili oferta câştigătoare dintre ofertele admisibile.

Referitor la experienţa similară a ofertantului desemnat câștigător, petenta susține că, în mod neîntemeiat, autoritatea contractantă a apreciat că ar putea fi luată în calcul experienţa similară prezentată, deoarece prestațiile nu au fost confirmate de către autoritatea

contractantă, beneficiar final al serviciilor, iar acest aspect conduce, în mod inevitabil, la concluzia că prestatorul de servicii nu a avut decât calitatea de subcontractant.

Scopul evaluării ofertelor rezidă din verificarea realităţii prestării serviciilor, iar acest lucru poate fi confirmat doar de către beneficiarul final, (Primăria, Compania de drumuri care a aplicat vopseaua etc.) singura în măsură să confirme dacă produsele au fost conforme sau nu cu cele asumate prin documentaţia de atribuire. De asemenea, recomandarea emisă poate fi luată în calcul numai în măsura în care a fost emisă la cel puţin 12 luni de la data aplicării vopselei, pentru a confirma rezistența acesteia și corespondența cu celelalte caracteristici tehnice, precum și rezistența în timp a caracteristicilor tehnice.

Dovada că serviciile în cauză au fost efectiv prestate şi recepţionate se poate face doar prezentând şi dovezi emise de beneficiarul final, nu de către o societate privată care nu are competențele necesare de a confirma îndeplinirea unor cerinţe calitative, cum ar fi rezistența în timp a vopselei.

Autoarea contestației susține că autoritatea nu i-a permis accesul la raportul procedurii, în totalitatea acestuia, încălcând astfel prevedrile art. 217 din Legea nr. 98/2016. Astfel, consideră că, în mod neîntemeiat, autoritatea contractantă i-a restricționat dreptul de acces la informaţii de interes public și i-a îngrădit dreptul legitim la apărare. Dosarul achiziţiei are calitatea de document public, iar raportul procedurii face parte din dosarul achiziţiei, conform legislaţiei in vigoare.

Deși i-a fost restricționat în mod nelegal accesul la întregul dosar al achiziţiei, din informaţiile și documentele la care a avut acces, precum și din informaţiile pe care le deține, petenta a constatat că autoritatea contractantă a declarat, în mod nelegal, drept conformă și acceptabilă oferta depusă de către SC ...SA. Cu privire la propunerea tehnică depusă de către ofertantul declarat câștigător, consideră că acesta nu a depus o ofertă conformă.

Certificatul de testare a durabilității REF 3811/P-R-W-ll emis de AETEC Spania, nu este concludent față de îndeplinirea cerinţelor din caietul de sarcini: *„se acceptă vopsele care au valorile minime acceptate ale coeficienţilor de retroreflexie pe timp uscat și umed, coeficientul de luminanta sub iluminare difuză, clasă de aderență, rezistența la uzură, vor fi: Rl > 200 (R4), Rl > 50 (RW3), Qd > l60 (Q4), SRT > 45 (SI), rezistenta la uzura > 85%, clasa de rulaj P6”.*

Vopselele ofertate ar fi trebuit să fie testate pentru 2.000.000 de treceri, la clasa de trafic P6. De asemenea, rapoartele de încercare ar fi trebuit să fie efectuate de către un laborator autorizat, precum și să reflecte îndeplinirea tutror cerințelor autorității contractante, respectiv pentru respectarea standardelor europene.

Astfel, ofertantul desemnat câștigător ar fi trebuit să facă dovada îndeplinirii tuturor cerinţelor din caietul de sarcini, prezentând produse conforme cu cerinţele autorității contractante, iar autoritatea ar fi trebuit

să verifice în mod corespunzător conformitatea acestora, lucru care nu s-a întâmplat în cazul de față, autoritatea acceptând să desemneze câștigător un ofertant care nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor din documentaţia de atribuire.

Referitor la preţul ofertat de SC ...SA, petenta precizează că acesta reprezintă 67% din valoarea estimată a contractului, oferta având un preţ neobişnuit de scăzut față de valoarea estimată. Astfel, nu este posibil ca un ofertant să își asume prestarea acestor servicii la preţuri cu mult sub cele de pe piaţă.

Prin acceptarea unei oferte cu un preț nejustificat de scăzut, având în vedere prețurile pieţei, se încurajează oferirea unor servicii de o calitate scăzută și se restrânge în mod evident concurența, iar jocul liber pe piaţă nu va mai fi factorul determinant în stabilirea prețurilor pe piaţă.

Potrivit legislaţiei achiziţiilor publice, membrii comisiei de evaluare au obligaţia să solicite explicaţii pentru aceste preţuri cu care nimeni nu ar rezista pe piaţă şi ar ajunge la faliment. Prin acceptarea justificării de preț nesusținută cu documente legale, autoritatea contractantă transformă practic caracterul oneros al contractului de achiziţie publică, în caracter cu titlu gratuit. Mai exact, ofertantul trebuie chestionat asupra modalităţii de prestare a serviciilor solicitate la calitatea impusă prin caietul de sarcini la preţuri cu mult sub cele de pe piaţă. Ori, în această situație, autoritatea contractantă nu a solicitat justificarea acestui preț, nerespectând astfel obligaţiile legale care îi revin.

În opinia petentei, în scopul verificării caraterului real al preţurilor, autoritatea contractantă trebuia să solicite ofertantului inclusiv documente privind modul de organizare, metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, performanţele şi costurile implicate, utilaje, sau poate oferta lui tehnică este inovatoare şi implică mai puţine costuri.

Ulterior, comisiei de evaluare îi revine sarcina să aprecieze justificările primite. Potrivit legislaţiei, în cazul în care ofertantul nu prezintă informaţiile solicitate sau aceste informaţii nu pot justifica preţul aparent neobişnuit de scăzut, oferta sa este considerată inadmisibilă.

Altfel spus, rămâne la aprecierea autorităţii contractante dacă justificările primite de la ofertanţi sunt suficiente sau relevante în aşa măsură încât să se facă dovada posibilităţii de executare corespunzătoare a contractului, iar în speţa de faţă.

Deşi la o primă vedere este în beneficiul autorităţii contractante să achiziţioneze servicii la preţuri cât mai reduse, în spiritul respectării principiului eficenţei utilizării fondurilor publice, de multe ori riscurile sunt mult mai mari decît avantajul unui preţ scăzut. Astfel, se poate întâmpla ca ofertantul declarat câştigător, la un preţ de dumping, să nu poată îndeplini în bune condiţii obligaţiile contractuale, nefiind capabil să susţină financiar diferenţa dintre preţul real al prestaţiei sale şi preţul scăzut pe care l-a ofertat.

De asemenea, contestatoarea susține că este posibil ca autoritatea contractantă să nu fi realizat toate demersurile necesare pentru a

verifica sustenabilitatea preţurilor/costurilor, conform art. 136 din HG nr. 395/2016, întrucât dacă s-ar fi realizat aceste verificări în mod temeinic, oferta declarată câştigătoare ar fi trebuit să fie considerată admisibilă și conformă, potrivit art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În opinia sa, autoritatea contractantă, în mod eronat, a apreciat că ofertantul declarat câștigător ar fi justificat preţul unitar pentru fiecare din tipurile de vopsea, deoarece prețurile ofertate pentru fiecare lot în parte, de aproximativ 67% din valoarea estimată a contractului, nu este sustenabil din punct de vedere economic, sustenabilitatea/modul de fundamentare/ justificare a preţului ofertat de SC ...SA, fiind o simplă indicare a preţului pe categorii precum materiale, manoperă, utilaje, cheltuieli indirecte, profit etc.

Față de aceste aspecte, răspunsurile la clarificări nu pot fi reținute ca fiind relevante în declararea ca fiind oferta câștigătoare, atâta vreme cât oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețurile unitare nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezumate a fi valabile și admise, fără probe concludente, ci reprezintă elementele esenţiale ale propunerii financiare a căror realitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare, conform art. 136 din HG nr. 395/2016.

Urmare răspunsurilor la solicitările de clarificări, SC ...SA nu depune documente care pot fi reținute în vederea justificării modului de formare a preţului ofertat, realitatea preţului sau documente în care să fie stabilite prețuri ferme, valabile, certe pentru materialele din propunerea tehnică, alegând, din proprie voinţă, să menţioneze că *„noi vă ofertăm prețurile pe care le practicăm în mod obişnuit pe piața marcajelor rutiere și apreciem faptul că preţul ofertat de noi nu este unul neobişnuit de scăzut”.*

Având în vedere cele menționate, petenta solicită să se constate că verificarea veridicităţii preţului ofertat nu a putut fi efectuată atâta vreme cât SC ...SA nu a depus documente edificatoare în acest sens.

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu exactitate dacă propunerea financiară a SC ...SA este una reală și fermă.

Astfel, revine comisiei de evaluare responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câștigătoare o ofertă care nu îndeplineşte condiţiile impuse (fiind inacceptabilă sau neconformă), situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal (cât și a funcţionarilor săi vinovaţi).

Justificarea preţului trebuie în mod obligatoriu corelată cu propunerea tehnică a ofertantului. Cantitatea maximă a unui contract subsecvent însumează 167 de tone de vopsea ce urmează să fie livrată beneficiarului. Transportul trebuie să respecte limitele de tonaj conform OUG nr. 43/1997. Propunerea tehnică a fiecărui ofertant ar fi trebuit să includă și modalitatea de asigurare a transportului: număr de tir-uri ce vor efectua transportul, inclusiv pentru a se putea constata dacă au fost incluse costurile cu transportul în preţul final. De asemenea, accesul autovehiculelor grele în municipiul Bucureşti este reglementat prin HCGMB nr. 134/2004.

Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante, consecinţele semnării contractului cu o societate a cărei oferta este necorespunzătoare fiind deosebit de grave. Riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii de documente în sprijinul răspunsului formulat potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul solicitării de clarificări, care sunt cerinţele pe care operator economic participant trebuie sa le îndeplinească și modul în care aceştia trebuie să își elaboreze răspunsul.

Contestatoarea susține că SC ...SA avea obligaţia de a transmite, până în cele mai mici detalii, modalitatea în care a determinat preţul ofertat. Prin ofertarea unui preț aparent neobişnuit de scăzut, care reprezintă mai puţin de 80% din valoarea estimată a contractului, SC ...SA și-a asumat implicit și riscul ca autoritatea contractantă, în vederea aplicării obligaţiile exprese, imperative și legale, să îi solicite documente justificative, cu atât mai mult cu cât SC ...SA cunoştea aceste prevederi legale ținând cont de principiul de drept „nemo legem ignorare censetur”.

În cazul de față, această ofertă a fost declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă în baza unor supoziţii ale comisiei de evaluare, fără o fundamentare economică concretă și corectă.

Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea prezentei contestații, atașate punctul său de vedere nr. 15E/2545/13.11.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 47338/14.11.2018, prin care apreciază criticile contestatoarei ca fiind neîntemeiate, având în vedere că oferta depusă de SC ...SA a fost declarată câştigătoare în conformitate cu prevederile legale în materia achiziţiilor publice.

În ceea ce priveşte criticile de la punctele 1 și 2, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Ofertantul SC ...SA a îndeplinit cerinţele fişei de date, respectiv punctul „III.1.1.a) Situaţia personală a candidatului s-au ofertantului”, prezentând certificatul constator emis de ONRC 431003/08.08.2018, ce surprinde cazierul judiciar al operatorului economic şi al membrilor

organului de administrare (în calitate de administrator) şi de conducere (în calitate de Director).

În ceea ce priveşte critica de la pct. 3, autoritatea contractantă susține că ofertantul a prezentat, conform fişei de date pct.II.1.3. a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională:

- Contracte de vânzare-cumpărare comercială şi documente emise de către clientul beneficiar, prin care se menţionează că parametrii produselor livrate s-au încadrat în valorile din documentaţiile tehnice.

- Contract de vânzare-cumpăre nr. 275/21-5 din 07.11.2015 şi adresa de recomandare nr. 324-13.06.2018 (adresă îndeplinire a parametrilor produselor livrate TEO TRANS CONSULTING SRL + recomandare);

- Contract de vânzare-cumpăre nr. 275/21-3 din 01.10.2015 şi adresa de recomandare nr. 950-14.06.2018 (adresă îndeplinire a parametrilor produselor livrate SC ANDUNA SERVIMOB SRL + recomandare);

- Contract de vânzare-cumpăre nr. 42/48-1 din 04.01.2016 şi adresa de recomandare (adresă îndeplinire a parametrilor produselor livrate SC COMPANIA M.I.R.A. INTERNATIONAL SRL + recomandare);

- Contract de vânzare-cumpăre nr. 275/30-1 din 14.01.2016 şi adresa de recomandare (adresă îndeplinire a parametrilor produselor livrate SC LOIAL IMPEX SRL + recomandare);

În ceea ce priveşte critica de la pct. 4, autoritatea contractantă învederează că ofertantul SC ...SA, prin formularul nr. 7, a precizat că propunerea tehnică, propunerea financiară, precum şi orice alte informaţii şi documente care privesc propunerea financiară şi tehnică au caracter confidenţial.

În ceea ce priveşte critica de la pct. 5, autoritatea precizează că Certificatul de testare a durabilităţii REF 3811/P-R-W-II, emis de AETEC Spania, nu este cel prezentat în oferta tehnică de către SC ...SA.

Ofertantul SC ...SA a prezentat următoarele:

- Raport de încercare nr. RI-18.01.1839.1 din data de 30.01.2018 - Eliberat de ICECON SA;

- Agrement Tehnic nr. 001SB-07/005-2015 - Elaborat de INCD „URBAN-INCERC” Sucursala INCERC Bucureşti - Eliberat de Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice - Consiliul Tehnic Permanent Pentru Construcţii;

- Declaraţie de Performanţă conform Regulamentului referitor la Produsele pentru Construcţii nr. 305/2011 LE-nr./dop-nr. 100/2 - Emis de M. SWAROVSKI GESELLSCHAFT mbH (Engleză+traducere legalizată);

- Declarație de Conformitate (MODEL) nr. 251 din data de 27.06.2018 - emisă de SC ...SA.

În ceea ce priveşte critica de la pct. 6, se menționează că a desemnat câştigătorul din cele trei oferte admisibile, în conformitate cu pct. II. 2.5 criterii de atribuire - preţul cel mai scăzut.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază că legislaţia în vigoare nu stabileşte un prag pentru preţul nejustificat de scăzut, iar un operator economic nu poate impune condiţii suplimentare, prin stabilirea de praguri sau valori care nu sunt impuse prin legislaţia în vigoare.

Prin cererea de intervenţie voluntară înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 48830/23.11.2018, formulată de SC ...SA, reprezentată convențional prin SPARL STALFORT & SOMEȘAN, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii în cauză, a solicitat:

1. respingerea contestaţiei ca netemeinică şi nelegală;

2. menţinerea raportului procedurii de evaluare şi a tuturor actelor subsecvente inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii aferente tuturor celor 7 loturi și pe cale de consecinţă, a procesului de evaluare a ofertei sale, în urma căruia oferta a fost declarată ca fiind câştigătoare.

În fapt, intervenienta precizează că susținerile contestatoarei sunt netemeinice şi nelegale, având în vedere următoarele:

(a) Referitor la conflictul de interese:

Atât anunţul de participare, cât şi fişa de date prevăd obligaţia ofertanţilor de a demonstra că nu se încadrează în cazurile de excludere reglementate de art. 164 (motive referitoare la condamnări penale), 165 (motive legate de plata obligaţiilor fiscale) şi 167 (inter alia, motive legate de conflicte de interese) din Legea 98/2016.

În acest scop, ofertanţii completează iniţial DUAE şi o declaraţie cu privire la conflictul de interese în conformitate cu prevederile art. 60 alin. (1) lit. a), d) şi e) din Legea 98/2016, sub forma formularului nr. 3 din secţiunea Formulare a documentaţiei de atribuire.

Ulterior, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire trebuia să prezinte, anterior semnării acordului-cadru, la solicitarea autorităţii contractante, certificate/caziere/documente edificatoare, menite a proba cele declarate în DUAE, respectiv faptul că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea 98/2016 privind conflictul de interese.

Cerinţa privind cazierul judiciar al operatorului economic şi al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau al celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadru acestuia, aşa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv este menită să demonstreze, în principiu, neîncadrarea în motivele de excludere reglementate la art 164 din Legea 98/2016, întrucât conflictul de interese ca infracţiune, aşa cum este acesta reglementat de Codul Penal și reflectat în cazierele judiciare, sancţionează funcţionarii publici. În plus, art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (nu art. 167 din acelaşi act normativ) prevede că, obligatia de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în baza acestui articol, se aplică şi în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al

respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Admiţând, însă, că această cerinţă s-ar aplica şi în cazul conflictului de interese, cerinţa autorităţii contractante constă în prezentarea cazierului judiciar al operatorului economic şi al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau al celor ce au putere de reprezentare de decizie sau de control în cadru acestuia; cu alte cuvinte, cerinţa este cumulativă privind cazierul judiciar al operatorului economic şi al membrilor organului de administrare/ de conducere/ de supraveghere, însă alternativă în privinţa acestora din urmă, alternativă în funcţie de modul de organizare al respectivului operator economic, așa cum este acesta reflectat în înregistrările de la ONRC şi/ sau în actul constitutiv.

Astfel, intervenienta era obligată, prin documentaţia de atribuire, să prezinte cazierul persoanei juridice şi, la alegere, cazierele oricărora dintre membrii următoarelor organe de conducere: organul de administrare, de conducere sau de supraveghere sau al celor care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

În îndeplinirea cerinţei privind neîncadrarea în prevederile art. 167, aceasta a depus iniţial DUAE şi declaraţia cu privire la conflictul de interese în conformitate cu prevederile art. 60 alin. (1) lit. a), d) și e) din Legea 98/2016, conform formularului 3, şi apoi declaraţia privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 şi 167 din Legea 98/2016, prin care directorul general, în calitate de reprezentant legal al societății, a declarat pe proprie răspundere, între altele, că societatea nu se află într-o situaţie de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză (anexa 6), îndeplinind astfel cerinţele autorităţii contractante din documentaţia de atribuire.

În opinia sa, dacă s-ar admite că cerinţa privind cazierele judiciare se aplică şi pentru a dovedi neîncadrarea în prevederile art. 167 privind conflictul de interese, aceasta a depus certificatele de cazier judiciar ale societății, celor 3 membri ai consiliului de administraţie şi al directorului general, aşa cum sunt aceştia înregistraţi în registrul comerţului, îndeplinind astfel și această cerință a autorităţii contractante atât sub aspectul cumulului privind societatea și membrii organului de administrare/ de conducere/ de supraveghere ai acesteia, cât și sub aspectul caracterului alternativ privindu-i pe aceştia din urmă (anexa 7).

În ceea ce priveşte identitatea acţionarilor, persoane fizice care deţin 0,3848% din capitalul social, intervenienta precizează următoarele:

- procedura în cauză, ca şi orice altă procedură de achiziţii publice, este destinată în aceeaşi măsură întreprinderilor mici şi mijlocii, cât şi întreprinderilor mari indiferent de forma de organizare a acestora (ex. societăţi cu răspundere limitată, societăţi pe acţiuni închise sau listate la bursă);

- în cazul societăţilor pe acţiuni, în special al celor listate la bursă, structura acţionariatului se modifică mult mai des şi mult mai uşor decât în cazul societăţilor cu răspundere limitată;

- dreptul de proprietate asupra acţiunilor nominative ale unei societăti pe acţiuni (listate sau închise), emise în formă dematerializată se transmite prin declaraţie făcută în registrul acţionarilor, semnată de cedent şi de cesionar sau de mandatarii lor, iar asupra acţiunilor nominative emise în formă materială se transmite prin declaraţie făcută în registrul acţionarilor şi prin menţiunea făcută pe titlu, semnată de cedent şi de cesionar sau de mandatarii lor conform art. 98 din Legea 31/1990, în forma actuală a acesteia; actul constitutiv poate prevedea și alte modalităţi de transmitere a dreptului de proprietate asupra acţiunilor;

- nu există obligaţie legală de înregistrare în registrul comertului a transferului dreptului de proprietate asupra acţiunilor sau a structurii acţionariatului unei societăţi pe acţiuni; structura acţionarilor unei societăţi pe acţiuni se poate însă înregistra în registrul comerţului în baza extrasul din registrul acţionarilor, certificat de administratorul societăţii respective;

- dată fiind valoarea estimată a acordului-cadru, se putea presupune interesul de participare la procedură şi a unor societăţi pe acţiuni; ca urmare, autoritatea contractantă putea solicita, prin documentaţia de atribuire, prezentarea registrului acţionarilor societăţilor ai căror acţionari nu sunt înregistraţi în registrul comerţului; astfel de prevedere nu a fost însă inclusă în documentaţia de atribuire şi niciun operator economic, participant la procedură, nu a formulat o astfel de solicitare; pe cale de consecinţă, este apreciată excesivă susţinerea contestatoarei, la acest moment, privind identitatea persoanelor fizice

(b) Referitor la situaţia personală:

Intervenienta reiterează la acest punct cele menţionate la punctul anterior, în sensul în care cerinţa autorităţii contractante, aşa cum este ea formulată în documentaţia de atribuire și nu a fost contestată de niciun participant la procedura în cauză, este cumulativă privind cazierul judiciar al operatorului economic şi al membrilor organului de administrare/ de conducere/de supraveghere, însă alternativă în privinţa acestora din urmă.

În vederea îndeplinii acestei cerinţe a depus certificatele de cazier judiciar ale societății, celor 3 membri ai consiliului de administraţie şi al directorului general, demonstrând astfel îndeplinirea criteriului de calificare relevant.

(c) Referitor la experienţa similară:

Referitor la criticile contestatoarei, intervenienta invocă prevederile art. 179 lit. b) din Legea 98/2016, conform cărora un operator economic face dovada îndeplinirii cerinţei privind capacitatea tehnică printr-o listă a principalelor livrări de produse efectuate sau servicii prestate cu indicarea, inter alia, a beneficiarilor publici sau privaţi.

Alin. (4) al articolului 12 din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de preşedintele Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice în aplicarea art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea 98/2016, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale interzice autorităţilor contractante restrângerea dreptului operatorilor economici de a dovedi îndeplinirea cerinţei privind capacitatea tehnică prin orice tip de document, emis sau contrasemnat de o autoritate contractantă sau de clientul beneficiar privat.

Alin. 6 al aceluiaşi articol enumeră între documentele prin care operatorii economici pot dovedi îndeplinirea cerinţei privind experienţa similară copiile unor părți relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit și recomandările.

Conform fişei de date şi anunţului de participare, ofertantul clasat pe primul loc are obligaţia de a prezenta, anterior atribuirii acordului-cadru certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar/procese-verbale de recepţie, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinţei relevante, respectiv produsele furnizate, perioada de livrare şi valoarea acestora.

Intervenienta arată că a dovedit îndeplinirea capacităţii tehnice prin prezentarea contractelor şi a recomandărilor emise de societăţile Teo Trans Consulting S.R.L., Anduna Servimob S.R.L., Compania Mira Internaţional S.R.L. şi Loial Impex S.R.L. (anexa 8).

În ceea ce privește interpretarea contestatoarei privind termenul de 12 luni, aceasta precizează că nu are nicio bază legală, în plus, nici tehnic nu se poate justifica susţinerea contestatoarei pentru că în proceduri diferite autorităţile solicită cerinţe tehnice diferite pentru vopselurile ofertate (ex. o anumită clasă de retroreflexie pentru un anumit număr de treceri, care nu sunt în mod necesar legate de o perioadă de timp). Contestatoarea nu poate să impună condiţii de calificare suplimentare faţă de documentaţia de atribuire, cu atât mai mult cu cât acestea nu au un temei legal pentru a-l obliga pe ofertantul câştigător. În cazul în care această cerinţă era relevantă pentru contestator, acesta trebuia să conteste documentaţia de atribuire pentru a o include, ceea ce nu a făcut.

De asemenea, intervenienta susține că restricţia menţionată de contestatoare, privind posibilitatea depunerii exclusiv a documentelor provenind de la beneficiarul final, este excesivă, întrucât, chiar dacă s-ar admite că o persoană privată, nu ar avea competenţa de a aprecia caracteristicile tehnice ale unor produse, în situaţia în care produsele respective nu ar fi îndeplinit cerinţele autorităţilor contractante beneficiare finale, acestea din urmă fie nu ar fi recepţionat produsele, fie ar fi emis certificate constatatoare din care reiese neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor respective.

În aceste situaţii, puţin probabil beneficiarii privaţi, care sunt în situația de a putea fi excluşi de la proceduri ca urmare a produselor

livrate de SC ...SA, nu ar emite recomandări. În plus, dacă autoritatea contractantă ar fi avut neclarităti privind respectivele documente, aceasta se putea adresa conform legii şi documentaţiei de atribuire, inclusiv beneficiarului final pentru confirmarea celor prezentate de SC ...SA.

În plus, aceasta învederează Consiliului că textul art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 nu se referă la beneficiarul final şi nici măcar nu impune ca livrarea de produse şi/sau servicii să se facă către un beneficiar final public. Astfel, nu are relevanţă dacă în cazul de faţă intervenienta este subcontractant într-un contract încheiat cu un beneficiar final autoritate contractantă, din moment ce legea nu impune o astfel de cerinţă restrictivă. Atâta timp cât art. 179 lit b) din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea de a depune contracte cu beneficiari privaţi nu are relevanţă faptul că acele contracte au fost încheiate cu scopul de a subcontracta obligaţii din contracte cu beneficiari publici.

(d) Referitor la accesul la dosarul procedurii:

Potrivit art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016, citat şi de contestatoare, autoritatea contractantă avea dreptul de a permite accesul la informaţiile şi documentele depuse, în limita celor pe care aceasta le-a declarat confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Deşi contestatoare menţionează că nu a identificat niciun document din care să rezulte informaţiile confidenţiale, intervenienta precizează că un astfel de document există și este accesibil în cadrul ofertei sale. Documentul respectiv include și motivele pentru care aceasta a considerat că se impune caracterul confidenţial al unor informaţii şi documente din oferta sa.

(e) Referitor la propunerea tehnică:

Contestatoare consideră că oferta tehnică ar fi neconformă, invocând în acest sens certificatul de testare a durabilităţii REF 3811/P-R-W-ll, emis de AETEC Spania și caracteristice tehnice ale produselor menţionate în acesta.

Având în vedere faptul că SC ...SA nu este titulara certificatului menționat anterior, intervenienta apreciază că toate susţinerile contestatoarei de la acest punct sunt netemeinice.

(f) Referitor la propunerea financiară:

Contestatoarea susţine că preţul ofertat de SC ...SA ar fi neobişnuit de scăzut (respectiv 67%) raportat la valoarea estimată a acordului-cadru.

Intervenienta susține că, dincolo de afirmaţiile subiective ale contestatoarei (de exemplu: contract cu titlu gratuit, imposibilitatea rezistării pe piaţă), aceasta omite faptul că preţul ofertat nu se raportează, conform art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016, la valoarea estimată a acordului-cadru, ci la preţul de piaţă, care se stabileşte în baza informaţiilor din buletine statistice etc. Referirea contestatoarei la procentul de 80%, precum și modul de calcul al procentului de 67% prin raportare la valoarea estimată a acordului-cadru, determină ipoteza că

afirmaţiile acesteia se întemeiază pe prevederile OUG nr. 34/2006, art. 202 alin. (1^1), potrivit cărora o ofertă are un preţ aparent neobişnuit de scăzut atunci când preţul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puţin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

Prevederile legale actuale nu mai reglementează un anumit procent obligatoriu, sub care autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita clarificări. Ca urmare, autoritatea este cea care decide când sunt necesare astfel de clarificări, iar în cazul de faţă aceasta nu a considerat necesară o astfel de justificare.

Contestatoarea lasă să se înţeleagă că autoritatea contractantă ar fi solicitat clarificări privind preţul ofertat de SC ...SA, în acest context citând: *„noi vă ofertăm preţurile pe care le practicăm în mod obişnuit pe piaţa marcajelor rutiere şi apreciem faptul că preţul ofertat de noi nu este unul neobişnuit de scăzut”*. Aceasta susține că, dincolo de faptul că citatul respectiv nu se regăseşte în oferta sa, afirmaţiile contestatoarei privind solicitarea de clarificări de către autoritatea contractantă sunt eronate şi dovedesc reaua-credinţă, fiind menite exclusiv pentru a induce în eroare şi de a bloca desfăşurarea normală a procedurii.

În opinia sa, contestatoarea nu a făcut dovada că preţul ofertat de SC ...SA este neobişnuit de scăzut raportat la modalitatea actuală de a determina preţul neobişnuit de scăzut, conform art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

SC ...SA susține că a depus oferta financiară în forma solicitată de către autoritatea contractantă prin documentaţia de atribuire. Astfel, conform fişei de date a procedurii, documentele de fundamentare a valorii Propunerii financiare care trebuiau prezentate în cadrul ofertei au fost:

- formularul 10 „Propunerea Financiară”;
- anexa la acesta, conform anexei 1 la Caietul de sarcini, aferentă lotului pentru care se depune oferta.

În concluzie, având în vedere toate argumentele prezentate anterior, intervenienta solicită respingerea contestației ca netemeinică și nelegală, întrucât SC ...SA îndeplineşte criteriile de calificare și a depus o ofertă conformă și legală.

Astfel, aceasta consideră că atât procesul de evaluare de către autoritatea contractantă, cât şi raportul procedurii de evaluare și actele subsecvente sunt temeinice şi legale.

Urmare studierii dosarului achiziției, contestatoarea a depus concluzii scrise, prin adresa nr. 110/23.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 48974/23.11.2018, precizând următoarele:

Din certificatul constatator al societății desemnate câștigătoare se poate observa că acţionarii sunt: o persoana juridică (… AG) și încă 8 persoane fizice (ale căror nume nu sunt cunoscute).

Astfel, petenta apreciază că autoritatea contractantă nu s-a asigurat că SC ...SA nu se află în conflict de interese, având în vedere că nu se cunoaşte nici măcar acționariatul acestei companii. Mai mult decât atât, se arată că nu au fost depuse nici cazierele judiciare pentru acţionarii

SC ...SA, contrar prevederilor documentaţiei de atribuire și ale DUAE, poate tocmai pentru ca numele acestora să rămână necunoscut și pentru a îngreuna determinarea existenței unui posibil conflict de interese.

Autoritatea contractantă a motivat că ar fi solicitat certificatul constatator, însă acesta nu înlocuiește cazierele judiciare, după cum nici solicitarea certificatului constatator nu poate înlocui solicitarea cazierelor judiciare. Petenta consideră că ofertantul desemnat câștigător avea obligația de a prezenta toate documentele în conformitate cu documentaţia de atribuire, după cum autoritatea constractantă avea obligația de a solicita ofertantului desemnat câștigator toate documentele, așa cum au fost cunoscute tuturor ofertanţilor prin documentaţia de atribuire, și să nu acorde tratament preferenţial acestui ofertant prin a-i analiza oferta în mod superficial, pentru a-l desemna câștigător cu orice preț.

Având în vedere că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului desemnat câștigător documentele suport pentru DUAE, iar acesta nu a prezentat cazierele judiciare ale acţionarilor, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Referitor la cerinţa III.1.1.a) din fișa de date a achiziţiei, Situația personală a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/ actul constitutive.

Din moment ce a fost clasat pe primul loc, ofertatului SC ...SA i-au fost solicitate documentele conform DUAE. Însă, cazierele judiciare ale acţionarilor nu au fost transmise autorității contractante, motiv pentru care oferta acestuia ar fi trebuit declarată ca inacceptabilă, pentru că nu a prezentat, conform solicitării, documente în susţinerea DUAE, iar autoritatea contractantă ar fi trebuit să aplice în mod corespunzător prevederile art. 143 alin. (2) din Normele aprobate prin HG nr. 394/2016.

Astfel, autoarea contestației solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corespunzător dispoziţiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

Referitor la experienţa similară a ofertantului desemnat câștigător, se arată că, în mod neîntemeiat, autoritatea contractantă a apreciat că ar putea fi luată în calcul experienţa similară prezentată, întrucât prestațiile nu au fost confirmate de către autoritatea contractantă, beneficiar final al serviciilor, iar acest aspect conduce, în mod inevitabil, la concluzia că prestatorul de servicii nu a avut decât calitatea de subcontractant în cadrul unor lucrări mai ample.

Scopul evaluării ofertelor rezidă în verificarea realităţii prestării serviciilor, iar acest lucru poate fi confirmat doar de către beneficiarul final (Primăria, Compania de drumuri care a aplicat vopseaua etc.), singura în

măsură să confirme că produsele au fost conforme sau nu cu cele asumate prin documentaţia de atribuire. De asemenea, recomandarea emisă poate fi luată în calcul numai în măsura în care a fost emisă la cel puţin 12 luni de la data aplicării vopselei, pentru a confirma rezistența acesteie și corespondența cu celelalte caracteristici tehnice, precum și rezistența în timp a caracteristicilor tehnice. Recomandările emise de … SRL nu sunt datate. Prin urmare, nu poate fi verificată veridicitatea acestora și relevanța lor față de conformitatea produselor pe care le-ar fi cumpărat de la SC ...SA.

Petenta își menține opinia potrivit căreia dovada că serviciile în cauză au fost efectiv prestate şi recepţionate se poate face doar prezentând şi dovezi emise de beneficiarul final, nu de către o societate privată care nu are competențele necesare de a confirma îndeplinirea unor cerinţe calitative, cum ar fi rezistența în timp a vopselei.

De asemenea, petenta învederează Consiliului că autoritatea nu i-a permis accesul la raportul procedurii în totalitatea acestuia, în opinia sa, încălcând astfel prevedrile art. 217 din Legea 98/2016.

Cu privire la propunerea tehnică depusă de către ofertantul declarat câștigător, petenta consideră că acesta nu a depus o ofertă conformă.

Documentele depuse (Agrement Tehnic nr. 001SB-07/005-2015 - Elaborat de INCD „URBAN-IKCERC" Sucursala INCERC Bucureşti - Eliberat de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - Consiliul Tehnic Permanent Pentru Construcții, Declarație de performanță conform Regulamentului referitor la Produsele pentru Construcții nr. 305/2011 LE-Nr./dop-nr. 100/2 — Emis de M…. mbH (Engleza+traducere legalizată), Declarație de conformitate nr. 251 din data de 27.06.2018 - Emisă de SC ...S.A.), nu sunt concludente față de îndeplinirea cerinţelor din caietul de sarcini: „se acceptă vopsele care au valorile minime acceptate ale coeficienţilor de retroreflexie pe timp uscat și umed, coeficientul de luminanță sub iluminare difuză, clasa de aderență, rezistența la uzură, vor fi: Rl>200 (R4), RL>50 (RW3), Qd>160 (Q4), SRT>45 (SI), rezistenta la uzură > 85%, clasa de rulaj P6".

Vopselele ofertate ar fi trebuit să fie testate pentru 2.000.000 de treceri, la clasa de trafic P6. De asemenea, rapoartele de încercare ar fi trebuit să fie efectuate de către un laborator autorizat, precum și să reflecte îndeplinirea tutror cerinţelor autorității contractante, respectiv pentru respectarea standardelor europene.

Astfel, ofertantul desemnat câștigător ar fi trebuit să facă dovada îndeplinirii tuturor cerinţelor din caietul de sarcini, prezentând produse conforme cu cerinţele documentației, iar autoritatea ar fi trebuit să verifice în mod corespunzător conformitatea acestora, lucru care nu s-a întâmplat în cazul de față, aceasta acceptând să desemneze câștigător un ofertant care nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor din documentaţia de atribuire.

Referitor la preţul ofertat de SC ...SA, petenta susține în continuare că acesta reprezintă 67% din valoarea estimată de autoritatea

contractantă, oferta având un preţ neobişnuit de scăzut faţă de valoarea estimată a contractului. Astfel, nu este logic posibil, ca un ofertant să își asume prestarea acestor servicii la preţuri cu mult sub cele de pe piaţă. Chiar dacă legislaţia nu mai impune verificări sub pragul de 80%, consideră că nu este un pretext sub care autoritatea contractantă se poate ascunde pentru a nu verifica în mod temeinic o ofertă și de a o desemna câștigătoare cu orice preț.

Petenta susține că oferta a fost declarată câștigătoare în baza unor supoziţii ale comisiei de evaluare, fără o fundamentare economică concretă și corectă. Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate, din punct de vedere al încadrării acestora în situaţia prevăzută la art. 136 din HG nr. 395/2016, aceasta solicită Consiliului să constate că verificarea nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu și, pe cale de consecinţă, critica sa privind nelegalitatea evaluării ofertei SC ...SA este fondată.

În urma cererii de intervenție formulată de SC ...SA, petenta a înaintat adresa nr. 113/28.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49573/28.11.2018, reprezentând concluzii scrise, prin care reia criticile și argumentele deja prezentate în contestație și concluziile depuse cu ocazia studierii dosarului.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect *„Achiziţia de vopsea de marcaj rutier cu diluant și microbile de sticlă: …”*, În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SICAP anunţul de participare nr. SCN1000655/22.05.2018.

Data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită la 03.07.2018, ora 15:00, criteriul de atribuire este *„Prețul cel mai scăzut”.*

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire a formulat contestație SC KÖBER SRL, ce a făcut obiectul dosarului nr. 2777/2018, asupra căreia Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 2523/C4/2777 din data de 20.09.2018 în sensul respingerii acesteia.

Prin contestația ce face obiectul prezentei cauze, SC ...SRL critică decizia autorității contractante cu privire la oferta declarată câștigătoare pentru loturile 1, 2, 3, 4, 5, 6 și 7, solicitând anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a adreselor prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire cu privire la aceste 7 loturi și obligarea autorității la reevaluarea ofertelor SC ...Sa declarate câștigătoare, depuse pentru aceste loturi.

Luând în considerare intrarea în vigoare, începând cu data de 04.06.2018, a OUG nr. 45/2018, prin care Legea nr. 101/2016 a fost modificată prin introducerea art. 61¹ potrivit căruia ***„Pentru soluţionarea contestaţiei*** *formulate în condiţiile art. 8 sau art. 49,*

***sub sancţiunea respingerii acesteia**, persoana care se consideră vătămată **trebuie să constituie în prealabil o cauţiune** (...)",* Consiliul va verifica, cu prioritate, dacă prevederea legală a fost respectată de către contestatoare.

În acest sens, Consiliul constată că la dosarul cauzei, SC ...SRL a depus recipisele de consemnare nr. ..... pentru fiecare lot în parte, emise de CEC BANK Sucursala Victoria, respectându-se astfel dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

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

Totodată, Consiliul reține că în cauză, SC ...SA a depus cerere de intervenție prin care solicită respingerea contestaţiei formulată de către SC ...SRL. Consiliul reține că, în calitate de câștigătoare a procedurii pentru toate cele 7 loturi, ofertanta respectivă are interesul în menținerea rezultatului procedurii. Prin urmare, în temeiul art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ...SA.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că o primă critică a contestatoarei vizează existența unui conflict de interese cu privire la ofertantul SC ...SA reglementat de art. 58 – 63 din Legea nr. 98/2016.

În susținerea criticii contestatoarea invocă faptul că autoritatea contractantă nu a efectuat verificări necesare pentru a se asigura că societatea desemnată câștigătoare se află sau nu într-un conflict de interese, argumentând că din certificatul constatator al societății câștigătoare rezultă că acționari sunt o persoană juridică, respectiv .... AG și încă 8 persoane fizice al căror nume nu este cunoscut. Precizează în susținerea criticii și faptul că nu se cunosc toți acționarii societății și nici nu au fost depuse cazierele judiciare pentru aceștia, contrar prevederilor documentației de atribuire și a DUAE.

În ceea ce privește conflictul de interese legiuitorul a acordat acestuia o atenție deosebită prin includerea Secțiunii IV *„Reguli de evitare a conflictului de interese"* din Legea nr. 98/2016, art. 58 - art.63.

Consiliul reține ca relevante însă următoarele prevederi:

„Art. 58. - Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica şi remedia situaţiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenţei şi al asigurării tratamentului egal pentru toţi operatorii economici.

Art. 59. - În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înţelege orice situaţie în care membrii personalului autorităţii contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziţie care acţionează în numele autorităţii contractante, care sunt implicaţi în desfăşurarea procedurii de atribuire sau care pot influenţa rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes

personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea ori independenţa lor în contextul procedurii de atribuire.

Art. 60. - (1) Reprezintă situaţii potenţial generatoare de conflict de interese orice situaţii care ar putea duce la apariţia unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ: (…)

d) situaţia în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terţul susţinător are drept membri în cadrul consiliului de administraţie/organului de conducere sau de supervizare şi/sau are acţionari ori asociaţi semnificativi persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul autorităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire; (…)

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. d), prin acţionar sau asociat semnificativ se înţelege persoana care exercită drepturi aferente unor acţiuni care, cumulate, reprezintă cel puţin 10% din capitalul social sau îi conferă deţinătorului cel puţin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea general".

Analizând documentele depuse de către ofertantul declarat câștigător, Consiliul constată că în Certificatul de furnizare informații nr. 312028/04.06.2018 emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului apare mențiunea că pe lângă acționarul persoană juridică SWARCO AG ar există și acționari persoane fizice, respectiv *„8 acționari persoane fizice"*, neexitând informații cu privire la aceștia.

Însă, faptul că numele celor 8 acționari persoane fizice nu este cunoscut de către autoritatea contractantă nu constituie un motiv întemeiat pentru a solicita ofertantului informații suplimentare cu privire la aceștia de vreme ce prin documentația de atribuire nu a considerat necesar să stabilească o prevedere în acest sens, un astfel de demers ar excede prevederilor documentației de atribuire.

În ceea ce privește existența conflictului de interese datorat nedepunerii cazierelor judiciare ale celor 8 acționari persoane fizice, Consiliul constată că, pentru a exista un eventual conflict de interese, chiar și în situația în care prin documentația de atribuire s-ar fi solicitat depunerea acestor documente situația trebuia să se încadreze în prevederile art. 60 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. d), prin acţionar sau asociat semnificativ se înţelege persoana care exercită drepturi aferente unor acţiuni care, cumulate, reprezintă cel puţin 10% din capitalul social sau îi conferă deţinătorului cel puţin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală".*

Or, din informațiile furnizate de Oficiul Național al Registrului Comerțului rezultă că cele 8 persoane fizice dețin 0,3848% din capitalul social al societății, procent care nu se încadrează în prevederile citate anterior, situație în care autoritatea contractantă nu era obligată să facă

verificări cu privire la existența unui eventual conflict de interese, motiv pentru care critica se dovedește nefondată.

Consiliul constată că sunt formulate critici și cu privire la faptul că ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii prevederii din fișa de date a achiziției de la cap. III.1.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului”* conform căreia s-a solicitat cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Cu privire la această cerință, contestatoarea consideră că nu a fost îndeplinită, întrucât cazierele judiciare „ale acționarilor” nu au fost transmise autorității contractante, situație în care, în opinia sa, oferta trebuia respinsă ca inacceptabilă.

Cu privire la cerința în discuție, Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit la cap. III.1.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului”* că *„Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor/cerințelor de calificare se vor prezenta: (...)*

- cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv”.

Consiliul constată că cerința a fost îndeplinită, ofertantul declarat câștigător a depus pentru persoanele fizice împuternicite, menționate în Certificatul de furnizare informații, respectiv pentru Tomazic Peter – administrator, Swarovski Philipp – administrator, Mosbock Harald – administrator și Berekmeri Corina Elena – director, cazierele judiciare ale acestora cât și cazierul judiciar al SC ...SA.

Consiliul reține că membrii comisiei de evaluare au făcut o verificare a documentelor de calificare depuse de către SC ...SA prin raportare la prevederile documentației de atribuire consemnând în mod corect în raportul procedurii de atribuire nr. 92/73107/23.10.2018, că au fost transmise documentele justificative actualizate *„prin care a demonstrat îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție”,* fiind astfel respectate atribuțiile stabilite de către legiuitor în sarcina acestora prin dispozițiile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește critica contestatoarei potrivit căreia cerința din fișa de date a achiziției de la cap. III.1.1.a) nu a fost îndeplinită întrucât nu au fost depuse cazierele judiciare ale acționarilor, se dovedește nefondată, întrucât nu au fost solicitate astfel de documente prin documentația de atribuire. Cazierele judiciare solicitate de către autoritatea contractantă au fost cele ale *„operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”* documente

care au fost depuse de către ofertantul SC ...SA așa cum se precizează la art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Este criticat de asemenea faptul că autoritatea contractantă a luat în considerare documentele depuse în dovedirea experienței similare, deși prestațiile nu au fost confirmate de către beneficiarul final al acestora, situație care, în opinia contestatoarei ar conduce la concluzia că prestatorul de servicii nu a avut decât calitatea de subcontractant.

În susținerea criticilor contestatoarea arată că în evaluarea ofertelor trebuia verificată realitatea prestării serviciilor, lucru care poate fi confirmat doar de beneficiarul final și singurul care poate confirma că produsele au fost conforme cât și faptul că serviciile prestate au fost recepționate, dovezi care pot fi emise de beneficiarul final și nu de o societate privată care nu are competența necesară de a confirma îndeplinirea unor cerințe calitative.

Analizând criticile, Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat la cap. III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională ca *„Ofertantul trebuie să demonstreze că a livrat în ultimii 3 ani produse similare cu cele suspuse procedurii de atribuire, în valoare cumulată de minim:*

- *Lot 1: DRDP București: 554.000 lei fără TVA*
- *Lot 2: DRDP Craiova: 554.000 lei fără TVA*
- *Lot 3: DRDP Timișoara: 554.000 lei fără TVA*
- *Lot 4: DRDP Cluj: 554.000 lei fără TVA*
- *Lot 5: DRDP Brașov: 554.000 lei fără TVA*
- *Lot 6: DRDP Iași: 554.000 lei fără TVA*
- *Lot 7: DRDP Constanța: 554.000 lei fără TVA*

Ultimii 3 ani se calculează prin raportare la termenul limită pentru depunerea oferrelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art.13).

Modalitatea de îndeplinire:

În vederea îndeplinireii cerinței, ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător va completa DUAE – Partea IV «Criteriile de selecție» - Secțiunea C «Capacitatea tehnică și profesională» - subsecțiunea «Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat».

Pentru fiecarea lot în parte, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va prezenta, anterior atribuirii Acordului-cadru, la solicitarea Autorității Contractante, certificate/documente emis sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar/procese verbale de recepție, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică, respectiv produsele furnizate, perioada de livrare și valoarea acestora. Aceste documente vor fi prezentate pentru fiecare asociat în parte, dacă resursele acestuia sunt luate în considerare pentru îndeplinirea cerinței”.

Consiliul constată că în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare ofertantul SC ...SA a depus următoarele documente:

- Contract de vânzare cumpărare nr. 275/21-5 din 07.11.2015 și adresa de recomandare nr. 324/13.06.2018 emisă de SC Teo Trans Consulting SRL;
- Contract de vânzare cumpărare nr. 275/21-3 din 01.10.2015 și adresa de recomandare nr. 950/14.06.2018 emisă de SC Anduna Servimob SRL;
- Contract de vânzare cumpărare nr. 42/48-1 din 14.01.2016 și adresa de recomandare emisă de SC Compania M.I.R.A. Internațional SRL;
- Contract de vânzare cumpărare nr. 275/30-1 din 14.01.2016 și adresa de recomandare emisă de SC Loial Impex SRL.

Din cuprinsul acestor documente rezultă toate informațiile solicitate de către autoritatea contractantă prin cerința de calificare stabilită în fișa de date a achiziției, respectiv produsele furnizate, perioada de livrare și valoarea acestora.

Criticile contestatoarei potrivit cărora documentele trebuiau emise de către beneficiarul final al produselor, beneficiar care în opinia sa nu poate fi o societate privată, se dovedesc nefondate raportat la cerința din fișa de date, cerință care nu impunea în sarcina ofertanților dovedirea și a unei eventuale conformități a produselor, respectiv a vopselei furnizate, ci doar dovedirea tipului de produs (în contextul în care obiectul prezentei proceduri de atribuire îl constituie *„Achiziția de vopsea de marcaj rutier cu diluant și microbile de sticlă”)*, perioada de livrare și valoarea produselor livrate, dovezi care au fost depuse.

Prin concluzii scrise, contestatoarea arată că recomandările emise de COMPANIA MIRA INTERNAȚIONAL SRL nu sunt datate, situație în care nu poate fi verificată veridicitatea acestora și relevanța acestora față de conformitatea produselor pe care le-ar fi cumpărat de la SC ...SA.

Consiliul va reține ca nefondată această critică, întrucât a constatat că în cazul tuturor celor 7 loturi recomandarea emisă de SC .... SRL, deși nu conține niciun fel de element de identificare a numărului și a datei de emitere a acesteia astfel încât comisia de evaluare să poată stabili dacă aceasta se referă la contractul de vânzare cumpărare nr. 42/48-1 din 14.01.2016 încheiat între SC ...SA și SC .... SRL, documentul apare ca lipsit de relevanță în stabilirea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară.

În a stabili astfel, Consiliul constată că numai prin prezentarea unui singur contract, respectiv a Contractului nr. 275/21-5 din 07.11.2015 încheiat între SC ...SA și SC .... SRL însoțit de recomandarea nr. 324/13.06.2018, ofertantul face dovada că este îndeplinită cerința privind experiența similară sub aspectul *„produselor furnizate, perioada de livrare și valoarea acestora”,* valoare care în cazul acestui contract pentru vopsea este de 7.796.795,70 lei, respectiv *„- vopsea*

monocomponenta .... în valoare de 7.796.795,70 lei” iar perioada livrării produselor este *„august 2015 – decembrie 2017”.*

Astfel, având în vedere cele reținute anterior, Consiliul constată că nu se impune solicitarea unor clarificări, respectiv prezentarea unei noi recomandări de .... SRL pentru cele 7 loturi, motiv pentru care critica va fi respinsă.

Contestatoarea critică, de asemenea, faptul că autoritatea contractantă a permis doar parțial accesul la dosarul achiziției, inclusiv la raportul procedurii de atribuire, deși, după cum susține, nu a identificat printre documentele puse la dispoziției vreun document din care să rezulte că ar exista informații confidențiale, invocând în acest sens încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 217 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul constată că printre documentele care nu au caracter confidențial a fost depus documentul *„Declarație privind/părțile din PROPUNEREA TEHNICĂ ȘI FINANCIARĂ care au caracter confidențial”* înregistrat sub nr. 1348/29.06.2018, în conținutul căruia este invocat caracterul confidențial al unor informații din propenere tehnică și propunerea financiară, contrar susținerilor contestatoarei.

Cu toate acestea, chiar dacă, așa cum afirmă, nu i-au fost puse la dispoziție toate documentele din dosarul achiziției la sediul autorității contractante, contestatoarea a fost în măsură să formuleze contestație în baza documentelor la care a avut acces.

Dovadă că SC ...SRL nu i-a fost îngrădit dreptul la apărare o constituie și faptul că a avut la dispoziției documente care iau permis formularea unei contestații iar prin concluziile scrise depuse ulterior ca urmare a studierii dosarului transmis Consiliului de către autoritatea contractantă, aceasta a adus doar argumente suplimentare în susținerea criticilor deja formulate prin contestație, critica fiind în acest context respinsă.

Consiliul constată că este criticată propunerea tehnică depusă de ofertantul declarat câștigător contestatoarea invocând în acest sens faptul că Certificatul de testare a durabilității REF 3811/P-R-W-II emis de AETEC Spania, nu este concludent față de îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini conform cărora *„se acceptă vopsele care au valorile minime acceptate ale coeficienților de retroreflexie pe timp uscat și umed, coeficientul de luminanță sub iluminare difuză, clasa de aderență, rezistența la uzură, vor fi: RL>200(R4), RL>50(RW3), Qd>160(Q4), SRT>45(SI), rezistența la uzură>85%, clasa de rulaj P6”.*

Ca urmare a studierii dosarului, contestatoarea constată existența documentelor Agrement Tehnic nr. 001SB-07/005-2015 – Elaborat de INCD «URBAN-INCERC» Sucursala INCERC București – Eliberat de Minsiterul Dezvoltării Regionale și Adminstrației Publice – Consiliul Tehnic Permanent Pentru Construcții, DECLARAȚIE DE PERFORMANȚĂ conform Regulamentului referitor la Produsele pentru Construcții nr. 305/2011 LE-Nr/dop-nr.100/2 – Emis de ... mbH(Engleză+traducere legalizată),

DECLARAȚIE DE CONFORMITATE nr. 251/27.06.2018 – emisă de ...S.A, despre care susține că nu sunt concludente față de cerința din caietul de sarcini citată anterior.

În susținerea criticilor, contestatoarea arată că vopselele ofertate ar fi trebuit testate pentru 2.000.000 de treceri, la clasa de trafic P6, iar rapoartele de încercare ar fi trebuit să fie efectuate de către un laborator autorizat, din care să rezulte îndeplinirea tuturor cerințelor autorității contractante, respectiv a standardelor europene.

Din analiza documentelor depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că prin caietul de sarcini a cărui prevederi au fost completate cu Clarificarea nr. 1 publicată în SICAP, autoritatea contractantă a stabilit că ofertanții au obligația de a respecta cerința de la punctul 3 *„Domeniul de utilizare”* potrivit căreia *„Se acceptă produse de marcare rutieră tip vopsea pe bază de solvent, care au rapoarte de încercare emise de un laborator autorizat cu respectarea prevederilor SR EN 1436/A1:2009 și SR EN 13197+A1:2014.*

Coeficienții de retroreflexie (RL) pe timp uscat și umed, coeficientul de luminanță sub iluminare difuză, clasa de aderență pentru marcaje rutiere, rezistența la uzură, clasa de rulaj, vor fi în conformitate cu prevederile SR EN 1436/A1:2009 și SR EN 13197+A1:2014.

Valorile minime acceptate ale coeficienților de retroreflexie (RL) pe timp uscat și umed, coeficiantul de luminanță sub iluminare difuză, clasa de aderență, rezistența la uzură, vor fi: RL>200(R4), RL>50(RW3), Qd≥160(Q4), SRT≥45(S1), rezistența la uzură>85%, clasa de rulaj P6”.

În cadrul propunerii tehnice depusă pentru cele 7 loturi, în dovedirea îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini, nu a fost depus Certificatul de testare a durabilității REF 3811/P-R-W-II emis de AETEC Spania contrar afirmațiilor contestatoarei, ci următoarele documente:

- Raport de încercare nr. RI-18.01.1839.1 din data de 30.01.2018 - Eliberat de ICECON SA;

- Agrement Tehnic nr. 001SB-07/005-2015 - Elaborat de INCD „URBAN-INCERC” Sucursala INCERC Bucureşti - Eliberat de Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice - Consiliul Tehnic Permanent Pentru Construcţii;

- Declaraţie de Performanţă conform Regulamentului referitor la Produsele pentru Construcţii nr. 305/2011 LE-nr./dop-nr. 100/2 - Emis de M. …. mbH (Engleză+traducere legalizată);

Verificând informațiile cuprinse în aceste documente rezultă îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini, așa cum a fost modificată prin Clarificarea nr.1.

În acest sens, Consiliul constată că din Raportul de încercare nr. RI-18.01.1839.1 rezultă că încercările solicitate au fost realizare *„Conform SR EN 1436+A1:2009, SR EN 13197+A1:2014”.*

În ceea ce privește testarea pentru 2.000.000 de treceri, și sub acest aspect cerința este îndeplinită, Consiliul reținând că în același Raport de încercări, la punctul 7, este menționat *„Condiții de încercare:*

Volumul de trafic prestabilit pentru film de 600 µm – treceri de roată 2.098.235, Clasa de rulaj P6".

De asemenea, Consiliul constată că la punctul 9 „Rezultatele încercărilor:" al Raportului de încercări, sub formă de tabel se regăsesc rezultatele, respectiv informațiile din care rezultă că este îndeplinită cerința potrivit căreia *„Valorile minime acceptate ale coeficienților de retroreflexie (RL) pe timp uscat și umed, coeficiantul de luminanță sub iluminare difuză, clasa de aderență, rezistența la uzură, vor fi: RL>200(R4), RL>50(RW3), Qd≥160(Q4), SRT≥45(S1), rezistența la uzură>85%, clasa de rulaj P6".*

Prin urmare, față de cele constatate din documentele depuse de către ofertantul SC ...SRL rezultă că cerințele minime stabilite de către autoritatea contractantă prin caietul de sarcini sunt îndeplinite, situație în care criticile se dovedesc nefondate.

Tot nefondată se dovedește și critica potrivit căreia rapoartele de încercare ar fi trebuit să fie efectuate de către un laborator autorizat.

În acest sens, Consiliul constată că Raportul de încercare nr. RI-18.01.1839.1 din data de 30.01.2018 este emis de către ICECON SA – Departamentul încercări de Laborator și în „Situ" ICECON TEST, laboraror care potrivit Ordinului nr. 5541/2018 privind desemnarea organismului de evaluare şi verificare a constanţei performanţei produselor pentru construcţii Laboratorul ICECON TEST aparţinând Institutului de Cercetări pentru Echipamente şi Tehnologii în Construcţii - ICECON - S.A. în vederea notificării la Comisia Europeană pentru realizarea funcţiei specifice de laborator de încercări a produselor pentru construcţii, este acreditat și evaluat de Asociaţia de Acreditare din România – RENAR.

O ultimă critică a contestatoarei se referă la prețul ofertat, preț care în opinia sa, este un preț neobișnuit de scăzut ce reprezintă 67% din valoarea estimată a contractului. Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă era obligată să solicite ofertantului inclusiv documente în scopul verificării caracterului real al prețului ofertat.

Analizând criticile aduse de către contestatoare cu privire la prețul neobișnuit de scăzut ofertat de către SC ...SA, respectiv 67% din valoarea estimată a acordului-cadru, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„În cazul unei propuneri financiare aparent neobişnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la preţul sau costurile propuse în respectiva ofertă;*

- art. 136 din HG nr. 395/2016 potrivit căruia *„(1) În situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei,*

utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicaţii cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.

(2) Explicaţiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoţite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum şi, după caz, documente privind preţurile ce pot fi obţinute de la furnizori, situaţia stocurilor de materii prime şi materiale, modul de organizare şi metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanţele şi costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informaţiile şi/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă".

Consiliul are în vedere faptul că SC ...SA este producător de vopsele așa cum rezultă din propunerea sa tehnică, informație regăsită, de exemplu, și în Agrementul Tehnic 001SB-07/005-2015.

În această calitate, a solicita o structură de preț și un mod de formare a prețului pentru vopsele este un demers care ar fi excesiv. A verifica prețul de producție al unei fabrici complexe presupune o expertiză contabilă laborioasă, mult disproporționată față de utilitatea ei în contextul procedurii în analiză, a cărui obiect îl constituie *„Achiziția de vopsea de marcaj rutier cu diluant și mocrobile de sticlă".*

Ceea ce este cert, este faptul că din bilanțurile contabile pe anii 2014, 2015, 2016 depuse la dosarul cauzei, rezultă că ofertanta înregistrează profit semnificativ, pe cei trei ani anteriori, fiind cert că valoarea aferentă vopselelor este suficientă pentru a desfășura o activitate economică.

Mai mult decât atât, așa cum susține și intervenienta, legislația în vigoare nu stabilește un prag pentru prețul nejustificat de scăzut iar pargul de 80% invocat de către contestatoare era prevăzut de vechea legislație, iar prețul ofertat în prezenta procedură de atribuire este prețul unui producător și nu a unui furnizor, preț care evident este mai mic cel puțin cu adaosul comercial aplicat de către orice furnizor care ar participa în calitatea de ofertant în prezenta procedură de atribuire.

În acest context, obligația instituită de legiuitor în sarcina autorității contractante de a solicita justificarea prețului neobișnuit de scăzut nu se impune a fi pusă în aplicare întrucât prețul este unul de producător fiind astfel justificată valoarea mai mică a acestuia față de cele existente pe piața de profil, motiv pentru care Consiliul constată că autoritatea contractantă nu era obligată să facă aplicarea dispozițiilor art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale 136 din HG nr. 395/2016, criticile fiind astfel reținute ca nefondate.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de SC ...SRL, motiv pentru care în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către aceasta.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de către SC ...SA, în temieul art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul o va admite având în vedere caracterul fondat al contestației formulată de SC ...SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ...SRL în contradictoriu cu ....

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de SC ...SA.

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

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU, ...

Redactată în 5 exemplare, conţine 29 (douăzecișinouă) pagini.