CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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. „153/28.04.2016”, înregistrată inițial la Consiliu sub nr. 16395/02.05.2017 și reînregistrată sub nr. 42399/09.10.2017, precizată prin adresa nr. 562/19.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 44285/19.10.2017 și prin adresa nr. 705/06.02.2018, comunicată prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 5106/07.02.2018, ce face obiectul dosarului nr. 4627/2017 disjuns din dosarul 1402/2017 prin Încheierea nr. 665/..../1402/19.12.2017, SC ....SRL, în calitate de lider al asocierii SC ....SRL – SC ....SRL, cu sediul în municipiul ...., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de administrator ...., a contestat adresa nr. 23225/04.04.2017 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii aferent **lotului 2 - DRDP ....,** emisă în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, offline, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de «Marcaje rutiere executate în strat subțire» pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale”, Lot 2 - DRDP ...., cod CPV 45233221-4 (Rev.2), organizată de ....SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ...și a solicitat Consiliului:

i) să constate că, în mod netemeinic, comisia de evaluare i-a respins oferta depusă pentru lotul nr. 2 DRDP ...., în condițiile în care s-a făcut dovada faptului că propunerea tehnică corespunde cerințelor minime stabilite prin documentația de atribuire;

ii) să constatate că, în mod netemeinic, comisia de evaluare a stabilit câștigătoare oferta depusă de ....pentru lotul nr. 2 DRDP ...., în contextul în care ofertantul nu a furnizat explicații și documente edificatoare prin care să facă dovada că prețurile ofertate sunt unele justificate;

iii) să constatate că oferta depusă de ....pentru lotul nr. 2 DRDP .... nu satisface, în mod corespunzător, cerințele documentației de atribuire, în contextul în care ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională;

iv) să constatate că membrii comisiei de evaluare nu au manifestat rol activ și nu au solicitat clarificări cu privire la aspecte ce pot fi asimilate dispozițiilor art. 181 lit. e) din OUG nr. 34/2006;

v) să constatate faptul că oferta depusă de ....în cadrul Lotului nr. 2 - DRDP .... trebuia respinsă din procedura de atribuire întrucât, Ministerul Transporturilor are calitatea de acționar atât la terțul susținător ..... cât la autoritatea contractantă, existând un conflict de interese ce trebuie verificat şi înlăturat de comisia de evaluare;

vi) pe cale de consecință, să revoce adresa nr. 23225/04.04.2017, Raportul procedurii de atribuire și toate actele subsecvente în partea care privește deciziile referitoare la modul de evaluare a ofertei depusă de SC ....SA pentru lotul nr. 2;

vii) să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și a celei depusă de SC ....SA pentru lotul nr. 2 cu respectarea întocmai a cerințelor stabilite prin documentația de atribuire;

viii)accesul la dosarul achiziției publice;

ix) depunerea de concluzii scrise.

SC ....SA, cu sediul în ...., județul Bacău, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de director general ...., a depus cererea de intervenție nr. 1105/15.05.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 18825/15.05.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 18952/16.05.2017, în cauza ce face obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de SC ....SRL, „în cazul în care Consiliul respinge contestația SC ....SRL privind ofertele acesteia /.../ respingerea, ca lipsită de interes, a contestației împotriva soluției autorității contractante” prin care oferta SC ....SA a fost declarată admisibilă și câștigătoare, „în cazul în care Consiliul găsește întemeiată contestația SC ....SRL privind ofertele acesteia /.../, solicită respingerea, ca nefondată, a contestației împotriva soluției autorității contractante” prin care oferta SC ....SA a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și menținerea ca temeinic și legal a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente, care au stat la baza comunicării rezultatului procedurii prin care SC ....SA este declarată drept câștigătoare.

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

<u>În susținerea contestației sale, contestatoarea SC ....SRL</u> menționează că autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că, în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, oferta sa

depusă pentru lotul nr. 2 , a fost respinsă ca neconformă, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de SC ....SA. Nefiind de acord cu decizia autorității contractante, contestatoarea arată că a formulat notificarea prealabilă nr. 122/13.04.2017, prin care a solicitat autorității să dispună măsuri de remediere constând în reevaluarea ofertei depusă de SC ....SA, constatarea caracterului inacceptabil și neconform al acesteia și, implicit, respingerea ofertei din procedură.

Contestatoarea precizează că, decizia comisiei de evaluare de a proceda la respingerea ofertei sale, este nelegală, făcând în acest sens trimitere la cap. 3 din caietul de sarcini, respectiv art. 3.1 „Tipuri de produse de marcare rutieră”, prin care autoritatea contractantă a solicitat indicarea, în propunerea tehnică, a materialelor pentru fiecare dintre cele trei categorii/tipuri de produse, respectiv: Vopsea pe bază de solvent organic de culoare albă sau galbenă; Vopsea pe bază de solvent apă (ecologică) de culoare albă; Produse de pulverizare - microbile de sticlă, granule antiderapante.

Contestatoarea face precizarea că în cadrul ofertei a prezentat vopseaua pe bază de solvent organic Swarcomark SV 200, pentru care a transmis toate documentele solicitate de autoritatea contractantă, asigurând astfel conformitatea acestui produs cu specificitatea contractului, suplimentar, indicând alte 3 tipuri de vopseluri care ar putea fi, la nevoie, utilizate pentru execuția lucrărilor.

Deși a probat îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini, contestatoarea arată că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări referitoare la prezentarea „modalității concrete de îndeplinire a cerințelor minime din caietul de sarcini, buletine de analiză și/sau rapoarte de încercare rezultate în urma testelor efectuate de laboratoare autorizate pentru produsul de marcare rutieră vopsea pe bază de solvent organic Deko Professional /.../”, societatea sa reiterând ceea ce prezentase deja în cadrul ofertei.

Mai mult, contestatoarea consideră că, în contextul în care vopseaua Deko Professional a fost indicată doar ca un produs de rezervă, rezultă că evaluarea ofertei sale trebuia realizată prin raportare exclusivă la produsul principal Swarcomark SV 200, de altfel și propunerea financiară fiind elaborată cu luarea în considerare a prețurilor acestui material.

Astfel, contestatoarea concluzionează că, de vreme ce a indicat prin ofertă, dar și ulterior, în urma solicitării de clarificări, că vopseaua ofertată este Swarcomark SV 200, respingerea ca neconformă a ofertei sale raportată la un alt tip de vopsea este nelegală și încalcă principiul disponibilității.

În continuare, SC ....SRL apreciază că decizia de a reține admisibilitatea și conformitatea propunerii financiară prezentată de SC ....SA pentru lotul nr. 2, este netemeinică și nelegală, în contextul în care ofertantul nu a furnizat documente și explicații edificatoare prin care să demonstreze că prețurile ofertate nu sunt neobișnuit de scăzute. În acest sens, se face trimitere la prevederile art. 202 alin. (1)

și (1^1) din OUG nr. 34/2006 și cele ale art. 36^1 alin. (2), (3) și (4) și art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 și se arată, de asemenea, că valoarea estimată a acordului – cadru, pentru lotul nr. 2 este de 23.963.450,40 lei, fără TVA, iar prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 23225/04.04.2017, s-a menționat că valoarea propunerii financiară prezentată de SC ....SA, pentru lotul nr. 2 este de 15.813.294,34 lei, fără TVA, reprezentând aproximativ 65% din valoarea estimată, prin urmare, comisia de evaluare avea obligația de a solicita ofertantului clarificări prin care acesta trebuia să prezinte explicații și documente edificatoare privind elementele de cost incluse în cadrul propunerii financiare, astfel încât acesta să răstoarne prezumția prețului aparent neobișnuit de scăzut ofertat.

Astfel, contestatoarea critică faptul că SC ....SA nu avea posibilitatea de a cuprinde în prețul ofertat toate acele cheltuieli necesare execuției cantităților maxime de lucrări prevăzute în documentația de atribuire. În acest sens, contestatoarea exemplifică cerințele din caietul de sarcini, în care se face precizarea că, în valoarea totală a ofertei, era obligatorie includerea unui procent de 8% doar pentru transportul echipajelor de execuție a marcajelor pe alte DRDP-uri, prin urmare, valoarea reală a propunerii financiare a SC ....SA și în conținutul căreia trebuiau incluse toate costurile necesare execuției cantităților de lucrări, este, pentru lotul nr. 2, de aproximativ 14.548.230 lei, fără TVA, de unde rezultă, în opinia acesteia, că ponderea costurilor cu materialele și manoperă în prețul ofertat pentru lotul nr. 2 este foarte mare, făcând astfel imposibilă acoperirea tuturor celorlalte cheltuieli necesare executării contractului.

Contestatoarea învederează că pentru determinarea costului unitar al unui metru pătrat (mp) de marcaj, în calculele efectuate, societatea sa „nu a luat în considerare” costuri, precum cheltuielile cu utilajele, cheltuielile cu transportul utilajelor și materialelor la locul de punere în operă, cheltuielile indirecte și cota de profit, utilizând doar date certe care pot fi probate cu documente edificatoare prin care a dorit să arate autorității contractate faptul că SC ....SA a inclus în conținutul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu sunt justificate ori nu a inclus costuri obligatorii pentru ducerea la îndeplinire a obligațiilor asumate.

Contestatoarea admite faptul că SC ....SA are și calitatea de producător al materialelor pe care le va pune în operă, însă această împrejurare nu poate justifica costurile extrem de scăzute ofertate, situație care poate fi asimilată inclusiv ipotezei de lucru prevăzută de art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 395/2006, de altfel, contestatoarea având convingerea că ofertantul nu a prezentat, în răspunsul de justificare a prețului, acele documente edificatoare prin care să facă dovada costurilor de producție pentru cantitățile de materiale ce urmează a fi puse în operă din care să rezulte prețurile la materiile prime folosite, ponderile acestora în cadrul produsului finit și nici costurile implicate de procesul de producție vizând resursele tehnice și

umane utilizate în acest scop și nici costurile de transport raportate la locurile de punere în operă a materialelor de marcaj rutier, la cantitățile de materiale care vor trebui livrate, respectiv la graficul de livrare al produselor.

Ca urmare a solicitării sale de acces la sediul autorității contractante la documentele achiziției, societatea contestatoare precizează că autoritatea contractantă nu i-a pus la dispoziție informațiile furnizate de SC ....SA pentru justificarea prețului ofertat, ceea ce creează prezumția de adevăr cu privire la criticile sale, respectiv faptul că analiza modului de fundamentare a prețului s-a realizat „cu prea mare ușurință (practică evidențiată constant de Consiliu în marea majoritate a deciziilor pronunțate în spețe similare)".

De aceea, ținând seama că, potrivit dispozițiilor art. 213 alin. (1) lit. i) din OUG nr. 34/2006, solicitările de clarificări, precum și răspunsurile primite de autoritatea contractantă, fac parte obligatoriu din dosarului achiziției publice care, potrivit art. 215 alin. (1) are caracter de document public, SC ....SRL solicită Consiliului accesul la aceste informații fundamentale pentru corecta soluționare a criticilor sale.

Pe de altă parte, după studiul dosarului achiziției la Consiliu, contestatoarea arată că SC ....SA va dispune de un număr important de utilaje necesare execuției lucrărilor în baza unor convenții de închiriere. De asemenea, contestatoarea observă că în toate contractele de închiriere se stabilește că în sarcina SC ....SA intră și efectuarea unor alte cheltuieli în legătură cu utilajele închiriate, iar dacă autoritatea contractantă ar fi procedat la o analiză atentă a justificărilor furnizate de aceasta, ar fi constatat că ofertantul a omis să clarifice mai multe aspecte esențiale, iar concluzia potrivit căreia prețurile ofertate ar fi unele justificate, nu are niciun fundament.

În acest sens, SC ....SRL invocă dispozițiile art. 1660 alin. (2) din codul civil, respectiv cele ale art. 2 alin. (1) din Legea nr. 11/1991 și cele ale art. 17 din OG nr. 99/2000, invocând, de asemenea, și practica CNSC.

Având în vedere cele mai sus precizate, contestatoarea concluzionează că decizia comisiei de evaluare de a stabili oferta SC ....SA ca fiind câștigătoare, este nelegală și se întemeiază pe o analiză superficială, atât a explicațiilor, cât și a documentelor prezentate, în speță fiind incidente dispozițiile art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 raportate la dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. f) și ale art. 36 alin. (2) lit. c) din același act normativ.

O altă critică a contestatoarei vizează faptul că SC ....SA nu a făcut dovada capacității tehnice necesare pentru îndeplinirea contractelor aferente lotului 2, mai ales că autoritatea contractantă a precizat explicit, prin răspunsurile de clarificare, că în procesul de evaluare a ofertelor se va verifica îndeplinirea cerințelor de calificare referitoare la utilaje pentru a se asigura că ofertanții își vor îndeplini obligațiile contractuale.

Contestatoarea observă că SC ....SA, în oferta depusă, urmează să dispună de mai multe utilaje în baza încheierii unor contracte de închiriere, prin urmare, potrivit cerințelor din documentația de atribuire, dreptul de folosință asupra utilajelor trebuia dovedit pentru întreaga durată de implementare a celui mai mare contract subsecvent. Se mai arată că autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări ofertantului referitor la modul în care acesta înțelege să facă dovada capacității tehnice execuției contractului.

Astfel, în cadrul ofertei depuse de SC ....SA, a fost identificat un contract de închiriere cu societatea ....SRL. Pe de altă parte, la solicitarea contestatoarei de a prezenta o ofertă de preț pentru închirierea unor utilaje, ...SRL i-a recomandat să apeleze la varianta încheierii unui „contract de leasing" întrucât, raportat la specificitatea utilajelor necesare execuției lucrărilor ce fac obiectul procedurii, încheierea unui contract de închiriere pentru o perioadă așa mare de timp nu este fezabilă. Așadar, rezultă că este nespecific ca o societate să închirieze aceste utilaje pe o perioadă de minimum 3 ani, iar în aceste condiții, autoritatea contractantă trebuia să verifice modul în care ofertantul va dispune de utilajele solicitate.

Contestatoarea observă că, în susținerea tuturor contractelor de închiriere încheiate cu societăți românești, SC ....SA a prezentat documente prin care se face dovada că acestea dispun de utilajele indicate în cadrul contractelor respective, în schimb, fără nicio justificare, contractele de închiriere încheiate cu ....și ....A/S nu sunt însoțite de vreo dovadă care să ateste că, într-adevăr, locatorii dețin respectivele utilaje.

De aceea, SC ....SRL apreciază că decizia autorității de a reține îndeplinirea acestui criteriu de calificare este netemeinică și nelegală în condițiile în care SC ....SA nu a făcut dovada certă că deține capacitatea tehnică necesară pentru execuția celor mai mari contracte subsecvente pe întreaga durată de derulare a acestora și de a rezolva eventualele dificultăți incidente pe parcursul execuției, în conformitate cu prevederile art. 7 din HG nr. 925/2006.

O altă constatare a SC ....SRL este faptul că SC ....SA nu a făcut dovada capacității profesionale necesare pentru îndeplinirea contractelor aferente lotului 2, respectiv nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor de calificare pentru experții cheie solicitați în cadrul documentației de atribuire. Astfel, s-a constatat că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada că experții propuși pentru a ocupa pozițiile cheie solicitate prin cerințele de calificare au calitatea de persoane care participă constant la activitățile economice ale ofertantului și că ocupă posturi/poziții în structura organizatorică. Contestatoarea mai arată, în ceea ce privește îndeplinirea cerințelor privind personalul necesar execuţiei contractului aferent lotului nr. 2, că ....a prezentat în ofertă un Angajament de susţinere tehnică din partea .... S.A. prin care această societate se obligă să pună la dispoziţia ofertantului ....personalul necesar îndeplinirii contractului. Astfel, terţul ...

menţionează că persoanele la care se referă angajamentul sunt dl. ....propus pentru a ocupa poziţia de Manager de proiect şi dl. ....propus pentru a ocupa poziţia de Inginer.

Contestatoarea critică faptul că autoritatea contractantă nu a procedat la solicitarea unor clarificări, pentru a se asigura că expertul ....inclus în cadrul echipei de proiect ce urmează a executa lucrările ce fac obiectul Lotului nr. 2, îndeplinește cerința privind experiența dobândită în execuția marcajelor rutiere, deși în documentele prezentate au fost incluse informații contradictorii.

Astfel, contestatoarea susține că, în cadrul recomandărilor se precizează că dl. ....a participat, în perioada februarie 2011 - noiembrie 2013, în cadrul proiectului având ca obiect execuția de lucrări pentru „DJ Baia Sprie - Ocna Șugatag - Călinești Bârsana”. Pe de altă parte, în cadrul CV-ului se precizează că implicarea expertului s-a realizat până în luna octombrie, iar din luna noiembrie era deja angajat al ... .

O altă critică formulată de contestatoare se referă la faptul că autoritatea contractantă nu a clarificat situația juridică a SC ....SA cu privire la împrejurarea dacă este întreprindere autonomă sau este întreprindere legată. Față de acest aspect contestatoarea solicită Consiliului să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor prezentate, sub aspectul încadrării SC ....SA în categoria întreprinderilor legate şi a implicațiilor acestui statut asupra celorlalte documente ale ofertei, inclusiv asupra cuantumului garanției de participare.

Contestatoarea susține, totodată, că oferta ....trebuia respinsă din procedura de atribuire aferentă Lotului nr. 2 - DRDP .... întrucât a apelat la susținerea acordată de o societate care este într-un evident conflict de interese cu autoritatea contractantă și anume: pentru a face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare referitoare la capacitatea profesională, ...a apelat la susținerea acordată de operatorul economic .... S.A, în cadrul căruia Ministerul Transporturilor este acționar, așa cum rezultă din Certificatul Constatator nr. 66184/06.09.2016.

În acest context, contestatoarea susține că, în temeiul art. 66 și următoarele din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă avea obligația de verificare, prin solicitarea de clarificări şi luarea tuturor măsurilor pentru evitarea acestui conflict. Or, din consultarea dosarului achiziției, contestatoarea nu a identificat niciun fel de documente din care să rezulte că au fost solicitate clarificări sub acest aspect, cu atât mai puțin nu a regăsit vreo măsură luată de autoritate pentru evitarea acestui conflict ivit prin însăși depunerea ofertei prin susținerea din partea unui terț aflat în conflict de interese cu autoritatea contractantă.

În concluzie, contestatoarea a solicitat Consiliului să-i admită contestația și să dispună măsuri de remediere constând în anularea Raportului procedurii de atribuire şi a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii în ceea ce privește evaluarea ofertelor depuse de ....S.R.L. în cadrul Lotului nr. 2

precum şi obligarea autorității contractante la reevaluarea acestei oferte.

Contestatoarea SC ....SRL a mai solicitat Consiliului accesul la dosarul cauzei.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ....SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 16947/1402 ..../04.05.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei SC ....SRL dovada comunicării, către autoritatea contractantă, a notificării prealabile nr. 122/13.04.2017 și copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menționarea datei primirii lui, dovada asocierii încheiată între SC ....SRL și SC ....SRL și acordul celui din urmă privind depunerea contestației la Consiliu, precum și dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la CNSC, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Totodată, Consiliul a înștiințat contestatoarea cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 170/05.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 17398/08.05.2017, SC ....SRL a răspuns solicitării Consiliului din adresa nr. 16947/1402 ..../04.05.2017, depunând documentele solicitate.

Prin adresa nr. 16938/1382/1392/1393/1402 .... din 04.05.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante înaintarea documentelor necesare soluționării contestațiilor. Dosarul 4627/2017 privind Lotul nr. 2, a fost disjuns din dosarul nr. 1402/2017 prin Încheierea nr. 665/..../1402/19.12.2017, astfel încât, Punctul de vedere nr. 13/4694/08.05.2017 al comisiei de evaluare, înregistrat de Consiliu sub nr. 18379/11.05.2017, referitor la contestația formulată de SC ....SRL se referă și la lotul nr. 2 ce face obiectul cauzei.

În ceea ce privește solicitarea autoarei contestației de la pct. i), comisia de evaluare arată că SC ....SRL a prezentat produse utilizate pentru realizarea marcajelor, pe bază de solvent organic DEKO PROFESSIONAL; pe bază de solvent organic tip Swarcomark SV 200; pe bază de solvent organic culoare albă tip Swarcomark SV 330; pe bază de solvent organic culoare albă tip Limboroute K 835; vopsea ecologică pe bază de solvent apă culoare albă tip Swarcomark SV 100, respectiv Certificat de examinare a unui sistem de marcaj cu testare rotativă BaSt (RPA) numărul de încercare: 2007 1DS 06.06.

Se arată că au fost solicitate clarificări prin adresa nr. 92/73066/11.11.2016, ofertantul răspunzând prin adresa nr. 389/16.11.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 76979/21.11.2016 și s-a constatat că autoarea contestației a prezentat certificat de examinare a unui sistem de marcaj cu testare rotativă BASt (RPA) numărul de încercare: 2007 IDS 06.06, care este menționat în cap. 2.1. Domenii acceptate de utilizare în construcții din Agrementul Tehnic nr. 004-07/1402-2014, pentru Deko Professional. În acest sens, se face trimitere la pct. a) și b) din art. 18. cap III - Alcătuirea dosarului preliminar de agrement tehnic, din Anexa nr. 1 la Ordinul MTCT nr.

1889 din 15.10.2004 - procedura de agrement tehnic pentru produse, procedee și echipamente noi în construcții P.A.T. 1 – 2004.

Urmare a celor mai sus menționate, comisia de evaluare arată că SC ....SRL a prezentat Agrementul Tehnic nr. 004-07/1402 - 2014, pentru Deko Professional la Domenii acceptate de utilizare în construcții, conform certificatului BASt Germania, ale cărui proprietăți tehnice: S1, R2, RW3, Q5, T2 nu corespund cu valorile minime acceptate conform cerințelor minime din caietul de sarcini.

Cu privire la solicitarea de la pct. ii), comisia de evaluare face precizarea că a cerut clarificări SC ....SA, prin adresa nr. 92/73067/11.11.2016, referitoare la justificări privind modul de fundamentare a prețului ofertei, ofertantul răspunzând prin adresa nr. 2779/18.11.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 76925/21.11.2016.

În urma analizării și verificării documentelor privind propunerea financiară, respectiv a răspunsului la clarificări, comisia de evaluare a constat că ofertantul SC ....SA a răspuns concludent, prezentând justificări edificatoare în ceea ce privește cheltuielile cu materialele, manopera, utilajele, transportul, cheltuieli indirecte.

Comisia de evaluare menționează că a permis accesul la dosarul achiziției în limitele legislației în materia achizițiilor publice, respectiv cu respectarea art. 215 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, se face precizarea că societatea contestatoare a fost informată despre faptul că SC ....SA a depus Formularul 22, în care se menționează că următoarele părți din propunerea tehnică/financiară au caracter confidențial și/sau sunt clasificate și/sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală: propunere financiară – integral; propunere tehnică - integral.

În ceea ce privește solicitarea de la punctul iii), comisia de evaluare menționează că în urma analizării și verificării documentelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date, respectiv capacitatea tehnică – cerința nr. 2 a ofertantului SC ....SA, a constat că ofertantul îndeplinește cerința nr. 2, impusă la pct. III.2.3.a) din fișa de date. Au fost solicitate clarificări prin adresa nr. 92/66024/05.10.2016, pentru ...., respectiv documente edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare. SC ....SA a răspuns prin adresa nr. 2319/14.10.2016, înregistrată la CNAIR sub nr. 66378/17.10.2016, prezentând o serie de documente pentru ...., comisia de evaluare constatând că ofertantul îndeplinește cerințele 3, impuse la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei, de la punctul iv), cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea atribuțiilor de către comisia de evaluare, aceasta subliniază că și-a îndeplinit în totalitate atribuțiile în conformitate cu prevederile legale.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei, de la punctul v), autoritatea contractantă arată că, ofertantul S.C. ....&.... S.A a prezentat Formularul nr. 18 - Angajament privind susținerea

tehnică/experiența similară a ofertantului și anexele aferente acestuia (după caz), semnate de către reprezentantul legal al terțului susținător și ștampilate, precum și certificatele/documentele edificatoare solicitate, proporțional cu susținerea acordată, respectiv Angajament privind susținerea tehnică - .... SA pentru manager de proiect în persoana domnului ....și pentru inginer .....

Ofertantul S.C. ....&.... S.A a prezentat Anexa nr.2 la Formularul nr. 18 - Angajament privind susținerea tehnică - .... SA, pentru manager de proiect ..... Ca terț susținător .... SA a prezentat Certificat Constatator nr. 59296/02.08.2016, emis de către O.N.R.C ..... În urma analizării şi verificării documentelor privind pct.III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, comisia de evaluare a considerat că au fost respectate art. 66-69, SECŢIUNEA a 8-a Reguli de evitare a conflictului de interese, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii.

Prin urmare, în opinia autorității contractante, critica formulată de contestatarul S.C. ....S.R.L (ofertant Asocierea S.C. ....S.R.L.-. S.C. ....S.R.L) este neîntemeiată, iar oferta depusă de S.C. ....&.... S.A a fost declarată admisibilă în conformitate cu prevederile legale în materia achizițiilor publice.

Având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare consideră contestația formulată de SC ....SRL (ofertant Asocierea S.C. ....S.R.L.-S.C. ....S.R.L.), ca fiind nefondată și solicită respingerea acesteia ca nefondată, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și continuarea procedurii de atribuire.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 1105/15.05.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 18825/15.05.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 18952/16.05.2017, în cauza ce face obiectul contestației formulată de SC ....SRL (dosar nr. 4627/2017), formulată de SC ....SA, prin care a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de SC ....SRL, „în cazul în care Consiliul respinge contestația SC ....SRL privind ofertele acesteia /.../ respingerea, ca lipsită de interes, a contestației împotriva soluției autorității contractante” prin care oferta SC ....SA a fost declarată admisibilă și câștigătoare, „în cazul în care Consiliul găsește întemeiată contestația SC ....SRL privind ofertele acesteia /.../ respingerea, ca nefondată, a contestației împotriva soluției autorității contractante” prin care oferta SC ....SA a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și menținerea ca temeinic și legal a raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente, care au stat la baza comunicării rezultatului procedurii prin care SC ....SA este declarată drept câștigătoare.

Referitor la obiectul contestației formulată de SC ....SRL, constând în anularea deciziei autorității contractante prin care ofertele contestatoarei au fost declarate inacceptabile și neconforme,

intervenienta arată că autoarea contestației, fără a fi obligată de documentația de atribuire, a ales să propună un număr de 4 tipuri de vopsea pe bază de solvent organic, respectiv: Swarcomark SV 200, Deko Professional, Swarcomark SV 330 și Limboroute K835.

Cele 4 tipuri de vopsea sunt fabricate de către diferiți producători din Europa și au performanțe, caracteristici și mai ales prețuri diferite. Dincolo de „grija” pe care o poartă producătorului Swarco, care s-ar putea afla într-o zi în imposibilitatea producerii unuia dintre tipurile de vopsea ofertate de către SC ....SRL, contestatoarea s-a asigurat de faptul că odată ofertate prin propunerea tehnică ce va fi anexă la contractul de achiziție publică, cele 4 tipuri de vopsea vor putea fi aplicate în funcție de propria voință, autoritatea contractantă neputând refuza un produs ce face parte din oferta ce a fost declarată conformă și câștigătoare.

Referitor la solicitarea contestatoarei de anulare a deciziei autorității contractante prin care ofertele SC ....SA au fost declarate admisibile și câștigătoare, intervenienta face precizarea că există interdicția de a formula motive noi pe calea contestației și mai mult pe calea concluziilor scrise în fața Consiliului.

SC ....SA precizează că este singurul operator economic român care produce întreaga gamă de materiale utilizate la realizarea marcajelor rutiere și nu a primit niciodată un Certificat constatator negativ, lucru care confirmă calitatea execuției marcajelor rutiere, calitate obținută la prețuri competitive. De asemenea, se precizează că societatea sa este deținătoarea următoarelor agremente tehnice pentru vopsele de marcaje rutiere: AT016-07/188-2016, AT016-07/187-2016; AT016-07/165-2015; AT016-07/157-2014; AT016-07/166-2015 și AT016-07/140-2014.

Intervenienta nu este de acord cu afirmația contestatoarei în ceea ce privește faptul că oferta SC ....SA ar cuprinde prețuri care „nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate”. Prețurile la materiale astfel cum au fost acestea justificate către autoritatea contractantă sunt similare cu cele avute în vedere de societatea sa la executarea acordurilor-cadru derulate anterior în relație cu CNAIR, iar ele au o pondere semnificativă în prețul ofertat.

În ceea ce privește afirmațiile contestatoarei conform cărora societatea sa nu ar fi inclus în propunerea financiară toate costurile aferente lucrărilor de execuție marcaj rutier, intervenienta consideră că acestea sunt afirmații neadevărate, nefondate și nesusținute de probe.

În ceea ce privește critica autoarei contestației legată de criteriile de calificare, intervenienta precizează că a prezentat contracte de închiriere semnate și în vigoare, din care rezultă fără echivoc că are capacitatea și intenția reală de a executa în totalitate acordurile-cadru pentru care a depus oferte.

Intervenienta subliniază faptul că formularele 18 din fișa de date a achiziției respectă art. 111 alin. (3) din HG nr. 925/2006, iar pentru

lotul nr. 2, societatea sa nu a beneficiat de susținerea vreunui terț și nu a depus formularul 18 completat.

În final, intervenienta SC ....SA solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresele nr. 19109/1402 ..../16.05.2017 și respectiv nr. 19110/1402 ..../16.05.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei SC ....SRL și respectiv autorității contractante susțineri față de conținutul cererii de intervenție nr. 1105/15.05.2017.

Prin adresa de înaintare nr. 200/18.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 19585/18.05.2017, SC ....SRL a transmis adresa nr. 193/17.05.2017 reprezentând concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere al comisiei de evaluare a ofertelor, respectiv a cererii de intervenție formulată de SC ....SA și ca urmare a studiului dosarului achiziției la CNSC.

În ceea ce privește excepția lipsei interesului promovării contestației, invocată de intervenientă, contestatoarea consideră că, în ipoteza în care contestația va fi admisă și se va decide anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei sale, atunci aceasta va fi declarată câștigătoare.

Contestatoarea observă că în punctul de vedere, autoritatea contractantă omite să menționeze faptul că principalul tip de vopsea ofertat este Swarcomark SV 200, care a intrat și în calculul prețului ofertat de societatea sa.

Contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă nu i-a pus la dispoziție informațiile furnizate de SC ....SA pentru justificarea prețului.

În continuare, contestatoarea reiterează argumentele din cererea sa introductivă și solicită să se constate că, în mod netemeinic a fost respinsă oferta sa depusă pentru lotul nr. 2, în condițiile în care societatea sa a făcut dovada că propunerea tehnică corespunde cerințelor minime stabilite prin documentația de atribuire.

Contestatoarea precizează că în urma consultării dosarului achiziției la sediul Consiliului, a identificat, în cadrul ofertei depusă de SC ....SA, elemente de natură să demonstreze caracterul fondat al criticilor formulate de societatea sa, în special în ceea ce privește decizia comisiei de evaluare de a reține admisibilitatea și conformitatea propunerii financiare prezentate de ofertantul declarat câștigător pentru lotul nr. 2 , în contextul care respectivul ofertant nu a furnizat explicații și documente edificatoare prin care să facă dovada că prețurile ofertate sunt unele justificate, ceea ce, mai departe, impune respingerea ofertei ca inacceptabilă și neconformă, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. f), art. 36 alin. (2) lit. c) și art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Totodată, contestatoarea învederează că își păstrează toate motivele din cuprinsul contestației, astfel cum au fost formulate, precum și toate susținerile din concluziile scrise depuse.

Prin adresa nr. 2947/4627 ..../22.01.2018, Consiliul a informat autoritatea contractantă cu privire la faptul că din verificările efectuate pe portalul instanțelor de judecată, reiese că, în dosarul nr. 15758/3/2017, Tribunalul București - Secția a II-a Contencios

Administrativ și Fiscal, s-a pronunțat prin Hotărârea din 21.12.2017, anulând ca netimbrată cererea formulată de ....împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 92/23221/30.03.2017 aferent lotului 2 al procedurii de atribuire ce face obiectul cauzei și a solicitat documentele necesare, în vederea soluționării contestației referitoare la Lotul nr. 2, formulată de SC ....SRL, care formează obiectul dosarului nr. 4627/2017.

Având în vedere faptul că prin Încheierea nr. 665/..../1402/19.12.2017, Consiliul a disjuns cauza care formează obiectul dosarului nr. 4627/2017, din dosarul 1402/2017, în vederea soluționării contestației formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent lotului nr. 2, prin adresa nr. 4988/4627 ..../06.02.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei SC ....SRL, să precizeze, punctual, capetele de cerere și criticile formulate exclusiv cu privire la lotul nr. 2, având în vedere modul în care acestea sunt numerotate sub formă de paragrafe – de la i) la ix) și, respectiv de la (1) la (181) în contestația nr. 156/28.04.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 16395/02.05.2017, reînregistrată sub nr. 54185/19.12.2017.

Prin adresa nr. 705/06.02.2018, comunicată prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 5106/07.02.2018, contestatoarea SC ....SRL a răspuns solicitării Consiliului nr. 4988/4627 ..../06.02.2018, precizând că, pentru lotul nr. 2, capetele de cerere și criticile formulate sunt cele prevăzute la:

- paragrafele de la i) la ix);
- paragrafele de la 1 la 54;
- paragrafele de la 57 la 101;
- punctul 3.3 paragrafele de la 102 la 141;
- punctul 3.4 paragrafele de la 162 la 169;
- punctul 3.5 paragrafele de la 170 la 181 și până la sfârșitul contestației.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Având în vedere „Declarațiile privind partea/părțile din propunerea tehnică și/sau propunerea financiară care au caracter confidențial, sunt clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”, depuse de către SC ....SRL și de către asociatul SC ....SRL, datate la 04.07.2016, respectiv la 06.07.2016, pentru Lotul 2, prin care s-au declarat ca fiind strict confidențiale „propunerea tehnică – integral, propunerea financiară – integral”, Consiliul, prin adresa nr. 18649/1402 ..../12.05.2017, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei asocierea SC ....SRL – SC ....SRL să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere „Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și/sau propunerea financiară care au caracter confidențial, sunt clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”,

datată la 08.07.2016, depusă în cadrul procedurii de atribuire, prin care SC ....SA a declarat ca fiind strict confidențiale „propunerea tehnică – integral, propunerea financiară – integral”, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 18650/1382 ..../12.05.2017, Consiliul a solicitat SC ....SA să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea SC ....SRL (dosar nr. 1402/2017) a răspuns la solicitarea CNSC nr. 18649/1402 ..../12.05.2017, prin adresa nr. 184/15.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 18803/15.05.2017, prin care a învederat faptul că în conformitate cu Formularul nr. 22 depus la documentațiile procedurii de achiziție atât în cadrul propunerii financiare, cât și în cadrul propunerii tehnice, își menține poziția ca fiind confidențiale orice informații, după cum urmează: Propunerea Financiară în totalitatea ei; Propunerea Tehnică în totalitatea ei; Toate solicitările de clarificare și răspunsurile aferente acestora, ce au legătură cu propunerile financiare și tehnice ale documentațiilor.

Contestatoarea menționează că, în conformitate cu dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016, nu își exprimă un eventual acord cu privire la consultarea propunerii tehnice și financiare de către alți ofertanți și nici a solicitărilor de clarificare sau a răspunsurilor aferente întrucât, pe această cale, ar fi afectat secretul comercial, punerea la dispoziția societăților competitoare a unor informații cu privire la modelele de echipamente, la prețurile negociate cu furnizorii cât și a prețurilor ofertate în cadrul procedurii de achiziție, afectând în mod grav interesele comerciale ale societății sale prin divulgarea secretului comercial. Astfel, contestatoarea susține că, odată luate la cunoștință asemenea informații de către competitorii săi, aceștia vor dobândi un avantaj evident în privința elaborării și depunerii ofertelor în cadrul unor proceduri de atribuire viitoare cu obiect similar, pe această cale fiind afectate inclusiv principiile tratamentului egal, promovării concurenței între operatorii economici și al asigurării integrității desfășurării procesului de achiziție publică.

În susținerea confidențialității ofertei sale, contestatoarea menționează că în propunerea financiară sunt prețurile cu care participă la mai multe proceduri din domeniul marcajelor rutiere, propunerea financiară fiind secret comercial, deoarece informația nu este cunoscută, în totalitate, de concurență. Contestatoarea susține că prețurile sale sunt rezultatul unor eficientizări permanente și a unor negocieri și colaborări cu furnizorii pe o perioadă îndelungată de timp, iar cunoașterea acestor aspecte duce la cunoașterea politicii sale și implicit induce vulnerabilitatea SC ....SRL în proceduri următoare.

De asemenea, contestatoarea învederează că în cadrul propunerii tehnice sunt procedurile tehnice de execuție pe care le folosește, informații cu privire la sursele materialelor, colaborările cu furnizorii săi incluzând clauza de confidențialitate prin care „părțile sunt obligate să

păstreze confidențialitatea asupra tuturor informațiilor privind clauzele contractuale, prețurile și derularea contractelor, răspunzând civil în cazul încălcării acestor clauze”.

SC ....SA a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 18650/1382 ..../12.05.2017, prin adresa nr. 1102/15.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 18741/15.05.2017, prin care a învederat că dorește să păstreze confidențialitatea propunerii tehnice și a celei financiare, precum și a documentelor care includ prețurile proprii pentru materialele produse de societatea sa și folosite în execuția de lucrări de marcaj rutier, precum și prețurile ofertate societății sale de către producător.

De asemenea, SC ....SA solicită să se păstreze confidențialitatea prețurilor propuse de către societatea sa, precum și a prețurilor de la furnizorii săi, în măsura în care acestea se regăsesc în rapoartele intermediare de evaluare a ofertelor, respectiv oferta furnizorului de microbilă de sticlă ...

În legătură cu prețurile proprii pentru materialele produse de societatea sa, SC ....SA învederează că operatorii economici care au solicitat „acces la dosarul achiziției” sunt foști și potențiali clienți, activând pe piața lucrărilor de marcaj rutier, iar informațiile privind prețul intern reprezintă secret comercial și aducerea la cunoștința acestora ar afecta capacitatea sa de negociere în vederea unor viitoare contracte de furnizare.

În final, SC ....SA invocă practica instanțelor.

Analizând susținerile celor două contestatoare și ale intervenientei, precum și dispozițiile legale incidente în cauză, Consiliul a decis să pună la dispoziția părților care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, toate documentele aflate la dispoziția sa, inclusiv cele declarate confidențiale de părți.

Pentru a decide astfel, Consiliul a făcut aplicabilitatea dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.* ***Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”*** și analizând susținerile părților a constatat că acestea nu pot fi apreciate ca reprezentând mijloace de probă de natură să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor invocate ca atare de cele trei părți.

Astfel, în vederea respectării principiului transparenței stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, și având în vedere prevederile art. 213 alin. (1) lit. i) și art. 215 din ordonanța mai sus

evocată, Consiliul a decis ca toate documentele aflate la dispoziția sa să poată fi studiate de părțile care și-au manifestat dorința de a avea acces la dosarul cauzei.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, offline, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de «Marcaje rutiere executate în strat subțire» pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot 1 - DRDP Timișoara; Lot 2 - DRDP ....; Lot 3 - DRDP Brașov; Lot 4 - DRDP Iași; Lot 5 - DRDP Constanța”, având cod CPV 45233221-4 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../..., stabilind termenul pentru deschiderea ofertelor la 12.07.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” şi o valoare totală estimată, fără TVA, de 154.243.701,36 lei.

Ulterior, prin anunțurile de tip erată nr. 91543/13.07.2016, nr. 91722/19.07.2016 și nr. 92207/05.08.2016, publicate în SEAP, autoritatea contractantă a modificat data deschiderii ofertelor la 19.07.2016, 25.07.2016 și respectiv 24.08.2016.

Procedura de atribuire a fost divizată pe 5 loturi, denumite astfel:

- Lot 1 – „Lucrări de marcaje rutiere executate în strat subțire pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot 1 - DRDP Timișoara”, valoare estimată 41.077.746 lei fără TVA;
- Lot 2 – „Lucrări de marcaje rutiere executate în strat subțire pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot 2 - DRDP ....”, valoare estimată 23.963.450,4 lei fără TVA;
- Lot 3 – „Lucrări de marcaje rutiere executate în strat subțire pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot 3 - DRDP Brașov”, valoare estimată 16.854.264 lei fără TVA;
- Lot 4 – „Lucrări de marcaje rutiere executate în strat subțire pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot 4 - DRDP Iași”, valoare estimată 46.143.432 lei fără TVA;
- Lot 5 – „Lucrări de marcaje rutiere executate în strat subțire pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot 5 - DRDP Constanța”, valoare estimată 26.204.808,96 lei fără TVA.

În luna mai 2017, în prezenta procedură de atribuire au fost formulate mai multe contestații înregistrate la CNSC, după cum urmează:

- Dosar nr. 1382/2017 (contestație formulată de către SC ....SA cu privire la rezultatul procedurii de atribuire aferent Lotului 1);
- Dosar nr. 1392/2017 (contestație formulată de către S.C. ....S.R.L. cu privire la rezultatul procedurii de atribuire aferent Lotului 3);
- Dosar nr. 1393/2017 (contestație formulată de către S.C. ....S.R.L. cu privire la rezultatul procedurii de atribuire aferent Lotului 5);

- Dosar nr. 1402/2017 (contestație formulată de către SC ....SRL cu privire la rezultatul procedurii de atribuire aferent Loturilor 2, 3 și 5.

Prin Încheierea nr. 294/..../1382/1392/1393/1402 din data de 06.06.2017, Consiliul a conexat cele patru dosare și a suspendat soluționarea contestațiilor formulate de SC ....SA – pentru Lotul 1 (dosar nr. 1382/2017), asocierea SC ....SA - SC ....SRL, prin liderul de asociere SC ....SRL– pentru Lotul 3 (dosar nr. 1392/2017), asocierea SC ....SRL – SC ....SRL, prin liderul de asociere SC ....SRL– pentru Lotul 5 (Dosar nr. 1393/2017) și SC ....SRL – pentru Loturile 2, 3 și 5 (dosar nr. 1402/2017), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....SA, până la punerea în aplicare, de către instanța de judecată – Tribunalului București – Secția a-II-a Contencios Administrativ și Fiscal, a dispozițiilor art. 4 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva Încheierii nr. 294/..../1382/1392/1393/1402 din data de 06.06.2017, SC ....SA a formulat plângere la Curtea de Apel ... (dosar nr. 4766/2/2017), în vederea soluționării acestei plângeri, CNSC transmițând instanței întregul dosar. Prin Hotărârea nr. 3118/2017 din 13.07.2017, Curtea de Apel ... a respins plângerea ca nefondată, iar la data de 03.10.2017, aceasta a restituit Consiliului dosarele nr. 1382/1392/1393/1402/2017.

Având în vedere faptul că SC ....SRL a formulat contestația nr. „156/28.04.2016”, înregistrată la Consiliu sub nr. 16395/02.05.2017 cu privire la loturile 2 și 5 (dosar nr. 1402/2017), prin Încheierea nr. 665/..../1402/19.12.2017, Consiliul a disjuns dosarul nr. 1402/2017, formându-se dosarul nr. 4627/2017, având ca obiect soluționarea contestației formulată de SC ....SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent lotului 2, urmând ca dosarul nr. 1402/2017 să aibă ca obiect cererea formulată de SC ....SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent lotul 5.

Prin prezenta decizie, Consiliul va soluționa contestația formulată de SC ....SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent **lotului nr. 2** (dosar nr. 4627/2017), întrucât TRIBUNALUL BUCUREȘTI a emis Hotărârea nr. 7910/2017 în cadrul dosarului nr. 15758/3/2017, prin care a fost anulată, ca netimbrată, cererea formulată de .... cu privire la lotul 2, lotul 2 aflându-se în stare de judecată.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 24.05.2016, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 168467/24.05.2016, contestația mai sus menționată, care formează obiectul dosarului nr. 4627/2017, fiind înregistrată la Consiliu ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, *„La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare*” și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare*", astfel că procedura de soluționare a contestației urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii prezentelor contestații.

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, procedurii de atribuire în cauză [astfel cum este acesta definită de art. 3 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, întrucât a fost inițiată înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 98/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Potrivit Procesului-verbal nr. 92/52133/24.08.2016 al ședinței de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus oferte un număr de 4 operatori economici, pentru lotul 2. În urma analizării ofertelor, oferta depusă de S.C. ....S.R.L. a fost respinsă ca neconformă, la lotul 2, fiind declarat câștigător S.C. ....S.A., toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. 92/22621/30.03.2017.

Ulterior evaluării ofertelor şi comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru lotul 2, S.C. ....S.R.L. a depus la Consiliu contestația de față, care face obiectul dosarului nr. 4627/2017.

În calitate de participant la procedură, S.C. ....S.R.L. a primit adresa nr. 92/23225/04.04.2017 privind comunicarea rezultatului procedurii, pentru lotul 2, în care autoritatea contractantă a menţionat că oferta acestuia a fost declarată neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Fiind nemulțumită de această decizie a autorității contractante, în temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ....S.R.L. a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 122/13.04.2017 la care autoritatea contractantă a formulat un răspuns prin adresa nr. 92/27771/25.04.2017, precizând că nu va adopta măsuri de remediere.

Din verificarea conținutului acestei contestații, se constată că SC ....SRL critică, atât decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, cât și oferta desemnată câștigătoare, depusă de SC ....SA în cadrul lotului 2, sub aspectul prețului neobișnuit de scăzut și sub aspectul modului în care aceasta a dovedit îndeplinirea unor cerințe referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională (utilaje și personal).

În cauza care formează obiectul dosarului nr. 4627/2017, SC ....SA a depus cererea de intervenție nr. 1105/15.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 18825/15.05.2017, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*" și având în vedere faptul că la data de 03.05.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SC ....SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 64, 65 și 67 din Cod proc.civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC ....SA are calitatea de ofertant câștigător în cadrul lotului 2, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ....SA, astfel cum a fost calificată (dosar nr. 4627/2017).

În ceea ce privește decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, Consiliul o apreciază ca fiind neîntemeiată pentru următoarele motive:

Prin adresa nr. 92/23225/04.04.2017, membrii Comisiei de evaluare i-au comunicat asocierii SC ....SRL – SC ....SRL faptul că oferta acesteia a fost respinsă conform art. 81 din HG nr. 925/2006 fiind declarată neconformă în temeiul dispozițiilor art. 36 alin. (2) lit. a) din același act normativ, deoarece *„nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*", întrucât produsul DEKO PROFESIONAL nu îndeplinește unele din valorile minime acceptate conform cerințelor din caietul de sarcini.

Analizând acest motiv de respingere a ofertei contestatoarei, se constată că este identic cu cel care a stat la baza respingerii ofertei aceleiași contestatoare, în cadrul lotului 3 – DRDP Brașov.

Prin decizia nr. 2759/..../1392/3627 din 20.10.2017, Consiliul a soluționat contestațiile formulate în cadrul lotului 3, contestația formulată de SC ....SRL, în calitate de lider al asocierii SC ....SRL – SC ....SRL, fiind respinsă ca nefondată.

Împotriva acestei decizii a formulat plângere SC ....SRL, aceasta formând obiectul dosarului nr. 8532/2/2017, soluționat de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 5403 din 14.12.2017, Curtea apreciind că oferta depusă de SC ....SRL este conformă și admisibilă.

Pentru a decide astfel, Curtea a avut în vedere următoarele considerente:

«Examinând conținutul deciziei CNSC atacate, motivele invocate de petentă, precum şi apărările invocate prin întâmpinări, Curtea consideră că, în mod nelegal, CNSC a apreciat că este întemeiată respingerea ofertei petentei ca neconformă.

Astfel, în Caietul de sarcini - Cap. 3, se arată că "toate produsele de marcare rutieră care se vor utiliza pentru îndeplinirea acordului-cadru vor fi indicate în propunerea tehnică. Pe durata îndeplinirii acordului-cadru se vor utiliza produsele specificate în propunerea tehnică, orice înlocuire a acestora se va realiza doar cu acceptul autorității contractante și numai dacă noile materiale au caracteristici cel puţin similare celor iniţiale și au atestare a conformităţii cu specificaţiile tehnice referenţiale".

În cuprinsul art. 3.1 Tipuri de produse de marcare rutieră din Caietul de sarcini, se menționează tipurile de produse de marcare rutieră ce pot fi utilizate:

- *Vopsea pe bază de solvent organic de culoare albă sau galbenă;*
- *Vopsea pe bază de solvent apă (ecologică) de culoare albă;*
- *Produse de pulverizare - microbile de sticlă, granule antiderapante.*

De aceea, Curtea observă că Autoritatea contractantă nu a impus un număr minim de tipuri de materiale pentru marcarea rutieră, context în care ofertanţii aveau posibilitatea de a oferta chiar și un singur tip de produs atât timp cât acesta îndeplinea condiţiile stabilite prin Caietul de sarcini și era suficient pentru executarea tuturor lucrărilor ce fac obiectul acordului- cadru. De asemenea, nu rezultă că ofertanţii, în situația în care au menționat mai multe tipuri de produse prin propunerea tehnică, au obligaţia de a utiliza pe parcursul derulării contractului toate aceste produse.

Petenta a indicat în oferta sa toate produsele de marcare rutieră care ar putea fii utilizate pentru îndeplinirea acordului cadru, anume 4 produse, însoțite de certificările de ordin tehnic, ținând cont de caracterul general al solicitării Autorității contractante indicat în cadrul Cap 3.

Conform răspunsului la solicitări, Asocierea a menținut în fața Autorității contractante cele 4 produse, arătând faptul că unul din acestea, respectiv Swarcomark SV 200 este produs principal, restul fiind produse de rezervă.

Autoritatea contractantă nu a avut niciun fel de obiecţie față de acest produs principal, sens în care nu a solicitat niciun fel de clarificări cu privire la acesta, iar descalificarea nu se referă nici la acesta și nici la celelalte două produse de rezervă.

Singurul produs față de care Autoritatea a manifestat rezerve a fost un produs secundar, respectiv DEKO PROFESIONAL, astfel cum rezultă din solicitarea de clarificări.

Autoritatea contractantă a ignorat informaţiile cuprinse în cadrul ofertei petentei și în răspunsurile la solicitările de clarificări (prin care petenta a arătat că produsul principal, cotat ca atare în propunerea financiară, este Swarcomark SV 200), iar prin adresa nr. 23230/04.04.2017 CNSC i-a adus la cunoștință că oferta a fost respinsă ca neconformă, potrivit art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006, întrucât în privinţa produsului Deko Profesional, cerinţele conform ZTVM 02 nu au fost atinse.

Autoritatea contractantă nu a luat în considerare conformitatea celorlalte produse mai ales a produsului principal, Swarcomark SV 200.

Caracterul "de rezerva" al produsului neconform rezultă din chiar cuprinsul propunerii financiare, ca parte a ofertei (potrivit chiar dispoziţiilor art. 3 lit. q din OUG nr. 34/2006), care clarifică orice inadvertenţa ori exprimare incompletă cuprinsă în propunerea tehnică. Astfel, propunerea financiară a fost realizată pe baza prețurilor produsului principal, Swarcomark SV 200.

Autoritatea contractantă avea obligaţia de a evalua oferta în ansamblul ei. Autoritatea contractantă trebuia să verifice, prin analizarea propunerii financiare (și solicitarea de eventuale clarificări), dacă este corect faptul că Asocierea a prezentat un produs principal (suficient pentru îndeplinirea în integralitate a contractului) și mai multe produse de rezervă, chiar dacă acest fapt nu a fost menționat ca atare în propunerea tehnică.

Din fișa tehnică a vopselei pe bază de solvent organic SWARCOMARK SV 200, aflată la pag. 156 a propunerii tehnice, rezultă un consum de 924 gr/mp (0,924 kg/mp) la o grosime a filmului ud de 600 microni și 616 gr/mp (0,616 kg/mp), vopsea la o grosime a filmului ud de 400 microni.

Din fișa tehnică a vopselei pe bază de solvent organic DEKO PROFESIONAL, aflată la pag. 122 a propunerii tehnice și reanexată prezentei plângeri, rezultă un consum de 450 - 550 gr/mp (0,45 - 0,55 kg/mp) la o grosime a filmului ud de 250 microni, adică cel puţin 1,08 kg/mp la o grosime a filmului ud de 600 microni și cel puţin 0,72 kg/mp la o grosime a filmului ud de 400 microni.

Pornind de la aceste fișe tehnice, consumurile luate în calcul pentru execuţia marcajului rutier cu vopsea pe bază de solvent organic, conform propunerii financiare sunt:

a. Marcaj rutier longitudinal și de delimitare a pârtii carosabile, culoare albă, vopsea pe bază de solvent organic, grosime 600 microni: 138,6 kg/kilometru echivalent (0,924 kg/mp consum specific x 150 lățimea benzii de marcaj longitudinal);

b. Marcaj rutier transversal și divers, culoare albă, vopsea pe bază de solvent organic, grosime 600 microni: 0,924 kg/mp;

c. Marcaj rutier longitudinal și de delimitare a pârtii carosabile, culoare galben, vopsea pe baza de solvent organic, grosime 400 microni: 92,4 kg/kilometru echivalent (0,616 kg/mp consum specific x 150 lățimea benzii de marcaj longitudinal);

d. Marcaj rutier transversal și divers, culoare galbena, vopsea pe baza de solvent organic, grosime 400 microni: 0,616 kg/mp;

Din analiza coroborată a fișelor tehnice, cu consumurile specifice cotate în propunerea financiară , rezulta ca aceste consumuri sunt cele aferente vopselei de marcaj SWARCOMARK SV200.

Orice respingere a ofertei trebuie sa aibă la baza o evaluare temeinica, sub toate aspectele, a ofertei. Necesitatea îndeplinirii acestei obligații în evaluare are la baza în cazul de fata cele arătate de Asociere prin răspunsurile la cele doua solicitări de clarificare adresate (adresa nr. 392/17.11.2016 și pct. 2 din adresa 427/05.12.2016), neconsiderate nici de către Autoritate și nici de către Consiliu ca reprezentând o modificare a ofertei, care sa atragă aplicarea dispoziţiilor art. 79 alin. 2 din HG nr. 925/2006.

Analizând propunerea financiară , s-ar fi observat că simpla nemenționare în cuprinsul propunerii tehnice a caracterului "principal" și "subsidiar" al celor 4 produse se încadrează în sfera de aplicare a dispoziţiilor art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Obligaţia analizării unei oferte în ansamblul ei, este avuta în vedere și de dispozițiile art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006, care se refera în mod explicit la oferta (iar nu propunerea tehnica) care nu satisface în mod corespunzător cerinţele din caietul de sarcini.

Aceasta analiza integrala a ofertei petentei nu-i produce niciun avantaj acesteia, deoarece toate informaţiile au fost cuprinse în oferta depusa în termenul stabilit de Autoritatea contractanta, ele doar trebuind sa fie interpretate unele cu ajutorul celorlalte.

S-ar fi putut reține crearea unui avantaj pentru petenta, doar în situația în care în propunerea financiară s-ar fi avut în vedere toate preturile de la cele 4 produse (dintre care unul era neconform) ori în situația în care prin răspunsurile la solicitările de clarificare s-ar fi înlocuit produsul ofertat (neconform) cu altul conform, ceea ce nu este cazul.

In plus, Curtea apreciază ca declararea ca neconforma a ofertei petentei încalcă principiul proporționalității.

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor a reținut în mod corect ca propunerea tehnica trebuie sa corespunda cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, potrivit art. 34 alin. (3) din HG nr. 925/2006. Însă, nu orice greșeală constatată în conținutul propunerii tehnice, este de natura sa atragă respingerea ofertei ca neconforma, ci aceasta trebuie sa fie într-atât de gravă încât nu permite îndeplinirea cerințelor fundamentale impuse prin Caietul de sarcini.

Din acest principiu decurg cazurile prevăzute la art. 79-80 din HG nr. 925/2006 în care comisia de evaluare are obligaţia de accepta corectarea erorilor aparute în oferta.

In afara cazurilor în care comisia de evaluare are obligaţia de a accepta corectarea erorilor prin răspunsurile la clarificari, în cazurile reglementate de art. 79-80 din HG nr. 925/2006, și care privesc explicit ipoteza modificărilor aduse ofertei prin răspunsurile la solicitările de clarificare, exista cazurile în care, în virtutea principiului proporționalității, comisia de evaluare nu are dreptul de a declara neconformitatea ofertei, tocmai pentru ca inadvertenţa cuprinsa în propunerea tehnica, privita în ansamblul ofertei, este minora și nu este susceptibila de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire sau de a conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

In virtutea principiului proporționalității, măsura adoptata de autoritatea contractantă trebuie sa fie proporționala cu încălcarea dispozițiilor pe care o sancționează.

In acest sens, Hotărârea CJUE din 5 mai 1998, National Farmers'Union și alții, C- 157/96, menționează în considerentul 60: „Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor sa

nu depășească limita a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibila o alegere intre mai multe masuri adecvate, trebuie sa se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie sa fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite".
Având în vedere ca neconformitatea privea numai tipul de vopsea Deko Professional, indicat de petenta ca varianta de "rezerva", celelalte 3 tipuri de vopsea, respectiv cel principal (Swarcomark SV 200) și celelalte 2 tipuri de vopsele indicate ca fiind de rezerva (Swarcomark SV 330 și Limboroute K835) îndeplinind cerinţele din documentația de atribuire, rezulta ca este o neconformitate minora.
Pe de alta parte, măsura eliminării din oferta tehnica a tipului de vopsea Deko Professional este suficienta în vederea scopului urmărit de Autoritatea contractanta, respectiv acela ca ofertele tehnice sa corespunda cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, potrivit art. 34 alin. (3) din HG nr. 925/2006. Măsura nu modifică în vreun fel propunerea financiară , întrucât aceasta a fost realizata în mod exclusiv prin raportare la tipul de vopsea principal Swarcomark SV 200.
În interpretarea art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006 trebuie avut în vedere ca în acele situații în care aspectul de neconformitate al ofertei nu este de o asemenea gravitate încât sa aducă atingere elementelor esențiale ale caietului de sarcini, cerințelor fundamentale, esențiale ale acestuia, autoritatea contractanta, tocmai în virtutea principiului proporționalității, are posibilitatea sa solicite operatorilor economici în cauza sa prezinte, sa suplimenteze, sa clarifice sau sa completeze informaţiile sau documentele relevante într-un termen adecvat, iar nu sa acționeze în sensul respingerii ofertei.
Din aceste motive, Curtea apreciază ca măsura declarării neconforme a ofertei petentei este o măsura care încalcă principiul proporționalității.
Aceasta apreciere este confirmata de faptul ca neconformitatea tipului de vopsea Deko Professional, indicat de petenta ca varianta de "rezerva" este determinat de "ZTVM", cerința care nu se regăsește printre cerinţele autorității contractante solicitata în mod clar și expres prin documentația de atribuire.
Tocmai împrejurarea calificării la momentul evaluării a unei asemenea cerințe ca fiind cerința minimala, deși nu se afla în mod expres solicitata prin Caietul de sarcini, determina aplicarea dispoziţiilor art. 79-80 din HG nr. 925/2006.
Chiar Autoritatea contractantă reține că „au fost îndeplinite cerinţele pentru clasa de trafic P6. Pentru fiecare caracteristică de inginerie pentru trafic, au fost atinse următoarele clase, în conformitate cu DIN EN 1436: aderenta SI; vizibilitatea nocturna; stare uscata R2; vizibilitatea nocturna, stare umeda RW3; vizibilitatea diurna Q5; capacitatea de rulare T2; cerinţele minime pentru rezistenta la uzura a suprafeței ramase de 90% au fost îndeplinite."
De aceea, în raport de cerinţele documentației de atribuire și ale rezultatelor rapoartelor de încercare, autoritatea contractantă nu putea da prevalenta cerinței ZVTM prin ea însăși, fără a lua în considerare îndeplinirea celorlalte condiții din perspectiva tehnică, putând fi apreciată ca o abatere tehnică minoră.

Din aceste motive, Curtea apreciază că oferta petentei este conformă și admisibilă.»

Având în vedere faptul că decizia Curții este definitivă, pentru considerentele expuse mai sus, Consiliul va admite critica autoarei contestației referitoare la decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006 și pe cale de consecință va respinge excepția lipsei de interes invocată de intervenientă.

În continuare, Consiliul va examina criticile aduse de contestator ofertei câștigătoare, parte dintre acestea fiind deja analizate de Curtea de Apel București, în considerentele deciziei civile nr. 5403 din 14.12.2017, pag. 38-41.

Critica referitoare la faptul că SC ....SA nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut, nu este întemeiată, deoarece:

În stabilirea acestei finalități, se are în vedere faptul că aprecierea contestatoarei legată de inacceptabilitatea ofertei SC ....SA pleacă de la faptul că prețul ofertat de acest operator economic reprezintă aproximativ 65% din valoarea estimată a contractului, respectiv modul

în care achizitoarea a făcut verificările privind prețul aparent neobișnuit de scăzut ofertat de acest operator economic.

Consiliul constată că, pentru a demonstra că oferta declarată câștigătoare nu poate asigura îndeplinirea contractului la prețul ofertat, contestatoarea menționează că a efectuat „calcule de *bun simț”*, plecând de la valorile existente pe piață (preț mediu), fără a avea vreo legătură concretă cu oferta de preț a SC ....SA. De asemenea, contestatoarea susține faptul că SC ....SA este producătorul materialelor pentru care a fost prezentat calculul care, în opinia sa, nu poate justifica prețurile practicate.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea depune o serie de documente care consideră că ar demonstra faptul că prețul ofertat de ofertantul declarat câștigător nu ar fi unul sustenabil (Anexele 5-8).

Consiliul apreciază că astfel de calcule, făcute fără a avea la bază prețurile practicate de operatorul economic a cărui ofertă este supusă analizei, nu pot determina lipsa de concludență a justificărilor transmise de acest operator privind prețul ofertat.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 202 din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată următoarele:

Prin adresa nr. 92/73067/11.11.2016, membrii Comisiei de evaluare i-au solicitat SC ....SA să clarifice mai multe aspecte, printre care și cel referitor la prețul ofertat:

„În urma verificării/analizării propunerii financiare în conformitate cu Documentația de atribuire și având în vedere faptul că prețul ofertat este sub 80% din valoarea maximă estimată, comisia de evaluare solicită să prezentări justificări pe care le considerați semnificative cu privire la modul de fundamentare a prețului ofertei, în conformitate cu prevederile art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 36[1] alin. (2)-(4) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările ulterioare. Justificările se vor referi și la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate și procesului de producție;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiați pentru executarea lucrărilor;

c) originalitatea ofertei din punct de vedere al îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini;

d) respectarea dispozițiilor privind protecția muncii și condițiile de lucru aplicabile pentru executarea lucrării;

e) posibilitatea ca de a beneficia de un ajutor de stat.

Se vor prezenta inclusiv documente privind, după caz, prețurile la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

La această solicitare de clarificări, SC ....SA a răspuns prin adresa nr. 2774/18.11.2016, transmisă prin adresa de însoțire nr. 2779/18.11.2016, precizând următoarele în referire la prețul ofertat:

„În legătură cu solicitarea de justificare a prețului ofertat, în conformitate cu art. 202 alin. (2) din OUG nr 34/2006, atașăm documente care fundamentează oferta noastră financiară.

Menționăm faptul că ....SA este o companie înființată în anul 1994, care ca obiect de activitate producerea de vopsele, emailuri, lacuri, grunduri, diluanți și materiale pentru marcaje rutiere orizontale sub mărcile ...., ...plast, Sprayplast, Thermocolor și Preform TCG.

Materialele care vor fi folosite la realizarea marcajelor rutiere ofertate, cu excepția amestecului de microbilă de sticlă cu material antiderapant, sunt produse de compania noastră, calitatea acestora fiind deja verificată în cadrul activității de execuție marcaj rutier efectuată de subscrisa în ultimii 16 ani. Oferta noastră competitivă este rezultatul atât a calității de producător, cât și a experienței de aplicator, experiență ce a condus la eficientizarea costurilor și la o productivitate ridicată”.

La această solicitare de clarificări, SC ....SA a anexat următoarele documente:

- Calcul prețuri unitare ofertate;
- Formular .... – Deviz lucrări marcaje rutiere longitudinale – strat subțire (alb) – vopsea pe bază de solvent organic;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli.
- Formularul .... Deviz lucrări marcaje rutiere longitudinale – strat subțire (alb) – vopsea pe bază de solvent apă;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli;
- Formularul .... Deviz lucrări marcaje rutiere transversale și diverse strat subțire (alb) – vopsea pe bază de solvent organic;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli;
- Formularul .... Deviz lucrări marcaje rutiere transversale și diverse strat subțire (alb) – vopsea pe bază de solvent apă;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a

utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli;
- Formularul .... Deviz lucrări marcaje rutiere longitudinale strat subțire (galben) – vopsea pe bază de solvent organic;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli;
- Formularul .... Deviz lucrări marcaje rutiere longitudinale strat subțire (galben) – vopsea pe bază de solvent organic;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli;
- Formularul 5 – Deviz lucrări frezare marcaje rutiere;
- Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Detaliere cheltuieli;
- Formularul .... – Deviz lucrări marcaje rutiere longitudinale – AMORSĂ;
- Formularul C6 (Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), Formularul C7 (Lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru), Formularul C8 (Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții), Formularul C9 (Lista cuprinzând consumurile privind transporturile), Detaliere cheltuieli;
- Listă prețuri SC ....SA;
- Ofertă Sovitec Microbile;
- Ofertă transport;
- Registrul salariaților ....SA.

Constatând că, în speță, membrii Comisiei de evaluare au efectuat verificările stipulate de art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006, coroborat cu prevederile art. 36^1 alin. (2)-(4) din H.G. nr. 925/2006, Consiliul va respinge ca nefondată critica autoarei contestației referitoare la încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 202 din OUG nr. 34/2006.

Astfel, Consiliul constată că achizitoarea a solicitat SC ....SA prin adresa nr. 92/73067/11.11.2016, justificarea prețului ofertat, solicitare la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 2774/18.11.2016, răspunsul acestuia fiind considerat concludent de autoritatea contractantă.

Analizând răspunsul SC ....SA, Consiliul constată că au fost depuse documente care să justifice prețurile ofertate, menționate mai sus.

Prin urmare, în lipsa unor elemente clare care să ateste faptul că lucrările aferente lotului 2 nu ar putea fi executate la prețul ofertat de SC ....SA, Consiliul nu are motive de a pune la îndoială evaluarea făcută

de autoritatea contractantă pe baza tuturor informațiilor existente în cadrul justificărilor primite de la acest operator economic.

Diversele calcule, aprecieri și justificări făcute de contestatoare nu sunt de natură a pune la îndoială această evaluare făcută de autoritatea contractantă, mai ales prin raportare la prevederile fișei de date, cap. IV.4.2) *Modul de prezentare a propunerii financiare*. De altfel, se constată caracterul speculativ al întregii pledoarii a contestatoarei legată de caracterul nesustenabil al ofertei SC ....SA.

Așa cum s-a reținut anterior, sarcina probei revine aceluia care reclamă (*actori incumbit probatio*), obligație prevăzută de Codul de procedură civilă la art. 249, motiv pentru care, în lipsa unor alte informații şi susțineri, contestatoarea neaducând dovezi care să confirme că, în fapt, prețurile ofertate de SC ....SA, pentru acest lot, nu este unul sustenabil, Consiliul nu poate efectua o analiză în integrum a acestora, deoarece nu este un organism de control care să realizeze supraevaluarea propunerii financiare a acestui ofertant.

Prețul propus de câștigător se datorează, printre altele, și faptului ca acesta produce întreaga gamă de materiale utilizate la realizarea marcajelor rutiere.

S.C. ....S.A. este deținătoarea următoarelor agremente tehnice pentru vopsele de marcaje rutiere: AT016-07/188-2016; AT016-07/187-2016; AT016-07/165-2015; AT016-07/157-2014; AT016-07/166-2015; AT016-07/217-2017.

Din analiza propunerii financiare și a justificării prețului, Consiliul observă că acestea au fost formulate în conformitate cu fișa de date și caietul de sarcini luând în calcul costurile pe unitatea de măsură a marcajului rutier (kilometru echivalent - kme sau, după caz, metru pătrat -mp).

Contestatorul arată că ofertantul câștigător, în legătură cu cheltuielile privind utilajele, ar fi luat în calcul doar costurile cu închirierea acestora, omițând „*costurile cu combustibilii, RCA, roviniete, asigurări, revizii, reparații, intervenții, licențe de transport, amortizări etc*".

Această afirmație este nefondată având în vedere faptul că în Tabelul nr. 3 - „Detaliere cheltuieli utilaje pe ora de lucru" din Anexa la Formularul .... din cadrul răspunsului nr. 2774/18.11.2016 la solicitările de clarificari privind justificarea prețului (filele 13, 19, 25, 31, 37, 43, 47, 53 și 59), ofertantul a evidențiat toate cheltuielile privind: combustibili, chirie, amortizare, RCA, roviniete și ITP. Celelalte cheltuieli privind asigurări, revizii, reparații, intervenții, licențe de transport au fost incluse în cheltuielile indirecte ca procent din valoarea cheltuielilor directe.

Față de aceste considerente, Consiliul apreciază că prețul oferit de câștigător este justificat.

Critica referitoare la faptul că ofertantul câștigător nu a făcut dovada capacității tehnice necesare pentru îndeplinirea cerințelor aferente lotului 2, nu este întemeiată, deoarece:

Potrivit pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date, Capacitatea tehnică - Cerința nr. 2: *„Ofertantul (operatorul economic sau membrii asocierii împreună) trebuie să demonstreze că dispune de următoarele echipamente/autoutilaje/utilaje necesare în vederea îndeplinirii celui mai mare contract subsecvent pentru fiecare lot în parte*: [...]. *Ofertantul va prezenta:*

- *Formular nr. 16 - Declarație privind dotările tehnice de care dispune pentru îndeplinirea corespunzătoare a celui mai mare contract subsecvent;*
- *Anexa la Formularul nr. 16 - LISTA privind echipamentele/utilajele necesare pentru îndeplinirea celui mai mare contract subsecvent;*
- *Copii «conform cu originalul» de pe documente /angajamente care sa demonstreze dreptul de proprietate sau de folosință (dreptul de folosință/ angajament de punere la dispoziție/factura proforma/ precontract) pe întreaga durata de implementare a celui mai mare contract subsecvent pentru echipamentele/ utilajele prezentate. În caz de închiriere se va prezenta precontract pentru punere la dispoziție."*

Prin răspunsurile la solicitările de clarificări 2, 3 și 4 din documentul postat în SEAP la data de 27.06.2016, autoritatea contractantă a arătat că: *„În cazul în care ofertantul participă cu aceleași echipamente/ autoutilaje/ utilaje la mai multe loturi, trebuie să aibă în vedere că, în cazul în care un ofertant va fi declarat câștigător la mai multe loturi să se asigure că îndeplinirea obligațiilor contractuale aferente fiecărui lot nu va fi afectată. Echipamentele/autoutilajele/ utilaje necesare și declarate la nivelul ofertei/documentelor de calificare, vor trebui să fie disponibile în perioada în care devine necesară implicarea acestora în prestarea serviciilor. De asemenea, în etapa evaluării ofertelor, comisia de evaluare va analiza documentele prezentate de ofertanți și va verifica îndeplinirea cerințelor de calificare solicitate prin fișa de date a achiziției astfel încât să se asigure că sunt îndeplinite obligațiile contractuale*."

Cât privește susținerile contestatoarei privind contractul de închiriere încheiat cu SC ....SRL de către acest operator economic, Consiliul consideră că sunt lipsite de relevanță în soluționarea cauzei.

Afirmaţiile contestatorului potrivit cărora S.C. Romtech S.R.L. i-a recomandat *„sa apeleze la varianta încheierii unui contract de leasing*" sunt irelevante, atât timp cât prin documentația de atribuire nu se solicită asigurarea utilajelor și echipamentelor necesare prin încheierea unui contract de leasing, ci copii conforme cu originalul de pe documente sau angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosință asupra utilajelor și echipamentelor necesare.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la contractele de închiriere încheiate cu ....şi ....A/S), care sunt neînsoțite de vreo dovadă care să ateste că locatorii dețin respectivele utilaje, Consiliul constată că, prin prezentarea acestora, de către ofertant,

S.C. ....S.A. a dovedit îndeplinirea cerinței menționată în documentația de atribuire, alte solicitări în legătură cu acest aspect nemaifiind prevăzute în documentația de atribuire.

De asemenea, sunt considerate irelevante cele susținute de contestatoare legat de aceste contracte de închiriere, documentele prezentate fiind conforme solicitărilor fișei de date, iar petenta nu a demonstrat că dovezile depuse pentru îndeplinirea cerinței în discuție nu ar corespunde realității, ci a făcut doar speculații lipsite de susținerea necesară.

Critica referitoare la faptul că ofertantul câștigător nu a făcut dovada capacității profesionale necesare pentru îndeplinirea contractelor aferente lotului 2, este întemeiată, în parte, deoarece:

Din documentele transmise de autoritatea contractantă se constată că, inclusiv pentru lotul nr. 2, ofertantul declarat câștigător a prezentat Formularul 18 – „Angajament privind susținerea tehnică – experiența similară”, emis de terțul susținător SC .... SA, și același formular, emis de terțul susținător PFA Măciucă N. Nicu.

În ceea ce privește persoanele nominalizate pentru funcția de manager proiect și inginer, ofertantul câștigător a beneficiat de susținerea tehnică din partea SC .... SA, sens în care terțul susținător i-a nominalizat pe dl. ....și dl. .....

În ceea ce privește persoana nominalizată pentru funcția de coordonator tehnic, ofertantul câștigător a beneficiat de susținerea tehnică din partea PFA Măciucă N. Nicu, sens în care terțul susținător l-a nominalizat pe dl. Măciucă N. Nicu.

Totodată, la secțiunea *Terț susținător*, din cadrul secțiunii III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, din fișa de date a achiziției, se precizează:

„1. **Capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului poate fi susținută pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant și persoana respectivă**. (Art. 190 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și respectiv Art. 11^1 din H.G. nr. 925/2006, modificata și completata prin H.G. nr. 66/2016

2. **Atunci când ofertantul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legată de capacitatea tehnico-profesională, acesta poate invoca susținerea acordată de unul sau mai mulți terți, în condițiile art. 190 din O.U.G. nr. 34/2006, capacitatea acestuia/acestora urmând a fi cumulată cu cea a ofertantului în ceea ce privește respectiva/respectivele cerință/cerințe.**

3. În cazul în care ofertantul își demonstrează capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective. În acest sens se va prezenta Formularul nr. 18 din Secțiunea - „Formulare” din cadrul Documentației de Atribuire și anexele aferente acestuia (după caz), semnate de către reprezentantul legal al terțului susținător și ștampilate, precum și certificatele/documentele edificatoare solicitate mai sus (după caz), proporțional cu susținerea acordata.”

Conform documentelor de calificare depuse de ofertantul desemnat câștigător, acesta a înțeles să prezinte, în vederea îndeplinirii unei cerințe de calificare, „Angajamentul privind susținerea tehnică – experiența similară” (Formularul nr. 18), însoțit de Anexa la formular, respectiv „Angajamentul privind susținerea tehnică – experiența similară” cu SC .... SA și PFA .... N. Nicu, prin care

acestea se obligă să pună la dispoziția ofertantului pe domnii ....și dl. ...., respectiv pe dl. Măciucă N. Nicu.

În anexa la Formularul nr. 18, terțul susținător a susținut: *„personalul, după caz, pe care noi... îl vom mobiliza **în cazul în care contractantul SC ….SA întâmpină dificultăți pe parcursul derulării acordului cadru sau se află în imposibilitatea de a derula acordul cadru** este următorul: (...)”.*

Prin urmare, ofertantul s-a prevalat de prevederile art. 190 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora: *"(1) Capacitatea tehnică şi profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, şi de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat şi persoana respectivă. (2) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică şi profesională invocând şi susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligaţia de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ofertantului resursele tehnice şi profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea tehnică şi profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 şi ale art. 181 lit. a), c) şi d).*"

Așadar, ofertantul înțelegând să-și demonstreze capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, este mai mult decât evident că cerința ca experții să fie angajați ai ofertantului, respectiv să facă parte din structura organizatorică a acestuia trebuie îndeplinită față de terțul susținător, persoana desemnată în această poziție fiind necesar să facă parte din structura organizatorică a terțului susținător, contrar celor susținute de societatea contestatoare.

Însă, analizând angajamentul, cât și anexa la acesta, Consiliul observă că terțul susținător se obligă să pună la dispoziție expertul, doar în ipoteza în care SC ....SA întâmpină dificultăți pe parcursul derulării acordului-cadru sau se află în imposibilitatea de a derula acordul-cadru.

Or, o astfel de condiționalitate este specifică doar în ipoteza în care terțul ar fi pus la dispoziția ofertantului o resursă netransferabilă de tipul experienței similare sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri, în conformitate cu prevederile art. 11^1 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

În schimb, atunci când terțul se obligă să pună la dispoziție resurse transferabile (resurse financiare, utilaje, personal) angajamentul trebuie să garanteze faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, fiind incidente prevederile art. 11^1 alin. (3) din HG nr. 925/2006 (*În cazul în care **susținerea terțului se referă la asigurarea unor resurse** care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului - fonduri financiare, utilaje, echipamente, **personal** -, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să prevadă*

*care sunt resursele respective şi **să evidenţieze faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiţionat**, în funcţie de necesităţile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză)*. De altfel, personalul solicitat de autoritatea contractantă prin cerinţele de calificare reprezintă experţi cheie care trebuie implicaţi obligatoriu în execuţia contractului, fără vreo altă condiţionalitate.

Înţelegând că acesta este formularul pus la dispoziţie de autoritatea contractantă în cadrul documentaţiei de atribuire, se impune însă, ca achizitoarea să obţină de la ofertant asigurarea că disponibilizarea resurselor se va realiza necondiţionat conform textului de lege invocat.

În condiţiile date, se impune clarificarea cu ofertantul a aspectului mai sus analizat, criticile contestatoarei în referire la acest aspect fiind apreciate ca întemeiate.

Analizând comparativ conţinutul contestaţiei cu cel al notificării prealabile, Consiliul constată că următoarele critici nu se regăsesc în cadrul notificării prealabile pe care contestatoarea a transmis-o autorităţii contractante:

- experţii nominalizaţi de ofertantul criticat, respectiv Măciucă Nicu şi ...., nu îndeplinesc cerinţa privind experienţa profesională relevantă, iar în cazul celuilalt (...), comisia de evaluare nu a procedat la clarificarea neconcordanţelor rezultate din documentele prezentate pentru acesta în dovedirea experienţei dobândită în execuţia marcajelor rutiere. În cadrul notificării prealabile se critică doar aspectul referitor la utilizarea unor experţi angajaţi ai terţului;

- Ministerul Transporturilor are calitatea de acţionar atât la terţul susţinător ..... cât şi la autoritatea contractantă, existând un conflict de interese.

Faţă de acest aspect, Consiliul apreciază criticile mai sus menţionate ca fiind inadmisibile, în condiţiile în care, la momentul formulării contestaţiei nu era notificată autoritatea contractantă cu privire la aceste pretinse încălcări ale legislaţiei privind achiziţiile publice.

În aprecierea acestei finalităţi au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.*

De asemenea, Consiliul reţine că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) şi (10) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice*

autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: (...) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

(...)

(10) Sesizarea Consiliului sau instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă."

Potrivit art. 8 alin. (1) din același act normativ, „*Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz"*.

Atâta vreme cât legiuitorul a urmărit să existe un dialog prealabil între operatorii economici și autoritățile contractante, astfel încât acestea din urmă, în cazul în care consideră necesar, să poată adopta măsuri de remediere, este evident că acest dialog trebuie să privească aceleași aspecte care, pentru situația în care nu s-a ajuns la luarea unor astfel de măsuri, operatorul economic nemulțumit să se adreseze Consiliului.

Procedura notificării prealabile instituie o obligație subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și să solicite acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen.

Cât timp autorității i se invocă o anumită încălcare a legislației, nu se poate veni ulterior, după primirea unui răspuns la notificare sau a expirării termenului de răspuns, pe calea contestației, cu alte motive cu privire la care nu s-a efectuat procedura prealabilă.

De altfel, dacă nu s-ar aplica această interpretare, scopul introducerii notificării prealabile, de a da posibilitatea autorității contractante să își revizuiască actele încheiate, în cazul în care i se

aduce la cunoștință o eventuală încălcare a legii, nu ar mai putea fi atins. Doar în cazul unui refuz din partea autorității contractante de a răspunde sau de a adopta măsuri de remediere sau pentru situația în care se consideră vătămat de măsurile adoptate, operatorul economic se poate adresa Consiliului, pentru aceleași motive în legătură cu care a notificat autoritatea.

Notificarea prealabilă este o procedură obligatorie care trebuie parcursă conform dispozițiilor legale și respectată cu strictețe, nefiind o procedură formală, fără relevanță asupra conținutului său. Criticile nefiind supuse rezolvării amiabile între părți, nu pot face obiectul contestației. Conținutul notificării trebuie să fie clar și să conțină pretinsa încălcare, neputându-se accepta un conținut implicit, cum încearcă să sugereze contestatoarea.

Părțile litigante se întâlnesc în etapa premergătoare contestației pentru o soluționare amiabilă a aspectelor reclamate, or, atâta vreme cât ele nu au fost aduse în discuție în respectiva etapă, nu pot fi admisibile în etapa atacării actului la Consiliu.

Cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) și (10) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, criticile menționate mai sus, nefiind formulate în condițiile stabilite de legea în vigoare, ceea ce atrage sancțiunea respingerii lor ca inadmisibile.

Critica referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a verificat/clarificat situația juridică a câștigătorului cu privire la împrejurarea dacă este întreprindere autonomă sau este întreprindere legată, nu este întemeiată, deoarece:

Consiliul observă că ofertantul câștigător a declarat pe proprie răspundere că se încadrează în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, menționând în același timp și că are calitatea de întreprindere autonomă.

Această declarație se bucură de prezumția de veridicitate, astfel încât nu trebuia probată, cu atât mai mult cu cât nu s-au solicitat dovezi în acest sens, prin documentația de atribuire sau prin clarificări ulterioare. Nici contestatorul nu a prezentat probe din care să rezulte că această declarație este falsă.

Prin urmare, afirmația contestatoarei că oferta SC ....SA ar fi fost însoțite de declarații false din acest punct de vedere nu se poate verifica, contestatoarea neaducând informații relevante care să ateste acest lucru, în condițiile în care sarcina probei îi revine celui ce afirmă, conform art. 249 din Codul de procedură civilă. Prin urmare, pe baza informațiilor existente la dosar, Consiliul constată că nu există motive concrete pentru care trebuie pusă la îndoială calitatea de IMM a ofertantului declarat câștigător pentru acest lot.

În aceste condiții, și această critică, adusă ofertei câștigătoare, este nefondată.

Luând în considerare cele mai sus menționate, Consiliul constată că o parte din criticile contestatoarei referitoare la oferta depusă de

SC ....SA sunt întemeiate, motiv pentru care se impune reevaluarea acestei oferte.

În consecință, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, contestația formulată de SC ....SRL, va anula, în parte, Raportul procedurii nr. 92/23221/30.03.2017, aferent lotului 2, precum și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta sa și la oferta depusă de SC ....SA și la aplicarea criteriului de atribuire şi va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatorului și a ofertei depusă de SC ....SA, conform celor reţinute în motivare.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SC ....SA în cadrul acestui lot.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ....SRL (dosar nr. .../2017 – lotul 2), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....SA.

Anulează, în parte, Raportul procedurii nr. 92/23221/30.03.2017, aferent lotului 2, precum și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la ofertele depuse de SC ....SRL și de SC ....SA și la aplicarea criteriului de atribuire şi obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei SC ....SRL și a ofertei depusă de SC ....SA, conform celor reţinute în motivare.

Respinge cererea de intervenție formulată de SC ....SA, în cauza ce face obiectul contestației formulată de SC ....SRL (dosar nr. 4627/2017).

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 35 pagini.