CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia fără număr și nedatată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 38974/20.12.2016, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... 5, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 77090/25.11.2016, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 2, precum și adresa nr. 79260/08.12.2016, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, întocmite în cadrul procedurii de atribuire prin „licitaţie deschisă”, off-line, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic-Brașov, Lot 1: sector Comarnic - Predeal, km 111+300 - km 115+300; Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură” (lot 2), coduri CPV 45233110-3 (Rev.2), 71322500-6 (Rev.2), organizată de ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat, anularea rezultatului și a raportului procedurii de atribuire, anularea tuturor actelor subsecvente acestora, reevaluarea ofertei ... SRL, precum și „emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire și a comunicării rezultatului procedurii în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare în materia achizițiilor și documentația de atribuire”.

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

Prin contestaţia fără număr și nedatată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 38974/20.12.2016, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, împotriva adresei nr. 77090/25.11.2016, reprezentând comunicarea privind

rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 2, precum și adresei nr. 79260/08.12.2016, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, întocmite în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, off-line, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic-Brașov, Lot 1: sector Comarnic - Predeal, km 111+300 - km 115+300; Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură” (lot 2), s-a solicitat, anularea rezultatului și a raportului procedurii de atribuire, anularea tuturor actelor subsecvente acestora, reevaluarea ofertei ... SRL, precum și „emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire și a comunicării rezultatului procedurii în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare în materia achizițiilor și documentația de atribuire”.

În susținerea contestaţiei sale, S.C. ... S.R.L. critică faptul că prin adresa nr. 77090/25.11.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, considerând că nu a fost îndeplinită Cerința nr. 3 - Capacitatea tehnică, în ceea ce privește Laborator autorizat (de minim gradul II) cu profile corespunzătoare (G.T.F. - Geotehnică și Teren de Fundare; M.B.M. - Materiale pentru Betoane și Mortare; B.Ba.Bp.- Beton, Beton Armat, Beton Precomprimat, A.N.C.F.D.- Agregate naturale pentru lucrări de C.F. și drumuri; M.D. - Materiale pentru Drumuri; D - Drumuri) pentru lucrările de drumuri, în baza Legii nr. 10/1995 și HG nr. 766/1997 - Anexa 6 – articolul 24 -1 buc.

Astfel, urmare a analizării documentelor de calificare și a răspunsului nr. 759/18.11.2015, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a considerat că oferta sa este inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

Contestatoarea arată că, pentru îndeplinirea Cerinței nr. 3, a prezentat Contractul cadru de prestări servicii nr. 108/07.09.2010 (încheiat între SC ... SRL și ..... SRL) și Autorizația Laborator de gradul II nr. 2541/30.07.2012. Totodată, contestatoarea precizează faptul că a dus la îndeplinire mai multe contracte ale aceleiași autorități contractante, iar în cadrul respectivelor proceduri anterioare, cerința privind Laboratorul de Gradul II a fost îndeplinită, de fiecare dată, prin prezentarea aceluiași Contract de prestări servicii nr. 108/07.09.2010.

Pe de altă parte, contestatoarea învederează că este de notorietate faptul că ..... SRL este o societate din cadrul concernului .... De altfel, relația dintre SC ... SRL și respectiva societate, susține contestatoarea, rezultă și din „Raportul de audit cu privire la Situația financiară pentru anul încheiat la 31.12.2015”, precum și din Organigrama concernului ..., anexată contestației.

Astfel, contestatoarea apreciază că nu se poate reține că societatea sa nu face dovada deținerii unui laborator autorizat de minim gradul II, în condițiile relației de afiliere bine-cunoscute dintre cele două societăți, în fapt, laboratorul prezentat în ofertă fiind laboratorul intern al societăților din cadrul concernului.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că simplul drept de folosință asupra unui laborator de analize nu garantează autorităţii contractante

că testele și analizele prevăzute în caietul de sarcini vor fi efectuate de ofertantul respectiv, deoarece autorizațiile laboratorului nu sunt transmisibile.

Astfel, în cazul în care ofertantul nu este proprietarul laboratorului (deci nu deține autorizații în nume propriu), testele și analizele vor fi efectuate de către societatea care este autorizată în acest sens și vor purta antetul acesteia și nu pe cel al ofertantului, deoarece numai o societate autorizată în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 poate efectua teste și analizele de laborator respective.

În continuarea susținerilor, contestatoarea face trimitere la art. 9 lit. g) din Legea nr. 10/1995, art. 1, art. 5, art. 16 lit. e) și g) din Regulamentul privind autorizarea laboratoarelor de analize şi încercări în activitatea de construcții din 14.07.2005.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă avea posibilitatea, în baza art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 35 din HG nr. 925/2006, să îi solicite, în legătură cu contractul de prestări servicii nr. 108/07.09.2010, prezentarea unui înscris prin care să dovedească dreptul de folosință asupra laboratorului, astfel cum s-a procedat într-o procedură anterioară.

În final, contestatoarea consideră că, deși din comunicarea rezultatului procedurii rezultă că oferta ar fi făcut obiectul şi unei reevaluări, autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale în ceea ce privește evaluarea ofertei.

În finalul contestația contestatoarea a solicitat Consiliului accesul la dosarul cauzei.

Având în vedere cererea contestatoarei privind accesul la dosarul cauzei, Consiliul a înștiințat-o, prin adresa nr. 39236/2865 C5/21.12.2016, cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul, prin adresa nr. 39237/2865 C5/21.12.2016, a solicitat autorităţii contractante documentele necesare soluţionării contestaţiei.

Prin adresa nr. 87201/28.12.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 40056/28.12.2016, autoritatea contractantă a depus o copie a dosarului achiziției, ofertele depuse de contestatoare și ofertantul declarat câștigător.

Ulterior, Consiliul a înregistrat sub nr. 40379/30.12.2016, corespondența transmisă prin mijloace electronice de către autoritatea contractantă, prin care aceasta precizează că, în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, transmite „punctul de vedere al autorității contractante cu privire la contestația formulată de ... SRL cu nr. 92/87387/29.12.2016” și „dovada notificării punctului de vedere contestatarului”.

În fapt, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei adresa nr. 87387/29.12.2016, reprezentând corespondența autorității contractante adresată SC ... SRL, având anexată adresa nr. 8558/22.12.2016 a Comisiei de evaluare, aceasta fiind însoțită de „punctul de vedere al Comisiei de evaluare nominalizată prin Decizia Directorului General nr. 948/13.10.2015”.

Comisia de evaluare precizează că în procedura derulată anterior, la care face referire contestatoarea, pentru îndeplinirea cerinței, a trebuit

să facă dovada printr-un document/angajament a dreptului de folosință asupra aceluiași Laborator deținut de către ..... SRL, sens în care a depus cerința pe care nu a îndeplinit-o însă și în prezenta procedură de achiziție publică.

Comisia de evaluare arată că pentru îndeplinirea Cerinței nr. 3 - Capacitatea tehnică sunt solicitate „copii conform cu originalul de pe documente/angajamente care să demonstreze atât dreptul de proprietate sau de folosință asupra laboratorului de minim grad II iar în baza Ordinului nr. 509/2011, se solicită prezentarea unui document care atestă deținerea (dotarea proprie/închirierea sau alte forme de punere la dispoziție) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului" și, în consecință, pentru îndeplinirea cerinței menționate nu se solicită informații pe care SC ... SRL le consideră de „notorietate". Mai mult decât atât, comisia de evaluare consideră că indiferent de raportul de subordonare, de relațiile de afiliere dintre SC ... SRL și ..... SRL, fiecare are personalitate juridică distinctă.

Comisia de evaluare arată că atât timp cât prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate, acestea au rămas nemodificate până la momentul depunerii ofertelor, astfel încât operatorii economici trebuiau să întocmească ofertele conform cerințelor. Totodată se arată că SC ... SRL avea posibilitatea de a solicita clarificări autorității contractante.

Comisia de evaluare precizează că a solicitat ofertantului să clarifice cum îndeplinește Cerința nr. 3 - Capacitatea tehnică, pentru Laborator Autorizat, având în vedere că prin Contractul de prestări servicii nu se atesta [....deținerea (dotarea proprie/închirierea sau alte forme de punere la dispoziție) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului] în conformitate cu fișa de date. Astfel, ofertantul a răspuns la solicitarea de clarificări nr. 92/77856/12.11.2015, prin adresa nr. 92/79471/18.11.2015.

Comisia de evaluare consideră că respectivul Contract de prestări servicii, așa cum a fost prezentat în ofertă și susținut ca răspuns la solicitarea de clarificări, nu face dovada dreptului de folosință sau a dreptului de proprietate a laboratorului așa cum este solicitat prin fișa de date, astfel încât în temeiul art. 81 din HG nr. 925/2006, are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

Prin adresa nr. 35/2865 C5/03.01.2017, Consiliul a invitat contestatoarea să studieze dosarul cauzei la data de 05.01.2017.

La data de 09.01.2016, Consiliul a înregistrat sub nr. 845, concluziile scrise formulate de SC ... SRL ca urmare a studierii dosarului cauzei. Astfel, contestatoarea precizează că „tratează succint" o serie de aspecte despre care a luat la cunoștință ca urmare a studierii dosarului la sediul Consiliului, fără ca acestea să reprezinte motive noi ale contestației.

Contestatoarea apreciază că respingerea ofertei sale este rezultatul evaluării eronate a documentelor de calificare, aspect care a fost reliefat și de către observatorii desemnați de ANAP. Astfel, în Procesul-verbal nr. 9, contestatoarea arată că există observații pertinente cu privire la modalitatea în care comisia de evaluare a înțeles să declare inacceptabile mai multe oferte, printre care și oferta SC ... SRL.

Contestatoarea mai arată că, în speță, comisia de evaluare nu a reevaluat oferta SC ... SRL în conformitate cu observațiile observatorilor desemnați de ANAP, consemnate de aceștia în cuprinsul Procesului-verbal nr. 17/12960/07.12.2015, potrivit cărora:

„Observația nr. 1: Având în vedere cerința nr. III «Capacitate tehnică din Fișa de date» și anume «Laborator autorizat (de minim grad II)...», ofertantul va prezenta un document care atestă deținerea (dotarea proprie/ închirierea sau alte forme de punere la dispoziție) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului.

(...)".

Contestatoarea critică faptul că autoritatea contractantă, respectiv Comisia de evaluare, nu i-a solicitat clarificările precizate de observatorii ANAP cu privire la îndeplinirea Cerinței nr. III – Capacitatea tehnică în ceea ce privește Laborator autorizat (de minim gradul II) cu profile corespunzătoare (G.T.F. – Geotehnică și Teren de Fundare; M.B.M. – Materiale pentru Betoane și Mortare; B.Ba.Bp – Beton, Beton Armat, Beton Precomprimat, A.N.C.F.D. – Agregate naturale pentru lucrări de CF și drumuri; M.D. – Materiale pentru Drumuri; D- Drumuri) pentru lucrările de drumuri, în baza Legii nr. 10/1995 și HG nr. 766/1997 – Anexa 6, art. 24 - 1 buc.

De asemenea, contestatoarea arată că din Raportul procedurii de atribuire nr. 75331/22.11.2016, rezultă că directorul general al CNAIR SA a aprobat raportul doar din punct de vedere procedural, întrucât comisia de evaluare nu a reevaluat ofertele în conformitate cu observațiile formulate de observatorii ANAP.

Autoarea contestației, consideră că în conformitate cu art. 201 din OUG nr. 34/2006, art. 35 și 78 din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare are obligația de a evalua ofertele depuse, iar în acest context are dreptul de a solicita clarificări ofertanților pentru a preîntâmpina respingerea unei oferte pentru motive strict formale.

Contestatoarea apreciază că orice decizie de respingere a unei oferte trebuie să se bazeze pe o evaluare temeinică a documentelor depuse în ofertă și nu doar pe simple interpretări ale unor prevederi legale cu caracter eliptic, care nu de puține ori s-au dovedit a fi susceptibile de mai multe interpretări. Contestatoarea face trimitere la practica Consiliului, prin care s-a reținut că: „deși nu are obligaţia, ci doar dreptul de a solicita clarificări cu privire la oferta depusă, autoritatea contractantă trebuie să uzeze de acest drept în situația în care obținerea acestor clarificări este posibilă și necesară pentru evaluarea ofertei". Mai mult decât atât, având în vedere dispoziţiile art. 7 din HG nr. 925/2006 și prevederile Legii nr. 10/1995 și Regulamentele aferente, SC ... SRL precizează că a făcut dovada că poate îndeplini contractul şi poate rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

În continuarea susținerilor sale, SC ... SRL reiterează aceleași aspecte cu privire la faptul că a prezentat același laborator autorizat de Gradul II şi în cadrul altor proceduri de atribuire organizate de aceeași autoritate contractantă.

Contestatoarea arată că așa cum au reținut și observatorii ANAP, comisia de evaluare avea posibilitatea să-i solicite clarificări suplimentare, cu respectarea tratamentului egal şi să accepte

„prezentarea unui document care atestă deținerea (dotarea proprie/închirierea sau alte forme de punere la dispoziție) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului”.

Prin adresa nr. 952/2865 C5/10.01.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante susțineri față de concluziile scrise, autoritatea contractantă neformulând niciun un răspuns.

Având în vedere declarația privind confidențialitatea propunerii financiare și tehnice, depusă de ofertantul declarat câștigător, respectiv asocierea S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. în cadrul procedurii de atribuire, precum și răspunsurile acesteia, formulate prin adresele nr. 2568/10.12.2015 și nr. 2653/17.12.2015 la solicitările de clarificări ale autorității contractante, marcate cu mențiunea „CONFIDENŢIAL” , precum și faptul că S.C. ... S.R.L., în calitate de contestatoare, a solicitat studierea dosarului cauzei, Consiliul, prin adresa nr. 40148/2865 C5/29.12.2016, în conformitate cu dispoziţiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, i-a solicitat asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L., comunicarea temeiului juridic al încadrării tuturor înscrisurilor declarate ca fiind „confidențiale”, justificarea acestei încadrări şi demonstrarea prin orice mijloc de probă, a caracterului confidențial al documentelor, conform 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 condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial şi proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă*”.

Prin adresa de răspuns nr. 3215/30.12.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 40439/30.12.2016, S.C. ... S.R.L. învederează faptul că oferta sa reprezintă „o operă de creație științifică a cărui drept de proprietate aparține în exclusivitate” asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. și nu va fi divulgată decât cu acordul său expres exprimat în scris.

S.C. ... S.R.L. apreciază că SC ... SRL nu justifică vreun interes în promovarea cererii prin care solicită accesul la dosarul achiziției publice, atât timp cât prin contestație nu critică oferta declarată câștigătoare, sens în care, în măsura în care conținutul său ar fi adus la cunoștință altui competitor/ofertant ar genera în favoarea acestuia din urma un avantaj incorect față de societatea sa.

Analizând susţinerile intervenientei precum şi dispoziţiile legale incidente în cauză, Consiliul a decis să pună la dispoziţia contestatoarei toate documentele aflate la dosar, inclusiv propunerea tehnică şi financiară a ofertantului desemnat câştigător, documentele de calificare ale acestuia precum şi răspunsurile la solicitările de clarificări privind justificarea preţurilor.

Pentru a decide astfel, Consiliul a făcut aplicabilitatea dispoziţiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: *„La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în*

aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală. Caracterul confidenţial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă" şi analizând conţinutul adresei înregistrată la Consiliu sub nr. 40439/30.12.2016, transmisă prin e-mail, a constatat că susţinerile formulate de S.C. ... S.R.L. nu pot fi apreciate ca reprezentând mijloace de probă de natură să demonstreze caracterul confidenţial al înscrisurilor invocate ca atare de intervenientă.

Astfel, în vederea respectării principiului transparenţei stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006 şi având în vedere prevederile art. 213 alin. (1) şi art. 215 din ordonanţa mai sus evocată, art. 95 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, Consiliul a decis să pună la dispoziţia contestatoarei, care și-a manifestat dorința de a studia dosarului cauzei, toate documentele aflate la dosar, inclusiv cele declarate confidențiale de ofertantul declarat câștigător.

Din documentele depuse de contestatoare şi din susținerile acesteia, Consiliul constată următoarele:

... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitaţie deschisă", off-line, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic-Brașov, Lot 1: sector Comarnic - Predeal, km 111+300 - km 115+300; Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură", coduri CPV 45233110-3 (Rev.2), 71322500-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. .../16.07.2015, stabilind data deschiderii ofertelor, inițial, la 02.09.2015 ora 13:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" şi o valoare estimată totală, fără TVA, cuprinsă între 316.693.113 lei și 380.031.736 lei.

La data de 19.08.2015, autoritatea contractantă a postat în SEAP anunțul de tip erată nr. 78489/20.08.2016, prin care a modificat data deschiderii ofertelor la 05.10.2016 ora 13:00.

În cadrul prezentei cauze se contestă lotul 2.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 16.07.2015, contestaţia fiind înregistrată la Consiliu la data de 20.12.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile 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 achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările şi completările ulterioare"* şi a Legii nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi

funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării contestaţiei ce face obiectul prezentei cauze.

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

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, procedurii de atribuire în cauză [astfel cum este acesta definită de art. 3 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispoziţiile OUG nr. 34/2006 şi HG nr. 925/2006.

În cadrul lotului 2 - „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic-Brașov, Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură”, lot care face obiectul prezentei cauze, au depus oferte 10 operatori și asocieri de operatori economici, printre care și SC ... SRL, așa cum rezultă din procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor înregistrat sub nr. 70529/13.10.2015.

După verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare și evaluarea ofertelor depuse, autoritatea contractantă a stabilit câștigătoare a lotului 2 oferta depusă de Asocierea S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L., în timp ce oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă.

Nemulțumită de acest rezultat al procedurii, comunicat prin adresa nr. 77090/25.11.2016, SC ... SA a depus prezenta contestație, în cadrul căreia aduce critici, exclusiv, deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale.

Atașat contestației, SC ... SA a depus dovada respectării dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, respectiv atât notificarea prealabilă nr. 589/05.12.2016, înaintată autorității contractante, cât și răspunsul la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. 79200/08.12.2016, prin care autoritatea contractantă i-a comunicat că nu va adopta măsuri de remediere.

Din conținutul actului atacat, rezultă că oferta contestatoarei a fost respinsă conform art. 81 din HG nr. 925/2006 fiind declarată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din aceiași hotărâre, ca urmare a neîndeplinirii Cerinței nr. 3 – Capacitatea tehnică și/sau profesională în ceea ce privește Laboratorul autorizat (de minim grad II) cu profilele corespunzătoare.

Verificând prevederile documentației de atribuire, rezultă că pentru calificarea ofertanților autoritatea contractantă a stabilit în cadrul fișei de date, printre altele, la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, următoarea cerință:

„Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii împreună) trebuie să facă dovada că dispune de următoarele echipamente/utilaje:

Pentru lotul 2:

(...)

- *Laborator autorizat (de minim gradul II) cu profile corespunzătoare (G.T.F. – Geotehnică și Teren de Fundare; M.B.M. – Materiale pentru*

Betoane și Mortare; B.Ba.Bp.- Beton, Beton Armat, Beton Precomprimat, A.N.C.F.D.- Agregate naturale pentru lucrări de C.F. și drumuri; M.D. – Materiale pentru Drumuri; D - Drumuri) pentru lucrările de drumuri, în baza Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și H.G. nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții – Anexa 6 «Regulament privind autorizarea și acreditarea laboratoarelor de analize și încercări în construcții» – articolul 24 - 1 buc; (...)

Nota 1: În cazul unei asocieri această cerință se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor asocierii.

Nota 2: Resursele materiale ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens".

Ca modalitate de îndeplinire a acestei cerințe, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

„Ofertantul va prezenta:

- Formularul 17- «Declarație privind dotările tehnice» de care dispune pentru îndeplinirea Cerinței nr. 3 la Capacitatea Tehnică.

- Anexa la Formularul 17 - LISTA privind echipamentele/utilajele necesare pentru îndeplinirea contractului.

*- Copii «conform cu originalul» de pe documente/angajamente care să demonstreze atât dreptul de proprietate sau **de folosință**, în perioada în care devine necesară implicarea acestora în executarea lucrărilor, pentru echipamentele/utilajele prezentate, tipul echipamentului/utilajului.*

Nota 1:

Echipamentele/utilajele vor fi disponibile pentru îndeplinirea contractului.

În baza ordinului 509/2011 se solicită prezentarea unui document care atestă deținerea (dotarea proprie/ închirierea sau alte forme de punere la dispoziție) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului".

Pentru îndeplinirea acestei cerințe de calificare ofertantul SC ... SRL a depus următoarele documente:

- Formularul 17 – „Declarație privind dotarea tehnică în vederea îndeplinirii contractului (...)";

- Anexa la Formularul nr. 17, intitulată Listă privind dotarea tehnică în vederea îndeplinirii contractului, în cadrul căreia, în referire la Laboratorul Gr. II, aferent dreptului de proprietate/drept de folosință/angajament de punere la dispoziție, a precizat „folosință";

- contractul-cadru de prestări servicii, încheiat între SC ... SRL (beneficiar) și SC ...– ... SRL (prestator), înregistrat la SC ... SRL sub nr. 108/07.09.2010 și la SC ...– ... SRL sub nr. 036/07.09.2010, având ca obiect „prestarea de către prestator în favoarea beneficiarului a tuturor activităților, lucrărilor și serviciilor pentru asigurarea calității, teste de laborator, prelevarea de mostre și efectuarea de măsurători, în toate locațiile unde beneficiarul își desfășoară activitatea sau unde beneficiarul va solicita prestarea acestora (șantiere, stații de producție, etc.) în conformitate cu catalogul operațiilor standardizate, stabilite de

standardele românești în vigoare, pentru toate lucrările executate de beneficiar pe teritoriul României";

- autorizație laborator de gradul II, nr. 2541/30.07.2012, potrivit căreia se autorizează „Laborator de analize și încercări în construcții – grad II – Râmnicu Vâlcea - SC ...– ... SRL, aparținând SC ...– ... SRL, pentru efectuarea de încercări și verificări de laborator, în profilurile și pentru încercările din anexă";

- anexa nr. 1 la autorizația indicată la poziția anterioară.

Prin adresa nr. 77856/12.11.2015, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SC ... SRL, referitoare, printre altele, la clarificarea modului în care ofertantul îndeplinește Cerința nr. 3, „având în vedere că prin contractul de prestări servicii nu se atestă [... deținerea (dotarea proprie/închirierea sau alte forme de punere la dispoziție) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului] în conformitate cu fișa de date a achiziției".

Ofertantul a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 759/17.11.2015, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 79471/18.11.2015, susține că SC ...– ... SRL este membră a concernului ..., precum și faptul că în baza contractului de prestări servicii SC ...– ... SRL pune la dispoziția lui SC ... SRL atât laboratorul autorizat de grad II cu pofilele corespunzătoare conform autorizației, cât și toate activitățile, lucrările și serviciile pentru asigurarea calității, teste de laborator, prelevarea de mostre și efectuarea de măsurători – conform standardelor românești. De asemenea, în cadrul acestui răspuns, ofertantul a precizat faptul că „a îndeplinit în totalitate cerința nr. 3 (...) prezentând documente care atestă deținerea acestuia – contractul de prestări servicii fiind o formă de punere la dispoziție – în acest caz atât a laboratorului cât și a serviciilor aferente și necesare în realizarea contractului".

Membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns și, în cadrul procesului verbal intermediar nr. 9, înregistrat sub nr. 17/12960 din 07.12.2015, au reținut inacceptabilitatea ofertei depusă de SC ... SRL ca urmare a faptului că din documentele depuse de ofertant pentru îndeplinirea cerinței în discuție nu rezultă dreptul de proprietate sau folosință a bunului. Procesul verbal intermediar nr. 9 a fost semnat cu obiecțiuni de către observatorii ANAP, care, în referire la modalitatea de îndeplinire a cerinței în discuție au susținut că față de prevederile art. 7 din HG nr. 925/2006 și ale art. 6 alin. (1) lit. f) și g) din Ordinul MDRT nr. 1497/2011, se poate deduce că operatorii economici pot realiza analizele încercările privind controlul calității în scopul îndeplinirii acestui obiectiv.

Autoritatea contractată a finalizat evaluarea ofertelor, încheind raportului procedurii înregistrat sub nr. 8220/10.02.2016, în cadrul căruia a reținut inacceptabilitatea ofertei depusă de SC ... SRL. Acest raport al procedurii a fost semnat cu obiecțiuni, de către observatorii ANAP, cu privire la respectarea aspectelor procedurale, conform procesului verbal nr. 9, înregistrat cu nr. 17/12960/07.12.2015.

Întrucât, acest raport al procedurii nu a fost semnat de către directorul general, acesta solicitând „reevaluare în conformitate cu observațiile consemnate în PV 17/2960/07.12.2015", membrii comisiei

de evaluare au procedat la reevaluarea ofertelor și, în cadrul „Procesului verbal final reevaluare”, înregistrat sub nr. 14/451/25.05.2016, și-au menținut, cu majoritate (5 membrii au semnat documentul iar 2 dintre membrii au elaborat note individuale), decizia în ceea ce privește ofertele respinse, (inclusiv în ceea ce privește decizia de respingere a ofertei depusă de SC ... SRL pentru același motiv), combătând punctual observațiile observatorilor ANAP. În acest sens, a fost încheiat un nou raport al procedurii, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 50222/17.08.2016, semnat de observatorii ANAP cu observații identice cu cele menționate în raportul procedurii nr. 8220/10.02.2016. Nici acest raport al procedurii nu a fost semnat de conducătorul autorității contractante, care a solicitat reevaluarea în conformitate cu observațiile consemnate în PV final de reevaluare nr. 14/451/25.05.2016.

Atașat acestui raport se regăsesc 2 anexe, respectiv Anexa nr. 5 elaborată de către 2 dintre membrii comisiei de evaluare, potrivit Anexei nr. 5 la raportul procedurii nr. 50222/17.08.2016, care au consemnat, în legătură cu reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, că „solicită ofertantului să clarifice precizarea «firmă membră a concernului ...» raportat la modul de îndeplinire a Cerinței nr. 3 ...” și Anexa nr. 7, în cadrul căreia 5 membrii ai comisiei de evaluare, din totalul de 7, au reținut inacceptabilitatea ofertei depusă de SC ... SRL.

Așa cum rezultă din procesul verbal final înregistrat sub nr. 14/4838/04.10.2016, membrii comisiei de evaluare, cu majoritate, au precizat că își „mențin cele menționate în raportul procedurii din data de 04.01.2016, în raportul procedurii de reevaluare din data de 25.05.2016, precum și cele menționate în anexele aferente acestora. Comisia de evaluare s-a pronunțat asupra observațiilor consemnate de către observatorii ANAP în procesul verbal intermediar nr. 9/07.12.2015 atât în anexa raportului final de atribuire, cât și în raportul final în urma procesului de reevaluare. Schimbarea deciziei comisiei de evaluare în baza observațiilor consemnate de observatorii ANAP, în lipsa undei decizii CNSC sau a unei hotărâri a instanțelor judecătorești ar presupune modificarea criteriilor de calificare și selecție din documentația de atribuire pe parcursul evaluării ofertelor”.

Ca urmare, a fost încheiat raportul procedurii nr. 75331/22.11.2016, semnat de 5 dintre membrii comisiei de evaluare (2 dintre membrii formulând note individuale). Acest ultim raport al procedurii a fost semnat de 2 dintre observatorii ANAP cu obiecțiuni, motivat de faptul că „nu s-a reevaluat conform observațiilor menționate de către observatori în PV nr. 9 înregistrat cu nr. 17/12960/07.12.2015 și PV final reevaluare nr. 14/451/25.05.2016”. De asemenea, conducătorul autorității contractante a semnat raportul procedurii nr. 75331/22.11.2016, precizând următoarele: „Aprob raportul de atribuire numai din punct de vedere procedural în baza obligațiilor ce îmi revin cf. art. 83 alin. (2) din HG nr. 925/2006 cu mențiunea că asumarea răspunderii în ceea ce privește rezultatul procesului de evaluare a ofertelor revine în totalitate persoanelor responsabile pentru evaluarea acestora fiind al treilea raport prin care membrii comisiei de evaluare hotărăsc atribuire procedurii fără a ține seama de observațiile formulate de către observatorii MFP-ANAP. (...)”.

Astfel, din conținutul acestui ultim raport al procedurii, rezultă că membrii comisiei de evaluare au menținut decizia de respingere a ofertei depusă de SC ... SRL.

Analizând critica autoarei contestației privind decizia de respingere a ofertei sale, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din considerentele care urmează.

Așa cum s-a reținut într-unul din paragrafele anterioare, pentru îndeplinirea cerinței de calificare prevăzută la cap. III.2.3.a) Cerința nr. 3, autoritatea contractantă a stabilit că ofertanții au obligația de a dovedi că „dispun", printre altele, și de laborator autorizat grad II. Mai mult decât atât, în cadrul modalității de îndeplinire a acestei cerințe s-a precizat în mod explicit faptul că sunt necesare a fi depuse documente/angajamente care să demonstreze că ofertantul „are **dreptul** de proprietate sau **de folosință**, în perioada în care devine necesară implicarea acestora în executarea lucrărilor, pentru echipamentele/utilajele prezentate, tipul echipamentul/utilajului. (...) se solicită prezentarea unui document care atestă deținerea (dotarea proprie/închirierea sau **alte forme de punere la dispoziție**) a utilajelor, echipamentelor tehnice în realizarea contractului".

Analizând modul de lucru al comisiei de evaluare, Consiliul constată că prin solicitarea de clarificări transmisă ofertantului SC ... SRL s-a încercat clarificarea modului în care acesta îndeplinește cerința de calificare menționată la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, însă față de răspunsul ofertantului, care a susținut că ..... SRL, prestator în cadrul contractului cadru de prestări servicii nr. 108/07.09.2016 - 036/07.09.2010, încheiat pe durată nedeterminată, este „firmă membră a concernului ...", Consiliul apreciază că membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit să manifeste un rol activ pentru clarificarea în totalitate a situației și să-i solicite SC ... SRL depunerea de documente care să probeze afirmațiile sale (situații financiare, acte interne, acte emise de registrul comerțului, etc.).

Susținerea autorității contractante referitoare la existența în speță a unor societăți cu „personalități juridice distincte" nu poate fi reținută, întrucât, este necesară analizarea documentelor care pot proba afirmația ofertantului, în vederea dezlegării pricinii fiind esențial să se stabilească dacă SC ... SRL are dreptul **să folosească** mijlocul fix în discuție (Laborator de analize), în situația în care atât SC ... SRL cât și SC ..... SRL, fac parte din același concern.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de anulare în tot a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, Consiliul apreciază că față de cele constate anterior și aspectele sesizate Consiliului de către SC ... SRL, care a criticat doar decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, neformulând critici referitoare la alte oferte depuse în procedură, în speță nu se impune anularea în tot a raportului procedurii ci numai a mențiunilor referitoare la oferta depusă de SC ... SRL și a celor referitoare la aplicarea criteriului de atribuire.

Față de cele de mai sus, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația, va anula, în parte, raportul procedurii nr. 75331/22.11.2016 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta

contestatoarei și la aplicarea criteriului de atribuire și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la anularea în tot a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., anulează, în parte, raportul procedurii nr. 75331/22.11.2016 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta contestatoarei și la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la anularea în tot a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.

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

PREŞEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 4 exemplare originale, conţine 13 pagini.