CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, 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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 62/26.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 17015/26.04.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J.... şi Cod Unic de Înregistrare...., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreţinere curentă pe timp de vară – Acorduri - cadru de lucrări având ca obiect – Întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I – anul IV pentru DRDP BRAŞOV” – lot 4, organizată de către ...., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 60/471/16.04.2018,
- anularea raportului procedurii şi a tuturor proceselor verbale încheiate în cadrul procedurii de achiziţie publică,
- reevaluarea ofertei SC .... şi declararea ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile.

Prin contestaţia nr. 61/26.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 17020/26.04.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ...având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ... formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreţinere curentă pe timp de vară – Acorduri - cadru de lucrări având ca obiect – Întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I – anul IV pentru DRDP BRAŞOV”, - lot 2, organizată de către ...., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 60/465/16.04.2018,

- anularea raportului procedurii şi a tuturor proceselor verbale încheiate în cadrul procedurii de achiziţie publică,
- reevaluarea ofertei SC ... SRL şi declararea ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile.

Prin contestaţia nr. 294/27.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 17259/27.04.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J.... şi Cod Unic de Înregistrare ...., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreţinere curentă pe timp de vară – Acorduri - cadru de lucrări având ca obiect – Întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I – anul IV pentru DRDP BRAŞOV”, - loturile 1, 4, 6, organizată de către ...., cu sediul în .... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea comunicărilor nr. 460/16.04.2018, nr. 472/16.04.2018 şi nr. 478/16.04.2018 privind rezultatul procedurii nr. 182488/07.02.2018, pentru loturile 1, 4 şi 6, precum şi anularea în parte a procesului – verbal de evaluare şi a raportului procedurii, în ceea ce priveşte declararea ofertei SC .... SRL neconformă,
- obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii din faza de reevaluare a ofertelor şi reevaluarea ofertelor SC ... SRL, cu luarea în considerare a formularului DUAE revizuit şi, în consecinţă, declararea acestor oferte ca fiind conforme şi admisibile,
- obligarea autorităţii contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu participarea SC .... SRL în calitate de ofertant şi stabilirea ofertei câştigătoare dintre ofertele declarate admisibile, conform criteriilor de atribuire.

Prin contestaţia nr. 632C/09.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 18522/09.05.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreţinere curentă pe timp de vară – Acorduri - cadru de lucrări având ca obiect – Întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I – anul IV pentru DRDP BRAŞOV”, - lot 6, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea evaluării iniţiale a DUAE depusă de SC ... SRL, anulând raportul intermediar al procedurii şi toate actele subsecvente, respectiv comunicarea rezultatului nr. 60/477/16.04.2018, în ceea ce priveşte oferta depusă de SC ... SRL,
- obligarea autorităţii contractante la continuarea evaluării ofertelor, inclusiv a celei depuse de SC ... SRL cu etapa de evaluare a propunerii tehnice, în condiţiile constatării admisibilităţii DUAE depusă de SC ... SRL respectiv a constatării îndeplinirii cerinţei privind accesul la „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice”, din cadrul documentaţiei de atribuire.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările şi completările ulterioare, contestaţiile care fac obiectul dosarelor nr. ..., nr. ..., nr. ... și nr. .../2018 au fost conexate, pentru a se pronunţa o soluţie unitară.

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

Prin contestaţia nr. 62/26.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 17015/26.04.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, pentru lotul 4, critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale ca neconformă, în conformitate cu art. 215 alin. (5) teza 1 din Legea nr. 98/2016, deoarece nu a îndeplinit cerinţele minime de calificare, aşa cum sunt solicitate în cadrul fişei de date, respectiv nu a prezentat staţie de preparare a mixturilor asfaltice.

În susţinerea cauzei sale, contestatoarea menţionează că în fişa de date la Secţiunea III 2.3 a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională -Capacitatea tehnică - Cerinţa 2, se precizează: *«Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie / închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent».*

Totodată, exemplificând, autoritatea contractantă menţionează tot la capacitatea tehnică, următoarele: *«Pentru fiecare lot în parte, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, va prezenta anterior atribuirii acordurilor cadru, la solicitarea autorităţii contractante, documente/angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosință/angajament de punere la dispozitie/factura proforma/precontract), pe durata de implicare în execuţia lucrărilor, aferente celui mai mare contract subsecvent pentru utilajele, echipamentele, autovehiculele prezentate».*

Potrivit cerinţelor impuse prin fişa de date, autoritatea contractantă a solicitat ofertanţilor să aibă acces sau să aibă la dispoziţie (prin orice formă de punere la dispoziţie), utilajele, echipamentele şi autovehiculele solicitate, exemplificând că ofertantul va putea prezenta în dovedirea capacităţii tehnice, documente/angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinţă/angajament de punere la dispoziţie/factură proformă/precontract).

În atare situaţie, solicitarea autorităţii contractante de a avea numai în proprietate dotările tehnice solicitate prin fişa de date este una abuzivă care contravine solicitărilor iniţiale impuse prin documentaţia de atribuire. În atare situaţie autoritatea contractantă este obligată să analizeze ofertele conform cerinţelor impuse iniţial şi nu reinterpretate aceste cerinţe, schimbând practic explicaţiile/cerinţele oferite de aceasta prin fişa de date.

Contestatoarea învederează, totodată, faptul că potrivit dicţionarului limbii române, prin dispoziţie se înţelege la îndemâna, a fi gata să

satisfacă dorinţele, ordinele cuiva, iar prin acces se înţelege a avea permisiunea să meargă undeva, a avea voie să pătrundă undeva.

Contestatoarea, respectând cerinţele fişei de date, a făcut dovada că are la dispoziţie şi are acces la o staţie de preparare a mixturilor asfaltice şi având în vedere cerinţa din fişă *«alte forme de punere la dispoziţie», coroborat cu specificaţiile din fişa de date prin care la solicitarea autorităţii contractante, documente/angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinţă/angajament de punere la dispoziţie/factura proformă/precontract), pe durata de implicare în execuţia lucrărilor, aferente celui mai mare contract subsecvent pentru utilajele, echipamentele, autovehiculele prezentate»*, a prezentat un contract de furnizare mixturi asfaltice nr. 464/20.03.2018 încheiat cu S.C. ...S.R.L., făcând astfel dovada îndeplinirii cerinţei solicitate.

Acest contract de furnizare a fost încheiat pentru această procedură de achiziţie, astfel încât ţinând cont de cerinţele fişei de date, părţile au înţeles să menţioneze în cuprinsul cap. 1 denumit «Obiectul şi durata contractului» , următoarele clauze obligatorii între părţi: *«Având în vedere că prezentul contract se încheie în vederea execuţiei în bune condiţii a unui contract de achiziţie publică, cumpărătorul SC ... SRL va avea la dispoziţie în mod nelimitat toate agregatele şi mixturile de care are nevoie având astfel acces în orice moment la staţia de preparare a mixturilor asfaltice aflată la baza de producţie a proprietarului pentru a putea executa lucrările care fac obiectul contractului de achiziţie publică».*

Conform art. 1225 din Codul Civil - «obiectul contractului» îl reprezintă operaţiunea juridică convenită de părţi, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor şi obligaţiilor contractuale, astfel încât conform obiectului contractului de furnizare mixturi asfaltice nr. 464/20.03.2018, vânzătorul a înţeles să stabilească în favoarea cumpărătorului SC ... SRL, atât dispoziţia nelimitată faţă de toate agregatele şi mixturile de care are nevoie dar şi accesul în orice moment la staţia de preparare a mixturilor asfaltice, orice contract încheiat de părţi consituind legea părtilor, forţa lui obligatorie fiind limitată la obiectul contractului descris de părţi.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că a respectat cerinţele impuse prin fişa de date a achiziţiei, nefăcându-se astfel aplicabile prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, demonstrând astfel capacitatea tehnică.

În aceste condiţii, capacitatea tehnică astfel cum a fost demonstrată conform cerinţelor fişei de date a achiziţiei este una necesară şi adecvată pentru a se asigura că SC ... SRL deţine resursele tehnice şi experienţa necesară pentru a executa contractul de achiziţie publică /acordul cadru la un standard de calitate corespunzătoare, conform art. 178 din Legea nr.98/2016.

Prin contestaţia nr. 61/26.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 17020/26.04.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză – lotul 2, critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale ca neconformă, în conformitate cu art. 215 alin. (5) teza 1), deoarece nu a îndeplinit cerinţele minime de calificare, aşa cum sunt

solicitate în cadrul fişei de date, respectiv nu a prezentat staţie de preparare a mixturilor asfaltice.

În susţinerea cauzei sale, contestatoarea menţionează că în fişa de date la Secţiunea III 2.3 a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională -Capacitatea tehnică - Cerinţa 2, se precizează: *«Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie / închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent».*

Totodată, exemplificând, autoritatea contractantă menţionează tot la capacitatea tehnică, următoarele: *«Pentru fiecare lot în parte, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, va prezenta anterior atribuirii acordurilor cadru, la solicitarea autorităţii contractante, documente/angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinta/anşajament de punere la dispozitie/factura proforma/precontract), pe durata de implicare în execuţia lucrărilor, aferente celui mai mare contract subsecvent pentru utilajele, echipamentele, autovehiculele prezentate»*.

Potrivit cerinţelor impuse prin fişa de date, autoritatea contracantă a solicitat ofertanţilor să aibă acces sau să aiba la dispoziţie (prin orice formă de punere la dispoziţie), utilajele, echipamentele şi autovehiculele solicitate, exemplificând că ofertantul va putea prezenta în dovedirea capacităţii tehnice, documente/angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinţă/angajament de punere la dispoziţie/factură proformă/precontract).

În atare situaţie, solicitarea autorităţii contractante de a avea numai în proprietate dotările tehnice solicitate prin fişa de date este una abuzivă care contravine solicitărilor iniţiale impuse prin documentaţia de atribuire. În atare situaţie autoritatea contractantă este obligată să analizeze ofertele conform cerinţelor impuse iniţial şi nu reinterpretate aceste cerinţe, schimbând practic explicaţiile/cerinţele oferite de aceasta prin fişa de date.

Contestatoarea învederează totodată faptul că potrivit dicţionarului limbii române, prin dispoziţie se înţelege la îndemâna, a fi gata să satisfacă dorinţele, ordinele cuiva, iar prin acces se înţelege a avea permisiunea să meargă undeva, a avea voie să pătrundă undeva.

Contestatoarea, respectând cerinţele fişei de date, a făcut dovada că are la dispoziţie şi are acces la o staţie de preparare a mixturilor asfaltice şi având în vedere cerinţa din fişă «alte forme de punere la dispoziţie», coroborat cu specificaţiile din fişa de date prin care la solicitarea autorităţii contractante, documente/angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinţă/angajament de punere la dispoziţie/factura proformă/precontract), pe durata de implicare în execuţia lucrărilor, aferente celui mai mare contract subsecvent pentru utilajele, echipamentele, autovehiculele prezentate», a prezentat un contract de furnizare mixturi asfaltice nr. 353/02.03.2018 încheiat cu S.C. ... S.R.L., făcând astfel dovada îndeplinirii cerinţei solicitate.

Acest contract de furnizare a fost încheiat pentru această procedură de achiziţie, astfel încât ţinând cont de cerinţele fişei de date, părţile au

înţeles să menţioneze în cuprinsul cap. 1 denumit «Obiectul şi durata contractului» , următoarele clauze obligatorii între părţi: *«Având în vedere că prezentul contract se încheie în vederea execuţiei în bune condiţii a unui contract de achiziţie publică, cumpărătorul SC ... SRL va avea la dispoziţie, în mod nelimitat, toate agregatele şi mixturile de care are nevoie, având, astfel acces în orice moment la staţia de preparare a mixturilor asfaltice aflată la baza de producţie a proprietarului pentru a putea executa lucrările care fac obiectul contractului de achiziţie publică».*

Conform art. 1225 din Codul Civil - «obiectul contractului» îl reprezintă operaţiunea juridică convenită de părţi, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor şi obligaţiilor contractuale, astfel încât conform obiectului contractului de furnizare mixturi asfaltice nr. 353/02.03.2018, vânzătorul a înţeles să stabilească în favoarea cumpărătorului SC ... SRL, atât dispoziţia nelimitată faţă de toate agregatele şi mixturile de care are nevoie dar şi accesul în orice moment la staţia de preparare a mixturilor asfaltice, orice contract încheiat de părţi consituind legea părtilor, forţa lui obligatorie fiind limitată la obiectul contractului descris de părţi.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că a respectat cerinţele impuse prin fişa de date a achiziţiei, nefăcându-se astfel aplicabile prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, demonstrând astfel capacitatea tehnică.

În aceste condiţii, capacitatea tehnică astfel cum a fost demonstrată conform cerinţelor fişei de date a achiziţiei este una necesară şi adecvată pentru a se asigura că SC ... SRL deţine resursele tehnice şi experienţa necesară pentru a executa contractul de achiziţie publică /acordul cadru la un standard de calitate corespunzătoare, conform art. 178 din Legea nr.98/2016.

Prin contestaţia nr. 294/27.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 17259/27.04.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză – loturile 1, 4, 6 critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertelor sale ca neconforme, motivând că informaţiile completate în documentele depuse la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnică şi profesională"-Cerinta 2 - subsectiunea "Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic" din DUAE, nu confirmă îndeplinirea cerinţelor minime de calificare, aşa cum este solicitat în cadrul fişei de date, la Secţiunea lll.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională. Capacitate tehnică - Cerinţa 2. respectiv". Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/ închiriere/alte forme de punere la dispoziţie, de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent", pentru următoarele utilaje: (1) - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice;(2) - Repartizator de mixturi asfaltice; (5) - Placă vibratoare şi vibrator de adâncime; (8) - Freza pentru asfalt şi beton; (9) - Compactor vibrator min 1,5 to; (10) - Instalaţie de colmatat rosturi şi fisuri; (11) - Sistem (utilaj) de amorsare; (12) - Autogreder; (13) - Betoniera (125 - 150 litri), reţinând totodată şi faptul că terţul susţinător declarat, respectiv IM PRESA DICOSTRUZIONI ING.

E.MANTOVANI S.P.A., la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C *""Capacitatea tehnică şi profesională" - Cerinţa 2. subsectiunea "Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic" din formularul DUAE, a declarat: "vezi candidat unic S.C. .... S.R.L."*

Autoritatea contractantă a declarat ofertele contestatoare ca fiind neconforme, fără a solicita clarificări în sensul completării sau îndreptării eventualelor erori privind documentele depuse, încălcând astfel legislaţia şi documentaţia de atribuire.

Împotriva deciziilor ... de respingere a ofertelor ca neconforme, contestatoarea a formulat în data de 20.04.2018 notificare prealabilă, solicitând autorităţii contractante remedierea situaţiei, luarea în considerare a formularului DUAE cu clarificările revizuite şi, în consecinţă, declararea ofertelor ca fiind admisibile şi continuarea procedurii de achiziţie cu participarea contestatoarei în calitate de ofertant.

Prin adresele nr. 543/24.04.2018, nr. 544/24.04.2018 şi nr. 546/24.04.2018 autoritatea contractantă şi-a exprimat poziţia în sensul că nu înţelege să ia măsurile de remediere solicitate.

În opinia contestatoarei, refuzul autorităţii contractante de a lua măsurile de remediere propuse este contrar principiilor care guvernează materia achiziţiilor publice privind tratamentul egal şi nediscriminator faţă de toţi participanţii.

În realitate, situaţia se limitează la o simplă eroare administativă, astfel că în formularul DUAE a fost preluată o listă cu utilajele necesare / disponibile pentru contract aparţinând altei investiţii. Lista utilajelor disponibile pentru contract este în principiu egală sau superioară cu lista utilajelor necesare pentru contract.

Firma ... S.P.A. are în economia licitaţiei un rol dublu: i) acela de terţ susţinător pe capacitate tehnică - experienţa similară şi ii) acela de operator economic (furnizor), care închiriază utilaje de construcţii pentru ofertantul unic SC ... SRL.

Ofertantul unic SC ... SRL a indicat în propunerea sa tehnică aferentă licitaţiei în cauză, atât lista cu utilajele disponibile pentru executarea contractului, cât şi documentele justificative specifice suport (documente proprietate, contracte închiriere, etc.): Contract de închiriere nr. 26/20.03.2018, Contract de închiriere nr. 40/20.03.2018, Contract de închiriere nr. 191/16.03.2018, Contract de închiriere nr. 192/16.03.2018, Contract de închiriere nr. 193/16.03.2018, Contract de prestări servicii nr. 17L026/09.08.2017, Contract de închiriere nr. 12/20.03.2018, satisfăcând asfel cerinţa autorităţii contractante (cerinţa 2 - privind capacitatea tehnică, cuprinsă în fişa de date a achiziţiei) privind accesul ofertantului la utilajele de construcţii etc.

Contestatoarea menţionează că în formularul DUAE a fost preluată o listă cu necesarul de utilaje pentru contract de la o altă licitaţie/investiţie. Aşadar, lista cu necesarul de utilaje pentru contract aferentă licitaţiei/ investiţiei, de unde a fost preluată lista cu necesarul de utilaje (Lista B), diferă într-o mare proporţie faţă de lista cu necesarul de utilaje pentru contractul aparținând licitaţiei/investiţiei de faţă (Lista A).

Pe de altă parte, în propunerea tehnică se regăsesc in extenso atât lista cu utilajele disponibile pentru exedutarea contractului (Lista A), cât şi

documentele justificative specifice suport (documente proprietate, contracte închiriere, etc.), satisfăcându-se asfel pe deplin cerinţa autorităţii contractante (cerinţa 2 - privind capacitatea tehnică, cuprinsă în fişa de date a achiziţiei) privind accesul ofertantului la utilajele de construcţii etc.

Aceste documente se află în cuprinsul documentaţiei ofertei depuse: Contract de închiriere nr. 26/20.03.2018, Contract de închiriere nr. 40/20.03.2018, Contract de închiriere nr. 191/16.03.2018, Contract de închiriere nr. 192/16.03.2018, Contract de închiriere nr. 193/16.03.2018, Contract de prestări servicii nr. 17L026/09.08.2017, Contract de închiriere nr. 12/20.03.2018.

Deși nu au fost solicitate clarificări înainte de adoptarea deciziilor de respingere a ofertelor, prin notificările formulate a prezentat motivul pentru care documentul DUAE a trebuit revizuit și a solicitat remedierea situatiile prin acceptarea acestuia și declararea ofertelor sale ca fiind conforme, întrucât situația se datorează unor erori materiale.

Contestatoarea consideră nejustificat refuzul autorităţii contractante de a nu accepta documentul DUAE revizuit şi de a nu accepta remedierile solicitate, atâta vreme cât clarificările şi precizările făcute nu conduc la modificarea elementelor esenţiale ale procedurii de atribuire, a cerinţelor stabilite în anunţul de participare, nefiind de natură a denatura concurenţa sau a avea un efect discriminatoriu.

În mod vădit autoritatea contractantă a încălcat principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenţei şi proporţionalităţii consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, întrucât nu a solicitat contestatoarei clarificări în acest sens, cu atât mai mult cu cât din propunerea sa tehnică rezultă îndeplinirea acestei cerinţe.

Această eroare putea fi corectată într-un mod care nu conduce la depunerea unui nou document DUAE, dacă autoritatea şi-ar fi respectat obligaţia legală de a asigura respectarea principiului tratamentului egal faţă de toţi candidaţii şi ar fi cerut contestatoarei clarificări în legătură documentele depuse pentru îndelinirea cerinţelor referitoare la capacitatea tehnică, prevăzută la Secţiunea III 2.3 a) cât şi documentele justificative şi ar fi dat posibilitatea contestatoarei de a îndrepta eroarea administrativă produsă şi în continuare, participarea la procedura de achiziţie în calitate de ofertant.

Mai mult, conform art. 134 din HG nr. 395/2016 privind Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, *" (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora (...)".*

Contestatoarea învederează că în documentaţia de atribuire, respectiv în propunerea tehnică se regaseau atât lista cu utilajele disponibile pentru executarea contractului (Lista A), cât şi documentele justificative specifice suport.

Prin contestaţia nr. 632C/09.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 18522/09.05.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire

în cauză – lotul 6 critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale ca neconformă, pe motiv că nu sunt îndeplinite cerinţele minime de calificare aşa cum sunt solicitate în cadrul fişei de date la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2 şi în caietul de sarcini Cap. 5 pct. 5.1. modificat prin clarificarea nr. 1 din data de 14.02.2018: *„Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent*", respectiv: Staţie de preparare a mixturilor asfaltice.

Contestatoarea menţionează că evaluarea ofertei sale este ilegală pentru următoarele considerente:

Prin fişa de date a achiziţiei, cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională s-a solicitat următoarea cerinţă de calificare *„Capacitate tehnică - Cerinţa 2 Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent, respectiv: - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice;... Pentru fiecare lot în parte, Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va prezenta, anterior atribuirii acordurilor cadru, la solicitarea autorităţii contractante, documente /angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinţă/ angajament de punere la dispoziţie/factura proformă/precontract) pe durata de implicare în execuţia lucrărilor aferente celui mai mare contract subsecvent pentru utilajele, echipamentele, autovehiculele prezentate";*

Prin solicitarea de clarificări nr. 60/442/05.04.2018, i s-a cerut contestatoarei să clarifice următoarele:

În urma analizării şi verificării informaţiilor prezentate în DUAE, postate de dumneavoastră online în SEAP, cu semnătură electronică extinsă, comisia de evaluare a constatat că la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnică şi profesională" - Cerinţa 2 - subsecţiunea "Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic", se regăseşte staţia de preparare mixturi asfaltice (Precontract de furnizare mixturi asfaltice).

Comisia de evaluare în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, va solicita să clarificaţi cum veti îndeplini Cerinţa nr. 2 din Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională din cadrul fişei de date : „Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent, respectiv: - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice;"

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 924C/11.04.2018 contestatoarea a arătat următoarele: „Pentru Staţia de preparare mixturi asfaltice aşa cum a fost menţionat şi în DUAE, a fost încheiat Precontractul de furnizare mixturi asfaltice nr. 553 C/07.03.2018 cu ... SRL pe care îl

anexăm prezentei", ataşând precontractul de furnizare mixturi asfaltice cu SC ... SRL, firmă parte a grupului său de firme;

Contestatoarea menţionează că indiferent de motivarea în drept a respingerii ofertei sale, în fapt, contestatoarea îndeplineşte cerinţa de calificare având ca obiect „dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent, respectiv: - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice", în condiţiile în care a completat corect DUAE menţionând că are acces la „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice", prin intermediul precontractului de furnizare mixturi asfaltice nr. 553 C/07.03.2018 încheiat cu SC ... SRL;

Fişa de date a achiziţiei nu a interzis, ca formă de „acces" la „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice" contractele/precontractele de furnizare mixturi asfaltice cu proprietarii de astfel de mijloace de producţie;

Precontractul de furnizare mixturi asfaltice prezentat este încheiat cu SC ... SRL, firmă parte a grupului său de firme, proprietar de staţie de preparare mixturi asfaltice, producător şi furnizor consacrat de mixturi asfaltice, inclusiv pentru autoritatea contractantă, executant cu tradiţie de lucrări de drumuri, inclusiv pentru autoritatea contractantă .

Dacă o atare interdicţie ar fi fost explicitată în fişa de date a achiziţiei (imposibilitatea/neacceptarea dovedirii „accesului" la „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice" prin contracte/precontracte de furnizare mixturi asfaltice), cu respectarea prevederilor art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, „ (2) Documentaţia de atribuire conţine orice cerinţă, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire", pentru contestatoare nimic nu ar fi fost mai simplu decât:

a. Să se asocieze cu SC … SRL pentru îndeplinirea cerinţei de calificare;
b. Să primească susţinere din partea SC …. SRL pentru îndeplinirea cerinţei de calificare privind capacitatea tehnică (s.n. instalaţie „Statie de preparare a mixturilor asfaltice"), aşa cu a primit
c. Să subcontracteze către SC … SRL producţia de mixturi asfaltice;
d. Să închirieze de la SC … SRL staţia de preparare mixturi asfaltice;
e. Să participe la procedura de atribuire cu unic ofertant SC … SRL în loc de SC … SRL.

Cu nerespectarea prevederilor art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, în fişa de date a achiziţiei, nu au fost enumerate complet, clar, limitativ şi explicit toate formele de deţinere/acces la „Statie de preparare a mixturilor asfaltice" acceptate şi, respectiv, interzise de autoritatea contractantă pentru îndeplinirea cerinţei de calificare.

Dacă fişa de date a achiziţiei ar fi interzis explicit ca formă de „acces" la „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice" contractul/precontractul de furnizare mixturi asfaltice, contestatoarea ar fi putut să se asocieze cu proprietarul staţiei, SC ... SRL, să primească susţinere de la acesta în calitate de terţ susţinător, să subcontracteze către acesta producţia de mixturi, să închirieze staţia de preparare mixturi asfaltice sau să participe

la licitaţie cu ofertantul unic SC ... SRL, nu SC ... SRL, firmele făcând parte din acelaşi grup de firme.

În fişa de date a achiziţiei, cerinţa „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice" este tratată în cadrul aceleaşi linii din tabel în 2 (două) moduri diferite, cu implicaţii juridice diferite, în coloana din stânga apare „dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie)", pe când în coloana din dreapta apare „documente /angajamente care să demonstreze dreptul de proprietate sau de folosinţă (dreptul de folosinţă/ angajament de punere la dispozitie/factură proformă/precontract)", ambele variante permiţând „accesul" la staţia de preparare mixturi asfaltice prin alte mijloace decât „deţinerea", respectiv, acceptând „precontractul" ca metodă de acces la staţia de preparare mixturi asfaltice;

În condiţiile în care fişa de date a achiziţiei nu a fost contestată în interiorul termenului legal de către operatorii economici interesaţi, aceasta devine obligatorie în etapa de evaluare a ofertelor, inclusiv pentru autoritatea contractantă.

La acest moment, în etapa de evaluare a ofertelor, prin invocarea implicită a propriei culpe în a nu fi respectate prevederile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, la întocmirea documentaţiei de atribuire autoritatea contractantă încalcă principiul Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, explicitând şi restrângând, cu efect retroactiv, după termenul limită de depunere a ofertelor, modalităţile de acces la „Staţie de preparare a mixturilor asfaltice", pentru a exclude abuziv modalitatea de acces prin precontract de furnizare mixturi asfaltice, metodă aleasă de contestatoare în acord cu prevederile vagi, contradictorii, incomplete şi mai permisive ale fişei de date a achiziţiei.

Autoritatea contractantă se află într-o gravă eroare în a considera că altcineva decât proprietarul staţiei de preparare mixturi asfaltice sau beneficiarul unui contract/precontract de furnizare mixturi asfaltice, încheiat cu proprietarul mijlocului de producţie autorizat corespunzător (s.n. situaţia contestatoarei) ar putea participa în calitate de ofertant în cadrul procedurii de atribuire, dovedind prin aceasta capacitatea de a produce efectiv şi pune în operă mixturi asfaltice.

Procedurile prealabile începerii producţiei de mixturi asfaltice sunt numeroase şi de lungă durată (s.n. transport, montaj pe amplasamentul viitor de producţie, emiterea autorizaţiei de mediu pe acest amplasament, obţinerea certificatelor de conformitate a produselor în fabrica SR EN, etc.) şi pot fi realizate doar de proprietarul de drept al mijlocului de producţie, nu şi de chiriaşul/locatarul staţiei de preparare mixturi asfaltice, cum greşit se precizează în fişa de date a achiziţiei.

O altă eroare a fişei de date este că viitorul proprietar al unui asemenea mijloc de producţie nu poate decât spera că, la un moment incert, în viitor, după ce a plătit preţul echipamentului şi a intrat în posesia acestuia, să demareze procedurile prealabile începerii producţiei de mixturi asfaltice .

Prin urmare, autoritatea contractantă, în stilul caracteristic, sancţionat deja de către Curtea de Conturi şi ce va fi probabil sancţionat şi în cadrul prezentei proceduri, la sesizarea contestatoarei, cu încălcarea

principiilor tratamentului egal, nediscriminării, transparenţei şi proporţionalităţii a restricţionat concurenţa, refuzând ca dovadă a „accesului" la staţie de preparare mixturi asfaltice precontractul de furnizare prezentat de către contestatoare, deşi, alături de participarea directă a unui proprietar de staţie de preparare mixturi asfaltice care a parcurs toate etapele prealabile începerii producţiei, sunt singurele două metode ce asigură că „accesul" ofertantului nu doar la o staţie de preparare mixturi asfaltice ci şi la mixturi asfaltice conforme, produse cu acest mijloc de producţie, ce pot fi puse în operă.

În lipsa acestei din urmă verificări, cerinţa din fişa de date este o formă fără fond, tipică DRDP Braşov, de tipul încheierii şi prelungirii abuzive de acorduri-cadru, peste perioada de valabilitate, fără proceduri concurenţiale de atribuire, fără a verifica faptul că ofertantul adjudecatar al acestora a executat ani întregi aceste contracte fără a avea măcar autorizat prealabil codul CAEN necesar pentru prestarea activităţilor contractante;

Revenind la procedura de faţă, similar, DRDP Braşov nu este interesată dacă staţia de preparare mixturi asfaltice solicitată poate efectiv produce mixturile asfaltice necesare a fi puse în operă ci doar ca ofertantul să dovedească „accesul" la ea, dar doar prin mijloacele de probă restrânse retroactiv prin comunicarea rezultatului nr. 60/477/16.04.2018, pentru a exclude abuziv şi retroactiv precontractul de furnizare prezentat de contestatoare, indiferent dacă staţia este funcţională şi autorizată pentru începerea producţiei la momentul depunerii ofertei sau doar o iluzie, o speranţă că în viitor ofertantul va deţine un asemenea mijloc de producţie şi la un moment şi mai îndepărtat în viitor îl va autoriza pentru a începe producţia.

Autoritatea contractantă a depus un set de documente necesare soluţionării cauzei, precum şi punctul de vedere nr. 60/602/09.05.2018 înregistrat la Consiliu sub nr. 18721/10.05.2018, prin care solicită respingerea contestaţiei nr. 62/26.04.2018 formulată de către SC ... SRL ca prematur formulată şi pe fond ca netemeinică.

Pe cale de excepţie, având în vedere că rezultatul respingerii ofertei i-a fost comunicat societăţii contestatoare în conformitate cu prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016 şi având în vedere că prin contestaţie, s-a solicitat anularea raportului procedurii şi, dat fiind faptul că prezenta procedură se află în procesul de evaluare, autoritatea contractantă invocă excepţia prematurităţii formulării contestaţiei.

Pe fond, autoritatea contractantă menţionează că în data de 05.04.2014 prin adresa nr. 60/443, comisia de evaluare solicită contestatoarei, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, să clarifice situaţia referitoare la staţia de preparare mixturi asfaltice, având în vedere că aceasta nu se regăseşte menţionată în cadrul formularului DUAE la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnică şi profesională" - Cerinţa 2 - subsecţiunea "Utilaje, instalaţii si echipament tehnic".

Contestatoarea, prin adresa nr. 47/11.04.2018, a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări antemenţionată, postată online în SEAP, cu

semnătură electronică extinsă, răspuns prin care precizează că prin menţionarea contractului de furnizare a mixturii asfaltice îndeplineşte condiţia deţinerii staţiei de preparare mixturii asfaltice astfel cum s-a solicitat prin fişa de date a achiziţiei cât şi în cap.5, punctul 5.1 din caietul de sarcini, potrivit căruia: *„Lista privind mijloacele de transport, utilaje şi echipamentele necesare realizării activităţilor de întreţinere curentă pe timp de vară va cuprinde următoarele dotări minime:*

- Staţie de preparare mixtută asfaltice sau precontract semnat cu furnizor de mixturi asfaltice (...)".

Autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, în urma analizării şi verificării răspunsului a constatat că nu sunt îndeplinite cerinţele minime de calificare aşa cum sunt solicitate în cadrul fişei de date la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2 şi în caietul de sarcini Cap. 5 pct. 5.1. modificat prin clarificarea nr. 1 din data de 14.02.2018: *„Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot la nivelul celui mai mare contract subsecvent”*, respectiv: Staţie de preparare a mixturilor asfaltice.

Faţă de aceste aspecte, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) teza 1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările si completările ulterioare, a respins oferta contestatoarei, ca neconformă.

Drept urmare, în conformitate cu prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016, cu adresa nr. 60/471/16.04.2018, s-a comunicat contestatoarei respingerea ofertei.

Autoritatea contractantă apreciază ca nefondate susţinerile contestatoarei deoarece aceasta nu a menţionat că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţiei a unei staţii de preparare a mixturilor asfaltice astfel cum s-a solicitat prin documentaţia de atribuire.

Aşadar, contractul de furnizare mixtură asfaltică menţionat în DUAE nu face dovada îndeplinirii cerinţei minime de calificare aşa cum este solicitat în cadrul fişei de date la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2, deoarece prin contractul respectiv contestatoarea nu face dovada că ar deţine sub orice formă staţia de preparare a mixturilor asfaltice sau că ar putea dispune de aceasta.

Astfel, faţă de aceste aspecte autoritatea contractantă respinge în totalitate susţinerea contestatoarei potrivit căreia prin menţionarea contractului de furnizare a mixturii asfaltice a făcut dovada că are la dispoziţie şi are acces la o staţie de preparare a mixturilor asfaltice dată fiind cerinţa din fişa de date a achiziţiei „alte forme de punere la dispoziţie" deoarece această sintagmă este scoasă din context. Nu este indicat nicăieri în cadrul documentaţiei de atribuire că pentru demonstrarea cerinţei de calificare minime impuse s-ar accepta contracte de furnizare a mixturii asfalice.

Dacă susţinerile contestatoarei ar fi adevărate atunci nu s-ar mai justifica motivul autorităţii contractante de a emite clarificarea nr. 1 sub nr. de înregistrare 92/10376/14.02.2018 prin care se modifică *caietul de sarcini Cap. 5 pct. 5.1. Dotarea tehnică pentru execuţia lucrărilor de întreţinere curentă a părţii carosabile specifică tipului de îmbrăcăminte, a acostamentelor, a benzilor de încadrare şi a benzilor de urgenţă, astfel:*

În loc de „Lista privind mijloacele de transport, utilaje şi echipamentele necesare realizării activităpior de întreţinere curentă pe timp de vară va cuprinde următoarele dotări minime:

- *„Staţie de preparare mixturi asfaltice sau precontract semnat de furnizor de mixturi asfaltice, cu condiţia ca locul de preparare să fie pe raza de administrare a SDN (Lot) sau în zona limitrofă lotului ofertat(...).*

Se va citi:

Utilaje/echipamente necesare execuţiei lucrărilor de întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, din care fac parte:

- *Staţia de preparare mixturi asfaltice(...)."*

De altfel, din răspunsul societăţii contestatoare nr. 41/02.04.2018, rezultă că aceasta nu şi-a însuşit modificările aduse caietului de sarcini prin Clarificarea nr. 1.

Autoritatea contractantă a depus un set de documente, precum şi punctul de vedere nr. 60/601/09.05.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 18741/10.05.2018, prin care solicită respingerea contestaţiei nr. 61/26.04.2018, formulată de către SC ... SRL, ca prematur formulată, şi pe fond, ca netemeinică.

Pe cale de excepţie, având în vedere că rezultatul respingerii ofertei i-a fost comunicat societăţii contestatoare în conformitate cu prevederile art. 214 alin.(2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016 şi având în vedere că prin contestaţie s-a solicitat anularea raportului procedurii şi dat fiind faptul că prezenta procedură se află în procesul de evaluare, autoritatea contractantă invocă excepţia prematurităţii formulării contestaţiei.

Pe fond, autoritatea contractantă menţionează că în data de 29.03.2014 prin adresa nr. 60/443, comisia de evaluare solicită contestatoarei, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, să clarifice situaţia referitoare la staţia de preparare mixturi asfaltice, având în vedere că aceasta nu se regăseşte menţionată în cadrul formularului DUAE la *Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnică şi profesională" - Cerinţa 2 - subsecţiunea "Utilaje, instalaţii si echipament tehnic".*

Contestatoarea prin adresa nr. 41/02.04.2018 a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări antemenţionată, postată online în SEAP, cu semnătură electronică extinsă, răspuns prin care precizează că prin menţionarea contractului de furnizare a mixturii asfaltice îndeplineşte condiţia deţinerii staţiei de preparare mixturii asfaltice astfel cum s-a solicitat prin fişa de date a achiziţiei cât şi în cap. 5, punctul 5.1 din caietul de sarcini, potrivit căruia: *„Lista privind mijloacele de transport, utilaje şi echipamentele necesare realizării activităţilor de întreţinere curentă pe timp de vară va cuprinde următoarele dotări minime:*

- Staţie de preparare mixtută asfaltice sau precontract semnat cu furnizor de mixturi asfaltice (...)".

Autoritatea contractantă prin comisia de evaluare în urma analizării şi verificării răspunsului a constatat că nu sunt îndeplinite cerinţele minime de calificare aşa cum sunt solicitate în cadrul fişei de date la *Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2 şi în caietul de sarcini Cap. 5 pct. 5.1. modificat prin clarificarea nr. 1 din data de 14.02.2018: „Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot la nivelul celui mai mare contract subsecvent”*, respectiv: Staţie de preparare a mixturilor asfaltice.

Faţă de aceste aspecte, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) teza 1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, a declarat oferta contestatoarei respinsă, ca fiind neconformă.

Drept urmare, în conformitate cu prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016, cu adresa nr. 60/465/16.04.2018, s-a comunicat contestatoarei respingerea ofertei.

Autoritatea contractantă apreciază ca nefondate susţinerile contestatoarei, deoarece aceasta nu a menţionat că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţiei) a unei staţii de preparare a mixturilor asfaltice, astfel cum s-a solicitat prin documentaţia de atribuire.

Aşadar, contractul de furnizare mixtură asfaltică menţionat în DUAE nu face dovada îndeplinirii cerinţei minime de calificare, aşa cum este solicitată în cadrul fişei de date la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2, deoarece prin contractul respectiv, contestatoarea nu face dovada că ar deţine, sub orice formă, staţia de preparare a mixturilor asfaltice sau că ar putea dispune de aceasta.

Astfel, faţă de aceste aspecte, autoritatea contractantă respinge în totalitate susţinerea contestatoarei potrivit căreia prin menţionarea contractului de furnizare a mixturii asfaltice, a făcut dovada că are la dispoziţie şi are acces la o staţie de preparare a mixturilor asfaltice, dată fiind cerinţa din fişa de date a achiziţiei „alte forme de punere la dispoziţie" deoarece această sintagmă este scoasă din context. Nu este indicat nicăieri în cadrul documentaţiei de atribuire că pentru demonstrarea cerinţei de calificare minime impuse s-ar accepta contracte de furnizare a mixturii asfalice.

Dacă susţinerile contestatoarei ar fi adevărate, atunci nu s-ar mai justifica motivul autorităţii contractante de a emite clarificarea nr. 1 sub nr. de înregistrare 92/10376/14.02.2018, prin care se modifică *caietul de sarcini Cap. 5 pct. 5.1. Dotarea tehnică pentru execuţia lucrărilor de întreţinere curentă a părţii carosabile specifică tipului de îmbrăcăminte, a acostamentelor, a benzilor de încadrare şi a benzilor de urgenţă, astfel:*

În loc de „Lista privind mijloacele de transport, utilaje şi echipamentele necesare realizării activităţior de întreţinere curentă pe timp de vară va cuprinde următoarele dotări minime:

- *„Staţie de preparare mixturi asfaltice sau precontract semnat de furnizor de mixturi asfaltice, cu condiţia ca locul de preparare să fie pe raza de administrare a SDN (Lot) sau în zona limitrofă lotului ofertat(...).*

Se va citi:

Utilaje/echipamente necesare execuţiei lucrărilor de întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, din care fac parte:

- *Staţia de preparare mixturi asfaltice(...)."*

De altfel, din răspunsul societăţii contestatoare nr. 41/02.04.2018 rezultă că aceasta nu şi-a însuşit modificările aduse caietului de sarcini prin Clarificarea nr. 1.

Autoritatea contractantă a depus un set de documente precum şi punctul de vedere nr. 60/611/10.05.2018 înregistrat la Consiliu sub nr. 18893/10.05.2018, prin care solicită respingerea contestaţiei formulată de către SC ...SRL, ca prematur formulată şi pe fond ca netemeinică.

Pe cale de excepţie, având în vedere că rezultatul respingerii ofertei i-a fost comunicat societăţii contestatoare în conformitate cu prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016 şi având în vedere că prin contestaţie s-a solicitat anularea raportului procedurii şi dat fiind faptul că prezenta procedură se află în procesul de evaluare, autoritatea contractantă invocă excepţia prematurităţii formulării contestaţiei.

Autoritatea contractantă menţionează în cadrul fişei de date a achiziţiei s-a solicitat la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2 următoarele:

- *„Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent”*, pentru următoarele utilaje:
  - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice;
  - Repartizator de mixturi asfaltice;
  - Placa vibratoare şi vibrator de adâncime;
  - Freza pentru asfalt şi beton;
  - Compactor vibrator min. 1,5 to;
  - Instalaţie de colmatat rosturi şi fisuri;
  - Sistem (utilaj) de amorsare;
  - Autogreder;
  - Betonieră (125 - 150 litri).

Şi la Modalitatea de îndeplinire:

În vederea îndeplinirii cerinţei ofertantul/ofertantul asociat/terţul susţinător va completa DUAE - Partea IV „Criteriile de selecţie" - Secţiunea C - „Capacitatea tehnică şi profesională – subsecţiunea, instalaţii şi echipament tehnic”.

Potrivit art. 193 din Legea nr. 98/2016, privind achiziţiile publice, DUAE reprezintă o declaraţie pe proprie răspundere actualizată a

ofertanţilor cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie, dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de terţi care confirmă că ofertantul îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum a fost solicitată de către autoritatea contractantă.

Totodată potrivit art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„în cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE*".

Prin urmare, având în vedere cele mai înainte amintite şi dat fiind faptul că în formularul DUAE completat de către terţul susţinător ... la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala" - Cerinţa 2 subsectiunea "Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic", s-a inserat: „vezi candidat unic SC ... SRL", comisia de evaluare a apreciat că societatea contestatoare nu a îndeplinit cerinţa mai înainte amintită drept care ofertele depuse pe Lot Autostrăzi, Lot Sfântu Gheorghe şi Lot Târgu Mureş au fost respinse ca neconforme potrivit prevederilor art. 215 alin. (5) teza 1 din Legea nr. 98/2016 astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 107/2017.

Faţă de aceste aspecte, comisia de evaluare nu putea solicita clarificări deoarece s-ar fi creat un avantaj în favoarea contestatoarei şi s-ar fi încălcat prevederile art. 2 alin. (2) lit.b), respectiv tratamentul egal prevăzut în Legea nr. 98/2016, modificată.

Drept urmare, în conformitate cu prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016 cu adresa nr. 60/460/16.04.2018 Lot Autostrăzi, nr.60/472/16,04.2018 - Lot Sfântu Gheorghe şi 60/478/16.04.2018 - Lot Tg. Mureş s-a comunicat contestatoarei respingerea ofertei.

Contestatoarea menţionează că din eroare, a inserat în DUAE lista cu utilajele necesare/disponibile pentru altă procedură de achiziţie, astfel aceasta îşi invocă propria culpă în completarea greşită a DUAE.

Autoritatea contractantă a depus un set de documente, precum şi punctul de vedere nr. 60/638/16.05.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 19718/16.05.2018, prin care solicită respingerea ca neteinică a contestaţiei formulată de SC ... SRL.

Autoritatea contractantă menţionează că în cadrul fişei de date a achiziţiei s-a solicitat, în mod expres ca cerinţe minime obligatorii la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2 următoarele:

- *„Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere ia dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent*", pentru următoarele utilaje:
  - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice;
  - Repartizator de mixturi asfaltice;

- Placa vibratoare si vibrator de adancime;
- Freza pentru asfalt si beton;
- Compactor vibrator min 1,5 to;
- Instalatie de colmatat rosturi si fisuri;
- Sistem (utilaj) de amorsare;
- Autogreder;
- Betoniera (125 - 150 litri).

Şi la Modalitatea de îndeplinire:

În vederea îndeplinirii cerinţei ofertantul/ofertantul asociat/terţul susţinător va completa DUAE - Partea IV „Criteriile de selecţie" - Secţiunea C - „Capacitatea tehnică şi profesională - subsecţiunea, instalaţii şi echipament tehnic".

Astfel, având în vedere cele precizate şi dat fiind faptul că în DUAE societatea contestatoare a menţionat la staţia de preparare a mixturilor asfaltice (precontract de furnizare mixturi asfaltice) în data de 05.04.2018 prin adresa nr. 60/442 autoritatea contractantă prin comisia de evaluare solicită acesteia, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, să clarifice cum v-a îndeplini Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnica si profesionala" - Cerinţa 2 - subsecţiunea "*Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic*".

Contestatoarea prin adresa nr. 924C/11.04.2018 a transmis răspunsul la solicitarea de clarificari sus - menţionată, postată online în SEAP, cu semnătură electronică extinsă, răspuns prin care precizează că „Pentru Staţia de preparare a mixturilor asfaltice, aşa cum a fost menţionat în DUAE, a fost încheiat Precontractul de furnizare mixturi asfaltice nr. 553/C/07.03.2018 cu ... SRL".

Autoritatea contractantă prin comisia de evaluare în urma analizării şi verificării răspunsului a constatat că nu sunt îndeplinite cerinţele minime de calificare aşa cum sunt solicitate în cadrul fişei de date la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2 şi în caietul de sarcini Cap. 5 pct. 5.1. modificat prin clarificarea nr. 1 din data de 14.02.2018: *„Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje; instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent*", respectiv: Staţie de preparare a mixturilor asfaltice.

Faţă de aceste aspecte, comisia de evaluare în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) teza 1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările si completările ulterioare, a declarat oferta contestatoarei respinsă, ca fiind neconformă.

La notificarea prealabilă formulată de către contestatoare sub nr. 580C/26.04.2018, autoritatea contractantă a formulat răspuns cu adresa nr. 60/561/02.05.2018 prin care i s-a comunicat contestatoarei faptul că menţionarea contractului de furnizare mixtură asfaltică în DUAE nu reprezintă o formă de punere la dispoziţie a staţiei de preparare a mixturilor asfaltice, aceasta avea obligaţia să facă dovada că îndeplineşte cerinţa privind deţinerea unei staţii de preparare a mixturii asfaltice aşa cum s-a solicitat prin fişa de date a achiziţiei, cât şi prin caietul de sarcini, fapt ce nu s-a îndeplinit.

Autoritatea contractantă apreciază ca nefondate susţinerile contestatoarei deoarece aceasta nu a menţionat că are la dispozitie/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) a unei staţii de preparare a mixturilor asfaltice astfel cum s-a solicitat expres prin documentaţia de atribuire.

Aşadar, contractul de furnizare mixtură asfaltică menţionat în DUAE nu face dovada îndeplinirii cerinţei minime de calificare aşa cum este solicitat în cadrul fişei de date la Secţiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională - Capacitatea tehnică - Cerinţa 2, deoarece prin contractul respectiv contestatoarea nu face dovada că ar deţine sub orice formă staţia de preparare a mixturilor asfaltice sau că ar putea dispune de aceasta.

Astfel, faţă de aceste aspecte autoritatea contractantă respinge în totalitate susţinerea contestatoarei potrivit căreia prin menţionarea contractului de furnizare a mixturii asfaltice a făcut dovada că are la dispoziţie şi are acces la o staţie de preparare a mixturilor asfaltice dată fiind cerinţa din fişa de date a achiziţiei „alte forme de punere la dispoziţie" deoarece această sintagmă este scoasă din context. Nu este indicat nicăieri în cadrul documentaţiei de atribuire făptul că pentru demonstrarea cerinţei de calificare minime impuse s-ar accepta contracte de furnizare a mixturii asfaltice.

Faptul că sintagma sus - menţionată este scoasă din context de către contestatoare este susţinută şi de către decizia autorităţii contractante emisă prin clarificarea nr. 1 sub nr. de înregistrare 92/10376/14.02.2018, prin care se modifică *caietul de sarcini cap. 5 pct. 5.1. Dotarea tehnică pentru execuţia lucrărilor de întreţinere curentă a părţii carosabile specifică tipului de îmbrăcăminte, a acostamentelor, a benzilor de încadrare şi a benzilor de urgenţă*, astfel: .. în loc de

Lista privind mijloacele de transport, utilaje şi echipamentele necesare realizării activităţilor de întreţinere curentă pe timp de vară va cuprinde următoarele dotări minime:

- *staţie de preparare mixturi asfaltice sau precontract semnat de furnizor de mixturi asfaltice, cu condiţia ca locul de preparare să fie pe raza de administrare a SDN (Lot) sau în zona limitrofă lotului ofertat(...).*

se va citi:

Utilaje/echipamente necesare execuţiei lucrărilor de întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, din care fac part:

- *Staţia de preparare mixturi asfaitice(...)."*

Raportat la cele prezentate, rezultă fără dubiu că societatea contestatoare, prin menţionarea în DUAE a contractului de furnizare mixtură asfaltică, nu face dovada îndeplinirii cerinţelor exprese, impuse în cadrul fişei de date a achiziţiei, respectiv dovada deţinerii şi disponibilizării (din dotare proprie/închiriere/ alte forme de punere la dispoziţie), a unei staţii de preparare a mixturilor asfaltice.

Cerinţele de calificare prevăzute în fişa de date a achiziţiei nu au fost clare pentru contestatoare, sau dacă considera că s-au inclus cerinţe contradictorii sau ambiguu formulate, contestatoarea avea posibilitatea de a solicita clarificări în temeiul dispoziţiilor art. 160 alin. (1) din Legea nr.

98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, fapt ce nu s-a întâmplat.

Prin adresa nr. 70/14.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 19517/15.05.2018, SC ... SRL formulează răspuns la excepţia invocată de către autoritatea contractantă în punctul de vedere, precizând că a solicitat anularea unui raport sau a unui proces – verbal, respectiv a unui înscris pe care autoritatea contractantă îl încheie după o primă reevaluare a ofertelor din punct de vedere DUAE şi nicidecum nu s-a referit la raportul procedurii final, pe care de altfel nu îl poate contesta deoarece nu a fost încheiat.

De asemenea, contestatoarea menţionează că autoritatea contractantă a înaintat o invitaţie de participare în vederea realizării unei proceduri de negociere fără publicitate prealabilă în vederea încheierii unui contract de execuţie de lucrări care îşi va înceta de drept valabilitatea şi nu îşi va mai produce efecte în momentul în care va intra în vigoare acordul cadru ca are ca obiect *„Întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I - anul IV pentru DRDP Braşov*".

Contestatoarea precizează că în procedura pe care a contestat-o, autoritatea contractantă a descalificat-o întrucât nu a făcut dovada că deţine o staţie de preparare mixturi asfaltice, iar contractul încheiat cu un furnizor de mixtură nu poate fi primit. Însă, în procedura de negociere fără publicarea unui anunţ de participare, pentru aceeaşi lucrare, autoritatea contractată acceptă ca ofertantul să deţină o staţie de mixturi asfaltice sau un precontract semnat cu un furnizor de mixturi asfaltice.

Prin adresa nr. 687C/22.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 20461/22.05.2018, contestatoarea formulează concluzii scrise în care menţionează că potrivit datelor disponibile în SEAP şi pe site-ul CNSC, cel puţin 3 ofertanţi, ... SRL, respectiv SC ...SRL, în cadrul a 6 oferte distincte, depuse în cadrul a 4 loturi distincte din cadrul procedurii de atribuire, au considerat în cadrul ofertei depuse că un contract/precontract de furnizare mixturi asfaltice răspunde cerinţei de calificare formulată prin fişa de date a achiziţiei referitoare la accesul la o staţie de preparare mixturi asfaltice, dar ofertele lor au fost respise.

Contestatoarea apreciază că abordarea sa, respectiv un contract/precontract de furnizare mixturi asfaltice răspunde cerinţei de calificare formulată prin fişa de date a achiziţiei, referitoare la accesul la o staţie de preparare mixturi asfaltice, este singura în măsură să atingă scopul procedurii de achiziţie publică, în condiţiile în care a demonstrat, deja, că cel puţin 6 (şase) oferte au fost respinse în urma interpretării restrictive şi retroactive a cerinţei de către comisia de evaluare, cu consecinţa corelativă a restrângerii concurenţei şi, potenţial, a creşterii preţului final la care va fi adjudecat contractul.

Trimiterile din punctul de vedere al autorităţii contractante nr. 60/638/16.05.2018 la prevederile caietului de sarcini şi la clarificările emise din oficiu cu privire la acesta sunt lipsite de obiect şi importanţă în contextul prezentei contestaţii, în condiţiile în care, conform art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 *„(6) Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în*

documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în fişa de date a achiziţiei/anunţul de participare sunt considerate clauze nescrise".

De asemenea, contestatoarea apreciază că interpretarea dată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 60/638/16.05.2018, este o formă fără fond.

Autoritatea contractantă confirmă implicit că nu este interesată dacă staţiile prezentate de ofertanţi pot sau nu produce mixturile asfaltice necesare a fi puse în operă în cadrul acordului-cadru (aşa cum s-a demonstrat în contestaţie, chiriaşii/locatarii unei staţii de mixturi asfaltice nu pot produce mixturi asfaltice până nu obţin, în nume propriu, nu al proprietarului staţiei, autorizaţie de mediu şi certificate de conformitate/control al calităţii producţiei în fabrică, pentru staţia şi mixturile ce urmează a fi produse, iar ofertanţii care au depus o factură proformă de achiziţie a unei staţii, respectiv un precontract de achiziţie a unei staţii, mai au de parcurs aceleaşi etape de mai sus, respectiv autorizaţiei de mediu şi a certificatelor de conformitate/control al calităţii producţiei în fabrică până la a produce prima tonă de mixtură asfaltică), ci este interesată doar dacă aceştia le „deţin":

„Staţia de preparare mixturi asfaltice" nu este „un utilaj, instalaţie, echipament tehnic necesar pentru execuţia lucrărilor", în accepţiunea Legii nr. 98/2016 şi a fişei de date, ea fiind o instalaţie care produce mixturile asfaltice necesare a fi puse în operă în cadrul lucrărilor executate ca parte a acordului-cadru previzionat.

Ori, autoritatea contractantă, prin abordarea adoptată în evaluare, a calificat ofertanţi care „deţin" staţii de preparare mixturi asfaltice, dar nu le pot folosi pentru a produce legal mixturi asflatice, respingând corelativ ofertanţii care au dovedit că „au acces" la staţii de preparare mixturi asfaltice, care pot produce efectiv mixturile asfaltice necesare a fi puse în operă, prin intermediul contractelor/precontractelor de furnizare mixturi asfaltice.

Contestatoarea arătă că cel puţin unul dintre ofertanţii prezenţi pe 5 din cele 6 loturi ale procedurii de atribuire, inclusiv prezentul Lot 6 Tg. Mureş, deşi foloseşte în cadrul documentelor de calificare, staţia de preparare mixturi asfaltice aflată în proprietate, strict pentru îndeplinirea cerinţei de calificare, se aprovizionează cu mixturi asfaltice tot prin contracte de furnizare mixturi asfaltice, la fel ca şi contestatoarea, întocmite cu un producător de mixturi asfaltice, aşa cum, cu siguranţă reiese din extrasele de resurse materiale C6 depuse în cadrul propunerii financiare.

Concomitent, la acest moment, în cadrul aceleiaşi autorităţi contractante, pentru proceduri având obiect identic, documentaţie de atribuire identică şi lansate concomitent cu prezenta procedură, alte DRDP-uri mai transparente şi care respectă prevederile Legii nr. 98/2016, încurajând concurenţa şi utilizarea eficientă a fondurilor publice, interpretează cerinţa din fişa de date *„Capacitate tehnică - Cerinţa 2 Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/ are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent, respectiv: - Staţie de*

preparare a mixturilor asfaltice" în acelaşi mod cu ofertanţii amintiţi mai sus, acceptând contractele/precontractele de furnizare mixturi asfaltice conform următoarei motivări (autoritate contractanta: ... număr anunţ: 182641/14.02.2018, denumire contract: Întreţinere curentă pe timp de vară - parte carosabilă, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I - anul IV pentru DRDP Cluj): *Pentru îndeplinirea cerinţei „Staţie de preparare a mixturii asfaltice" se acceptă un contract/precontract de furnizare mixtură asfaltică încheiat cu un producător de mixtură autorizat? Da, se accepta. Conform fişei de date: "Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/ închiriere/ alte forme de punere la dispoziţie)", de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent".*

Astfel, autoritatea contractantă CNAIR SA, prin subunitatea sa, fără personalitate juridică, DRDP Cluj, consideră că un contract/precontract de furnizare mixturi asfaltice reprezintă „alte forme de punere la dispoziţie", îndeplinind cerinţa de calificare din fişa de date, pe când aceeaşi autoritate contractantă CNAIR SA, prin subunitatea sa, fără personalitate juridică, DRDP Braşov, consideră retroactiv, la momentul evaluării ofertelor că un contract/precontract de furnizare mixturi asfaltice nu reprezintă „acces", „alte forme de punere la dispoziţie neîndeplinind cerinţa de calificare din fişa de date.

Prin adresa nr. 812C/14.06.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 24076/14.06.2018, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care reiterează cele precizate anterior în cadrul contestaţiei.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreţinere curentă pe timp de vară – Acorduri - cadru de lucrări având ca obiect – Întreţinere curentă a părţii carosabile, acostamente, benzi de urgenţă şi benzi de încadrare, anul I – anul IV pentru DRDP BRAŞOV". În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ....

Ca urmare a publicării în SEAP a anunțului respectiv, după cum rezultă din procesul-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89/454/2.03.2018, s-au depus oferte, pentru loturile contestate (respectiv loturile 1, 2, 4 și 6) după cum urmează:

-pentru lotul 1 - 3 oferte;
-pentru lotul 2 - 5 oferte;
-pentru lotul 4 - 7 oferte;
-pentru lotul 6 - 5 oferte.

În urma evaluării formularelor DUAE, au fost depuse la Consiliu contestații din partea a 3 operatori economici, respectiv ...pentru loturile 2 –Brașov și 4 –Sf. Gheorghe, SC ...SRL pentru loturile 1- Autostrăzi, 4 - Sf. Gheorghe și 6 –Tg. Mureș și SC ... SRL pentru lotul 6–Tg. Mureș.

După cum rezultă din documentele aflate la dosarul achiziției și din susținerile părților, ofertele celor 4 ofertanți au fost respinse pentru motive similare, respectiv neîndeplinirea cerințelor referitoare la capacitatea tehnică, respectiv cerința 2, *«Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent».*

Consiliul reține, cu prioritate, că respectiva cerință de calificare nu a fost contestată de ofertanți, prin urmare, ea este obligatorie în evaluarea ofertelor. Ofertanții nu au cerut niciun fel de clarificări în ceea ce privește acceptarea contractelor de furnizare pentru dovedirea îndeplinirii cerinței referitoare la deținerea unei stații de mixturi asfaltice, practica obișnuită a Consiliului și a instanțelor de judecată fiind în sensul că un contract de furnizare sau de vânzare-cumpărare mixturi nu acoperă cerința de calificare, astfel cum este aceasta precizată în fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește situația concretă rezultată din contestațiile depuse de SC ... SRL, pentru loturile 2 și 4, această societate consideră respingerea ofertei sale în etapa verificării DUAE drept o măsură greșită, ea făcând dovada deținerii stației de mixturi asfaltice, în urma răspunsului la solicitarea de clarificări.

Cu privire la contestațiile depuse de SC ... SRL, autoritatea contractantă invocă excepția prematurității formulării contestaţiei, având în vedere că rezultatul respingerii ofertei i-a fost comunicat societăţii contestatoare în conformitate cu prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 65 alin. (3) şi (4) din HG nr. 395/2016 şi având în vedere că prin contestaţie, s-a solicitat anularea raportului procedurii, în condițiile în cre acest document nu a fost, încă, emis.

Consiliul va respinge excepția invocată, având în vedere că din conținutul contestațiilor rezultă expres că aceasta este îndreptată împotriva adresei privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 60/471/16.04.2018, solicitându-se anularea raportului procedurii şi a tuturor proceselor verbale încheiate în cadrul procedurii de achiziţie publică și reevaluarea ofertei SC ... SRL şi declararea ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile. Faptul că nu s-a emis, încă, raportul procedurii nu înseamnă că respectivele contestații ar fi premature, în condițiile în care este cert că societatea contestatoare critică rezultatul procedurii în ceea ce privește propria sa ofertă, fiind dincolo de orice dubiu că solicitarea de anulare a raportului a fost solicitată în măsura în care acesta ar fi fost emis. Că aceasta este interpetarea corectă, rezultă fără urmă de îndoială din expresia ,,anularea raportului procedurii şi a tuturor proceselor verbale **încheiate** în cadrul procedurii de achiziţie'', or, așa cum s-a arătat, raportul procedurii nu a fost, încă, încheiat.

Verificând modul în care autoritatea contractantă a evaluat documentele DUAE depuse de contestatoare pentru cele două loturi, Consiliul reține că aceasta, având în vedere practica Consiliului amintită

mai sus, a solicitat contestatoarei informații referitoare la contractele de furnizare menționate în partea a IV –a lit. C din DUAE.

Prin răspunsurile formulate (nr. 41/02.04.2018 și nr. 47 din 11.04.2018), contestatoarea a arătat că a încheiat cu societatea Morani Impex SRL un contract de furnizare, prin care această societate se obligă în cuprinsul cap. 1 denumit «Obiectul şi durata contractului», următoarele: *«Având în vedere că prezentul contract se încheie în vederea execuţiei în bune condiţii a unui contract de achiziţie publică, cumpărătorul SC ... SRL va avea la dispoziţie în mod nelimitat toate agregatele şi mixturile de care are nevoie având astfel acces în orice moment la staţia de preparare a mixturilor asfaltice aflată la baza de producţie a proprietarului pentru a putea executa lucrările care fac obiectul contractului de achiziţie publică».*

Contestatoarea a atașat celor două răspunsuri și contractele de furnizare nr. 353/02.03.2018 și nr. 464/20.03.2018, care cuprind, într-adevăr, aceste clauze, care, deși neobișnuite într-un contract de furnizare, sunt pe deplin valabile, în condițiile în care părțile le-au stabilit în mod legal. Astfel, prezentul contract de furnizare este și un acord de punere la dispoziție a stației de mixturi asfaltice. Potrivit art. 1169 din Codul civil, ,,Părţile sunt libere să încheie orice contracte şi să determine conţinutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică şi de bunele moravuri''. Cum clauza respectivă nu poate fi considerată nici nelegală, nici imorală sau contrară ordinii publice, Consiliul sau autoritatea nu o poate invalida, fiind necesară luarea ei în considerare.

Nu în ultimul rând, cu caracter subsidiar, din documentele depuse la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, rezultă că SC ... SRL a prezentat, în susținerea capacității tehnice, pe SC ... SRL, depunând în SEAP și angajamentul de susținere a capacității tehnice. Potrivit acestui angajament, la cap. 2 - Lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică în situația în care contractantul întâmpină dificultăți, la poziția a doua sunt menționate două stații de asfalt, în proprietate (a se vedea fila 576 din dosarul achiziției publice - volumul 3 al dosarului constituit la Consiliu). Prin urmare, deși contestatoarea menționează ca sursă a mixturilor, pe SC Morani Impex SRL, societate înrudită, aceasta a declarat, ca rezervă, în situația în care va întâmpina dificultăți, pe SC ... SRL. Este adevărat că respectivul angajament depus de autoritate la dosarul cauzei face referire la lotul 2, Brașov, nu și la lotul 4, Sf. Gheorghe, dar și pentru acest lot, susținător al capacității tehnice este același operator, nefiind depus la dosar, însă, angajamentul de susținere. Consiliul nu are cunoștință dacă acest angajament nu a fost depus de ofertantă sau a fost omisă predarea lui către Consiliu odată cu dosarul achiziției, dar, în orice situație, lipsa acestui document nu este în măsură să atragă respingerea operatorului pentru lotul 4, ci poate atrage, cel mult, depunerea unui DUAE revizuit, în condițiile în care în dosar se regăsesc informații la susținerea capacității tehnice. Practica Consiliului și a instanțelor este constantă în sensul în care, fiind completat DUAE pentru subcontractant sau terțul susținător, lipsa acordului de subcontractare sau a angajamentului de susținere nu atrage respingerea operatorului.

Chiar dacă operatorul nu s-a apărat în acest mod, nerelevând susținerea de care dispune, pentru utilaje, acest lucru nu înseamnă că în evaluare, autoritatea nu trebuie să țină de documentele încărcate în SEAP odată cu oferta. Este cert că operatorul s-a apărat strict pe solicitările de clarificări formulate de autoritatea contractantă, respectiv lipsa stației de mixturi asfaltice din propriul DUAE și referirea la contractul de furnizare. Cu toate acestea, Consiliul nu poate să facă abstracție de documentele depuse la dosarul cauzei de însăși autoritatea contractantă, fiind cert că evaluarea realizată a fost una formală, bazată pe aparențe, luând în calcul practica acumulată de-a lungul anilor, cerința respectivă fiind, în mod invariabil, aceeași, în condițiile în care situația documentelor DUAE depuse de contestatoare era diferită.

Văzând că documentele DUAE întocmite de contestatoare nu cuprind, în mod clar, modalitatea în care este îndeplinită fiecare cerință de calificare, aceste aspecte fiind completate de DUAE depuse de terțul susținător și de subcontractantul declarat, Consiliul stabilește că este necesară solicitarea depunerii unor DUAE revizuite, în concordanță cu informațiile ce decurg din conținutul documentelor depuse în SEAP, până la data limită de depunere a ofertelor.

Având în vedere că situația de fapt din dosarul achiziției este diferită de cea reținută de autoritatea contractantă, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, va admite contestaţiile formulate de SC MORANI CONSTRUCT SRL în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea formularelor DUAE depuse de acest operator, pentru loturile 2 și 4.

În ceea ce privește contestația depusă de SC ... SRL pentru loturile 1- Autostrăzi, 4 - Sf. Gheorghe și 6 –Tg. Mureș, ofertele acestei societăți au fost respinse ca inacceptabile, pe motiv că informaţiile completate în documentele depuse la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C "Capacitatea tehnică şi profesională"-Cerinta 2 - subsectiunea "Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic" din DUAE, nu confirmă îndeplinirea cerinţelor minime de calificare, aşa cum este solicitat în cadrul fişei de date, la Secţiunea lll.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională. Capacitate tehnică - Cerinţa 2, respectiv "Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/ închiriere/alte forme de punere la dispoziţie, de utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor, pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent", pentru următoarele utilaje: (1) - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice; (2) - Repartizator de mixturi asfaltice; (5) - Placă vibratoare şi vibrator de adâncime; (8) - Freza pentru asfalt şi beton; (9) - Compactor vibrator min 1,5 to; (10) - Instalaţie de colmatat rosturi şi fisuri; (11) - Sistem (utilaj) de amorsare; (12) - Autogreder; (13) - Betonieră (125 - 150 litri), reţinând, totodată, şi faptul că terţul susţinător declarat, respectiv ... S.P.A., la Partea IV "Criteriile de selecţie" - Secţiunea C *"Capacitatea tehnică şi profesională" - Cerinţa 2. subsectiunea "Utilaje, instalaţii şi echipament tehnic" din formularul DUAE, a declarat: "vezi candidat unic S.C. ... S.R.L."*

Mai reține Consiliul că autoritatea contractantă a declarat ofertele contestatoare ca fiind neconforme, fără a solicita clarificări în sensul completării sau îndreptării eventualelor erori privind documentele depuse.

În contestație se arată că autoritatea a interpretat greșit informațiie din DUAE, apreciind că terțul susținător al capacității tehnice o susține și în ceea ce privește utilajele, or, din conținutul informațiilor prezentate în propunerea tehnică și în DUAE, dovada îndeplinirii cerințelor de calificare referitoare la utilajele necesare lucrărilor este făcută prin depunerea unor contracte de închiriere și acte de proprietate, și nu prin susținerea terțului, arătând, în acest sens, că a depus în SEAP, în cadrul propunerii tehnice, atât lista utilajelor disponibile pentru executarea contractului, cât şi documentele justificative specifice suport (documente proprietate, contracte închiriere, etc.): Contract de închiriere nr. 26/20.03.2018, Contract de închiriere nr. 40/20.03.2018, Contract de închiriere nr. 191/16.03.2018, Contract de închiriere nr. 192/16.03.2018, Contract de închiriere nr. 193/16.03.2018, Contract de prestări servicii nr. 17L026/09.08.2017, Contract de închiriere nr. 12/20.03.2018, satisfăcând, astfel, cerinţa autorităţii contractante (cerinţa 2 - privind capacitatea tehnică, cuprinsă în fişa de date a achiziţiei) privind accesul ofertantului la utilajele de construcţii. Contestatoarea indică și paginile din oferta tehnică unde se regăsesc documentele respective, respectiv 1-17 și 54.

Verificând documentele DUAE depuse de contestatoare, Consiliul reține că nu rezultă de nicăieri deținerea utilajelor menționate de autoritate, fiind, în mod cert, un viciu în completarea acestor documente. Totodată, Consiliul reține că la utilaje, sunt menționate altele decât cele solicitate, fără legătură cu prezenta procedură. Consiliul a identificat în dosarul achiziției publice pus la dispoziție de autoritatea contractantă, la fila 1099-1101, o adresă fără număr de înregistrare la emitent sau la autoritate, emisă de contestatoare, cel mai probabil, între data comunicării rezultatului procedurii și notificarea prealabilă, în care, răspunzând adresei de comunicare a rezultatului procedurii, arată că dintr-o eroare administrativă, în DUAE a menționat o altă listă, aferentă altei investiții, dar lista aferentă prezentei proceduri se regăsește în propunerea tehnică.

Consiliul consideră corectă maniera în care autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii în ceea ce o privește pe societatea contestatoare, nefiind posibilă corectarea DUAE cu o serie de informații care nu se regăsesc în conținutul său sau în documentele anexă DUAE.

În ceea ce privește posibilitatea corectării acestor lipsuri, ANAP a emis Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale din data de 01.09.2017, în care a detaliat diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate, astfel:

„În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații: a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări; b) inadvertențe de fond, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

a) ***Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE atașat ofertei/candidaturii***

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile

sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE.

*Astfel, pentru **inadvertențele de formă** apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.*

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, „comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora […]"; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, „comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte […]".

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAE revizuit.

În lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă. Autoritatea/ entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: „autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

b) ***Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE***

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției".

*Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care **nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție** formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției*".

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că „*DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice*."

De asemenea, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, „*DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție*".

Relevante în soluționarea acestei critici care se regăsește în cele 4 contestații sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „*(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care*

confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

.....

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

Relevante sunt și dispozițiile HG nr. 395/2016, respectiv:

-art. 65 alin. (1) - „Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege'',

- art. 132 alin. (1) ,,În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE''

- art. 137 - (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

(2) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de **atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.**

Prin urmare, în situația în care niciunul dintre documentele DUAE depuse de contestatoare nu menționează utilajele și instalațiile importante pentru realizarea contractului, respectiv (1) - Staţie de preparare a mixturilor asfaltice;(2) - Repartizator de mixturi asfaltice; (5) - Placă vibratoare şi vibrator de adâncime; (8) - Freza pentru asfalt şi beton; (9) - Compactor vibrator min 1,5 to; (10) - Instalaţie de colmatat rosturi şi fisuri; (11) - Sistem (utilaj) de amorsare; (12) - Autogreder; (13) - Betoniera (125 - 150 litri), rezultă că operatorul nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor de calificare, astfel cum acestea au fost menționate expres de autoritate în fișa de date a achiziției.

În același timp, Consiliul reține că, fiind inadvertențe de fond, în condițiile în care în DUAE nu există informații referitoare la existența acestor dotări, nesolicitarea clarificărilor a fost o decizie corectă din partea autorității contrctante.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de apel București, prin decizia nr. 2923/2017, emisă în dosarul 4373/2/2017, într-o speță identică:

,,Curtea reține că măsura luată de autoritatea contractantă în sensul respingerii ofertei depusă de petena T_____ S____ S__, ca inacceptabilă, în etapa de evaluare a formularelor DUAE, este legală, cum legală și temeinică este și decizia Consiliului prin care a menținut această măsură.

În cauză este necontestat că ceea ce se critică în cauza de față este rezultatul de evaluare al Formularului DUAE, și că acest formular a fost completat de ofertant (societatea petentă din cauza de față) la modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 3 privind capacitatea tehnică solicitată prin Fișa de date a achiziției, la Repartizatoare asfalt a bifat 1 bucată în loc de 2 bucăți astfel cum era cerința din fișa de date. (..)

În prezenta procedură, Curtea reține că operatorii economici au fost avertizați, încă de la început, prin Anunțul de participare, că au obligația de a completa în DUAE Partea IV „Criterii de selecție " Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională" informațiile necesare demonstrării îndeplinirii acestei cerințe.(...)

Astfel fiind, față de situația de fapt prezentată, necompletarea sau completarea incompletă în documentul DUAE de către societatea petentă a mențiunii privind modalitatea de demonstrare a capacității tehnice bifând 1 repartizator asfalt în loc de 2, nu putea să conducă autoritatea contractantă decât la măsura declarării ofertei sale, în această etapă de evaluare a Formularului DUAE, ca inacceptabilă.

Curtea va reține, în acord cu Consiliul că aceste omisiuni ale ofertanților de a furniza informații astfel cum se solicită în mod expres și imperativ în cadrul anexei 2 din Regulamentul nr. 7/2016 Partea IV - Criterii de selecție, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională nu pot fi încadrate în categoria inadvertențelor de formă ci în cadrul categoriei inadvertențelor de fond astfel cum sunt definite de legiuitor în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială, respectiv reprezintă erori/omisiuni ale informațiilor în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, acestea constituind informații care ar fi trebuit completate de către ofertanți și care nu reprezintă simple confirmări cu privire la îndeplinirea unor cerințelor minime de calificare /selecție formulate de către autoritate contractantă în fișa de date a achiziției.(...)

Totodată, în mod corect a apreciat Consiliul că, ***nici documentele care se regăsesc în cadrul propunerii tehnice nu pot fi luate în considerare în această etapă, având în vedere faptul că analizarea propunerii tehnice reprezintă o etapă ulterioară în cadrul căreia urmează a fi analizate doar propunerile tehnice ale ofertelor declarate admise, ceea ce nu era posibil la acest moment a derulării procedurii.*** *Curtea reține, în acord cu soluția Consiliului că, potrivit jurisprudenței constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37).(...)*

În concluzie, față de considerentele prezentate, Curtea, în temeiul prevederilor art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va respinge plângerea formulată menținând decizia Consiliului ca fiind egală și temeinică".

Față de argumentația Curții de apel din speța prezentată, Consiliul reține o situație mult mai gravă a ofertantei contestatoare, respectiv lipsa unui număr mult mai mare de utilaje, astfel încât decizia autorității contractante de a nu solicita clarificări este una corectă, în acord cu practica Consiliului și a instanțelor.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL pentru lotul 6–Tg. Mureș, Consiliul reține că și această societate a fost exclusă din procedură pentru lipsa stației de mixturi asfaltice. Consiliul mai reține că această societate a prezentat, în cadrul DUAE, informații referitoare la un precontract de furnizare mixturi asfaltice încheiat cu SC ... SRL, iar atașat răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 89/565/13.04.2018, înregistrată la autoritate cu nr. 5372/13.04.2018, a depus contractul de furnizare materiale nr. 553/C/07.03.2018, care are ca obiect furnizarea a 6 tipuri de mixturi asfaltice pe baza comenzilor transmise de cumpărător. Consiliul mai reține că SC ... SRL are și calitatea de susținător al capacității tehnice a SC ... SRL, dar în angajamentul de susținere menționează expres că susținerea este acordată pentru îndeplinirea cerințelor vizând experiența similară, nu și resursele tehnice și profesionale. Spre deosebire de situația primei contestatoare, în situația de față nu există niciun angajament al

furnizorului față de ofertant, dimpotrivă, acesta declară expres că nu îl susține în ceea ce privește utilajele.

Contestatoarea se apără în sensul că autoritatea contractantă nu a menționat în documentația de atribuire că nu acceptă contract de furnizare.

Sub acest aspect, Consiliul reține că cerința 2 este una clară, respectiv că *«Ofertantul trebuie să facă dovada că are la dispoziţie/are acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) de utilaje instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor pentru fiecare lot, la nivelul celui mai mare contract subsecvent».* Prin urmare, nu se solicită să aibă la dispoziție doar resursa materială, în baza unui contract de furnizare sau vânzare-cumpărare de mixturi, ci să aibă acces (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziţie) la o stație, aspect care nu este dovedit prin contractul de furnizare prezentat. Analiza semantică și evoluția respectivei cerințe de-a lungul timpului în procedurile organizate de autoritatea contractantă sunt lipsite de relevanță, în condițiile în care niciun ofertant nu a solicitat corectarea documentației de atribuire în sensul acordării permisiunii pentru prezentarea contractelor de furnizare, fără a avea la dispoziție o stație, și nu doar o formă de punere la dispoziție.

Consiliul reține că o astfel de cerință de calificare, deși poate fi considerată excesivă, nu poate fi ignorată în evaluare, din moment ce ea a fost prevăzută exptres în documentația de atribuire. Este adevărat că stația de preparare mixturi asfaltice nu este un utilaj folosit în lucrare, ci este o favbrică, în cel mai propriu sens al acestui cuvând, utilajul în sine fiind unul costisitor, necesitând o linie de fabricație, depozite, instalații, laborator, autorizații deosebit de costisitoare, fiind puține astfel de firme cre dețin asemenea dotare. În același timp, chiar dacă un operator deține o astfel de stație, acest lucru nu înseamnă că va folosi, în mod obligatoriu, asfaltul de la propria sa stație, fiind posibil să aleagă cupărarea asfaltului de la altă stație, mai apropiată de locul lucrării. Sub acest aspect, argumentele promovate de contestatoare par a fi unele pertinente, dar, în condițiile date, în care documentația nu a fost contestată sau clarificată de ofertanți, în sensul că pot veni și cu contracte de furnizare, contestația apare ca nefondată. Cerința în cauză a fost acceptată, însă, de-a lungul timpului, în practica achizițiilor publice având ca obiect execuția lucrărilor de drumuri, și, cu toate că scopul său era acela de a accepta operatori puternici din punct de vedere economic, rezultatele practice nu sunt cele așteptate, respectiv drumuri de calitate, rezistente la variații de temperatură sau lucrări realizate la timp.

Practica judecătorească a validat, de asemenea, respectiva cerință, fiind constantă în acest sens, relevantă fiind Decizia nr. 619 din 04.04.2016 a Curţii de Apel Oradea - Secţia a II - a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, pronunțată în dosarul Dosar nr. 160/35/CA/2016

În ceea ce privește susținerile petentei din cuprinsul plângerii, potrivit cărora: „Contractele de vânzare-cumpărare nr. 3681/28.10.2015 și 1379/30.04.2015 prezintă garanții suficiente pentru autoritatea contractantă raportat la posibilitatea certă de asigurare a furnizării de beton respectiv beton asfaltic", instanța consideră că prezentarea unor contracte de vânzare-cumpărare având ca obiect vânzarea de produse (beton și respectiv mixtură asfaltică) nu pot face dovada îndeplinirii cerinței minime de

calificare, astfel cum a fost solicitată prin fișa de date a achiziției, deoarece prin contractele respective petenta nu face dovada că ar deține această stație sau că ar putea dispune de stația respectivă.

Diferența majoră dintre deținerea și disponibilizarea acestor stații și încheierea unor contracte de vânzare-cumpărare de produse rezidă în faptul că cel care deține și poate dispune de aceste stații prezintă garanții suficiente pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale, față de cel care are încheiate doar contracte de vânzare-cumpărare în care nu sunt specificate nici modalitățile de livrare, nici termenele de livrare și nici cantitățile care pot fi livrate la comanda cumpărătorului.

Astfel, în situația acceptării unor astfel de contracte de vânzare-cumpărare autoritatea contractantă s-ar expune la riscuri majore deoarece, pe de o parte, vânzătorii acestor produse nu au raporturi juridice cu autoritatea contractantă, iar pe de altă parte, nu există nici o certitudine în privința faptului că vânzătorii produselor vor putea să onoreze cu promptitudinea necesară comenzile petentei.

Prin urmare, în acest caz există riscul ca execuția lucrărilor să fie afectată în mod grav și probabil iremediabil dacă, de exemplu, nu poate fi livrată o cantitate suficientă de mixtură asfaltică în termenul prevăzut de norme la turnarea straturilor sistemului rutier.

In situația în care executantul lucrării poate dispune singur de producția și transportul acestor produse, riscul producerii unui asemenea incident este minor deoarece acesta nu depinde de disponibilitatea unei terțe persoane implicată în mod indirect în derularea contractului.

Cerințele minime de calificare privind resursele tehnice au fost concepute și solicitate tocmai pentru a acoperi aceste posibile probleme și de a asigura autoritatea contractantă asupra capacității tehnice a ofertanților de a-și îndeplini obligațiile contractuale la termenele stabilite și de a rezolva anumite dificultăți legate de îndeplinirea acestora, în cazul în care oferta le va fi declarată câștigătoare.

Sub acest aspect, CNSC, în mod temeinic și legal a reținut faptul că, contestatorul a ales să demonstreze doar faptul că are contracte cu diverși furnizori de materii prime și materiale, respectiv beton și mixtură asfaltică și nu că dispune sub orice formă de o stație de betoane și una de mixturi asfaltice, astfel cum a solicitat în mod expres și imperativ autoritatea contractantă în cadrul fișei de date, acceptată de către contestator prin necontestarea respectivelor cerințe de calificare în termenul legal și prin depunerea ulterioară a ofertei în cadrul prezentei proceduri de atribuire."

Referitor la criticile petentei cu privire la asimilarea contractului de vânzare-cumpărare cu contractul de prestări servicii, instanța le apreciază ca fiind neîntemeiate.

Astfel, cum obiectul contractelor prezentate de petentă îl reprezintă vânzarea-cumpărarea de materii prime (beton și respectiv mixtură asfaltică) și nu punerea la dispoziție (disponibilizarea) a stației de betoane și respectiv a stației de mixturi asfaltice, cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, CNSC a reținut corect faptul că cele două contracte nu pot fi asimilate, efectele juridice ale celor două categorii de contracte fiind total diferite.

În opinia instanței, este, de asemenea, nefondată și susținerea petentei în sensul că „documentația de atribuire permite în mod expres și neechivoc prezentarea unor asemenea contracte de prestări servicii (vânzare-cumpărare) pentru îndeplinirea condiției", deoarece, după cum s-a menționat și mai sus, în fișa de date a achiziției cap. III. 2. 3) Capacitatea tehnică și/sau profesională autoritatea contractantă a solicitat, în mod expres, ca ofertanții să facă dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații mixtură asfaltică și respectiv a unei stații de betoane''.

Tot în același sens este și decizia civilă nr. 4939 din 11 iunie 2014 a Curţii de Apel Cluj, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal: *Oferta petentei a fost declarată ca inacceptabilă în considerarea neîndeplinirii cerinţei de calificare nr. 12 din fişa de date a achiziţiei, secţiunea III.2.3 – Capacitatea tehnică şi/sau profesională. Din înscrisurile depuse la dosar precum şi din documentaţia depusă în faţa Consiliului, Curtea reţine că acea cerinţă prevedea: „operatorii economici*

vor dovedi că au în dotare sau dispun (proprietate/leasing/închiriere/angajamente de punere la dispoziţie) de următoarele: - staţie de betoane de ciment, folosită pentru îndeplinirea contractului; - laborator grad II autorizat/contract cu un laborator grad II, autorizat în domeniul contractului de lucrări". Petenta a considerat că a îndeplinit cerinţa de participare la licitaţie prin depunerea contractului de furnizare nr. 157/14.11.2013, încheiat cu terţul SC E.P. SRL. Din conţinutul contractului, Curtea reţine că nu răspunde cerinţei de calificare menţionată în fişa de date, respectiv petenta nu a dovedit că are în proprietate/leasing/ închiriere sau angajament de punere la dispoziţie cu privire la staţia de betoane. Se apreciază de către Curte că cerinţa de calificare era suficient de clară pentru a permite participantei la licitaţie să concluzioneze că este necesar să îndeplinească acea cerinţă într-una din formele menţionate în cuprinsul cerinţei. Din această perspectivă, depunerea unui contract de furnizare nu apare ca răspunzând cerinţei de calificare menţionată anterior. Prin înscrisul arătat, terţul se obligă furnizeze petentei produse specifice. Înscrisul depus îmbracă forma unui contract de vânzare-cumpărare a unor produse, act juridic bilateral ce nu atestă deţinerea în proprietate/leasing/închiriere sau angajament de punere la dispoziţie a staţiei de betoane. Din această perspectivă, Curtea reţine că cerinţa de calificare nu a fost îndeplinită cauză [art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006].

Consiliul, din analiza proprie întreprinsă, constată că aceasta este opinia cvasiunanimă a instanțelor, prin urmare, nu există niciun motiv a invalida respectiva decizie a autorității contractante, mai cu seamă că cerința este una clară, fiind cert că situația contestatoarei se circumscrie dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, oferta sa fiind inacceptabilă, nerespectând prevederile documentației de atribuire.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată, contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţiile formulate de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune reevaluarea ofertelor contestatoarei în partea dedicată loturilor 2 și 4.

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

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

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

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de 15 zile de la primirea prezentei.

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
...

Redactată în 6 (şase) exemplare, conţine 33 (treizeci și trei) pagini.