



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../ ... /...

Data: ...

Prin contestația nr. 10040/28.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20807/28.10.2015, depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la ORC ..., CIF RO ... reprezentată prin Director General ..., în calitate de lider al asocierii SC ... SA & ... SRL, împotriva rezultatului procedurii emis de către ... - ...cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, în vederea încheierii unui acord cadru, având drept obiect: „întreținere periodică multianuală – covoare asfaltice executate la cald pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul ...- ...”, cod CPV 45233139-3, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii înregistrat sub nr. 2/27028/23.10.2015, a actelor subsecvente și obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor depuse de Asocieria SC ... SA & ... SRL și la emiterea unui nou Raport al procedurii.

Prin adresa nr. 1966/05.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21515/05.11.2015, SC ... SRL, cu sediul în ... transmite CERERE DE INTERVENȚIE, în care solicită pe cale de excepție, admiterea excepției tardivității criticilor formulate de contestator cu privire la prevederile documentației de atribuire, iar, pe fondul cauzei, în principal, respingerea contestației ca inadmisibilă și în subsidiar, în ipoteza în care contestația este admisibilă, respingerea acesteia ca nefondată; menținerea tuturor măsurilor întreprinse și actelor emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în discuție, implicit a adresei de comunicare a rezultatului procedurii, având nr. 2127029/23.10.2015, prin care oferta lui a fost declarată câștigătoare și a celei cu nr. 2127028 din 23.10.2015, prin care s-a stabilit că oferta asocierii contestatoare este neconformă;

admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta este formulată și motivată; continuarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică, în calitate de ofertant câștigător.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ...-...și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 10040/28.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20807/28.10.2015, depusă de SC ... SA, în calitate de lider al asocierii SC ... SA & ... SRL, împotriva rezultatului procedurii emis de către ...- ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, în vederea încheierii unui acord cadru, având drept obiect: „*întreținere periodică multianuală – covoare asfaltice executate la cald pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul ...- S.D.N. ...*”, cod CPV 45233139-3, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii înregistrat sub nr. 2/27028/23.10.2015, a actelor subsecvente și obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor depuse de Asocieria SC ... SA & ... SRL în cadrul procedurii și la emiterea unui nou Raport al procedurii.

În fapt, contestatorul arată că, la data de 23.10.2015, i s-a comunicat că oferta depusă este neconformă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, motivat de faptul că, prin răspunsul dat la clarificarea primită (nr. 2/23998/02.10.2015) – în ceea ce privește cerința de calificare referitoare la utilajele pentru marcaje, a menționat că mașina de marcaj rutier HOFMANN GmbH HI8-1 execută atât marcaje longitudinale și transversale, conform fișei tehnice.

Contestatorul susține că utilajul prezentat la licitație îndeplinește 2 cerințe cumulativ, și deși autoritatea contractantă consideră că s-au solicitat utilaje distincte pentru cele două activități, în fișa de date nu există prevăzut articolul („un”) în fața cuvântului „utilaj”, adică nu se

specifică clar numărul de bucăți de utilaje (un utilaj pentru marcaje longitudinale și un utilaj pentru marcaje transversale). Cerința autorității contractante este cu privire la tipul de activitate pe care trebuie să îl execute utilajul, iar tehnologia existentă permite cumularea funcțiilor îndeplinite de mai multe utilaje printr-un singur utilaj. De exemplu, arată contestatorul, tot în cerința nr. 2 (pagina 7 din fișa de date) se solicită:

- perie mecanică pentru maturare.
- autocisternă pentru emulsie prevăzută cu instalație de răspândire pentru amorsare.

Dotarea tehnică a utilajelor de generație nouă înglobează cele două echipamente, întreținerea drumurilor în localități efectuându-se în mod curent cu un multifuncțional. Concret, este vorba de creșterea performanței muncii prin economia timpului, a cheltuielilor de combustibil, a cheltuielilor cu deservenții, sprijinind astfel utilizarea eficientă a fondurilor publice.

Cu privire la execuția lucrărilor din contractul în speță, este evident, în opinia contestatorului, faptul că marcajul rutier se referă doar la covorul asfaltic întreținut (reparat), nu și la covorul asfaltic existent deja, așa cum rezultă chiar și din Anexa nr. IV la Caietul de sarcini („*Centralizatorul Financiar al Lucrărilor de Întreținere periodică multianuală - covoare asfaltice executate la cald pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul ...-SDN ...*”), document în care este prevăzut un raport de 0,064 mp marcaj rutier/l mp covor asfaltic. Așadar, lucrările de marcaje reprezintă puțin peste 6,4% din totalul lucrărilor contractate, procent care nu influențează condițiile de execuție în siguranță, nu afectează eficiența lucrărilor, nu are niciun impact asupra calității și nici nu are cum să influențeze timpul de execuție, având în vedere că se desfășoară pe parcursul a 24 luni calendaristice (astfel marcajul rutier începe numai după ce se finalizează covorul asfaltic, adică utilajul are timpi de așteptare, iar pe măsură ce înaintează pe lucrare, execută tipul de marcaj solicitat, după necesitate, neexistând riscul vreunei întârzieri în procesul de productivitate).

Având în vedere mențiunea din Anexa nr. IV a Caietului de sarcini conform căreia „*pentru 1 mp de covor asfaltic, sunt necesari a se executa 0,064 mp de marcaj rutier*”, reiese evident faptul că obiectul contractului de achiziție publică nu este reprezentat de operațiunile de marcaje longitudinale și/sau transversale și este foarte clar că aceste operațiuni de marcaje sunt lucrări/activități adiacente operațiunilor de întreținere periodică multianuală.

Contestatorul precizează că nu se face distincție între marcajul longitudinal și marcajul transversal (este precizat doar „*marcaj rutier*”), iar prin fișa de date nu se face referire la mai multe eșaloane de lucru care ar trebui să lucreze pentru fiecare tip de marcaje în parte, după cum, niciunde în documentația de atribuire nu este prevăzută vreo serie de operațiuni sau activități de lucru care ar trebui executate concomitent.

Totodată, procentul extrem de mic aferent marcajelor rutiere trebuie coroborat cu cerințele din fișa de date prevăzute la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv Cerința nr. 2, prin care, pentru restul activităților, adică pentru domeniul majoritar de lucrări de întreținere covor asfaltic, se solicita pentru îndeplinirea contractului subsecvent doar:

- un singur laborator autorizat și o stație de preparare mixturi asfaltice (sau precontract semnat cu un furnizor de mixturi asfaltice),
- o singură perie mecanică pentru maturare,
- o singură autocisternă cu dispozitiv de stropire (instalație pentru spălare sub presiune),
- o singură autocisternă pentru emulsie prevăzută cu instalație de răspândire pentru amorsare,
- o singură freză pentru asfalt (daca este cazul),
- un singur încărcător frontal,
- un singur repartizor finisor prevăzut cu sistem de nivelare încălzit, care asigură o precompactare,
- un singur cilindru compactor autopropulsat cu rulouri netede de 8-14 tf,
- un singur cilindru compactor autopropulsat cu pneuri de 1-16tf.

Cerințele tehnice minime de utilaje relevă în mod evident faptul că operațiunile tehnice de aplicare a covoarelor asfaltice executate la cald pot fi executate succesiv, niciunde în documentația procedurii nefiind precizat aplicarea acestor covoare asfaltice aplicate la cald în mod concomitent pe mai multe tronsoane. Cu alte cuvinte, cerințele minime tehnice prevăd aplicarea covorului asfaltic executat la cald câte unul pe rând, pe fiecare suprafață de drum național care necesită respectiva operațiune (pe baza de comandă), marcajul longitudinal și/sau transversal putându-se executa atât longitudinal cât și transversal, cu un singur utilaj de marcare în mod succesiv. Orice altă cerință este în mod evident excesivă, abuzivă și restrictivă.

Contestatorul precizează că, în viziunea autorității contractante, care a acceptat că dotarea tehnică să nu fie exclusivă („dedicată”) lucrării în speță. Astfel, în baza clarificării nr. 2 postată în SEAP prin Adresa nr. 2/18498 din 20.08.2015, utilajele prevăzute ca și cerințe minime se acceptă ca fiind disponibile și pentru alte lucrări de întreținere periodică anuală pentru mai multe SDN-uri concomitent și pentru alte lucrări de execuție drumuri.

Continuând raționamentul logic al autorității contractante, s-ar ajunge la situația absurdă prin care un ofertant care se prezintă la mai multe licitații cu aceeași dotare tehnică (respectiv 2 utilaje de marcaje, din care doar unul execută marcaje longitudinale și respectiv doar unul execută marcaje transversale) și câștigă licitațiile la 3 SDN-uri diferite și unde trebuie să efectueze lucrări concomitent, iar ofertantul care participa la o singură licitație (la un singur SDN), cu dotarea tehnică

reprezentată de un singur utilaj care executa marcaje longitudinale SI transversale, este descalificat (oferta neconformă, considerând ca nu dispune de capacitate tehnică), în condițiile în care execuția fiecărei bucăți de covor asfaltic executat la cald și a fiecărui tronson de drum se efectuează succesiv și nu concomitent.

Contestatorul menționează că tehnologia de lucru a utilajului prezentat de el permite ca același utilaj să efectueze toate tipurile de marcaje, așa cum sunt descrise în caietul de sarcini (longitudinale, transversale și diverse), nefiind necesar câte un utilaj pentru fiecare tip de marcaj în parte.

Deși textul de lege, prin art. 8 din HG 925/2006, impune ca cerințele minime de calificare să nu fie „disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit”, autoritatea contractată alege totuși să stabilească o cerință privind dotarea tehnică necorelată cu volumul lucrărilor care fac obiectul viitorului contract.

Nivelul minim al dotării tehnice ar trebui să rezulte din cuantificarea necesităților obiective ale autorității contractante, necesități care nu sunt nici solicitate prin fișa de date, nici prin justificări sau solicitări ulterioare. Mai mult, tot ce precizează autoritatea este că nu cunoaște la momentul depunerii ofertelor cantitățile pentru care se solicită marcaje transversale și longitudinale, așadar nu poate fi justificată evaluarea comisiei cum că, un utilaj nu poate (nu are capacitatea) să îndeplinească două tipuri de activități. Un argument suplimentar îl reprezintă și conținutul Declarației de disponibilitate (Formularul nr. 19) și clarificarea antemenționată prin care se acceptă participarea, câștigarea și execuția mai multor contracte de lucrări cu același tip de activitate, pentru mai multe SDN-uri, indiferent de perioadele de execuție. Așa cum nu există în documentația procedurii restricția ca un utilaj să efectueze 2 tipuri de activitate, nu există nici restricția ca 2 contracte derulate cu 2 SDN-uri diferite să nu aibă perioade de execuție/tipuri de lucrări care să se suprapună.

Potrivit contestatorului, utilajul multifuncțional HOFMANN GmbH H18-1 are an de fabricație 2009, este de tehnologie nouă pe piață, iar autoritatea contractantă nu ar trebui să discrimineze operatorii economici prin cerințe nejustificate din punct de vedere tehnic ci, dimpotrivă, ar trebui să sprijine creșterea productivității și eficientizarea timpului de lucru.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 11115/...-.../29.10.2015, Consiliul solicită autorității contractante documentele emise de la ultima decizie CNSC, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 256³ din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă a răspuns solicitării și, prin adresa nr. 2/28667/04.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21391/04.11.2015, transmite punctul de vedere față de contestație, în care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Față de susținerile contestatorului, autoritatea contractantă precizează că, cerința a fost așa cum s-a solicitat prin fișa de date de la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și profesională - Cerința nr. 2, ca ofertanții să dețină distinct - utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere longitudinale și utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale.

Potrivit autorității contractante, însuși contestatorul dovedește că a înțeles cerința de calificare privind utilajele, precizând în contestație că „*pentru domeniul majoritar de lucrări de întreținere covor asfaltic, se solicita pentru îndeplinirea contractului subsecvent: - o singură perie mecanică pentru maturare, (...) - un singur cilindru comp actor (...)*”.

Dacă pentru îndeplinirea contractului ar fi fost de ajuns un singur utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere, autoritatea contractantă ar fi menționat în mod expres acest aspect în documentația de atribuire și ar fi precizat că se va accepta ca utilajul ce va fi prezentat în ofertă va putea să aplice atât marcaje longitudinale cât și marcaje transversale.

Ori, în documentația de atribuire nu se specifică în niciun fel acest aspect ci, dimpotrivă utilajele de aplicat marcaje rutiere sunt menționate în caietul de sarcini în mod distinct, pentru fiecare din categoria de marcaj pentru care se va utiliza, respectiv utilaj pentru aplicare marcaje longitudinale și utilaj pentru aplicare marcaje transversale.

Față de menționarea contestatorului că există utilaje care înglobează mai multe echipamente, cum fi perie mecanică pentru maturare și autocisternă pentru emulsie prevăzută cu instalație de răspândire pentru amorsare și că „*tehnologia existentă permite cumularea funcțiilor îndeplinite*”, autoritatea contractantă afirmă că, contestatorul a îndeplinit cerința de calificare prin prezentarea unor utilaje distincte pentru efectuarea operațiilor de maturare a părții carosabile - perie mecanică pentru maturare și, respectiv, a operațiilor de amorsare a suprafeței cu emulsie bituminoasă autocisternă pentru emulsie prevăzută cu instalație de răspândire pentru amorsare, condiție care a fost îndeplinită prin cumul, prin ofertarea unor utilaje distincte de către ambii asociați.

Autoritatea contractantă a solicitat ofertantului, prin adresa nr. 2/23998/02.10.2015, să clarifice îndeplinirea cerinței cu privire la utilajul de execuție marcaje transversale, întrucât a prezent același utilaj și pentru execuție marcaje longitudinale și pentru marcaje transversale, iar în FDA se solicită câte un utilaj distinct pentru fiecare din categoriile respective de marcaje, contestatorul răspunzând prin adresa nr. 8708/02.10.2015, înregistrată la ...cu nr. 2/24088/ 05.10.2015 și a menționat că mașina de marcaj rutier HOFMANN GmbH18-J execută marcaje longitudinale și marcaje transversale conform fișei tehnice.

Cu privire la mențiunile contestatorului referitoare la modul în care înțelege să execute marcajele rutiere și că „*marcajul longitudinal și/sau transversal putându-se executa atât longitudinal cât și transversal, cu un singur utilaj de marcare în mod succesiv considerând că „orice altă cerință este în mod evident excesivă, abuzivă, restrictivă*”, autoritatea

contractantă arată că, potrivit caietului de sarcini și modelului de contract subsecvent, graficul de execuție a lucrărilor de covoare asfaltice și, ulterior, de aplicare a marcajelor rutiere pe covoarele executate (marcaje care sunt de trei tipuri), este propus de executant și aprobat de beneficiar, iar propunerea de aplicare a marcajelor succesiv, longitudinal și apoi transversal, cu același utilaj nu poate fi acceptată de beneficiar, având în vedere necesitatea aplicării într-un timp cât mai scurt a marcajelor rutiere pe covoarele executate, dat fiind necesitatea asigurării securității rutiere tuturor participanților la trafic, vehicule și pietoni, în egală măsură, fără a defavoriza una dintre aceste două categorii.

Autoritatea contractantă consideră că, în cazul în care operatorul economic ar fi avut neclarități cu privire la conținutul documentației de atribuire putea solicita clarificări potrivit art. 78 din OUG nr. 34/2006 sau, potrivit art. 255 coroborat cu art. 256 ind. 2 din OUG nr. 34/2006, acesta avea dreptul de a formula contestație, însă contestatorul nu și-a exercitat acest drept, însușindu-și, în mod implicit cerințele solicitate.

Depunerea ofertei fără obiecțiuni are drept consecință o acceptare a tuturor cerințelor autorității contractante, care a analizat oferta depusă de Asocierie prin prisma solicitărilor din documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă consideră că a respectat principiile art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și că cerința a fost clară, din moment ce toți ceilalți ofertanți participanți la procedura de atribuire au respectat-o, prezentând utilaje distincte pentru execuția marcajelor longitudinale, respectiv pentru execuția marcajelor transversale.

În finalul contestației, deși contestatorul face referire și la caietul de sarcini și la SR 1848 7/2004 *„Semnalizare rutieră. Marcaje rutiere”*, autoritatea contractantă precizează că, această referire este trunchiată, vorbindu-se doar de specificația evidentă despre modalitatea în care se executa marcajele rutiere *„cu mașina echipată cu dispozitive speciale de aplicat vopsea, amorsă și bile sticlă”*, omițând, în mod evident specificația expresă din caietul de sarcini *„4.2.5 Execuția marcajului poate fi demarată în următoarele condiții: „Eșaloanele de lucru pentru marcajele longitudinale, transversale și diverse sunt constituite în totalitate”*.

Prin adresa nr. 10563/05.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21482/05.11.2015, contestatorul transmite o opinie față de punctul de vedere al autorității contractante.

Referitor la pct. 1 al punctului de vedere nr. 2/28667/04.11.2015, contestatorul arată că, în cerința din fișa de date, sintagma distinct nu se regăsește, fiind interpretarea proprie a autorității contractante.

Conform susținerilor autorității contractante, în caietul de sarcini, în execuția lucrărilor este necesară efectuarea a 3 tipuri de marcaj: longitudinal, transversal și divers. Contestatorul se întreabă dacă era necesară și ofertarea unui utilaj și pentru marcaj divers; De ce oferta asocierii a fost respinsă pentru neprezentarea utilajelor aferente marcajului longitudinal și transversal distinct, fără referire la marcajul

divers; Aprecierea subiectivă a autorității de a nu face referire și la marcajul divers, deși susține că se impunea ofertarea conform cerințelor caietului de sarcini pentru toate cele 3 tipuri de marcaj.

Referitor la pct. 2 al punctului de vedere nr. 2/28667/04.11.2015 al autorității contractante, respectiv, modalitatea în care un ofertant (individual și/sau asocieră) înțelege să își întocmească oferta este atributul exclusiv al acestuia, având la bază documentația de atribuire precum și resursele proprii, diferite de la o societate la alta. În funcție de capacitatea fiecărui ofertant, acesta poate deține utilaje cu funcții multiple și/sau singulare. Dacă pentru anumite activități, ofertantul deține un utilaj multifuncțional, este dreptul acestuia de a-l valorifica, drept ce nu poate fi restricționat sau sancționat, atâta timp cât scopul procedurii de atribuire este atins - atribuirea și execuția contractului de achiziție publică.

Referitor la pct. 3 al punctului de vedere nr. 2/28667/04.11.2015, așa cum susține și autoritatea contractantă, graficul de execuție este propus de contractant și aprobat de beneficiar, dar, arată contestatorul, la momentul evaluării ofertelor:

- Nu sunt cunoscute cantitățile comenzilor ce urmează a fi transmise de beneficiar;
- Nu este cunoscută modalitatea aleasă de contractant pentru execuția comenzilor, nemise încă (de ex. ce fronturi de lucru atacă, schimburile de lucru, forța de muncă, etc...).

Referitor la argumentul executării marcajelor într-un timp cât mai scurt, contestatorul precizează că acesta nu poate fi reținut. Nu a reprezentat un criteriu de atribuire și nici nu poate fi invocat de autoritatea contractantă. Scopul încheierii acordului cadru și contractelor subsecvente este acela de a executa lucrările (inclusiv marcajele) conform comandă, în termenul de execuție stabilit de beneficiar și nu cât mai rapid.

În ceea ce privește aprecierea autorității contractante asupra caracterului trunchiat al referirii din cadrul contestației la SR 1848-7/2004, contestatorul susține că argumentul dat de aceasta în combatere, este la fel de trunchiat. Mai mult, este de natură să scoată și mai mult în evidență neconcordanțele existente în documentația de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini/marcaj transversal, longitudinal/ marcaj transversal, longitudinal și divers), pe care, actualmente, autoritatea contractantă încearcă să le interpreteze subiectiv, nelegal în favoarea ei.

Prin adresa nr. 1966/05.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21515/05.11.2015, SC ... SRL, transmite cerere de intervenție, în care solicită pe cale de excepție, admiterea excepției tardivității criticilor formulate de contestator cu privire la prevederile documentației de atribuire iar, pe fondul cauzei, în principal, respingerea contestației ca inadmisibilă și, în subsidiar, în ipoteza în care contestația este admisibilă, respingerea acesteia ca nefondată; menținerea tuturor măsurilor

întreprinse și actelor emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în discuție, implicit a adresei de comunicare a rezultatului procedurii, având nr. 2127029/23.10.2015, prin care oferta lui a fost declarată câștigătoare și a celei cu nr. 2127028 din 23.10.2015, prin care s-a stabilit că oferta asocierii contestatoare este neconformă; admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta este formulată și motivată; continuarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică, în calitate de ofertant câștigător.

În urma analizării adresei nr. 1966/05.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21515/05.11.2015, depusă de SC ... SRL, raportat la contestație, Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție accesorie și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006.

Potrivit art. 61 alin. (1) al Codului de Procedură Civilă (Legea nr. 134/2010), arată intervenientul, are un interes în depunerea cererii de intervenție, motivat de însăși calitatea de ofertant câștigător al procedurii de atribuire, calitate ce poate fi periclitată în eventualitatea admiterii contestației formulate.

Același interes, arată intervenientul, justifică sprijinirea de către ... a poziției autorității contractante, precum și a oricărei apărări formulate de către aceasta în replică la contestația precizată pentru că, în mod rațional, are pe deplin interesul de a se menține decizia autorității privind declararea drept câștigătoare a procedurii de atribuire și de a conserva dreptul de a încheia contractul de achiziție publică.

În contextul procedurii de atribuire în discuție, și potrivit dispozițiilor art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, și având în vedere că valoarea estimată de 21.832.303,96 lei a contractului care urma să fie atribuit (inferioară pragului prevăzut de art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006), termenul în care se puteau formula o eventuală contestație împotriva cerințelor din documentația de atribuire era cel de 5 zile, prevăzut de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanță, calculat de la data publicării documentației de atribuire anexate anunțului de participare - respectiv I 0.08.201 5 și împlinit în data de 17.08.2015.

Deși, formal, prin demersul său, contestatorul atacă decizia autorității contractante de declarare ca neconformă a ofertei sale, criticile din contestație privesc documentația de atribuire și cerințele incluse în aceasta, astfel cum a fost publicată în data de 17.08.2015.

Drept urmare, cât privește cerințele din fișa de date referitoare la numărul de utilaje pentru marcaje rutiere longitudinale și transversale, contestatorul avea dreptul și posibilitatea să formuleze contestație în termenul legal de 5 zile începând cu ziua următoare publicării în SEAP a anunțului de participare și a documentației de atribuire.

În raport cu data publicării documentației, criticarea, prin contestație, a cerinței privind numărul de utilaje destinat marcajelor este evident tardivă, iar în susținerea acestei concluzii este și Decizia nr. 2562 din 10.10.2010 a Curții de Apel Alba Iulia.

În condițiile necontestării documentației de atribuire și a depunerii ofertei, intervenientul conchide că asocierea contestatoare a acceptat cerințele și condițiile documentației, iar contestarea ulterioară a conținutului acesteia, după ce oferta sa a fost declarată ca neconformă, trebuie considerată ca fiind tardivă și invocă în acest sens și jurisprudența Curții de Apel Craiova, respectiv Decizia civilă nr. 1555 din 06.03.2012.

Conform mențiunilor existente în fișa de date, pentru demonstrarea capacității tehnice și / sau economice - Cerința 2, ofertanții trebuiau să facă dovada că dispun, printre altele, de :

- utilaj pentru aplicarea marcajelor rutier longitudinale;
- utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale.

Potrivit dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, intervenientul consideră că autoritatea contractantă s-a conformat integral prevederilor mai sus reproduse și a indicat cât se poate de concret și precis care - și mai ales câte - auto - utilaje și echipamente specifice sunt necesare pentru realizarea lucrărilor corespunzătoare contractului supus procedurii.

Din perspectiva formulării utilizate de către autoritatea contractantă, enumerarea din cuprinsul cerinței 2 realizează exigențele de claritate și concretitudine impuse de art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În contextul de reglementare prevăzut de art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, nicio cerință care nu este reprodusă textual, nu este menționată în mod expres și nici nu este detaliată ca atare în anunțul / invitația de participare / fișa de date nu se prezumă.

Cerința privind dotarea cu un utilaj pentru aplicarea marcajelor rutier longitudinale și unul utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale nu este formulată la modul generic, indicându-se în mod clar că autoritatea contractantă dorește ca ofertanții să facă dovada că dispun de un utilaj pentru aplicarea marcajelor rutier longitudinale și respectiv de un utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale.

Dincolo de orice interpretare și după orice algoritm de raționare, este evident că autoritatea contractantă a solicitat două utilaje distincte pentru două tipuri separate de marcaje - respectiv transversal și longitudinal.

Autoritatea contractantă nu a inserat vreo cerință prin care să solicite demonstrarea deținerii unui singur utilaj care să execute atât marcaje longitudinale cât și transversale și nici nu a precizat posibilitatea îndeplinirii acestei cerințe cu un singur utilaj, în sensul interpretării practicate de către contestatoare.

Documentația nu cuprinde nicio mențiune expresă care să susțină înțelesul acreditat de către contestatoare, iar acesta nu poate fi subînțeles de către ofertanți.

Indicarea a două tipuri de utilaje pentru două tipuri de marcaje nu poate conduce decât la concluzia certă că autoritatea contractantă a avut în vedere câte un utilaj pentru fiecare tip de marcaj.

În cazul în care autoritatea contractantă ar fi intenționat să permită demonstrarea capacității tehnice de realizare a marcajului longitudinal și a aceluși transversal cu un singur tip de utilaj, cu certitudine că ar fi procedat la formularea cerinței în mod corespunzător, specificând că ofertanții au posibilitatea să prezinte un singur utilaj pentru ambele tipuri de marcaje.

Din motive pur speculative, în opinia intervenientului, contestatorul adoptă interpretarea unicității utilajului exclusiv cu privire la cel destinat marcajelor, pentru că, în privința celorlalte utilaje incluse în enumerarea de la cerința 2, cantitatea ar fi evidentă, deși formularea este identică.

Necesitățile concrete și formularea utilizată de către autoritatea contractantă nu pot conduce la altă concluzie decât că se doresc două utilaje distincte, pentru două tipuri de marcaje distincte, fără să fie necesare investigații de sintaxă a propoziției sau de semantică a absentei numeralului cardinal. Prevederile fișei de date și a caietului de sarcini în privința cerinței a două a utilaje separate de marcarea sunt suficient de clare pentru a nu mai avea nevoie de explicații suplimentare, evidențiindu-se necesitatea unicității unui utilaj pentru fiecare timp de marcaj, și nu a unicității utilajului pentru ambele tipuri de marcaje.

Lipsa numeralului cardinal „un”, care să precedă fiecare utilaj menționat la singular, nu poate sub nicio formă să conducă la interpretarea că textul nu exprimă cantitatea numerică egală cu 1 pentru că în acest caz, chiar nefiind specificat, numeralul „un” poate fi evident dedus, potrivit celor mai elementare reguli gramaticale și semantice.

În altă ordine de idei, arată intervenientul, trebuie avut în vedere că geometria drumului, descrisă în caietul de sarcini, relevă o lățime de platformă de 6 m. Din fișa tehnică a utilajului prezentat de contestator, rezultă că lungimea utilajului Hofmann HI8 - I este de 4,445 m. Amplasarea acestuia transversal ar conduce inevitabil la blocarea traficului pe ambele sensuri de circulație, iar gabaritul acestuia ar îngreuna semnificativ activitatea.

Acestea sunt de altfel și rațiunile pentru care, în consens cu cerințele fișei de date și a caietului de sarcini, intervenientul a prezentat dovada deținerii a două utilaje distincte pentru fiecare tip de marcaj - un utilaj cu gabarit mai mare pentru marcajele longitudinale și a unuia cu un gabarit mai mic pentru marcajele transversale.

În principiu, orice utilaj actual poate efectua atât marcaje longitudinale cât și transversale, în funcție de amplasarea acestuia pe banda carosabilă. Diferențele sunt date însă de dimensiunile concrete ale utilajului (lungime, lățime), precum și de capacitatea rezervorului de vopsea.

În momentul executării marcajelor transversale, utilajul Hofmann HI8 - I, cu o lungime de 4,445m, propus de către contestator, va trebui

evident amplasat perpendicular pe carosabilul cu o lățime de 6 m, rezultând invariabil un blocaj de durată al traficului pe ambele sensuri de circulație - ceea ce, cu certitudine, autoritatea contractantă nu a intenționat și nici nu a prevăzut să survină pe parcursul executării lucrărilor de aplicare a marcajelor rutiere.

În conformitate cu dispozițiile art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, intervenientul solicită accesul la dosarul achiziției publice depus la CNSC și subliniază că, în urma consultării dosarului, își rezervă dreptul de a completa cererea de intervenție, eventualele concluzii / suplimentări urmând a fi comunicate tuturor părților din dosar.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 21457/05.11.2015, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice și actele solicitate.

Prin adresa nr. 10631/06.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21517/06.11.2015, contestatorul transmite un punct de vedere față de cererea de intervenție, în care precizează că, nefiind informat despre cine este câștigătorul procedurii, contrar dispozițiilor art. 206 și 207 din OUG nr. 34/2006 solicită revizuirea adresei de comunicare a rezultatului procedurii. De asemenea, contestatorul solicită, prin raportare la dispozițiile art. 61 și 67 din OUG nr. 34/2006, clarificarea naturii juridice a actului transmis de intervenient, în sensul dacă e cerere de intervenție principală sau accesorie.

Față de invocarea excepției tardivității contestației de către intervenient, contestatorul solicită respingerea acesteia deoarece actul atacat este adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Cu privire la susținerile intervenientului, contestatorul susține că acestea vin să demonstreze o dată în plus caracterul interpretativ al documentației de atribuire, fapt ce a condus la o interpretare subiectivă a autorității contractante, respingerea ofertei fiind neconformă prevederilor documentației de atribuire, având ca temei nu documentația de atribuire ci subiectivismul autorității contractante.

Față de afirmațiile legate de geometria drumului ce relevă o înălțime de 6 m, lungimea utilajului Hofmann HI8-1 și poziționarea acestuia transversal pentru execuția marcajului, contestatorul precizează că, acestea nu pot fi reținute de Consiliu pentru soluționarea contestației, fiind supoziții nesusținute prin înscrisuri; poziționarea transversală a utilajului este o presupunere a intervenientului, modalitatea de utilizare și poziționare a utilajului fiind un aspect ce ține de know-how-ul societății. Modalitatea de manevrare a utilajului poate varia de la un amplasament la altul, în funcție de frontul de lucru; în susținerea afirmațiilor contestatorul retransmite fișa tehnică a utilajului Hofmann HI 8-1. Conform fișei, utilajul este dotat cu furtun pistol în lungime de 6 m, ceea ce face posibilă detașarea pistolului, permițând execuția marcajului fără ca utilajul să fie poziționat transversal, astfel încât traficul pe sectorul de drum să nu fie blocat, utilajul putând fi poziționat în lateralele drumului.

Contestatorul afirmă că își susține argumentele promovate prin contestația nr. 10.040/28.10.2015 și prin adresa nr. 10.563/05.11.2015, răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Urmare a solicitării contestatorului din contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20807/28.10.2015, pentru consultarea dosarului achiziției aferent prezentei proceduri de achiziție, Consiliul a transmis în acest sens adresa nr. 11413/...../05.11.2015, în care se menționează termenul limită de studiere, precum și de depunere de concluzii scrise, acesta prezentându-se în data de 09.11.2015.

Prin adresa nr. 10801/10.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21805/10.11.2015, SC ... SA transmite concluzii scrise în urma studierii dosarului, în care arată că, oferta depusă a îndeplinit toate cerințele din fișa de date.

Contestatorul arată că, analizând documentele existente în dosarul achiziției publice, caracterul distinct al utilajelor necesare marcajelor nu este prevăzut nicăieri în documentația de atribuire pusă la dispoziția ofertanților. În ceea ce privește solicitarea unor utilaje distincte aferente fiecărui tip de marcaj, contestatorul menționează că această presupusă solicitare a fost interpretarea subiectivă dată de autoritatea contractantă propriei documentații. Acest fapt apare menționat în solicitarea de clarificări nr.2/23998/02.10.2015 și este de natură a afecta evaluarea, în sensul că autoritatea contractantă încearcă prin solicitarea de clarificări nr. 2/23998/02.10.2015 să completeze documentația existentă. În măsura în care autoritatea contractantă dorea depunerea de utilaje distincte de marcaj, ar fi trebuit, în virtutea principiului asumării răspunderii, să solicite în mod clar acest lucru prin fișa de date, respectiv 3 (trei) și nu 2 (două) utilaje: marcaj transversal, longitudinal și divers. În situația în care autoritatea contractantă susține că a solicitat distinct utilaje pentru fiecare tip de marcaj, contestatorul se întreabă de ce nu a fost respins și pentru că nu deținea un utilaj pentru marcaj divers.

În plus, arată contestatorul, după cum apare atât în fișa de date precum și în documentele din dosarul achiziției publice dotarea minimă solicitată se referă la îndeplinirea unui contract subsecvent.

În ceea ce privește sancțiunea respingerii ofertei, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, contestatorul consideră că, în mod eronat, autoritatea contractantă a respins oferta asocierii, motivat de faptul că nu a îndeplinit una din cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, atâta timp cât dotarea tehnică depusă în cadrul ofertei dovedește capacitatea societății de execuție a contractului subsecvent, mai mult a Acordului-cadru, nefiind identificat până în prezent niciun dezavantaj pentru autoritatea contractantă în situația în care ar fi acceptat oferta asocierii.

Contestatorul precizează că, la filele 22 și 23 din dosarul achiziției (Nota justificativă privind cerințele minime de calificare la procedura de atribuire a acordului cadru «Întreținere periodică multianuală - covoare

asfaltice executate la cald pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul DRDP ... - SDN Galați» ") se regăsesc următoarele:

„• *utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere longitudinale - necesar pentru aplicarea marcajelor longitudinale*

• *utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale - necesar pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale și diverse*" și consideră că necesitatea îndeplinirii activităților este garantată de utilajul multifuncțional prezentat de Asocieria SC ... SA & ... SRL prin îndeplinirea cumulativă a cerințelor, coroborat cu faptul că nu există specificat în documentație (în tot dosarul prezentat spre studiere) imposibilitatea validării/acoperirii a două sau mai multe cerințe cu același utilaj (echipament). Interpretarea autorității este abuzivă cu atât mai mult cu cât se permite ofertanților să facă dovada deținerii utilajelor și echipamentelor cu „*precontract de chirie*" sau „*angajament*" (documente care reprezintă o promisiune de a contracta în viitor, incertă și nesigură, neimpunându-se un contract valabil de prestări servicii care să ofere o garanție a îndeplinirii efective a obligațiilor).

Contestatorul arată că, multifuncționalul HOFMAN GMBH H18-1 îndeplinește cerințele din fișa de date (autoritatea recunoscând și necontestând acest fapt) și totuși oferta este respinsă tocmai prin „*acele ceva/lucru*" ce nu este prevăzut în documentație (și anume numărul minim de bucăți pentru fiecare utilaj sau echipament).

Contestatorul precizează că, în urma studierii dosarului, nu a regăsit precizarea vreunui număr minim de utilaje sau echipamente pe care autoritatea îl solicită și pe baza căruia ar putea să evalueze ofertele dpdv al dotărilor tehnice. De exemplu, la fila 23 se regăsesc doar exprimări la numărul singular și plural pentru dotări (perie mecanică, autocisternă, autobasculante necesare pentru transportul mixturilor asfaltice, autoutilitara folosită la transportul muncitorilor, mijloace de semnalizare necesare pentru semnalizarea lucrărilor) și în spatele fiecărui utilaj subzistă o necesitate justificată de o activitate/funcție/obligație de îndeplinit.

În sensul celor de mai sus, contestatorul susține că există diferențe între cerințele din fișa de date și cerințele propuse și justificate de la dosarul cauzei (fila 23).

Expunerea comparativă a celor două documente susține ipoteza formulată prin contestația depusă. Scopul prezentării în paralel este de a evidenția premeditarea cazuistică a procedurii, autoritatea eliminând categoria „*marcaje rutiere diverse*" din fișa de date, inducând astfel în eroare ofertanții. Dacă ar fi precizat și marcaje diverse, poate trebuiau prezentate utilaje distincte, adică 3?

Deși în punctul de vedere al autorității contractante se justifică numărul de 2 utilaje distincte de marcaje rutiere, în FDA este stipulat: „*ofertantul va face dovada că dispune (dotare proprie/închiriere/alte forme de punere la dispoziție) de minim următoarele auto-utilaje și echipamente pentru îndeplinirea contractului subsecvent*". Astfel,

autoritatea contractantă, prin interpretarea susținută, dă naștere unor situații incorecte, nelegale. Contestatorul se întreabă, dacă și-ar fi însușit raționamentul autorității contractante: Care contract subsecvent ? minim sau maxim ?, întrucât, conform legii, stabilirea cerințelor de calificare se face prin raportare la cel mai mare contract subsecvent. Pentru cel mai mic contract subsecvent se poate folosi o singură mașina de marcaje; pentru cel mai mare contract ar trebui mult mai multe mașini de marcaje rutiere (cantitatea de executat fiind mai mare, întrebarea legitimă este câte?). Dacă autoritatea contractantă consideră că utilajele enumerate în fișa de date reprezintă nr. de bucăți și nu tip de utilaj care să poate execute activitățile prevăzute în caietul de sarcini, de ce nu au solicitat la încărcătoare frontale min. 2 buc? Conform Notei justificative privind cerințele minime de calificare, la pag. 6/8, apare încărcător frontal - necesar ptr. încărcarea materialelor frezate în autobasculante. Raționamentul autorității - prin care se solicită bucăți de utilaje și nu tip de utilaje duce la concluzia că se poate doar cu un singur încărcător frontal să încarci toate materialele frezate în autobasculante în timpul cel mai scurt în cadrul celui mai mare contract subsecvent, în condițiile în care se poate solicita atacarea mai multor tronsoane simultan.

Totodată, contestatorul face precizarea că interpretarea asocierii asupra documentației de atribuire, a cerințelor de calificare a avut în vedere și Normele de deviz puse la dispoziție Ofertanților. Conform acestora, pentru evaluarea lucrărilor de Marcaje rutiere s-a utilizat Norma DF 17A1 - Marcaje longitudinale, transversal și diverse executate mecanizat cu vopsea pe suprafețe carosabile (mp), divizată după cum urmează: material, manoperă și echipamente/utilaje. La poziția echipamente/utilaje este menționat utilajul tip mașina de trasat benzi de circulație (fără a se distinge pe categorii de marcaje). Contestatorul precizează că, în ceea ce privește activitatea de execuție covor asfaltic, inclusiv preluare denivelări, conform Listelor de cantități puse la dispoziție de autoritatea contractantă, au rezultat în mod evident tipul utilajelor solicitate cu titlu de cerință minimă de calificare. De exemplu, din art. DB 16H1, rezultă tipurile de utilaje necesare - 2 cilindrii compactori și un repartizator finisor.

Contestatorul consideră că nu se poate accepta ca o ofertă să fie declarată inacceptabilă pe baza unei prevederi interpretative, iar în lumina raționamentului că ceea ce nu este interzis, este permis și a principiului „Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” (unde legea nu distinge nici noi nu trebuie să distingem) și solicită obligarea autorității la reevaluarea documentelor depuse de Asocieria ... SRL & ... SA în cadrul procedurii de atribuire, prin prisma principiilor generale de la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Urmare a studierii dosarului achiziției publice, referitor la modalitatea nelegală de evaluare a ofertelor de către autoritatea contractantă, contestatorul arată că, potrivit Proces-verbal intermediar de evaluare nr. 7, pct 1. (pagina 94 a dosarului de achiziție publică),

referitor la marcaje, societății desemnată câștigătoare i-au fost solicitate clarificări în ceea ce privește îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini pentru marcaje rutiere cu privire la valorile minime acceptate ale coeficientului de retroreflexie (RL) pe timp uscat, având în vedere că, în oferta tehnică prezentată pag. 13 este precizată o valoare a $RL < 150$ (R3), iar în caietul de sarcini se impune $RL > 150$ (R3) și consideră subiectivă evaluarea realizată în ceea ce privește oferta Asocierii cât și oferta ..., deoarece:

a) în baza cărui articol de lege, DRDP Iași poate justifica acceptarea și desemnarea câștigătoare a procedurii de atribuire a unei oferte neconforme solicitărilor precise din caietul de sarcini, respectiv valoare impusă a coeficientului de retroreflexie;

b) Aplicând tratamentul egal tuturor ofertanților și nu cel preferențial, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aprecieze conformă și oferta Asocierii CITADINA SA & ... SRL, cu atât mai mult cu cât caracterul distinct al necesității utilajelor nu este prevăzut nicăieri în documentația de atribuire, iar prevederea caietului de sarcini (nerespectată de ...) este foarte clară, fiind obligatorie respectarea unor valori indicate.

Totodată, arată contestatorul, prin prisma criteriului de atribuire utilizat - Prețul cel mai scăzut, propunerea financiară a societății ... este de 15.820.748,45 lei și a asocierii este de 12.595.765,96 lei.

Prin adresa nr. 2/29048/11.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 21877/11.11.2015, autoritatea contractantă transmite precizări la punctele de vedere nr. 10563/05.11.2015 și nr. 10631/06.11.2015 formulate de către SC ... SA.

Autoritatea contractantă își menține solicitarea ca, prin decizia, potrivit art. 27 coroborat cu art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, contestația să fie respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește presupusele ipoteze emise de contestator referitoare la marcajele rutier din documentația de atribuire, autoritatea contractantă precizează că atât evaluarea ofertelor depuse de către operatorii economici cât și încadrarea acestora în categoria ofertelor admise din punct de vedere al documentelor de calificare prezentate s-a realizat prin raportare la cerințele minime de calificare din anunțul de participare și fișa de date a achiziției unde, ca și dotare minimă necesară îndeplinirii contractului subsecvent, a fost specificat:

- utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere longitudinale;
- utilaj pentru aplicarea marcajelor transversale;

Autoritatea contractantă consideră că documentația de atribuire nu comportă nicio neconcordanță, cum în mod eronat apreciază contestatorul și, dacă acestea ar fi existat, atunci ofertantul avea dreptul de a-l semna și solicita clarificări potrivit art. 78 din OUG nr. 34/2006, având dreptul de a formula contestație potrivit art. 255 coroborat cu art. 256² din OUG nr. 34/2006 sau de a notifica autoritatea contractantă în temeiul prevederilor art 256¹ din OUG 34/2006 în termenele prevăzute de legislația în vigoare.

Cu privire la mențiunile contestatorului despre modul în care înțelege să își întocmească oferta și posibilitatea de a-și valorifica utilajele multifuncționale pe care le deține, autoritatea contractantă precizează că întocmirea ofertei trebuie să se realizeze cu respectarea documentației de atribuire întocmită și publicată de autoritatea contractantă; autoritatea contractantă susține că nu a restricționat niciun drept al ofertantului, acesta însă trebuie să își întocmească oferta nu numai cu scopul de a-și valorifica utilajele dar, în special, pentru a respecta cerințele minime stabilite prin documentația de atribuire. Aceasta este și rațiunea pentru care legiuitorul a stabilit că oferta câștigătoare este aleasă din cele admisibile, având caracter de ofertă admisibilă doar cea care respectă cerințele documentației de atribuire.

În ceea ce privește mențiunile referitoare la execuția lucrărilor, autoritatea contractantă precizează că toate detaliile privind execuția covoarelor asfaltice pe sectoarele DN vor fi aduse la cunoștința executantului în momentul semnării contractului subsecvent. Ulterior, executantul propune graficul de execuție care va fi aprobat de beneficiar numai în cazul în care acesta corespunde cerințelor sale. În caz contrar este returnat pentru a fi refăcut cu respectarea solicitărilor beneficiarului.

Necesitatea aplicării într-un timp cât mai scurt a marcajelor rutiere pe covoarele executate este o prioritate pentru beneficiar dată fiind necesitatea asigurării securității rutiere tuturor participanților la trafic.

În ceea ce privește punctul de vedere nr. 10631/06.11.2015 al contestatorului la cererea de intervenție, referitor la obligarea autorității contractante la revizuirea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă menționează că a întocmit și transmis comunicările privind rezultatul procedurii în conformitate cu prevederile art. 206 și 207 din OUG nr. 34/2006.

Urmare a solicitării intervenientului din cererea de intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21515/05.11.2015, pentru consultarea dosarului achiziției aferent prezentei proceduri de achiziție, Consiliul a transmis în acest sens adresa nr. 11462/...../06.11.2015, în care se menționează termenul limită de studiere, precum și de depunere de concluzii scrise, acesta prezentându-se în data de 10.11.2015.

Prin adresa nr. 2055/13.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 22067/13.11.2015, SC ... SRL a transmis un punct de vedere asupra concluziilor transmise de contestator în urma studierii dosarului, în care precizează că, în raport cu dispozițiile art. 270 alin. (1) lit. e) și f), care impun ca atât motivarea în fapt și în drept a contestației cât și mijloacele de probă să fie formulate, respectiv indicate integral simultan cu depunerea cererii, criticile contestatorului care privesc oferta ... incluse în documentul intitulat concluzii scrise sunt tardive și nu mai pot face obiectul analizei Consiliului.

Intervenientul consideră că motivarea integrală a contestației trebuie să existe la momentul înregistrării ei la CNSC. Chiar și intenția, declarată la finalul contestației depuse, de a proceda la completarea acesteia cu critici noi după studierea dosarului, reprezintă o inovație procedurală a contestatorului, pe care însă legislația în domeniul achizițiilor publice și dreptul comun care o completează nu numai că nu o recunosc, ci o și reprimă implicit, prin celeritatea pe care o impun soluționării litigiului (care ar intra în conflict cu suplimentarea oricând a motivării contestației, în funcție de descoperirile ulterioare ale contestatorului).

Ulterior studierii dosarului, pe calea concluziilor scrise, contestatorul putea eventual doar să consolideze ori să accentueze criticile deja formulate în cadrul contestației - și nicidecum să formuleze critici noi față de cele indicate inițial, în opinia intervenientului.

În atare circumstanțe, depunerea acestor „concluzii scrise”, prin care contestatorul sesizează pretinse motive de neconformitate a ofertei câștigătoare, constituie alte motive decât cele cuprinse în contestație și reprezintă, practic, o nouă motivare în fapt și în drept a contestației inițiale. Intervenientul arată că, concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, reprezintă „o gândire dedusă dintr-o serie de argumente sau constatări”, „ultima parte a unei expuneri sau a unei lucrări, care cuprinde rezultatele finale”, „consecință dedusă dintr-o serie de argumente sau de constatări” așadar, o expunere finală a argumentației asupra contestației supuse soluționării și nu o nouă motivare sau o motivare suplimentară a acesteia, un mijloc de a sintetiza dezbaterile, cu referire punctuală la probele administrate, motivele de fapt și de drept pe care se bazează apărările sau pretențiile părților.

Cu privire la susținerea că aplicarea microbilelor de marcaj cu pistolul ar fi asimilabilă unei aplicări mecanizate, intervenientul arată că, în cadrul caietului de sarcini, la Capitolul 4.2.3, se menționează următoarele :

4.2.3. Execuția marcajului rutier - Vopselele de marcarea se aplică pe suprafețe curate și perfect uscate, numai mecanizat; Microbilele sau bilele mari de sticlă se aplică mecanizat pe vopseaua udă; Pe sectoarele de drum unde suprafața nu este corespunzătoare, aceasta se curăța prin suflare cu aer comprimat sau periere cu mijloace mecanizate;

Așadar, autoritatea contractantă a pretins aplicarea exclusiv mecanizată - respectiv efectuată prin intermediul unor mecanisme, dispozitive sau mașini corespunzătoare, cu scopul de a substitui sau de a eficientiza munca fizică - atât a vopselelor de marcarea cât și a microbilelor. Pentru obținerea unui coeficient de retroreflexie superior valorii de ISO, conform cerinței din caietul de sarcini, microbilele trebuie aplicate perpendicular pe suprafața vopsită, iar în cazul utilajului aferent, aplicarea acestora se face computerizat la intervale de 1 - 2 secunde. Aplicarea cu furtunul pistol în lungime de 6 m, menționată la pagina a 2 - a din cuprinsul documentului intitulat „Punct de vedere” al

contestatorului, constituie, în fapt, o aplicare manuală, care necesită intervenția unui operator uman, însă care nu poate conduce la obținerea unei retroreflexii mai mari de 150, precum este solicitat în caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 2/29636/13.11.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 22086/13.11.2015, autoritatea contractantă transmite precizări privind concluziile scrise nr. 10801/10.11.2015 formulate de contestator și precizează că își menține solicitarea de respingere ca nefondată a contestației depuse.

Autoritatea contractantă menționează că interpretarea subiectivă de care este acuzată este, de fapt, conduita contestatorului care a interpretat subiectiv modul de îndeplinirea cerințelor de calificare. Ea arată că, pe parcursul aplicării procedurii, în conformitate cu prevederile art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 78 din HG nr. 925/2006, avea dreptul de a cere clarificări. Observând că, contestatorul a prezentat același utilaj atât pentru marcajele longitudinale cât și transversale, autoritatea contractantă susține că a solicitat clarificări. Autoritatea contractantă consideră că, contestatorul a înțeles modul de îndeplinire a cerințelor de calificare deoarece pentru toate celelalte utilaje și echipamente solicitate, chiar dacă aveau funcții multiple, nu a considerat necesar să le valorifice, așa cum dorește să facă cu utilajul de marcaje.

Față de afirmația contestatorului că *„dotarea tehnică depusă în cadrul ofertei dovedește capacitatea societății de execuție a contractului subsecvent”*, autoritatea contractantă arată că, această dotare tehnică nu numai că trebuie să dovedească capacitatea tehnică a ofertantului ci îndeplinirea capacității tehnice trebuie să se raporteze, să fie conformă și să îndeplinească solicitările și cerințele din documentația de atribuire.

În ceea ce privește mențiunile contestatorului referitoare la utilajele pentru marcaje, autoritatea contractantă precizează că în nota justificativă privind cerințele minime de calificare au fost propuse utilajele necesare îndeplinirii contractului subsecvent, propunerea fiind preluată în fișa de date a achiziției și implicit în anunțul de participare ca și cerință minimă de calificare.

La justificarea necesității deținerii de *„utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale”*, autoritatea contractantă a specificat că acesta este necesar pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale și diverse, arătând în acest fel că nu solicită decât un minim de utilaje, adică un utilaj pentru marcaje longitudinale și un utilaj pentru marcaje transversale, și nu trei utilaje așa cum sugerează contestatorul. Calificarea ofertanților și condițiile de admisibilitate au fost analizate raportat la cerințele de calificare din anunțul de participare și fișa de date a achiziției, arată autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, arată autoritatea contractantă, mențiunile și presupunerile contestatorului se referă la documentație de atribuire, sens în care avea posibilitatea să solicite clarificări sau avea dreptul de a formula contestație.

În ceea ce privește referirea contestatorului la normele de deviz puse la dispoziția ofertanților, autoritatea contractantă precizează că în documentația de atribuire nu a fost impus vreun articol de normă de deviz pentru realizarea marcajelor rutiere, fiecare ofertant având libertatea de a-și crea propriul articol, conform dotărilor proprii și a resurselor propuse a se utiliza, care să respecte caietul de sarcini. Autoritatea contractantă nu a pus la dispoziție ofertanților o listă cu articole de deviz pentru marcaje rutiere, așa cum susține contestatorul.

În ședința de analiză a ofertelor din data de 07.10.2015, autoritatea contractantă a hotărât să solicite lui SC ... SRL să clarifice cum face dovada îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini pentru marcaje rutiere cu privire la valorile minime acceptate ale coeficientului de retroreflexie RL pe timp uscat, având în vedere că în oferta tehnică prezentată, este precizată o valoare a RL mai mică de 150, iar în caietul de sarcini este solicitat mai mare de 150. Ofertantul a răspuns în termenul solicitat, fapt menționat de autoritatea contractantă în procesele verbale nr. 8, și în raportul de atribuire, dar, arată autoritatea contractantă, ofertantul a omis să menționeze și acest lucru.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... .., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „*Întreținere periodică multianuală – covoare asfaltice executate la cald pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul ...- ...*”, cod CPV 45233139-3.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit cap. II.2.1) din anunțul de participare, valoarea estimată a achiziției, este de 21.832.303,96 lei fără TVA.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 297 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC ... SRL împreună cu contestația formulată de ... SA.

În procesul verbal al ședinței de deschidere nr. 2/20193/04.09.2015, autoritatea contractantă a consemnat identitatea ofertanților, lista principalelor documente depuse și prețul ofertelor, în lei, fără TVA.

Ulterior, în raportul procedurii de atribuire nr. 3/5296/23.10.2015, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta SC ... SRL; referitor la oferta asocierii SC ... SA & ... SRL, autoritatea contractantă a consemnat în documentul anterior că a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

Decizia de mai sus a fost transmisă asocierii SC ... SA & ... SRL prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.

2/27028/23.10.2015; ulterior luării la cunoștință a conținutului documentului anterior, ofertantul în cauză a formulat contestația dedusă soluționării, susținând că „utilajul prezentat la licitație îndeplinește 2 cerințe cumulativ și (...) în fișa de date (...) nu se specifică clar numărul de bucăți de utilaje (un utilaj pentru marcaje longitudinale și un utilaj pentru marcaje transversale)”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația analizând modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta contestatorului, luând în considerare prevederile documentației de atribuire, legislația incidentă din domeniul achizițiilor publice și susținerile părților.

Din cuprinsul actului atacat, adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 2/27028/23.10.2015, Consiliul va reține că cerința de calificare a cărei neîndeplinire a condus la respingerea ofertei contestatorului este cea referitoare la „utilajele pentru marcaje”.

Referitor la acest aspect, Consiliul va reține că, la cerința 2 de la secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat:

„Ofertantul va face dovada că dispune (dotare proprie/ închiriere/ alte forme de punere la dispoziție) de minim următoarele auto-utilaje și echipamente pentru îndeplinirea contractului subsecvent:

(...)

- utilaj pentru aplicarea marcajelor rutier longitudinale;

- utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale (...),”

modalitatea de dovedire aferentă fiind „Ofertantul va prezenta: - Formularul nr. 15 - Declarație privind dotarea cu auto-utilaje, echipamente specifice pentru activitatea de întreținere periodică, necesare pentru îndeplinirea contractului subsecvent; - Anexa la Formularul nr. 15 Lista privind auto-utilajele, echipamentele specifice pentru activitatea de întreținere periodică, de care dispune ofertantul, pentru îndeplinirea contractului subsecvent; - Documente care probează/confirmă dreptul de proprietate sau de folosință/angajamentul de punere la dispoziție a autoutilajelor, echipamentelor specifice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului subsecvent. Documentele trebuie să fie valabile la data limită de depunere a ofertelor”.

Din studiul dosarului cauzei, Consiliul va reține că asocierea SC ... SA & ... SRL a depus, pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de mai sus, în setul său de documente de calificare, următoarele documente:

- declarația privind dotarea cu auto-utilaje, echipamente specifice pentru activitatea de întreținere curentă pe timp de vară, necesare pentru îndeplinirea contractului subsecvent – formularul nr. 15 elaborată de asociatul ... SA (paginile 105 - 107), în care este indicat, la pozițiile 12 și 13, aferente celor două utilaje pentru aplicarea marcajelor, „subcontractant ...SRL”;

- declarația privind dotarea cu auto-utilaje, echipamente specifice pentru activitatea de întreținere curentă pe timp de vară, necesare pentru îndeplinirea contractului subsecvent – formularul nr. 15 elaborată de asociatul ... SA (paginile 371 - 372), în care sunt indicate, la pozițiile 3 și 4, aferente celor două utilaje pentru aplicarea marcajelor, următoarele caracteristici:

- caracteristici tehnice: „60CP/2700RPM 12to/h, 10-75 cm”;
- forma de proprietate: „P - proprietate”;
- identificarea cu nr. pag. a documentelor justificative: „381 - 385” și, respectiv, „386 - 390”.

Verificând documentele justificative de la paginile 381 - 385 și, respectiv, 386 - 390, Consiliul va reține că acestea constau, pentru ambele utilaje solicitate, în copiile după contractul de leasing financiar nr. 28958/17.07.2015 și fișa tehnică aferente unui singur utilaj, respectiv mașina de marcaj rutier Hofmann GmbH H18-1 având numărul de identificare MM01/191/0100.

Prin adresa nr. 2/23998/01.10.2015, autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului, astfel:

„În conformitate cu cerința nr. 2 de la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și profesională din fișa de date clarificați îndeplinirea cerinței cu privire la utilajul de execuție marcaje transversale, întrucât ați prezentat același utilaj și pentru execuție marcaje longitudinale și pentru marcaje transversale, iar în FDA se solicită câte un utilaj distinct pentru fiecare din categoriile respective de utilaje”.

Prin adresa nr. 8708/02.10.2015, înregistrată la sediul autorității contractante sub nr. 2/24088/05.10.2015, asocierea SC ... SA & ... SRL a răspuns că *„mașina de marcaj rutier HOFMANN GmbH H18-1 execută atât marcaje longitudinale cât și marcaje transversale conform fișa tehnică”.*

Potrivit art. 7 din HG nr. 925/2006, *„criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.*

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerințele privind utilajele pentru aplicarea marcajelor rutiere potrivit prevederilor art. 8 din HG nr. 925/2006 în raport de natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit și fără a îngrădi/restricționa participarea la procedură a operatorilor economici interesați, rezultă că aceasta dorește ca ofertanții participanți la procedură să demonstreze că au dotarea tehnică necesară executării lucrărilor necesare autorității contractante și care au fost descrise în caietul de sarcini, prin specificația:

„4.2.3. Execuția marcajului rutier - **Vopselele de marcarea se aplică** pe suprafețe curate și perfect uscate, **numai mecanizat**; Microbilele sau bilele mari de sticlă se aplică mecanizat pe vopseaua udă; Pe sectoarele de drum unde suprafața nu este corespunzătoare, aceasta se curăța prin suflare cu aer comprimat sau periere cu mijloace mecanizate”, respectiv a optat pentru stabilirea a două cerințe de calificare distincte **în raport de tipul de activitate îndeplinit** (aplicarea **mecanizată** a marcajelor rutiere longitudinale și, respectiv, transversale).

Rolul cerințelor cu privire la dotarea tehnică este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți dispun de echipamentele/utilajele capabile de a aplica ambele tipuri de marcaje rutiere, în tehnologia și performanțele solicitate în documentația de atribuire.

Astfel, rezultă fără putință de tăgadă faptul că în speță autoritatea contractantă nu a stabilit o singură cerință de calificare și selecție cu privire la utilajele pentru aplicarea marcajelor rutiere longitudinale și transversale ci două, câte una pentru fiecare tip de marcaj rutier, aspect subliniat în cadrul fișei de date a achiziției în cadrul cerințelor destinate fiecărei cerințe.

Cele două cerințe au fost cunoscute de către operatorii economici interesați și, deci, implicit și de către contestator, încă de la momentul publicării în SEAP a documentației de atribuire, aspect necontestat în termenul legal.

De asemenea, cu privire la cele două cerințe distincte referitoare la utilajele destinate aplicării marcajelor rutiere, contestatorul nu a formulat nicio notificare în temeiul prevederilor art. 256¹ din OUG nr. 34/2006, acțiune/manifestare de voință gratuită și care ar fi putut determina autoritatea contractantă, dacă considera necesar, să ia măsuri de remediere.

Mai mult contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să depună ofertă potrivit prevederilor art. 170 din OUG nr. 34/2006 cu respectarea documentației de atribuire, ceea ce implică o acceptare a acesteia.

Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii de atribuire, care, în fapt, echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar pentru eliminarea/modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între data inițierii procedurii de atribuire și data comunicării rezultatului procedurii, sperând că va fi declarat câștigător și ulterior va încheia contractul de achiziție publică, iar după aflarea rezultatului să reclame cerințele de calificare și selecție ale autorității contractante și care au stat la baza verificării îndeplinirii acestora de către ofertanți.

Analizând înscrisurile depuse de asocieria SC ... SA & ... SRL, în demonstrarea dispunerii de utilajele necesare aplicării marcajelor rutiere, Consiliul reține că acesta nu a demonstrat că dispune, în mod distinct, de

un utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere longitudinale și un altul pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale ci, de un singur utilaj, a cărui fișă tehnică și documente de proveniență se află la paginile 381 - 385 și, respectiv, 386 - 390, cu justificarea că aceasta „*execută atât marcaje longitudinale și marcaje transversale conform fișa tehnică anexată*”.

Înscrisul referit de contestator prin sintagma „*fișa tehnică anexată*” este identic cu fișele tehnice de la paginile 385 și 387 din setul de documente de calificare aparținând contestatorului, cu excepția denumirii utilajului, care, în fișa transmisă anexat clarificării nr. 8708/02.10.2015, are ca sufix, sintagma „*vopsire longit. și transv*”.

Analizând aceste înscrisuri, autoritatea contractantă a consemnat, în mod corect, în raportul procedurii de atribuire nr. 3/5296/23.10.2015, că „*având în vedere cerința de calificare cu privire la utilajele pentru marcaje de la capacitatea tehnică și profesională din fișa de date, unde a fost solicitat un utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere longitudinale și un utilaj pentru aplicarea marcajelor rutiere transversale, solicitarea comisiei de evaluare de a clarifica îndeplinirea cerinței în care s-a precizat că s-au solicitat utilaje distincte pentru marcaje și răspunsul ofertantului, comisia de evaluare a constatat că oferta (...) este inacceptabilă în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 deoarece a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește cerința de calificare în documentația de atribuire (nu a făcut dovada că dispune de utilaje distincte pentru aplicarea marcajelor așa cum s-a solicitat)*”.

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

Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante, consecințele semnării contractului cu o societate a cărei ofertă este necorespunzătoare fiind deosebit de grave.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii de documente în sprijinul răspunsului formulat potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul solicitării de clarificări, care sunt cerințele pe care operator economic participant trebuie să le îndeplinească și modul în care aceștia trebuie să își elaboreze răspunsul.

În speță prevederile art. 78 din HG nr. 925/2006 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de contestator iar contestatorul avea obligația ca prin răspunsul formulat să lămurească, cu certitudine, aspectele în cauză.

Solicitarea de clarificări din partea autorității contractante se impunea tocmai pentru a vedea dacă, și în ce măsură, oferta contestatorului era sustenabilă și viabilă sau dacă aceasta este folosită doar ca mijloc de inducere în eroare în vederea atribuirii acordului - cadru, fără a avea în fapt un fundament real.

Consiliul nu va reține în soluționare susținerile contestatorului, din cuprinsul adresei nr. 10631/06.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21862/11.11.2015, potrivit căreia utilajul Hofmann H18-1 „*este dotat cu furtun pistol în lungime de 6 m, ceea ce face posibilă detașarea pistolului, permițând execuția marcajului fără ca utilajul să fie poziționat transversal, astfel încât traficul pe sectorul de drum să nu fie blocat, utilajul putând fi poziționat în lateralele drumului*” deoarece:

- pe de o parte, respectivele argumente nu au fost transmise autorității contractante, în cuprinsul clarificării nr. 8708/02.10.2015, astfel încât să fie analizate de către comisia de evaluare și,

- pe de altă parte, aplicarea manuală, cu pistolul detașabil nu demonstrează, cum poate fi utilajul Hofmann H18-1 pentru aplicarea marcajelor transversale, cu respectarea specificației tehnice de la pagina 44 din caietul de sarcini publicat, în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[CN.../004] CS COVOARE GL.pdf.p7s”, potrivit căreia „4.2.3. Execuția marcajului rutier - **Vopselele de marcarea se aplică** pe suprafețe curate și perfect uscate, **numai mecanizat**; Microbilele sau bilele mari de sticlă se aplică mecanizat pe vopseaua udă; Pe sectoarele de drum unde suprafața nu este corespunzătoare, aceasta se curăța prin suflare cu aer comprimat sau periere cu mijloace mecanizate”.

Explicația lacunară oferită de contestator în adresa nr. 8708/02.10.2015, respectiv că motivul pentru care a prevăzut un singur utilaj pentru ambele tipuri de marcaje ar fi că acesta „*execută atât marcaje longitudinale și marcaje transversale conform fișa tehnică anexată*” este neconcludentă deoarece contestatorul nu a demonstrat, prin răspunsul său, că are posibilitatea concretă de a aplica, cu utilajul Hofmann H18-1, atât marcaje rutiere longitudinale cât și marcaje rutiere transversale, cu respectarea specificațiilor exprese din caietul de sarcini, respectiv „*Vopselele de marcarea se aplică pe suprafețe curate și perfect uscate, **numai mecanizat**; Microbilele sau bilele mari de sticlă se aplică mecanizat pe vopseaua udă*”.

Față de aceste aspecte și, reiterând că scopul criteriilor de calificare și selecție este „*demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare*”, Consiliul constată faptul că asocierea SC ... SA & ... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor exprese, impuse de către autoritatea contractantă în cadrul fișei de date a achiziției.

Referitor la criticile formulate de către asocierea contestatoare față de oferta depusă de SC ... SRL, Consiliul urmează să o respingă având în vedere următoarele aspecte:

- la 10.11.2015, în loc să înainteze Consiliului concluziile sale în urma studierii dosarului, asocierea contestatoare formulează critici noi cu privire la oferta depusă de SC ... SRL, motive exterioare contestației;
- potrivit prevederilor legale, Consiliul se poate pronunța strict asupra aspectelor legal sesizate, în limitele contestației, obiectul acesteia fiind fixat de către contestator, acesta pronunțând decizia numai asupra obiectului contestației dedusă soluționării. Ca atare, Consiliul nu poate depăși limitele obiectului fixat de contestator, în sensul că nu poate să acorde mai mult decât s-a solicitat, chiar dacă din probe rezultă că contestatorul are dreptul la mai mult, altceva decât s-a cerut sau mai puțin decât s-a cerut.

În speță, contestatorul a investit Consiliul să se pronunțe asupra modului în care autoritatea contractantă a reevaluat oferta sa.

Motivarea *integrală* a contestației trebuie să existe la momentul redactării ei, sens în care art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță obligă la includerea în contestație a motivării în fapt și în drept, iar nu să fie formulată ori completată ulterior, în raport cu ceea ce speră să descopere contestatoarea în urma consultării dosarului cauzei. Dispozițiile art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță nu reprezintă simple formulări neesențiale ale legiuitorului – contestația trebuie să conțină motivarea în fapt și în drept a ei, iar nu doar motivarea parțială a ei, pe care să o completeze contestatorul când voiește, peste termenul de formulare a contestației împotriva rezultatului procedurii ce îi era cunoscut încă din 23.10.2015. Faptul că societatea contestatoare a solicitat accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice aferent procedurii de atribuire, de care se prevalează societatea contestatoare, reprezintă o inovație a acesteia, pe care legislația în domeniul achizițiilor publice și dreptul comun care o completează nu numai că nu o recunosc, ci o și reprimă implicit, prin celeritatea pe care o impun soluționării litigiului (care ar intra în conflict cu suplimentarea oricând a motivării contestației, în funcție de descoperirile ulterioare ale contestatoarei).

În plus, Consiliul fiind organ administrativ-jurisdicțional, iar nu birou de informare publică asupra conținutului ofertelor la licitații, contestatoarea nu poate să uzeze de dreptul său de a studia documentele aflate în dosarul achiziției înaintat de către autoritatea contractantă doar pentru că dorește să le studieze în vederea identificării de posibile noi motive de contestare.

Astfel, nu este admisibil și nici permis ca o contestație să fie depusă la Consiliu doar pentru a avea acces autoarea ei la documentele ofertelor celorlalți și a le studia în vederea descoperirii motivelor care ar putea să îi susțină contestația depusă. Un asemenea comportament din partea operatorilor economici ar fi atât contrar legii, cât și abuziv,

trebuind a fi sancționat ca atare. Potrivit art. 2 C. proc. civ., dispozițiile codului de procedură civilă constituie procedura de drept comun în materie civilă și se aplică și în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare. La art. 12 din același act normativ se prevede că: *„drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți. Partea care își exercită drepturile procesuale în mod abuziv răspunde pentru prejudiciile materiale și morale cauzate”*. În lumina ordonanței privind achizițiile publice, contestația care se depune la Consiliu constituie o cale de atac la îndemâna persoanelor vătămate, iar nu un mijloc de obținere de către aceștia de informații din dosarul achiziției publice cu ocazia soluționării cauzei. Altfel spus, scopul pentru care a fost edictată de legiuitorul delegat calea de atac a contestației nu este cel de a permite contestatorului să studieze diverse acte de la autoritatea contractantă, ci de a reclama un act nelegal, pentru motive de nelegalitate ce-i sunt cunoscute lui la momentul reclamației, iar nu necunoscute și aflate, eventual, pe parcurs.

Potrivit art. 255 cpc coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 *„probele trebuie să fie administrate potrivit legii și să ducă la soluționarea procesului”*.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că urmare a studierii documentelor dosarului achiziției publice, SC ... SA nu poate să formuleze critici noi cu privire la oferta depusă de SC ... SRL, doar să argumenteze / demonstreze susținerile menționate în cadrul contestației, respectiv cele referitoare la modul de reevaluare a ofertei sale.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că, din documentele aflate la dosar și pe care le-a studiat, contestatorul putea să își formuleze concluzii scrise prin care să argumenteze/ demonstreze susținerile menționate în cadrul contestației, respectiv cele cu privire la modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să respingă oferta sa, studierea și formularea unor critici noi nu ar putea avea rolul de a contura noi apărări cu privire al aspectele criticate deoarece în cadrul acestora nu se regăsesc elemente ajutătoare.

La data de 10.11.2015, la distanță de cca. 3 săptămâni de la aflarea rezultatului procedurii de atribuire și cca. 2 săptămâni de la formularea contestației, SC ... SA a înaintat Consiliului *„concluzii”*, prin care sesizează acestuia alte motive decât cele cuprinse în contestație. Aceste noi motive constituie, practic, *o nouă motivare în fapt și în drept a contestației* din 28.10.2015.

În altă ordine de idei, prin aceste exerciții, SC ... SA speculează dreptul său de a depune *„concluzii scrise”* și își înlocuiește motivarea contestației cu care a fost investit Consiliul. O asemenea operațiune este inadmisibilă și conduce la deturnarea procedurii de contestare reglementată de ordonanța privind achizițiile publice.

Astfel, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 prevede:

„Art. 270. (1) Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: (...) e) motivarea în fapt și în drept a cererii; (...)

(2) În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințarea prin care i se aduce la cunoștință această situație, acesta să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația va fi respinsă ca inadmisibilă.

Art. 271. - (1) *Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256². Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. (1), dacă acestea sunt disponibile.*

(2) *În termen de o zi lucrătoare de la primirea contestației, autoritatea contractantă are obligația să îi înștiințeze despre aceasta și pe ceilalți participanți încă implicați în procedura de atribuire. Înștiințarea trebuie să conțină inclusiv o copie a contestației respective.*

Art. 273 alin. (2) *Până la soluționarea contestației de către Consiliu, participanții în cadrul acele... proceduri de atribuire se pot asocia la contestație printr-o cerere proprie care trebuie să conțină toate elementele prevăzute la art. 270 alin. (1).*

Art. 274 alin. (1) *În vederea soluționării contestației/ contestațiilor, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului, în termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la data primirii contestației conform prevederilor art. 271 alin. (1), punctul său de vedere asupra acesteia/acestora, însoțit de orice alte documente considerate edificatoare, precum și, sub sancțiunea amenzii prevăzute la art. 275 alin. (3), o copie a dosarului achiziției publice, cu excepția anunțurilor publicate în SEAP și a documentației de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din SEAP (...).*

Art. 275 alin. (6) *Părțile pot fi reprezentate de avocați sau de consilieri juridici și pot depune concluzii scrise în cursul procedurii. De asemenea, părțile pot solicita să depună concluzii oral în fața Consiliului, fără ca prin aceasta să fie afectate termenele prevăzute la art. 276.*

Art. 276 alin. (1) *Consiliul soluționează pe fond contestația în termen de 20 de zile de la data primirii dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, respectiv în termen de 10 zile în situația incidenței unei excepții care împiedică analiza pe fond a contestației, potrivit art. 278 alin. (1). În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit o singură dată cu încă 10 zile”.*

Din ansamblul normativ expus rezultă că persoana vătămată sesizează Consiliul, într-un termen anume dat, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt și în drept a ei, după

cum a procedat și SC ... SA, în ceea ce privește criticile formulate cu privire la modul de reevaluare a ofertei sale.

Nicăieri în cuprinsul cap. IX din ordonanță nu se amintește că persoana vătămată își poate schimba motivarea contestației prin care s-a delimitat cadrul judecării, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

Procedura în fața Consiliului este una extrem de celeră și supusă unor rigori pe măsură. Nu se poate veni în a 13-a zi de la depunerea contestației cu noi motive de contestare, după cum nu se poate veni cu o contestație nemotivată și pentru care motivarea să fie formulată în a 13-a zi de la depunerea ei ori de la primirea solicitării de completare din partea Consiliului. O astfel de variantă ar duce la deturnarea termenelor de contestare și a însăși, celerității procedurii, Consiliul fiind supus unui „tir” continuu de noi motive descoperite ulterior de cel care reclamă un act al autorității.

Așadar, completarea contestației cu noi acuzații la adresa autorității contractante îndreptate împotriva unor operatori economici participanți (despre a căror admisibilitate sau inadmisibilitate a luat la cunoștință de la data comunicării rezultatului și împotriva cărora nu a avut nimic de criticat în cadrul contestației depuse), în afara termenului legal de contestare a actului vătămător este incompatibilă cu dispozițiile normative în vigoare. Contestația se depune la Consiliu și la autoritatea contractantă, aceasta din urmă o transmite imediat celorlalți ofertanți la licitație - care se pot asocia sau o pot combate - și își construiește apărarea în funcție de motivele din cuprinsul contestației. Potrivit prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice concluziile scrise nu se transmit celorlalți ofertanți și nici nu se pun în discuția autorității pentru a se apăra împotriva lor.

Este adevărat că ordonanța, în art. 275 alin. (6) precitat, recunoaște dreptul părților de a depune concluzii scrise în cursul procedurii, însă instituția juridică a concluziilor scrise nu se confundă cu cea a completării elementelor esențiale ale contestației, cum ar fi obiectul, motivarea sau chiar semnarea.

Așadar, contestatoarea din cauza examinată are o viziune greșită asupra noțiunii de „concluzii scrise”, înțelegând prin aceasta că poate să aducă noi acuzații la adresa autorității contractante. În realitate, concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererii supuse dezbaterii, nu o nouă motivare a cererii iar punctul de vedere a fost solicitat de către Consiliu cu privire la contestație, tocmai în vederea respectării principiilor expres reglementate de art. 269 din OUG nr. 34/2006, respectiv al contradictorialității și dreptului la apărare.

Doctrina juridică atribuie acestor noțiuni următoarele definiții de *„înscris redactat și semnat fie personal de către împricinat, fie de către mandatarul acestuia, conținând prezentarea sistematizată a susținerilor și apărărilor formulate oral de către partea respectivă cu ocazia*

dezbaterilor asupra fondului pricinii" și respectiv „mijloc procesual grație căruia pârâtul poate, mai înainte de dezbaterile orale a procesului, să-și prezinte în scris apărările sale și totodată să indice probele pe care își sprijină apărările. Depunerea întâmpinării nu este obligatorie” (Dicționar de drept procesual civil, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1983, pag. 156).

Potrivit Legii [nr. 24/2000](#) privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, art. 36 alin. (4), „redactarea textelor se face prin folosirea cuvintelor în înțelesul lor curent din limba română modernă”, iar la art. 48 alin. (3) se arată că, „dacă în cuprinsul unui articol se utilizează un termen sau o expresie care are în contextul actului normativ un alt înțeles decât cel obișnuit, înțelesul specific al acesteia trebuie definit în cadrul unui alineat subsecvent”. Nici Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și nici Codul de procedură civilă nu atribuie alt înțeles cuvintelor „concluzii scrise”, de unde reiese că sunt folosite cu înțelesul lor obișnuit, din dicționarele explicative ale limbii române. Referitor la cuvântul „concluzie”, în dicționare regăsim următoarele definiții:

- *concluzie, concluzii*, s. f. 1. Încheiere a unui șir de judecăți; gândire dedusă dintr-o serie de argumente sau constatări. Judecată nouă care rezultă din alte judecăți date și al cărei adevăr depinde de adevărul judecăților date. 2. Ultima parte a unei expuneri sau a unei opere, care cuprinde rezultatele finale. * Expr. A trage concluziile = a rezuma ideile emise de participanți în cadrul unei dezbateri și a arăta consecințele care se impun în legătură cu problemele dezbătute. 3. (Mat.) Judecată care confirmă datele unei teoreme pe baza demonstrației. 4. (Jur.; la pl.) Expunerile părților și ale procurorului într-un proces. * Expr. A pune concluzii = a formula pe scurt acuzarea (sau apărarea) într-un proces. [Var.: concluziune s. f.] - Din fr. conclusion, lat. conclusio, -onis.;

- *concluzie*, ~i f. 1) Consecință dedusă dintr-o serie de argumente sau de constatări; rezultat al unui raționament; deducție. A trage ~a. 2) Parte finală a unei opere sau a unei expuneri, care cuprinde ideile esențiale. * În ~ în încheiere; la sfârșit. [Art. concluzia; G.-D. concluziei; Sil. -zi-e] /<fr. conclusion, lat. conclusio, ~onis.

Așadar, maniera în care a procedat SC ... SA nu este permisă *de lege lata* și nici de doctrina în materie, prin „concluzii scrise” neputând fi investit Consiliu cu noi motive de contestare, nemaivorbind că depunerea lor a avut loc la aproape 3 săptămâni de la aflarea rezultatului procedurii de atribuire. Relativ la acest moment al depunerii, se cuvine a fi iterată aici și poziția fostei Curți de Justiție a Comunităților Europene care, în Hotărârea sa din 11 octombrie 2007, cauza C-241/06, în procedura Lämmerzahl GmbH împotriva Freie Hansestadt Bremen, a statuat: 50. [...] trebuie amintit faptul că Directiva 89/665 nu se opune unei reglementări naționale care prevede că orice cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante trebuie formulată într-un termen prevăzut în acest scop și că orice neregularitate a procedurii de atribuire

invocată în sprijinul acestei căi de atac trebuie invocată în același termen, sub sancțiunea decăderii, astfel încât, după împlinirea acestui termen, nu mai este posibil să se conteste o astfel de decizie sau să se invoce o astfel de neregularitate, în măsura în care termenul respectiv este rezonabil (Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, Rec., p. I-11617, punctul 79, și Hotărârea din 27 februarie 2003, Santex, C-327/00, Rec., p. I-1877, punctul 50).

Nici măcar în procedura judiciară comună concluziile scrise nu constituie un mijloc de motivare a acțiunii în justiție. Actualul Cod de procedură civilă prevede la art. 383 că: *„după administrarea tuturor probelor încuviințate de instanță reclamantul, prin avocatul său, va redacta concluziile scrise privind susținerea pretențiilor sale, pe care le va trimite, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire, sau le va înmâna în mod direct, sub luare de semnătură, celorlalte părți din proces și, când este cazul, Ministerului Public”*. Pe marginea acestui text, practica a statuat:

- instanța nu este datoare să țină seama de concluziile scrise prin care se fac alte susțineri decât cele orale (Tribunalul Suprem, Secția civilă, decizia nr. 399/1949);

- concluziile scrise, depuse de părți după închiderea dezbaterilor, cuprind o expunere sumară asupra speței dedusă judecății, cu examinarea probelor administrate pe parcursul procesului. Nu există obligativitatea punerii lor în discuția părților și nici a comunicării către partea adversă (Tribunalul București, secția a III-a civilă, decizia nr. 1045/1997);

- textul art. 383 cpc limitează expres conținutul concluziilor scrise doar la *„susținerile pretențiilor sale”* după administrarea tuturor probelor încuviințate, căci, numai cu privire la acestea, partea adversă și-a putut formula apărările. Instanța de fond nu avea nicio obligație legală de a repune cauza pe rol pentru a pune în discuția părților alte excepții și apărări care nu au fost invocate în termen legal, conform art. 248 C. proc. civ. (Curtea de Apel Constanța, Secția civilă, pentru cauze cu minori și de familie, precum și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia civilă nr. 108/CM din 19 februarie 2008).

În procesul civil, concluziile scrise nu reprezintă altceva decât un mijloc de a sintetiza dezbaterile, cu referire punctuală la probele administrate, motivele de fapt și de drept pe care se bazează apărările sau pretențiile părților.

Ordonanța pe linia achizițiilor publice dispune la art. 275 alin. (5) și art. 276 că procedura în fața Consiliului este *scrisă, deci fără dezbateri orale, și că trebuie încheiată în 20 de zile de la primirea dosarului achiziției publice, principalul său avantaj fiind celeritatea maximă*. Contradictorialitatea, transparența și dreptul la apărare în procedură se manifestă prin transmiterea contestației de către reclamantă către autoritatea contractantă, care la rândul ei o transmite celorlalți ofertanți la licitație (pentru a se putea asocia la ea sau a o combate) și depune la

Consiliu punctul său de vedere asupra ei. Concluziile scrise nu pot schimba cadrul procesului, prin suplimentarea motivelor de contestație, pentru că ele nu sunt supuse regulilor de comunicare de mai sus, pe de o parte, iar pe de altă parte, pentru că s-ar compromite principalul avantaj al procedurii de soluționare a contestației, adică celeritatea ei. Altfel spus, odată investit în termen prin contestație cu motivele de nelegalitate a actului autorității contractante, Consiliul nu poate fi reinvestit după expirarea termenului prescris de contestare cu alte motive de nelegalitate, pentru care, bunăoară, nu ar mai exista nici contradictorialitate și nici transparență și pe care nici nu le-ar putea analiza în cele *mai puțin* de 20 de zile de soluționare rămase la dispoziția sa.

Astfel fiind, motivele suplimentare celor din contestația formulată de SC ... SA în cuprinsul „concluziilor” depuse la Consiliu la 10.11.2015 vor fi înlăturate de acesta ca inadmisibile pe calea „concluziilor scrise” și nu vor fi reținute pentru analizare, depășind cadrul procesual cu care a fost investit.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006 va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 33 (treizecișitrei) pagini.