



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: 04.03.2021

Prin contestația nr. 40664/02.04.2021, depusă, inițial, în original, la registratura CNSC și ulterior, transmisă, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 5854/04.02.2021 și, respectiv sub nr. 6244/08.02.2021, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ... și convențional prin Cabinet Individual de Avocat ..., a contestat solicitarea de clarificare postată în SEAP în data de 29.01.2021, ora 15:17, emisă în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, acordului-cadru având ca obiect „Perii și portperii pentru generatoare și motoare electrice”, **lot 1** - „Perii și portperii pentru generatoare”, cod CPV 31161000-2 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat următoarele:

- anularea solicitării de clarificare din data de 29.01.2021, ora 15:17 min, ca nelegală;
- evaluarea propunerii tehnice a contestatoarei pentru lotul 1, fără luarea în considerare a clauzei nescrise din caietul de sarcini - Cap. IX, IX.1 privind *„prezentarea de mostre pentru periile colectoare 16x32x34 tip LFC și pentru portperii JF 32x32 ofertate ce vor sta drept comparație pentru recepție”*;
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații, constând în onorariu avocațial.

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

În susținerea contestației, ... arată că, în data de 29.01.2021, ora 15:17 min., entitatea contractantă i-a adresat următoarea solicitare de clarificări: „Conform Cap. IX, IX 1. din caietul de sarcini, vă solicităm să depuneți la registratura ... mostre pentru periile colectoare 16x32x34 tip LFC și pentru portperiile JF 32x32 ofertate ce vor sta drept comparație pentru recepție. Termen 05.02.2021”.

Contestatoarea redă răspunsul său la această solicitare, menționând că, în propunerea sa tehnică a inclus următoarea notă: „în conformitate cu art. 36 alin. (6) din HG nr. 394 «Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise», cerința privind prezentarea unor mostre din produsele oferite, este considerată clauză nescrisă, această cerință nefiind preluată nici în anunțul de participare și nici în fișa de date. Mai mult decât atât, în conformitate cu art. 192 litera l) din Legea nr. 99/2016 «eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea entității contractante», autoritatea contractantă poate solicita doar «eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor» și nu cum în mod eronat ați solicitat dumneavoastră «mostre»”.

... susține că, în observarea caracterului de clauză nescrisă a respectivei cerințe, a formulat contestație.

În ceea ce privește interesul în formularea contestației la acest moment, ... invocă practica CNSC, care sancționează neatacarea prin contestații a solicitărilor de clarificări considerate neclare sau nelegale de către ofertanți.

În altă ordine de idei, contestatoarea menționează că la Cap. IX, IX l. din caietul de sarcini, se solicită următoarele: „Pentru a avea siguranța ca produsele achiziționate sunt conforme (perii colectoare 16x32x64 tip LFC și portperii JF 32x32 tip Bung Est), propunerea tehnică trebuie să fie însoțită de rapoarte de încercare/testare emise de către un laborator de încercări acreditat sau alt organism recunoscut în oricare dintre statele membre ale Uniunii Europene, referitoare la verificarea calității materialelor, verificarea formei și dimensiunilor, verificarea caracteristicilor mecanice, verificarea aspectului și execuției. Acestea sunt solicitate deoarece parametrii funcționali pentru care au fost concepute aceste produse, nu pot fi verificați la recepție. De asemenea, se va solicita o mostră (perie și portperie) care va fi transmisă la sediul S. CE Oltenia SA, ce va sta drept comparație pentru recepție”.

... arată că cerința privind prezentarea de mostre nu se regăsește în anunțul simplificat de participare la procedură (și nici în fișa de date a achiziției). Ori, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016: „(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”. Așadar, în condițiile în care, conform art.

192 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 99/2016, prezentarea de eșantioane/mostre, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate reprezintă criterii privind capacitatea tehnică și profesională, lipsa mențiunii cu privire la prezentarea de mostre din cuprinsul anunțului simplificat/fișei de date a achiziției conduce la nelegalitatea evaluării propunerilor tehnice depuse în cadrul procedurii prin luarea în considerare a cerinței, având caracter de clauză nescrisă.

Totodată, contestatoarea susține că cerințele în cauză nu respectă notificarea cu privire la fișa de date a achiziției, postată pe site-ul oficial al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice în data de 08.12.2016, unde se precizează faptul că: *„Nu este admisă cerința prezentării de mostre reprezentând produsul finit/de raft, fiind admise doar fotografii ale acestora sau, după caz, solicitarea de eșantioane/materiale componente ale produsului finit ce face obiectul contractului”*.

În consecință, dat fiind caracterul de clauză nescrisă, chiar și în absența unei contestații la documentația de atribuire, este nelegală evaluarea ofertelor din cadrul prezentei proceduri prin luarea în considerare a cerinței privind prezentarea de mostre, care ar trebui tratată ca inaplicabilă prin însuși efectul legii.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 9.968 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Totodată, CNSC a solicitat ... înaintarea în copie conformă cu originalul, a actului atacat.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 6148/05.02.2021, contestatoarea a confirmat primirea adresei nr.

Prin adresa nr. 40677/05.02.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 6119/05.02.2021, ... a depus la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., în sumă de 9.968 RON, eliberată la data de 04.02.2021 de CEC Bank – Sucursala

Prin adresa nr. 40709/08.02.2021, transmisă inițial prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, prin curierat rapid, înregistrată la CNSC sub nr. 6259/08.02.2021 și, respectiv, sub nr. 6454/09.02.2021, ... a înaintat, între altele, o copie a actului atacat.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat entității contractante, între altele, înaintarea dosarului achiziției publice, a ofertei ... (lot 1), a punctului de vedere, a dovezii privind transmiterea punctului de vedere către contestatoare, precum și a dovezii privind publicarea în SEAP a contestației.

Prin adresa nr. 2837/09.02.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 6513/09.02.2021, ... a înaintat un punct de vedere cu privire la contestația depusă de

Pe cale de excepție ... invocă tardivitatea contestației formulate de ..., prin netransmiterea acesteia atât entității contractante, cât și Consiliului, în termenul legal de contestare, conform prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, entitatea contractantă invocă și redă art. 8 din Legea nr. 101/2016, susținând că, în pofida faptului că ... contestă solicitarea de clarificări postată în SEAP în data de 29.01.2021 ora 15:17, în realitate, contestația privește conținutul documentației de atribuire, respectiv cap. IX, IX.1 din caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020, care prevede că *„(...) de asemenea, se va solicita o mostră (perie și portperie) care va fi transmisă la sediul ..., ce va sta drept comparație pentru recepție”*.

Astfel, în caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020 la capitolul IX.1 – Cerințe privind prezentarea propunerii tehnice s-a prevăzut *„(...) de asemenea, se va solicita o mostră (perie și portperie) care va fi transmisă la sediul ..., ce va sta drept comparație pentru recepție”*. Ca atare, la data de 07.01.2021 pe site-ul www.e-licitatie.ro cu nr. .../07.01.2021 a fost publicat anunțul de participare simplificat și documentația de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini), astfel că la acea dată (07.01.2021) contestatoarea ... a luat la cunoștință de cerințele caietului de sarcini, respectiv faptul că se solicită *„o mostră (perie și portperie) ce va sta drept comparație pentru recepție”*.

Așadar, având în vedere că în realitate documentul contestat de către ... este caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020 și nicidecum solicitarea de clarificări din 29.01.2021, postată în SEAP și ținând cont că valoarea estimată a lotului contestat este între 249.200 lei și 636.960 lei, fără TVA, ... consideră că termenul limită pentru depunerea contestației este de 7 zile de la luarea la cunoștință a respectivului document (caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020, postat pe site-ul www.e-licitatie.ro la data de 07.01.2021), respectiv data de 14.01.2021,

Pe cale de excepție, entitatea contractantă mai invocă prematuritatea contestației, raportat la răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificări, transmis prin adresa nr. 40625 din 01.02.2021.

În susținerea excepției invocate, ... învederează următoarele:

- În urma notei de discuții nr. 288 din 29.01.2021, comisia de evaluare a solicitat prin SEAP ofertanților ..., ..., ... și ... pentru lotul nr. 1 să depună mostrele solicitate prin caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020, stabilind ca termen de răspuns data de 05.02.2021.

- ... a depus mostra solicitată până la data consemnării ofertelor, 27.01.2021.

- ..., prin adresa înregistrată la ... cu nr. 40625 din 01.02.2021 a răspuns la solicitarea de clarificări în sensul că *„nu va pune la dispoziție mostre pentru produsele finite solicitate de dumneavoastră”* (...)

„deoarece din descrierile din propunerea tehnică, se confirmă respectarea întrutotul a cerințelor caietului de sarcini”.

- În cadrul aceluiași document ... elucubrează mențiuni referitoare la cerințe de calificare ce se referă la capacitatea tehnică și profesională, așa cum ar fi trebuit solicitate de entitatea contractantă în documentația de atribuire (menționând și o recomandare a unei fișe de date elaborată de ANAP din luna decembrie 2016).

- În data de 04.02.2021, fără a aștepta reacția entității contractante la răspunsul său la solicitarea de clarificări (adresa nr. 40625/ 01.02.2021), ... a transmis contestația nr. 40664/04.02.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 5854 din 04.02.2021, înregistrată la ... cu nr. 2576 din 05.02.2021.

- ... apreciază că această contestație este prematur introdusă, deoarece după primirea adresei nr. 40625/01.02.2021 entitatea contractantă nu a emis niciun document care să lezeze interesele contestatoarei și care să determine reacția acesteia de a depune contestația.

- De asemenea, ... consideră că această contestație are caracter șicanator, întrucât contestatoarea știa foarte bine că solicitarea din caietul de sarcini de a se prezenta mostre nu era pentru evaluarea ofertelor, nefiind o cerință de calificare, ci era, așa cum se precizează foarte clar în caietul de sarcini, doar pentru efectuarea recepției, mostra prezentată *„va sta drept comparație pentru recepție”*, bineînțeles doar dacă oferta va fi declarată câștigătoare a acordului-cadru.

- ..., dând dovada de rea-credință, nu a mai așteptat punctul de vedere al entității contractante, a formulat prezenta contestație asupra lotului nr. 1, contestație prin care încearcă să inducă în eroare Consiliul făcând referire la acea clauză nescrisă și la „criterii de calificare și selecție” asupra solicitării de clarificări adresate de entitatea contractantă în data de 29.01.2021. Ori, coroborând cerința caietului de sarcini și solicitarea de clarificări se poate observa faptul că solicitarea de a prezenta mostre era doar pentru compararea produselor cu cele care vor fi livrate de promitentul furnizor câștigător în urma procedurii de reofertare, etapă la care entitatea contractantă nu a ajuns încă.

- Mai mult, ... arată că ședința de consemnare a ofertelor depuse în SEAP a avut loc la data de 27.01.2021 la sediul său, fiind consemnată în nota de consemnare oferte nr. 252/27.01.2021. La data de 29.01.2021 prin nota de discuții nr. 288 comisia de evaluare a solicitat clarificări, postate în SEAP în data de 29.01.2021, ora 15:17. După consemnarea ofertelor din data de 27.01.2021 și după primirea tuturor răspunsurilor la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare ar fi trebuit să se întrunească în vederea analizării propunerilor tehnice, dar ..., fără a aștepta analiza comisiei de evaluare privind propunerea sa tehnică a înțeles să conteste solicitarea de clarificări (în realitate se contestă cap. IX. 1 din caietul de sarcini), apreciind că cerința caietului de sarcini este o clauză nescrisă.

- În plus, entitatea contractantă precizează că a solicitat prin fișa de date a achiziției, la articolul IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice - că *„ofertantul va elabora propunerea tehnică în limba română, astfel încât aceasta să respecte cerințele prevăzute în caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020”*. Ori, având în vedere că după primirea adresei de răspuns la solicitarea de clarificări nr. 40625/01.02.2021 entitatea contractantă nu a emis niciun document care să lezeze interesele contestatoarei, ... consideră că această contestație este prematur introdusă.

Pe fond, ... solicită respingerea contestației depusă de ..., ca nefondată pentru următoarele motive:

- ... contestă solicitarea de clarificări postată în SEAP în data de 29.01.2021 ora 15:17, prin care comisia de evaluare a solicitat ofertanților ..., ..., ... și ... pentru lotul nr. 1 să depună mostrele solicitate prin caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020, stabilind ca termen de răspuns data de 05.02.2021.

- Solicitarea de clarificări nu a vizat și ofertantul ..., deoarece acesta a depus mostra solicitată până la data consemnării ofertelor, respectiv 27.01.2021.

- Entitatea contractantă reiterează că, în realitate, contestația privește conținutul documentației de atribuire, respectiv Cap. IX, IX. 1 din caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020 care prevede că *„(...) de asemenea, se va solicita o mostră (perie și portperie) care va fi transmisă la sediul ..., ce va sta drept comparație pentru recepție.”*

- Mai mult decât atât, ... invocă reaua credință a contestatoarei prin prisma faptului că deși a luat la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire la data de 07.01.2021 (data publicării documentației de atribuire), a depus oferta în cadrul lotului nr. 1, însușindu-și astfel caracterul obligatoriu al tuturor cerințelor entității contractante, documentația de atribuire nefiind contestată a devenit obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru ofertanți.

- În condițiile în care ofertantul ... a depus mostra solicitată prin caietul de sarcini până la data consemnării ofertelor, 27.01.2021, în vederea respectării principiilor nediscriminării și al tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) literele a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, în condițiile necontestării caietului de sarcini, entitatea contractantă a fost nevoită a solicita tuturor ofertanților să depună mostrele solicitate pentru comparare la recepție.

- ... a înțeles să nu dea curs clarificării comisiei de evaluare, iar prin răspunsul transmis cu adresa nr. 40625/01.02.2021 a precizat că *„nu va pune la dispoziții mostre pentru produsele finite solicitate de dumneavoastră (....) deoarece din descrierile din propunere tehnică, se confirmă respectarea întrutotul a cerințelor caietului de sarcini”*.

- Mai mult decât atât, entitatea contractantă subliniază că ... a contestat solicitarea de clarificare, care nu are legătură cu criteriile de calificare și selecție, deci nu are legătură cu evaluare ofertelor (așa cum

greșit susține contestatoarea), deși nu știa dacă se află printre primii trei promitenți furnizori în ierarhia lotului.

- ... învederează și faptul că ... nu a contestat documentația de atribuire în cele 7 zile de la publicarea anunțului de participare simplificat ci, după depunerea ofertei sale s-a considerat lezată de solicitarea de clarificări din data de 29.01.2021.

- Entitatea contractantă opinează că, este nefondată contestația depusă de ... și prin prisma faptului că fiind o procedură online și ... a făcut uz de prevederile art. 59 alin (1) lit. d) din HG nr. 394/2016 (mostrele fiind exclusiv necesare pentru comparare, nefiind un criteriu de calificare).

Prin adresa nr. 40763/10.02.2021, înregistrată la CNSC nr. 6680/10.02.2021, ... a formulat „concluzii scrise”, solicitând respingerea excepției tardivității contestației și a excepției prematurității contestației.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, ... arată următoarele:

- Contestația sa privește solicitarea de clarificare postată în SEAP în data de 29.01.2021, ora 15:17 min;

- ... opinează că nu se impunea formularea unei contestații la documentația de atribuire, deoarece solicitarea care i-a fost adresată vizează o clauză nescrisă. Ca atare, evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, implicit și a ofertei contestatoarei, ar trebui, în mod legal, să se realizeze fără luarea în considerare a acesteia;

- Întrucât o clauză nescrisă este o clauză, în realitate, inoperantă, ... apreciază că nu se impunea contestarea documentației de atribuire.

În ceea ce privește excepția prematurității contestației, ... învederează următoarele:

- formularea contestației înainte de comunicarea de către entitatea contractantă a unei eventuale respingeri a ofertei sale, ca inacceptabile - ca urmare a considerării răspunsului la clarificarea adresată ca neconcludent - se datorează unei practici a Consiliului, conform căreia acesta sancționează neatacarea prin contestații a solicitărilor de clarificări considerate neclare sau nelegale de către ofertanți.

- În acest sens, ... invocă jurisprudența Consiliului, subliniind că în cazul în care entitatea contractantă declară concludent răspunsul său la solicitarea de clarificări contestată, contestația va rămâne, în mod evident, fără obiect.

Cu privire la fondul cauzei, ... menționează următoarele:

- Cerința privind prezentarea de mostre/eșantioane reprezintă, în realitate, un criteriu de calificare și selecție [conform art. 192 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 99/2016] și ca atare ar fi trebuit să se regăsească în anunțul simplificat de participare la procedură și în fișa de date a achiziției. Întrucât această exigență legală nu a fost respectată, devin incidente dispozițiile art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora: *„(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt*

prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

- Totodată, contestatoarea opinează că solicitarea în cauză nu respectă notificarea cu privire la fișa de date a achiziției, postată pe site-ul oficial al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice în data de 08.12.2016, unde se precizează faptul că: *„Nu este admisă cerința prezentării de mostre reprezentând produsul finit/de raft, fiind admise doar fotografii ale acestora sau, după caz, solicitarea de eșantioane/materiale componente ale produsului finit ce face obiectul contractului”.*

- Mai mult, ... face trimitere la un extras dintr-o decizie CNSC.

Prin adresa nr. 428/12.02.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 7523/15.02.2021, entitatea contractantă a înaintat o parte din documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 523/24.02.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 9252/24.02.2021, ... arată că după depunerea contestației nr. 40664/04.02.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 5854/04.02.2021 de către ..., comisia de evaluare a întocmit Procesul-verbal nr. 382/05.02.2021 (transmis cu adresa nr. 563/17.02.2021).

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

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru cu mai mulți operatori economici, divizat pe loturi, având ca obiect „Perii și portperii pentru generatoare și motoare electrice”, cod CPV 31161000-2 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului publicitate nr. .../ 07.01.2021, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 27.01.2021, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, între 292.969,50 și 728.052,50 lei.

Prezenta procedură de atribuire este divizată în 2 loturi, contestația formulată de ... vizând lotul 1 - „Perii și portperii pentru generatoare”, care are o valoare estimată între 249.200 lei și 636.960 lei.

În cadrul lotului 1, au depus oferte cinci operatori economici, printre care și contestatoarea ..., astfel cum rezultă din Procesul-verbal nr. 252/27.01.2021.

La data de 29.01.2021, Comisia de evaluare a întocmit Nota de discuții nr. 288/29.01.2021, în cuprinsul căreia au fost menționate următoarele:

„Analizând Caietul de sarcini, Comisia de evaluare a hotărât să fie solicitată depunerea de mostre (perii și portperii pentru generatoare – lot 1), conform celor menționate la cap. IX următorilor operatori economici: SC ... Buzău, SC ... București, SC ... și ... IAȘI” (Nota Consiliului: Solicitarea de clarificări a vizat patru ofertanți, nu și pe ofertantul ..., deoarece acesta a depus mostra solicitată până la data consemnării ofertelor, respectiv 27.01.2021, așa cum rezultă din susținerile autorității contractante).

În acest sens, a fost transmisă contestatoarei, la data de 29.02.2021 ora 15:17, prin intermediul SEAP, o solicitare de clarificări împotriva căreia ... a formulat contestația care formează obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat următoarele:

- anularea solicitării de clarificare din data de 29.01.2021, ora 15:17 min, ca nelegală;

- evaluarea propunerii tehnice a contestatoarei pentru lotul 1, fără luarea în considerare a clauzei nescrise din caietul de sarcini - Cap. IX, IX.1 privind *„prezentarea de mostre pentru periile colectoare 16x32x34 tip LFC și pentru portperiile JF 32x32 ofertate ce vor sta drept comparație pentru recepție”*;

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații, constând în onorariu avocațial.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului, în original, dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv plata cauțiunii în sumă de 9.968 lei, constituită prin recipisa de consemnare nr. .../ 1 din data de 04.02.2021 emisă de CEC Bank – Sucursala

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Preliminar analizării fondului cauzei, Consiliul urmează a se pronunța cu privire la excepțiile invocate de către entitatea contractantă prin punctul de vedere.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, Consiliul o va respinge pentru următoarele considerente:

Actul atacat indicat de către contestatoare, conform dispozițiilor art. 10 lit. d) din Legea nr. 101/2016, în raport cu care este formulat obiectul contestației (solicitările adresate Consiliului în raport de actul atacat), este cererea de clarificări postată de entitatea contractantă în SEAP la data de 29.01.2021.

Având în vedere faptul că valoarea estimată a prezentei proceduri de atribuire este mai mică decât pragul menționat la art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, în speță sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care prevăd următoarele:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

(...)

*b) **7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii*

Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Astfel, având în vedere că actul atacat a fost transmis de către entitatea contractantă contestatoarei prin intermediul SEAP la data de **29.01.2021**, aceasta comunicând Consiliului și entității contractante contestația care formează obiectul prezentului dosar la data de **04.02.2021**, Consiliul apreciază că prezenta contestație a fost transmisă în cadrul termenului legal stipulat de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care s-a împlinit la data de 05.02.2021 (inclusiv), motiv pentru care va respinge excepția tardivității contestației invocată de către entitatea contractantă.

De asemenea, Consiliul va respinge și excepția privind prematuritatea contestației invocată de către entitatea contractantă prin punctul de vedere pentru următoarele motive:

Art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, definește sintagma „*act al autorității contractante*”, ca fiind „*orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare*”.

Reiterând că actul atacat indicat de către contestatoare, conform dispozițiilor art. 10 lit. d) din Legea nr. 101/2016, în raport cu care este formulat obiectul contestației (solicitările adresate Consiliului în raport de actul atacat), este cererea de clarificări postată de entitatea contractantă în SEAP la data de 29.01.2021, Consiliul apreciază că aceasta reprezintă un act al entității contractante, în sensul dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, susceptibil de a fi atacat în cadrul termenului legal stipulat de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, atacarea/neatacarea acestuia producând efecte juridice față de contestatoare.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că prin cererea de clarificări postată de entitatea contractantă în SEAP la data de 29.01.2021, aceasta i-a solicitat contestatoarei următoarele:

„Conform Cap. IX, IX.1 din Caietul de sarcini, vă solicităm să depuneți la registratura ... mostre pentru periile colectoare (...) și pentru portperiile (...) oferite ce vor sta drept comparație pentru recepție. Termen 05.02.2021”.

La această solicitare de clarificări, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 40625/01.02.2021 iar la data de 04.02.2021 a sesizat CNSC cu contestația care formează obiectul prezentului dosar.

În cadrul adresei nr. 40625/01.02.2021, contestatoarea a menționat următoarele:

„Așa cum am precizat și în propunerea tehnică cât și în propunerea financiară:

în conformitate cu art. 36 - alin. (6) din HG 394 «Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise», cerința privind prezentarea unor mostre din produsele oferite, este considerată clauză nescrisă, aceasta cerință nefiind preluată nici în anunțul de participare și nici în fișa de date. Mai mult decât atât, în conformitate cu art. 192 litera l) din Legea 99/2016 «eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea entității contractante», autoritatea contractantă poate solicita doar «eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor» și nu cum în mod eronat ați solicitat dumneavoastră «mostre». Societatea noastră nu va pune la dispoziție mostre pentru produsele finite solicitate de dumneavoastră în caietul de sarcini în cadrul lotului 1 deoarece, din descrierile din propunerea tehnică, se confirmă respectarea întru totul a cerințelor caietului de sarcini. Societatea noastră nu oferă produse echivalente ci chiar produsele solicitate de dumneavoastră de la producătorul Mersen (CARBONE LORRAINE și-a schimbat numele în MERSEN încă din anul 2010). În cadrul procedurii v-am pus la dispoziție toate documentele pe care ni le-a pus la dispoziție producătorul prin reprezentantul său autorizat pe teritoriul României.

Cerința privitoare la «mostre» este asimilată de legiuitor în categoria cerințelor de calificare ce se referă la capacitatea tehnică și profesională (art. 192 lit. l) din Legea nr. 99/2016 «eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate» și că o astfel de cerință trebuie precizată în mod obligatoriu de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției/anunțului de participare (fapt care nu rezultă din Anunțul de participare simplificat nr. SCN 1080874/07.01.2021/Fișa de date a achiziției), precum și a faptului că în lipsa precizării unei astfel de cerințe de calificare în fișa de date a achiziției/anunțul de participare, această cerință este considerată de legiuitor ca fiind nescrisă, vă precizăm că societatea noastră în calitate de ofertant la procedura de atribuire nu va da curs solicitării dvs. de a prezenta «mostre».

Mai mult decât atât, după cum se poate observa din modelul de «Fișă de date a achiziției - versiunea Decembrie 2016» elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice (această informație o găsiți la adresa: <http://anap.gov.ro/vweb/modele-rda/>), cerința referitoare la «eșantioane, descrieri sau fotografii» este reglementată ca o cerință de calificare ce privește capacitatea tehnică și profesională a unui operator economic, astfel cum, în mod firesc, este precizat în mod expres la art. 192 lit. l) din Legea nr. 99/2016. Și în cadrul acestui model de fișă de date a achiziției, la rubrica «Eșantioane, descrieri sau fotografii», se

precizează, în mod expres, că «Nu este admisă cerința prezentării de mostre, reprezentând produsul finit/de raft, fiind admise doar fotografiile ale acestora sau, după caz, solicitarea de eșantioane/materiale componente ale produsului finit ce face obiectul contractului».

Anexăm la prezenta extras din documentul precizat mai sus”.

În legătură cu acest răspuns, până în prezent Comisia de evaluare nu a dispus nicio măsură.

Analizând solicitarea contestatoarei de anulare a cererii de clarificări postată de entitatea contractantă în SEAP la data de 29.01.2021, având următorul conținut: „Conform Cap. IX, IX.1 din Caietul de sarcini, vă solicităm să depuneți la registratura ... mostre pentru periile colectoare (...) și pentru portperiile (...) oferite ce vor sta drept comparație pentru recepție. Termen 05.02.2021”, Consiliul o apreciază ca nefondată pentru următoarele motive:

Analizând prevederile Caietului de sarcini, Consiliul reține că la punctul IX.CERINȚE PRIVIND PREZENTAREA PROPUNERII TEHNICE ȘI FINANCIARE, IX. 1. Cerințe privind prezentarea propunerii tehnice, sunt menționate următoarele informații:

„Propunerea tehnică va fi astfel întocmită încât să rezulte clar, detaliat și punctual caracteristicile tehnice oferite pentru fiecare poziție în parte, conform Anexei nr. 1 «Denumire produs, caracteristici tehnice și cantități». (...)

Propunerea tehnică se solicită să fie întocmită astfel încât să se respecte în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini și să permită identificarea cu ușurință a corespondenței cu specificații tehnice din acesta.

*(...) **De asemenea, se va solicita o mostră (perie și portperie) care va fi transmisă la sediul ..., ce va sta drept comparație pentru recepție”.***

De asemenea, în Fișa de date a achiziției, la punctul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, entitatea contractantă a menționat următoarele: „Ofertantul va elabora propunerea tehnică în limba română, astfel încât aceasta să respecte cerințele prevăzute în caietul de sarcini nr. 361/02.11.2020”.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că în cauză, mostra nu s-a solicitat în dovedirea capacității tehnice, ci s-a solicitat în caietul de sarcini, ca element de comparație pentru recepție. O mostră solicitată în aceste condiții va fi păstrată ca etalon, pentru livrările ulterioare, până la finalizarea acordului-cadru.

Consiliul apreciază că cerința în discuție este una justificată, nefiind disproporționată, nicăieri în legislația achizițiilor publice neexistând vreo normă care să interzică depunerea mostrelor ca etalon pentru livrările ulterioare, nu puține fiind domeniile în care există această practică: consumabile medicale, dezinfectanți, reactivi de laborator, consumabile pentru imprimante, și alte bunuri de gen, tocmai pentru a evita declararea unor specificații și livrarea unor produse cu alte specificații. Entitatea contractantă este singura în măsură să stabilească scopul în

care sunt solicitate mostrele, în cazul prezentei documentații acesta fiind de a fi păstrate pentru compararea cu produsele care vor fi livrate de către ofertantul câștigător.

Poziția ANAP invocată de ofertantul contestator are în vedere situația în care „mostrele” au fost solicitate pentru dovedirea capacității tehnice, contextul existent în cauza de față fiind diferit.

Consiliul reține că art. 192 din Legea nr. 99/2016 prevede că:

„Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

(...)

l) eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea entității contractante”.

Textul de lege invocat anterior folosește sintagma „eșantion”, care conform DEX, reprezintă „Cantitate mică dintr-o materie care servește la determinarea caracteristicilor acesteia”, în timp ce în prezenta documentație de atribuire se vorbește de „mostră” („ce va sta drept comparație pentru recepție”), care conform DEX reprezintă „un exemplar luat dintr-o serie de obiecte identice sau cantitate mică dintr-o marfă, dintr-un material etc., după care se pot aprecia anumite însușiri ale acestora”. În speță, dat fiind modul în care entitatea contractantă a redactat cerința, Consiliul apreciază că „mostra” reprezintă chiar produsele care urmează a se oferta – bunuri de gen [bun generic (de gen) – „lucru determinat prin caracterele comune lucrurilor aparținând aceluiași gen (clase sau categorii) și prin indicarea cantității (număr, greutate, măsură etc.)”]. Au acest caracter, de exp. produsele fabricate în serie (produse de genul cărora se vor oferta și în cadrul prezentei proceduri de atribuire).

Prevederile documentației de atribuire (deci inclusiv cele referitoare la depunerea mostrelor) nu au fost contestate de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru operatorii economici care au depus oferte, care aveau obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru entitatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentație.

În situația în care ofertantul contestator aprecia că solicitarea entității contractante de a depune mostre este excesivă și depășește cadrul legal trebuia să conteste documentația de atribuire, respectiv Caietul de sarcini, în cadrul termenului legal. Neprocedând de această manieră, s-a născut obligația acestuia de a respecta prevederile Caietului de sarcini, inclusiv în ceea ce privește depunerea mostrelor solicitate.

Potrivit art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică motivat în cuprinsul acesteia care informații din*

propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile”.

În stadiul actual al procedurii de atribuire, membrii Comisiei de evaluare nu pot ignora solicitarea menționată în Caietul de sarcini ca ofertanții să depună mostre pentru **„perie și portperie care va fi transmisă la sediul ..., ce va sta drept comparație pentru recepție”**, în caz contrar fiind încălcate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 99/2016, respectiv tratamentul egal și transparența.

În consecință, Consiliul apreciază că în speță nu poate fi anulată solicitarea de clarificări atacată, deoarece a fost formulată de entitatea contractantă conform prevederilor Caietului de sarcini.

În ceea ce privește practica CNSC, invocată de către contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă, având în vedere, pe de o parte, faptul că în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său (un mod particular de întocmire a prevederilor documentației de atribuire) și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți.

Față de cele anterior menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ... și, pe cale de consecință și solicitarea contestatoarei de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de entitatea contractantă prin punctul de vedere privind tardivitatea și prematuritatea contestației.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.