CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. 22/26.01.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 3944/30.01.2018, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ...., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. …, formulată împotriva rezultatului procedurii emis de către ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „alimente” – loturile 1, 2 și 3, s-a solicitat:

- anularea Raportului procedurii publicat în SEAP la data de 19.01.2018;

- constatarea inadmisibilităţii propunerii tehnice a operatorului economic SC … … SRL şi obligarea autorităţii contractante la reluarea evaluării ofertelor tehnice, cu publicarea în SEAP a unui nou raport al procedurii;

- remedierea prevederilor subiective şi arbitrare ale documentaţiei de atribuire referitoare la prezentarea ofertei, în speţă a mostrelor din produsele ofertate.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SRL reclamă decizia autorităţii contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SC .... SRL.

În fapt, petenta a participat la procedura de atribuire pentru loturile 1, 2 şi 3. După publicarea în SEAP a raportului procedurii, petenta a înaintat autorităţii contractante o notificare prealabilă prin care a solicitat

respingerea, ca inadmisibilă, a ofertei tehnice a operatorului economic SC …. SRL, motivat de faptul că aceasta nu a depus mostrele conform cerinţei eliminatorii din caietul de sarcini aferent procedurii.

Autoritatea contractantă a răspuns în sensul că respinge solicitarea, considerând că s-au respectat prevederile legale şi că depunerea mostrelor ulterior datei scadente prevăzută în caietul de sarcini nu contravine prevederilor art. 179 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016 şi art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

1. În ceea ce priveşte solicitarea de anulare a raportului procedurii, contestatoarea învederează Consiliului că autoritatea contractantă a finalizat procedura de atribuire cu încălcarea prevederilor art. 49 şi art. 75 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, autoritatea contractantă a permis nejustificat ofertantului SC …. SRL să depună, până la data limită de depunere a ofertei, fotografii ale produselor ce urmează a fi livrate, contrar cerinţelor din caietul de sarcini, şi anume: *"Ofertanţii vor prezenta mostre, până la data limită de depunere a ofertelor (28.12.2017, ora 16,00), din produsele ofertate care vor fi ambalate, marcate şi etichetate conform cerinţelor prevăzute în caietul de sarcini. În cazul acceptării ofertei, produsele livrate trebuie să respecte aceleaşi condiţii de calitate ca şi mostrele prezentate. Condiţie eliminatorie".*

În opinia petentei, posibilitatea oferită ofertanţilor de a putea depune „eşantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate...", prevăzută de art. 179 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, a fost utilizată abuziv atât de către ofertant, cât şi de către autoritatea contractantă, deoarece în fişa de date a achiziţiei nu este precizată o astfel de posibilitate/cerinţă, ori legea prevede în cuprinsul art. 179 că *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:*

l) eşantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorităţii contractante".

Ulterior deschiderii candidaturilor/ofertelor, cu ocazia evaluării tehnice, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SC … SRL, în sensul depunerii de mostre conform precizărilor caietului de sarcini şi nu în sensul certificării autenticităţii fotografiilor depuse, aşa cum legea prevede. Practic autoritatea contractantă a aplicat prevederile caietului de sarcini, dar a şi favorizat ofertantul SC …. SRL prin păsuirea acordată în ceea ce priveşte pregătirea şi prezentarea mostrelor la un alt termen decât cel prevăzut în caietul de sarcini. De altfel, o asemenea decizie poate fi uşor de înţeles, dar nu şi de acceptat, în condiţiile în care ofertantul nu ar avea şi calitatea de producător, ci doar de ofertant prin subcontractare sau parteneriat.

Prin urmare, autoritatea contractantă a acţionat împotriva legii, înţelegând să considere, în răspunsul dat la notificarea prealabilă, că precizările din caietul de sarcini sunt clauze nescrise în raport cu lipsa vreunei prevederi din fişa de date a achiziţiei.

Petenta consideră că au fost încălcate principiile stipulate în art. 49 şi art. 75 din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu s-a acordat un tratament egal şi nediscriminatoriu operatorilor economici participanţi şi a acceptat o ofertă care nu corespundea cerinţelor şi informaţiilor din documentele achiziţiei în faza de evaluare tehnică, fără a se cunoaşte în acel moment valoarea ofertei financiare.

De asemenea, apreciază că s-au încălcat prevederile art. 64 din HG nr. 395/2016, unde la alin. (3) se prevede: *"în cadrul şedinţei de deschidere a ofertelor nu este permisă respingerea vreunei oferte, cu excepţia celor pentru care nu a fost prezentată dovada constituirii garanţiei de participare",* iar în cuprinsul alin. (7) se prevede: *"Oferta depusă după data şi ora-limită de depunere a ofertelor sau la o altă adresă decât cea precizată în anunţul de participare se returnează fără a fi deschisă operatorului economic care a depus-o".*

Pe de altă parte, posibilitatea solicitării de clarificări, conform prevederilor art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016 este restricţionată de legiuitor la nivelul de evaluare a ofertelor depuse şi nu de completare a ofertelor cu aspecte/condiţionalităţi/cerinţe pentru care termenul de îndeplinire s-a scurs (adică cu depunerea de mostre în afara termenului scadent).

Astfel, autoarea contestaţiei consideră că oferta tehnică a SC …. SRL trebuia respinsă ca inadmisibilă.

2. Cu privire la remedierea prevederilor subiective şi arbitrare ale documentaţiei de atribuire referitoare la prezentarea ofertei, în speţă a mostrelor din produsele ofertate, petenta arată că autoritatea contractantă, deşi a stabilit o condiţie eliminatorie în caietul de sarcini, respectiv condiţia prezentării mostrelor până la data limită de depunere a ofertelor, nu a urmărit ca în fişa de date a achiziţiei să introducă precizări referitoare la prezentarea de mostre pentru a corobora informaţiile şi cerinţele şi nu a crea posibilitatea unor interpretări subiective şi echivoce ulterior. Aceasta apreciază că precizările din caietul de sarcini, definite Condiţie eliminatorie, sunt obiective şi nu clauze nescrise care ar putea sau nu să fie îndeplinite (aleatoriu, funcţie de modul în care un ofertant sau altul le-ar fi asumat) şi că au afectat procedura de atribuire prin interpretarea eronată dată de autoritatea contractantă.

Astfel, contestatoarea solicită Consiliului să dispună ca aceste prevederi, definite *condiţie eliminatorie*, să fie considerate ca fiind obligatorii, chiar dacă în fişa de date a achiziţiei nu sunt prevăzute, în mod eronat, de către autoritatea contractantă. SC …. SRL a luat act de prevederea din caietul de sarcini privind condiţia eliminatorie de prezentare a mostrelor până la data şi ora limită de depunere a ofertei, aspect rezultat din comportamentul acestuia de a remite doar fotografii ale produselor ofertate (indiferent de lotul ofertat), petenta presupunând că acest ofertant nu era, în fapt, în posesia unor mostre.

Prin adresa nr. …., Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției, copia ofertei

depusă de către SC ...SRL pentru loturile 1, 2 și 3, precum și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctului său de vedere nr. 67/05.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 5397/08.02.2018, prin care solicită respingerea contestaţiei ca lipsită de obiect şi nefondată.

În fapt, aceasta apreciază că nu a încălcat legislaţia în vigoare, deorece nu a specificat în fişa de date ca fiind obligatorie prezentarea de mostre, iar conform art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 *"Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în fişa de date a achiziţiei/anunţul de participare sunt considerate clauze nescrise."*

Conform art. 179 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, operatorii economici pot depune *"eşantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate...".* SC ...SRL a îndeplinit această condiţie până la data limită de depunere a ofertelor 28.12.2017, ora 16.00, iar autenticitatea lor trebuia certificată, la solicitarea autorităţii contractante. Solicitarea de clarificări a fost postată în SEAP în data de 05.01.2018, iar răspunsul a fost postat în data de 10.01.2018.

Autoritatea contractantă susţine că nu a precizat nicăieri în documentaţia de atribuire că ofertanţii sunt obligaţi să aibă calitatea de producător, aşa cum susţine contestatoarea.

Referitor la susţinerea petentei potrivit căreia *„...a acceptat o ofertă care nu corespundea cerinţelor şi informaţiilor din documentele achiziţiei în faza tehnică - fără a se cunoaşte în acel moment valoarea ofertei financiare”*, autoritatea contractantă precizează că era singurul moment în care are dreptul de a respinge/accepta o ofertă tehnică şi nu după ce se deschide câmpul cu oferta financiară.

În ceea ce priveşte critica potrivit căreia au fost încălcate dispoziţiile art. 64 alin. (3) şi alin. (7) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă consideră că nu are nicio legătură cu obiectul contestaţiei.

Văzând conținutul și obiectul contestației, Consiliul a solicitat contestatoarei, respectiv autorității contractante, prin adresele nr. … și nr. …., punctul de vedere referitor la excepția lipsei de interes în promovarea contestației, având în vedere că SC ...SRL s-a situat pe locul 3 (la Lotul 1 și 2), respectiv locul 4 (la Lotul 3) în clasamentul final și, în fapt, a criticat doar oferta SC ...SRL.

SC ...SRL a transmis adresa nr. 51/06.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 9020/06.03.2018, prin care solicită respingerea excepției lipsei de interes, considerând, printre altele, că *„precizarea Consiliului privind necriticarea altor ofertanți în afară de cel declarat câștigător este prematură, deoarece ceilalți participanți nu se află în situația de a fi contestați pe motive de procedură*.”

Autoritatea contractantă a comunicat adresa nr. 113/06.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 8969/06.03.2018, prin care susține că petenta nu are un interes legitim în promovarea contestației, raportat la

faptul că acesta a criticat doar câștigătorul și nu pe ofertantul clasat pe locul 2, respectiv 3.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „Alimente” – loturile 1, 2 și 3, ... în calitate de autoritate contractantă a iniţiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. 180926 din 23.11.2017, odată cu care a postat şi documentaţia de atribuire.

Rezultatul evaluării ofertelor a fost consemnat în raportul procedurii din data de 19.01.2018. Nemulţumită de rezultatul procedurii de atribuire şi răspunsul la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 31/23.01.2018, SC ...SRL a formulat prezenta contestaţie, solicitând:

- anularea Raportului procedurii publicat în SEAP la data de 19.01.2018;

- constatarea inadmisibilităţii propunerii tehnice a operatorului economic SC ...SRL şi obligarea autorităţii contractante la reluarea evaluării ofertelor tehnice, cu publicarea în SEAP a unui nou raport al procedurii;

- dispunerea de remedieri a prevederilor subiective și arbitrare ale documentației de atribuire referitoare la prezentarea ofertei, în speță a mostrelor din produsele ofertate.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de SC ...SRL, este de cercetat temeinicia excepţiei lipsei de interes a contestatoarei în formularea contestaţiei invocată din oficiu de Consiliu.

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul constată temeinicia acesteia. În conformitate cu dispoziţiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*.

De asemenea, art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 prevede: *„persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire” completat prin OUG nr. 107/2017, cu art. 3 având următorul conținut *„(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată*

legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".

Codul de procedură civilă stabileşte:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

*Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut **şi actual.***

În analiza criticilor la adresa ofertei desemnate câştigătoare este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut **şi actual al autoarei**. Consiliul constată că aceasta nu are un interes în promovarea lor, deoarece nu are cum să obţină contractul de achiziţie publică în discuţie – motiv pentru care nu îi serveşte niciunui interes stabilirea inadmisibilității ofertei desemnate câştigătoare.

Consiliul are în vedere faptul că prin raportul procedurii din data de 19.01.2018, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștința petentei rezultatul procedurii, respectiv clasamentul pentru fiecare lot în parte. Din raportul procedurii reiese că oferta sa a fost admisibilă, câştigătoare fiind oferta depusă de SC ...SRL.

Prin adresa nr. …, Consiliul a solicitat contestatoarei punctul de vedere cu privire la excepţia lipsei de interes în formularea contestaţiei având în vedere că oferta sa este situate pe locul 3 (la Lotul 1 și 2), respectiv locul 4 (la Lotul 3) însă prin contestație critică doar oferta desemnată câştigătoare pentru aceste trei loturi. În răspuns, contestatoarea consideră, printre altele, că "*precizarea Consiliului privind necriticarea altor ofertanți în afară de cel declarat câștigător este prematură, deoarece ceilalți participanți nu se află în situația de a fi contestați pe motive de procedură*."

Prin urmare, la momentul formulării contestaţiei, SC ...SRL cunoştea din conținutul raportului procedurii de atribuire publicat în SEAP în data de 19.01.2018, după cum și susține, faptul că oferta sa este clasată pe locul 3 (la Lotul 1 și 2), respectiv locul 4 (la Lotul 3).

Or, cum ofertele clasate pe locurile 2 și 3 au un preţ mai mic decât al ofertei sale (criteriul de atribuire fiind *preţul cel mai scăzut*), orice demers al său faţă de oferta desemnată câştigătoare, fără a ataca şi ofertele clasate pe locurile 2 și 3, nu satisface un interes al acesteia, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic şi actual.

Cum criticile referitoare la oferta desemnată câştigătoare nu sunt de natură să înlăture atribuirea contractului de achiziţie către ofertantul clasat pe locul 2, respectiv să îi asigure contestatoarei accesul la încheierea contractului de achiziţie, este evidentă lipsa de interes a contestatoarei în a cere desfiinţarea măsurii de atribuire a contractului

ofertantului SC ...SRL pentru loturile 1, 2 și 3. Contestatoarea nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de admitere sau de respingere a ofertei SC ...SRL, astfel cum impune art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 [prin persoană vătămată se înţelege orice operator economic care (...) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice (...)].

Hotărând că, legal, oferta contestatoarei nu putea fi declarată câştigătoare, este subînţeles că aceasta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de admitere a ofertei SC ...SRL. Astfel, Consiliul apreciază ca fiind lipsite de interes criticile contestatoarei faţă de actul autorităţii contractante care priveşte rezultatul procedurii.

În ceea ce privește capătul de cerere privind remedierea prevederilor subiective şi arbitrare ale documentaţiei de atribuire referitoare la prezentarea ofertei, în speţă cele referitoare la mostrele din produsele ofertate, Consiliul constată inadmisibilitatea acestuia.

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, rezultă că autoarea contestaţiei a luat cunoștință de documentația de atribuire la data de 23.11.2017, dată la care autoritatea contractantă a publicat-o în SEAP, eventuale critici aduse modului în care autoritatea contractantă a stabilit prevederi referitoare la mostre trebuiau notificate și ulterior contestate în lipsa unor măsuri de remediere sau a unor măsuri de care nu era mulțumită.

În baza art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea avea obligaţia de a înainta autorității contractante *Notificarea prealabilă*, în termen de 10 zile de la data luării la cunoştinţă a documentației de atribuire, respectiv până la data de 04.12.2017, inclusiv. Contestatoarea nu a făcut dovada parcurgerii procedurii de notificare prealabilă, prevăzută de Legea nr. 101/2016, până la data de 04.12.2017, situație în care acest capăt de cerere va fi respins ca inadmisibil.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca lipsite de interes capetele de cerere referitoare la *anularea Raportului procedurii publicat în SEAP la data de 19.01.2018 și constatarea inadmisibilităţii propunerii tehnice a operatorului economic SC ...SRL şi obligarea autorităţii contractante la reluarea evaluării ofertelor tehnice, cu publicarea în SEAP a unui nou raport al procedurii,* și ca inadmisibil capătul de cerere referitor la *remedierea prevederilor subiective şi arbitrare ale documentaţiei de atribuire referitoare la prezentarea ofertei, în speţă a mostrelor din produsele ofertate* din contestaţia formulată de SC ...SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge ca lipsite de interes capetele de cerere referitoare la *anularea Raportului procedurii publicat în SEAP la data de 19.01.2018 și constatarea inadmisibilităţii propunerii tehnice a operatorului economic SC ...SRL şi obligarea autorităţii contractante la reluarea evaluării ofertelor tehnice, cu publicarea în SEAP a unui nou raport al procedurii.*

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere referitor la *remedierea prevederilor subiective şi arbitrare ale documentaţiei de atribuire referitoare la prezentarea ofertei, în speţă a mostrelor din produsele ofertate* din contestaţia formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ….

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
….	**…**	**…**

Redactată în patru exemplare, conţine opt pagini.