



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 111/C3/2789

Data: 21.01.2020

Prin contestația nr. 142/27.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 53459/30.12.2019, înaintată de SRL, cu sediul în localitatea, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii unui "Acord-cadru de furnizare produse alimentare pentru anul 2020", inițiată cu anunț de participare nr. SCN1058607, publicat în SEAP la 15.11.2019, de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat Consiliului

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

Prin contestația nr. 142/27.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 53459/30.12.2019, ... SRL atacă rezultatul procedurii, respectiv Raportul procedurii nr. 17000, publicat în SEAP în 23.12.2019, act emis de autoritatea contractantă, în procedura amintită, potrivit căruia oferta contestatoarei a fost declarată neconformă, în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a), coroborat cu prevederile art. 60 din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că: "Ofertantul menționat a postat în SICAP (la fiecare lot în parte ofertat), respectiv a criptat în SICAP prețul unitar/produs fără TVA, în loc de valoarea totală a propunerii financiare. Exemplu: Lot nr. 2 Biscuiți - valoare criptată în SICAP 21,40 lei/kg în loc de 19.260 lei/valoare totală fără TVA, conform centralizator de prețuri. Prin criptarea în SICAP a prețurilor unitare fără TVA în loc de valoarea totală fără TVA,

nu s-a respectat cerința din caietul de sarcini, respectiv din documentația de atribuire”.

Contestatoarea apreciază că modalitatea de evaluare aplicată de către comisia de evaluare ofertei sale este eronată și excesivă și că decizia autorității contractante a fost luată fără să ceară acesteia, în prealabil, clarificări.

Specifică contestatoarea faptul că, după emiterea raportului procedurii, autoritatea contractantă nu i-a comunicat, distinct, rezultatul procedurii și că, din conținutul raportului de atribuire, declararea neconformă a ofertei sale a avut la bază o eroare a acesteia, în sensul că a criptat în SEAP prețul total ofertat, în loc să creeze valoarea unitară a acestuia.

În opinia contestatoarei, prețul înscris în centralizatorul de prețuri, aferent fiecărui lot, este cel corect, iar prețul total rezultă din înmulțirea cantității maxime a lotului în cauză cu prețul unitar ofertat, aspect care, în opinia contestatoarei, poate fi verificat cu ușurință prin compararea sumei criptate cu cea din centralizator.

În sensul celor menționate mai sus, contestatoarea invocă prevederea art. 135 din HG nr. 395/2016, care conferă dreptul comisiei de evaluare de a solicita/accepta unui ofertant corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia, respectiv corectarea acelor erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant.

Mai precizează contestatoarea că, întrucât, potrivit Agenției pentru Agenda Digitală a României, nu există posibilitatea tehnică de modificare a prețului criptat în SEAP, ulterior încheierii perioadei de depunere a ofertelor, apreciază că, într-o astfel de situație, autoritatea contractantă trebuie să solicite clarificări și să aibă în vedere explicațiile sale. Solicitarea de clarificări s-ar fi justificat pentru autoritatea contractantă și din motive de oportunitate, întrucât ar fi însemnat aplicarea criteriului de atribuire în raport cu mai mulți ofertanți, atribuirea contractului realizându-se în condiții de concurență.

Opinează contestatoarea și că temeiurile legale, invocate de către autoritatea contractantă, în raport cu rezultatul atacat, nu pot sta la baza declarării neconformității ofertei sale. Articolul 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, conform susținerii contestatoarei, nu este incident situației de fapt, întrucât dispozițiile acestuia se referă la respectarea, în cadrul propunerii tehnice, a prevederilor Caietului de sarcini. Însă, oferta a fost descalificată în etapa analizei propunerii financiare, iar cerința privind modul de structurare a propunerii financiare se regăsește în Fișa de date a achiziției și nu în Caietul de sarcini. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă nu putea să extindă aplicarea acestei prevederi și la alte situații pe care le consideră în mod unilateral similare.

În ceea ce privește invocarea dispozițiilor art. 125, din același act normativ, cu privire la riscurile transmiterii ofertei, contestatoarea

învvederează faptul că oferta sa a fost depusă în termen, este completă și corectă, în ansamblul ei.

Contestatoarea opinează că, în cazul în care autoritatea ar fi solicitat clarificări nu s-ar fi produs nicio încălcare a principiului nediscriminării sau al tratamentului egal, în condițiile în care, încă de la început, prețurile unitare și cele totale au fost cuprinse în propunerea financiară.

Concluzionează contestatoarea că o clarificare nu i-ar fi determinat vreun avantaj nelegal, față de ceilalți participanți, în condițiile în care solicitarea de clarificări și lămurirea propunerii financiare s-ar fi realizat în strictă concordanță și în limitele prevederilor legale.

Așa cum se reține și în practica judiciară, specifică contestatoarea, "principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite".

În drept, solicitând "controlul de legalitate" a deciziei autorității contractante, autoarea contestației arată că cererile sale sunt întemeiate pe dispozițiile art. 8, ale art. 9 și următoarele din Legea nr. 101/2016, iar în probațiune înțelege să se folosească de proba cu înscrisurile atașate la contestație.

Totodată, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Autoritatea contractantă, cu adresa nr. 1929/A4021/31.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 53671/31.12.2019, a transmis punctul de vedere referitor la contestația promovată de către SRL, prin intermediul căruia precizează faptul că, în opinia sa, este tardivă, "deoarece nu respectă termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, valoarea estimată a achiziției este de 638.080 lei, fără TVA, iar termenul legal de contestare era de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal."

Precizează autoritatea contractantă că actul procedural prin care oferta SRL a fost declarată neconformă îl reprezintă Procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, nr. A6913 din 18.12.2019, publicat în SICAP în data de 18.12.2019 și nu Raportul procedurii, nr. A7000 din 23.12.2019, publicat în data de 23.12.2019. Prin publicarea, în SICAP, în data de 18.12.2019, a Procesului-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, nr. A6913 din 18.12.2019, data luării la cunoștință a măsurii de respingere este 18.12.2019, iar termenul legal de contestare este de 5 zile începând cu data de 19.12.2019.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă precizează că propunerea financiară depusă de către contestatoare nu a respectat

cerința din caietul de sarcini, respectiv din documentația de atribuire – "Modul de prezentare al propunerii financiare, modalitatea de calcul pentru propunerea financiară totală respectiv, valoarea acesteia care se va posta în SICAP" - nu respectă prevederile art. 60 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016.

Mai precizează autoritatea contractantă că a transmis, contestatoarei, rezultatul procedurii, și prin e-mail, în data de 23.12.2019.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 228/07.01.2020, contestatoarea, prin e-mail, a transmis la dosarul cauzei note scrise față de punctul de vedere al autorității contractante, combătând excepția de tardivitate a formulării contestației.

Simpla încărcare în SICAP a unui proces-verbal intermediar de evaluare, nu echivalează cu o decizie finală, adoptată în cadrul procedurii și nici nu echivalează cu o comunicare a rezultatului procedurii, în accepțiunea art. 214 din Legea 98/2016, susține contestatoarea.

În mod eronat autoritatea contractantă raportează termenul de contestare la data publicării în SEAP a Procesului - verbal privind evaluarea propunerilor financiare.

În acest sens, contestatoarea face trimitere la practica în materie a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor care, în spețe similare, a concluzionat că: "Luând în considerare dispozițiile legale aplicabile prezentei spețe, valabile la data inițierii procedurii de atribuire, Consiliul constată că actul decizional al autorității contractante referitor la ofertele primite este raportul procedurii. Anterior încheierii acestuia nu îi revine autorității contractante, potrivit legii, obligația de a face comunicări privind rezultatul analizei și evaluării ofertelor primite."

Contestatoarea susține că, în data de 23.12.2019, i-a fost comunicat rezultatului procedurii nr. 1034T/23.12.2019, respectiv neconformitatea ofertei sale: "Potrivit art. 8, alin. (1), lit. b) din Legea nr. 101/2016 puteți formula contestație în termen de 5 zile începând cu ziua următoare de la primirea prezentei comunicări" și că, în acest context, înțelege să conteste și conținutul comunicării rezultatului procedurii nr. 1034T/23.12.2019, ca act subsecvent Raportului procedurii nr. 17000/23.12.2019, solicitând Consiliului să facă aplicarea principiului "resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis", care desemnează regula de drept potrivit căreia anularea (desființarea) actului juridic inițial (primar) atrage și anularea actului juridic subsecvent (următor), datorită legăturii lor juridice.

Întrucât comunicarea rezultatului procedurii a fost efectuată, conform susținerilor autorității contractante, în data de 23.12.2019, când s-a publicat și Raportul procedurii, contestatoarea solicită Consiliului să observe că a depus contestația în data de 30.12.2019, adică în termen.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea solicită respingerea excepției tardivității, invocată de către autoritatea contractantă.

În drept, notele scrise sunt întemeiate pe prevederile art. 214-215 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 66 alin. (3-5) coroborat cu 127 alin. (1) lit. n) din HG nr. 395/2016.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 15.11.2019, o procedură simplificată, organizată în vederea încheierii unui "Acord-cadru de furnizare produse alimentare pentru anul 2020", prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1058607 și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii, ... SRL a formulat prezenta contestație, solicitând Consiliului anularea actului atacat și a actelor care au stat la baza emiterii acestuia și reluarea procesului de evaluare cu reexaminarea ofertei sale, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de 7.300 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Deva, în data de 09.01.2020, sub nr. 206006810/1.

Având a soluționa excepția de tardivitate invocată de autoritatea contractantă, cu întâietatea impusă la alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016, Consiliul reține că, în fapt, obiectul contestației vizează anularea acelor acte opozabile de fapt și de drept contestatoarei (indicate chiar în contestație), ce cuprind rezultatul procedurii de atribuire, față de oferta sa, adică raportul procedurii de atribuire și adresa de comunicare a acestui rezultat.

Faptul că autoritatea contractantă a înțeles să posteze în sistemul electronic și documentele de analiză a ofertelor, care au precedat raportul procedurii, în mod voluntar, nefiind obligată de dispozițiile Legii nr. 98/2016 la o astfel de conduită, nu poate să fie utilizat drept impediment pentru contestatoare în a-și exercita dreptul de a ataca acel document care, în opinia sa, îi aduce o vătămare a drepturilor proprii, în sensul că o exclude din procedura de atribuire.

În context, chiar succesiunea emiterii documentelor de către autoritatea contractantă relevă înțelegerea deplină a obligațiilor ce-i revin, în sensul întocmirii raportului procedurii de atribuire și al asigurării informării complete a ofertanților, așa cum rezultă din cuprinsul art. 215-217 ale Legii nr. 98/2016 și ale art. 66 alin. (3)-(5) din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016.

Documentele de analiză intermediară a ofertelor, într-o procedură care se desfășoară, conform legii (și anunțului de participare simplificat), într-o singură etapă, nu pot înlocui nici raportul procedurii și nici adresa de comunicare a rezultatului, transmisă ulterior raportului procedurii, în

privața raportului juridic pe care îl nasc acestea din urmă, între achizitor și ofertanți.

Prin urmare, raportat la prevederile art. 3 alin. (1) litera a) din Legea nr. 101/2016, actul care naște raporturi juridice, și care poate fi subiect al dreptului conferit de art. 2 din lege, de a fi atacat, în sensul remedierii situației ce duce la vătămarea operatorului economic contestator (*act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, ...*), în situația de față, este chiar actul atacat prin contestație. O interpretare a dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Lege, de tipul celei invocate de autoritatea contractantă, în sensul nașterii dreptului de contestare chiar de la momentul postării voluntare a unui document intermediar al procesului de evaluare, și nu doar de la momentul transmiterii rezultatului final, ar conduce la ipoteza că, în cazul unor astfel de situații, s-ar putea admite că modificarea sau anularea actului intermediar nu ar afecta și actul de bază (cum ar fi raportul procedurii), ulterior emis, tocmai pe considerentul că acesta nu a fost atacat. Or, o astfel de situație ar fi contrară scopului reglementării de interes, Legea nr. 101/2016, de a se asigura acces la o cale efectivă de atac a actelor vătămătoare, dar și nevoii de stabilitate juridică a procesului de achiziție.

Consiliul consideră că termenul de atac al rezultatului procedurii, așa cum i-a fost comunicat chiar de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1034T din 23.12.2019, a fost respectat de SRL, prin promovarea contestației la 30.12.2019.

Respingând excepția de tardivitate, ca nefondată, Consiliul face analiza cauzei pe fond, analizând condițiile în care autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei.

Din analiza adresei de comunicare a rezultatului, dar și a raportului procedurii, al căror conținut a fost însușit de părți, Consiliul reține că motivul de fapt al respingerii din competiție se bazează pe aprecierea că oferta contestatoarei nu a fost întocmită conform rigorilor stabilite prin documentația de atribuire.

Această lipsă de rigoare este recunoscută de contestatoare, dar apreciază că ea putea fi considerată o eroare aritmetică sau un viciu formal, ușor de înlăturat, în raport cu prevederile art. 134-135 al Normelor de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016.

Consiliul are în vedere că textele invocate de contestatoare au fost emise în scopul determinării limitelor exercitării dreptului conferit de art. 209 din Legea nr. 98/2016: *(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Văzând condițiile formale de derulare a procedurii, prestabilite de autoritatea contractantă, Consiliul consideră că respingerea ofertei contestatoarei a respectat rigorile asumate de ambele părți.

Caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, atât pentru ofertanți cât și pentru autoritatea contractantă, rezultă din prevederile art. 215 alin. (3) - (5) din Legea nr. 98/2016, care dispun în privința respingerii acelor oferte care nu corespund cu documentația, dar și din prevederile art. 123 alin. (1) din Normele de aplicare a ei: *Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire...*, care instituie obligația expresă a ofertanților de a accepta regulile cuprinse în aceasta.

Consiliul are în vedere că documentația de atribuire a cuprins, și în caietul de sarcini (pagina 48) și în fișa de date a achiziției (*IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare*) regula de întocmire și de prezentare a propunerii financiare, sub sancțiunea expresă a respingerii ofertei care nu o respectă: *PROPUNEREA FINANCIARA SE DEPUNE OBLIGATORIU IN FORMAT ELECTRONIC IN SICAP, PRIN COMPLETAREA CAMPULUI SPECIAL DESTINAT. Propunerea financiara se depune pentru cantitatea maxima estimata a acordului cadru, respectiv pentru cantitatea maxima a fiecarui lot in parte, si se calculeaza astfel: Pret unitar final ofertat de livrare (lei, fara T.V.A/U.M.) x cantitatea maxima/lot = PROPUNERE FINANCIARA TOTALA lei, fara T.V.A. – la fiecare lot in parte, suma ce se va posta in SICAP. Pretul final ofertat de livrare include toate sumele platibile furnizorului (inclusiv transportul) in baza acordului cadru/contracte subsecvente. SE OFERTEAZA OBLIGATORIU CANTITATILE MAXIME PRECIZATE PENTRU ACORDUL CADRU. OFERTELE DEPUSE CARE CONTIN PROPUNERI FINANCIARE CARE NU SUNT RAPORTATE CANTITATILE MAXIME AFERENTE FIECARUI LOT (MAXIME ACORD CADRU), VOR FI CONSIDERATE NECONFORME. LIPSA PROPUNERII FINANCIARE ÎN SEAP DUCE LA RESPINGEREA OFERTEI.*

Or, nerespectarea regulii de prezentare a ofertei, în condițiile sus amintite, nu mai poate fi considerată o eroare formală sau un viciu ce ar putea fi înlăturate, părțile implicate asumând, prin acceptarea documentației de atribuire, sancțiunea respingerii directe a ofertei.

În consecință, deși prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (*Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia...*) stabilesc că, în astfel de situații, ofertele sunt considerate inacceptabile, prin respingerea ofertei contestatoarei ca neconformă, autoritatea contractantă a făcut aplicarea regulii de ofertare din propria documentație de atribuire. În acest context, criticile contestatoarei bazate pe o pretinsă incorectă calificare a măsurii de respingere sunt nefondate, o revizuire a acestei

situații de inadmisibilitate a ofertei neputând conduce la o altă finalitate a procedurii, oferta fiind corect exclusă din competiție.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, inclusiv cererea de acordare a cheltuielilor ocazionate de contestație.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția de tardivitate a contestației SRL, invocată de autoritatea contractantă, în procedura inițiată cu anunț de participare nr. SCN1058607 din 15.11.2019, ca nefondată.

Respinge contestația, ca nefondată, inclusiv cheltuielile ocazionate de aceasta.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....