

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 695 / C7 / 487

Data: 28.03.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 10055/28.02.2023, depusă de (...), cu sediul în - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare concentrat alimentar tip uscat pentru hrănirea câinilor de serviciu, lotul 1 - „Concentrat alimentar tip uscat pentru hrană câini serviciu categoria adult (peste 8 luni)” și lotul 2 - „Concentrat alimentar tip uscat pentru hrană câini serviciu categoria femele gestante și în lactație”, cod CPV 15713000-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 25.01.2023, anunț de participare nr. CN1051023/06.01.2023, organizată de (...), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea buletinelor de analiză depuse de ofertantul (...) SA la loturile 1 și 2.

La 10.03.2023, (...) SA, cu sediul în str., reprezentată de domnul, a înaintat cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 12884/13.03.2023, prin care solicită anularea contestației (...) sau respingerea ei ca inadmisibilă ori ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul (...) reclamă decizia autorității contractante (...) de a declara câștigătoare oferta (...) SA pentru loturile 1 și 2 ale procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, după studierea dosarului achiziției publice. a constatat neconformități ale ofertei respective:

- certificatul de analiză al produsului în limba engleză are data de 21.07.2021, iar traducerea în limba română 10.12.2022, necorespunzând cu originalul;

- buletinele de analiză/rapoartele de încercare nu au fost efectuate în perioada cuprinsă între data publicării anunțului de participare și data depunerii ofertei;

- analizele produsului au fost realizate de către (...) în urma prezentării specificației fiecărui articol de către producător.

Îndeplinirea cerințelor privind analizele produsului ofertat sunt esențiale pentru licitație, iar buletinele de analize prezentate de către (...) SA au fost realizate prin mijloace neconforme, fiind „efectuate după specificațiile primite de la producător”. Neîndeplinirea corespunzătoare a cerințelor privind analizele produsului ofertat este motiv întemeiat de excludere a ofertantului.

În punctul său de vedere nr. 18386/28.02.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 10310/01.03.2023, autoritatea contractantă susține în apărare că (...) nu a indicat actul autorității contractante pe îl atacă și nici loturile la care se referă contestația (la lotul 6, (...) nici nu a participat). De asemenea, face referire la certificate de analiză, buletine de analiză și rapoarte de încercare depuse de (...) SA, fără a indica numărul acestora sau lotul pentru care au fost depuse. Ele sunt acte ale ofertantului, nu ale autorității contractante, cum prevede legea. Anularea documentelor ofertanților nu intră în atribuțiile Consiliului. Asupra conformității buletinelor de analiză, responsabilitatea o poartă emitentul (de exemplu, laboratorul de analiză), nu achizitorul.

Comisia de evaluare a analizat doar documentele în limba română (emise sau traduse). Conformitatea traducerii incumbă traducătorului autorizat, nu autorității contractante. Atât buletinul de analiză în limba engleză, cât și cel tradus în limba română, vizează aceleași loturi de produs supuse analizei în laborator, respectiv 10122214 (data expirării 10.06.2024) pentru produsul ofertat la lotul 1, și 10122221 (data expirării 10.06.2024) pentru produsul ofertat la lotul 2.

În ceea ce privește afirmația că „analizele produsului au fost realizate de (...) în urma prezentării specificației fiecărui articol de către producător”, iar „analizele depuse de ofertant au fost efectuate după specificațiile primite de la producător”, realitatea datelor cuprinse în certificatele de analiză emise de (...) aparține laboratorului (care atestă rezultatele prin semnătura unui specialist și parafa laboratorului). Simpla mențiune într-o coloană alăturată a specificațiilor cuprinse în fișa produsului (emisă de producător) nu este suficientă pentru a răsturna prezumția că produsul a fost analizat de Laboratorul (...), iar rezultatele sunt cele înscrise în coloana 3 - Rezultat.

Mai mult, în fișa de date a achiziției, cap. V, autoritatea a specificat: *„Prezumția de legalitate și autenticitate a documentelor prezentate: Ofertantul își asumă răspunderea exclusivă pentru legalitatea și*

autenticitatea tuturor documentelor prezentate în original, copie și/sau copie conform cu originalul în vederea participării la procedură."

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 11040/03.03.2023, contestatorul răspunde solicitării Consiliului nr. 10233/487/C7/01.03.2023 și prezintă dovadă constituirii cauțiunii, copia actului atacat al autorității contractante și data luării de la cunoștință a acestuia, dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă. Indică data studierii dosarului la autoritate (21.02.2023) și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația. Totodată, susține că buletinele de analiză nu au fost emise în perioada dintre data publicării anunțului de participare și data depunerii ofertei, conform pct. IV.4.1. - *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției.

La 10.03.2023, (...) SA a înaintat Consiliului o cererea de intervenție înregistrată prin care solicită anularea contestației, întrucât nu este precizat actul autorității contractante atacat și nici vreun petit care să conducă la o soluție prevăzută de Legea nr. 101/2016 – nu este precizat obiectul contestației. Nu se poate identifica nici măcar pentru care lot este formulată contestația, astfel că nici măcar interesul contestatorului nu poate fi analizat. Nici actele din oferta (...) SA nu pot fi identificate.

Consiliul nu poate fi investit cu solicitarea de „anulare a buletinelor de analiză depuse de ofertantul (...) SA”, respectiv cu anularea actelor altui operator economic, ci doar cu anularea unor acte emise de autoritatea contractantă, situație în care contestația nu poate fi decât respinsă ca inadmisibilă. Inadmisibilitatea este determinată și de depășirea termenului de constituire a cauțiunii.

Față de argumentul că *„certificatul de analiză al produsului în limba engleză are data de 21.07.2021, iar traducerea certificatului de analiză al produsului în limba română are data de 10.12.2022”*, intervenienta afirmă că este vorba despre o eroare de redactare, care nu are nicio relevanță asupra conformității ofertei. În cadrul fișei de date, autoritatea contractantă nu a impus prezentarea acestui document. Certificatul de analiză pentru produsul Wildfull - Somon (...) (emis de (...)) este din data de 12.12.2022 și are valabilitate până la 10.06.2024, fiind exclus ca acest document să producă vreun efect în ceea ce privește conformitatea/neconformitatea ofertei. Depunerea unui document suplimentar, care pe fond confirmă specificațiile tehnice, nu poate fi interpretat ca un motiv de neconformitate a ofertei.

Referitor la critica: *„buletinele de analiza/rapoartele de încercare nu au fost efectuate în perioada cuprinsă între data publicării anunțului de participare și data depunerii ofertei”*, intervenienta menționează că a depus raportul de încercare nr. 1/ 16.01.2023, emis în perioada 06.01.2023 - 25.01.2023. Prin urmare, critica este vădit nefondată.

Contestatorul, probabil, supune atenției certificatul de analiză emis de producător, însă, potrivit fișei de date a achiziției, ofertanții nu erau

obligați să depună certificate de analiză, fiind suficientă depunerea fișelor tehnice care să confirme descrierea punctuală a produsului din propunerea tehnică.

Întregul demers judiciar privește documente care nu erau obligatorii, nu conduc la vreo neconformitate și oricum au o valabilitate până în anul 2024. Nici critica *„analizele produsului au fost realizate de către (...) în urma prezentării specificației fiecărui articol de către producător”* nu poate fi reținută, din aceleași considerente.

Produsele oferite au fost însoțite de fișele tehnice, fișe care nu au fost contestate și care confirmă conformitatea ofertei.

Prin documentația de atribuire, la loturile 1 și 2, autoritatea a solicitat exclusiv buletine de analiză/rapoarte de încercare. În plus, potrivit pct. 5 din caietul de sarcini, buletinele de analiză sunt solicitate la recepția produselor, nu la momentul depunerii ofertei.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1051023, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 06.01.2023, autoritatea contractantă (...) a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de concentrat alimentar uscat pentru hrănirea câinilor de serviciu, achiziție divizată în patru loturi și estimată valoric la 915.400 lei, fără TVA.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și (...), a cărei ofertă a fost clasată pe locurile secunde, la loturile 1 și 2, iar câștigătoare a fost desemnată oferta (...) SA. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, (...) a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 17.936 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 208941861/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Sibiu, la data de 03.03.2023.

Înainte de a intra în cercetarea fondului aspectelor sesizate de reclamantă, în contextul invocării de către intervenienta (...) SA a mai multor excepții vizând contestația, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepțiile, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea lor. Însă, la ordine, anterioară analizării excepțiilor care tind la respingerea incipientă a contestației, este necesară determinarea admisibilității în principiu a cererii în cuprinsul căreia au fost invocate, respectiv a cererii de intervenție depusă de (...) SA. Astfel fiind, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă câștigătoare la procedura de atribuire, loturile amintite, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C.

proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Din parcurgerea cuprinsului acestei cereri, se vedește că ea este de sprijinire a întâmpinării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante. Ea se circumscrie art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 – *„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației. (4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.”* –, în sensul că a fost formulată în termenul de 10 zile de la data transmiterii contestației (28.02.2023), conform Codului de procedură civilă.

Se poate trece la cercetarea excepției nulității, ridicată de intervenientă, față de care Consiliul apreciază că nu este întemeiată, urmând a fi respinsă ca atare. Din parcurgerea contestației reiese că societatea (...) este nemulțumită de rezultatul evaluării ofertei (...) SA, considerând că autoritatea nu a verificat temeinic dacă aceasta răspunde anumitor cerințe de ordin tehnic aferente achiziției. În virtutea rolului său activ și a art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, forul jurisdicțional a solicitat lămuriri contestatoarei, iar aceasta a furnizat răspunsul nr. 11040/ 03.03.2023, potrivit căruia contestă rezultatul evaluării ofertei (...) SA la loturile 1 și 2, iar actul atacat este cel prin care acesta a fost stabilit. Au fost anexate mijloacele de probă disponibile.

Față de actul atacat (raportul procedurii) și de motivele expuse în contestație, citită împreună cu răspunsul amintit, se poate lesne determina că societatea contestatoare urmărește și solicită desființarea actului atacat, prin anularea lui în componenta privind evaluarea ofertei câștigătoare la loturile 1 și 2, care a determinat poziționarea reclamantei pe locul secund.

În privința elementului de la art. 10 lit. f) din legea remediilor, constând în motivarea contestației, Consiliul apreciază că ea este suficientă și elocventă. Din întreaga construcție a contestației, secundată de răspunsul precitat, se desprinde concluzia că autoarea este nemulțumită și atacă actul de admitere a ofertei concurente la cele două loturi, urmărind excluderea acesteia din competiție, situație în care

Consiliul este ținut să se pronunțe asupra legalității și temeiniciei actului de admitere a respectivei oferte.

Curtea Constituțională a observat că expunerea cu claritate a situației de fapt dă posibilitatea judecătorului de a identifica motivele de drept, în exercitarea rolului său activ. Astfel, judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire, obligat fiind, în cursul procesului, să pună în discuția părților calificarea juridică exactă, potrivit art. 22 alin. (4) C. proc. civ. (Decizia nr. 400 din 3 iulie 2014).

În privința eventualei redactări deficitare a contestației, Consiliul trebuie să manifeste toleranță și rol activ, pentru a identifica voința autoarei ei și scopul pe care îl urmărește. O contestație nu poate fi respinsă pentru simpla exprimare deficitară a contestatoarei, mai ales în contextul în care, din cuprinsul contestației, se pot deduce, totuși, care sunt voința autoarei și scopul final urmărit de aceasta (desființarea actului considerat nelegal și emiterea unuia legal).

În Hotărârea din 3 iulie 2014, Braun, C-524/13, EU:C:2014:2045, punctul 20, sesizată fiind cu o întrebare preliminară, Curtea de la Luxemburg a consemnat că, deși fraza subordonată din întrebarea preliminară nu conține predicat, această constatare nu determină inadmisibilitatea respectivei întrebări, având în vedere că, conținutul acestei întrebări poate fi dedus cu certitudine din decizia de trimitere. În special, fiind vorba despre concluzii în anulare, prin „cauză a litigiului” trebuie să se înțeleagă contestarea de către reclamant a legalității interne a actului atacat sau, alternativ, contestarea legalității externe a acestuia, distincție recunoscută de jurisprudență (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curții din 13 decembrie 2001, Cubero Vermurie/Comisia, C-446/00 P, EU:C:2001:703, punctele 12, 13 și 16, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din 28 mai 1998, W/Comisia, T-78/96 și T-170/96, EU:T:1998:112, punctele 62-64, Ordonanța Tribunalului Funcției Publice din 11 decembrie 2007, Martin Bermejo/Comisia, F-60/07, EU:F:2007:216, punctele 36-39, și Hotărârea Tribunalului Funcției Publice din 1 iulie 2010, Časta/Comisia, F-40/09, EU:F:2010:74, punctul 83).

Astfel fiind, formularea contestației (...) se încadrează în limitele statornicite de lege, iar excepția nulității (anulării) este respinsă, ca nefondată, soluție valabilă și în privința excepției inadmisibilității, întrucât actul supus cenzurii a fost identificat mai sus și, pe de altă parte, cauțiunea nr. 208941861/1/03.03.2023 respectă termenul de constituire prescris de art. 61 ind. 1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (cinci zile de la data sesizării Consiliului). Contrar susținerii intervenientei, contestația a fost înregistrată la Consiliu la data de 28.02.2023, nu la 24.02.2023.

Intrând în cercetarea fondului demersul contestatoarei, asupra primului motiv – *certificatul de analiză al produsului în limba engleză are*

data de 21.07.2021, iar traducerea în limba română 10.12.2022 – se constată existența acestei inadvertențe la lotul 1, însă ea nu este imputabilă ofertantei, ci traducătorului semnatar al traducerii. Eroarea de redactare a datei nu afectează valabilitatea întregului document, care poate fi ușor confruntat cu înscrisul sursă în engleză, și cu atât mai puțin a ofertei, mai cu seamă că valabilitatea eșantionului de produs (...)((...)) se întinde până la 10.06.2024. În consecință, primul motiv nu este fondat.

Se mai susține și că buletinele de analiză/rapoartele de încercare nu au fost efectuate în perioada cuprinsă între data publicării anunțului de participare și data depunerii ofertei, critică de asemenea găsită a fi neîntemeiată. La lotul 1, raportul de încercare nr. 1/16.01.2023 este emis de Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare pentru Biologie și Nutriție Animală Balotești, Laboratorul de calitate a furajelor și produselor de origine animală, în perioada 6 - 25.01.2023, deci respectă cerința autorității. *Suplimentar* acesteia, a fost depus buletinul de analiză nr. 20015/ 11.01.2023, emis de (...), de asemenea în perioada indicată. Chiar dacă în cuprinsul acestuia figurează ca dată de recepție a probelor 04.01.2023, perioada analitică a analizelor a fost între 5 și 11.01.2023, care se suprapune major peste intervalul prescris de autoritate.

La lotul secund, același raport de încercare nr. 1/16.01.2023 este valabil și pentru Wildfull Junior Mediu Maxi Miel ((...)), respectând cerința autorității. Buletinul de analiză nr. 30014/04.01.2023, emis de (...), nu conduce la respingerea ofertei, el reprezentând un document adițional, respectiv depus suplimentar cerinței autorității. Cu alte cuvinte, chiar dacă acest buletin ar fi lipsit din propunerea tehnică, cerința autorității era îndeplinită prin furnizarea raportului de încercare nr. 1/16.01.2023, context în care oferta nu putea fi respinsă din acest considerent.

Se mai arată de către contestatoare că „analizele produsului au fost realizate de către (...) în urma prezentării specificației fiecărui articol de către producător”, afirmație care nu relevă nicio neconformitate din perspectiva documentației de atribuire. Includerea coloanelor „Specificație” și „Rezultat” în certificatele de analiză nu este interzisă de documentația de licitație sau de legislația pe linie de achiziții publice. (...) nu a denunțat înscrisurile asumate prin două semnături că ar fi false și nici nu a probat că valorile înscrise în acestea nu ar corespunde adevărului.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, reclamanta nu doar că nu reușește să probeze că oferta declarată câștigătoare nu respectă o anumită cerință a documentației de atribuire, ci nici măcar nu identifică în cuprinsul documentației vreo cerință care să interzică analiza produselor în raport cu parametrii din caietul de sarcini, urmând tiparul „Specificație” – „Rezultat”.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a admis oferta (...) SA pentru loturile 1 și 2, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și în limita criticilor formulate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația (...) nr. 10055/28.02.2023, în contradictoriu cu (...).

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat strict prin prisma motivelor invocate de contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. – obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

Totodată, față de cele stabilite mai sus, Consiliul apreciază fondată cerere de intervenție aparținând (...) SA, motiv pentru care o va admite pe fond.

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

Respinge, ca nefondată, contestația (...) nr. 10055/ 28.02.2023, în contradictoriu cu (...).

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 12884/13.03.2023, depusă de (...) SA, sub aspectul netemeiniciei contestației.

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