

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2332/C1/2427

Data: 20.10.2021

Prin contestația nr. 492/15.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 48660/15.09.2021 formulată de SC SRL cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin administrator, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5173/08.09.2021, precum și a raportului procedurii nr. 5171/08.09.2021, emise de către, cu sediul în, str. Principală, nr. 115, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Achiziție buldoexcavator” cod CPV 34144000-8, s-a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de SC SRL și obligarea acesteia la a depune autorizația din partea producătorului CASE Construcții, la reluarea evaluării.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC SRL precizează că în urma evaluării propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SC SRL, cu privire la depunerea documentului prin intermediul căruia CNH International SA, în calitate de producător al utilajelor CASE, autorizează pe SC SRL să comercializeze utilaje marca CASE Construcții pe teritoriul României ca distribuitor/ concesionar autorizat.

Menționează de asemenea că, din raportul de atribuire (pagina 4), reiese faptul că SC SRL nu a depus aceasta autorizație, invocând că această solicitare este una ilegală pentru dovedirea capacității de exercitare a activității profesionale. Mai mult decât acest ofertant a făcut referire la acte normative abrogate, respectiv OUG nr. 34/2006 și Legea

nr. 337/2006. Ulterior, autoritatea contractantă a desemnat acest ofertant ca fiind câștigător al procedurii.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care menționează expres faptul că, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială pentru a putea presta serviciile în cauza în statul de origine, autoritatea contractantă va solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație.

În acest sens, contestatorul precizează că în prezenta procedură a depus această autorizație din partea producătorului CASE Construcții, demonstrând că este autorizat de producător să distribuie utilaje de construcții pe teritoriul României.

De asemenea, contestatorul precizează că ofertantul declarat câștigător nu a solicitat clarificări cu privire la documentația de atribuire, asumându-și astfel, cerințele acesteia.

Prin adresa nr. 504/23.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 50205/24.09.2021, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207533023/1, tranzacția nr. 1129237517/1929901281 din 23.09.2021 eliberată de CEC Bank Unitatea Valea Cascadelor, în cuantum de 6.000 lei.

Prin adresa nr. 5963/06.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 52837/08.10.2021, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea ca nefondată a acesteia.

Față de criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Având în vedere că în conținutul ofertei tehnice depuse, SC SRL a indicat utilajul marca „Case”, prin solicitarea de clarificări nr. 4532/3.08.2021, i s-a solicitat să pună depună documentul care arată faptul că este distribuitor legal al produselor marca CASE, să comercializeze utilaje marca CASE CONSTRUCTII pe teritoriul României ca distribuitor concesionar autorizat.

Prin răspunsul nr. 21H-04/100, ofertantul consideră că solicitarea depășește sfera prevederilor legale în materia achizițiilor publice, considerând-o ilegală, menționând că autoritatea are dreptul să solicite drept criterii de calificare doar capacitatea ofertantului de a aduce la îndeplinire viitorul contract, dovadă pe care acesta o poate face prin furnizarea unei multitudini de utilaje, prin care și cele marca CASE.

În opinia autorității contractante, faptul că ofertantul a indicat o legislație abrogată, nu are relevanță în evaluarea răspunsului.

În susținere, precizează de asemenea că:

a) oferta tehnică depusă de către SC SRL, corespunde specificațiilor tehnice detaliate în caietul de sarcini.

b) în oferta tehnică acesta depune documente din care rezultă că nu este unic importator de utilaje Case, ci distribuitor ceea ce semnifică o revânzare a produselor, utilajele fiind preluate de la CNH Industrial SA

c) din oferta tehnică a rezultat preluarea produselor oferite de la CNH Industrial SA, ofertantul urmând să le distribuie ulterior către consumatorul final, ceea ce reprezintă conceptul de distribuție în comerț: distribuția cuprinde toate activitățile care permit trecerea unor bunuri materiale și imateriale de la un agent economic producător la alți economici utilizatori sau chiar la consumatorul final

d) comisia de evaluare nu este susceptibilă de a proceda la o veritabilă „anchetă economică” prin care să constate care sunt metodele comerciale de preluare a bunurilor oferite de la producător la distribuitor, atât timp cât ofertantul demonstrează faptul că poate livra utilajul conform parametrilor și condițiilor prevăzute în caietul de sarcini.

e) comisia de evaluare a constatat că prin oferta depusă sunt îndeplinite toate condițiile de calitate din punct de vedere tehnic,

f) comisia de evaluare a constatat că în conformitate cu certificatul ONRC depus de către SC SRL și cu copia CUI, acesta este autorizat în conformitate cu legislația națională să desfășoare activități de comerț a mașinilor pentru industria minieră și textilă.

Consideră că rezultă cu certitudine din raționamentul legal aplicat de către autoritatea contractantă, că soluția nu putea fi decât cea a admiterii răspunsului SC SRL și parcurgerea evaluării financiare a ambelor oferte depuse de către ambii ofertanți: SC SRL și SC SRL

În continuare, făcând referire la procesul verbal de evaluare financiară nr. 4793/26.08.20.2021, autoritatea contractantă precizează că suma ofertată de către SC SRL este de 314.500,00 lei fără TVA, la care se adaugă TVA în suma de 59.755 lei

Astfel, valoarea ofertei depășește valoarea estimată și bugetată de către autoritatea contractantă (300.000 lei), neexistând posibilitatea de a suplimenta această sumă, comisia de evaluare declarând în mod corect oferta ca fiind inacceptabilă, în condițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Menționează de asemenea că oferta financiară a ofertantului declarat câștigător este de 298.500,00 lei fără TVA, la care se adaugă TVA în sumă de 56.715,00 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Achiziție buldoexcavator” cod CPV 34144000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. /16.07.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 300.000 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Procedând la analiza cauzei și având în vedere că obiectul criticilor contestatorului îl constituie modul de desemnare ca și câștigătoare a ofertei depuse de SC SRL în cadrul procedurii având ca obiect: „Achiziție buldoexcavator” apreciind că oferta acestuia trebuia respinsă ca inacceptabilă deoarece nu ar fi depus autorizația de la producătorul utilajului ofertat, Consiliul îl va analiza în cele ce urmează prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și prevederile legale în materie.

Având a se pronunța conform principiului disponibilității strict cu privire la aspectele cu care a fost investit în mod legal prin contestația depusă de SC SRL respectiv cu privire la pretinsa neconformitate a ofertei depusă de SC SRL, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- potrivit prevederilor secțiunii II.1 din anunțul de participare simplificat, obiectul prezentei proceduri de atribuire constă în „Achiziție buldoexcavator”;

- la pag. 3 din caietul de sarcini publicat, în SEAP, în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[.../00003] Caiet de sarcini.pdf”, autoritatea contractantă a formulat la secțiunea „Condiții de livrare” următoarea cerință: „Furnizorul va trebui să fie distribuitor/ concesionar autorizat”;

- în cadrul notei finale aflată la pag. 3 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat „Ofertantul trebuie să facă dovada că este autorizat de producătorul echipamentului să facă distribuție și service pe teritoriul României”;

- în preambulul caietului de sarcini, la pag. 1 capitolul „2. Obiectul achiziției”, autoritatea contractantă a menționat că „Produsele oferite de ofertant trebuie să corespundă tuturor cerințelor prezentate în caietul de sarcini”;

- Precizările anterior reproduse din caietul de sarcini sunt completate de cele aflate la secțiunea „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[.../00007] FisaDate_DF1118926.pdf”, intitulate generic „fișa de date”, potrivit cărora „Propunerea tehnică va fi elaborată, astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini.

Vor fi acceptate ofertele care îndeplinesc cerințele caietului de sarcini.

În propunerea tehnică se vor descrie:

- toate informațiile din care să se poată aprecia dacă sunt îndeplinite cerințele din caietul de sarcini, alte informații considerate semnificative pentru evaluarea corespunzătoare a propunerii tehnice, o descriere a produselor, fișa tehnică și de securitatea a produsului, specificațiile tehnice, certificate de conformitate, după caz)”.
Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. **Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini**] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției, operatorii economici participanți aveau obligația să facă dovada conformității produselor oferite cu specificațiile tehnice, inclusiv în ceea ce privește autorizarea pentru distribuție și service din partea producătorului.

Consiliul reține că sesizând discrepanța dintre prevederile documentației de atribuire în care s-a solicitat dovada autorizării de către producătorul echipamentului în vederea distribuției și service-ului pe teritoriul României și propunerea tehnică a SC ...SRL în care acest ofertant a menționat doar că „suntem distribuitori autorizați pentru livrarea utilajului” (pag. 95 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a transmis acestuia adresa de solicitare

clarificări nr. 4532/03.08.2021 (pag. 153 din același dosar), privind următoarele aspecte:

„având în vedere cerința din caietul de sarcini potrivit căreia furnizorul trebuie să fie distribuitor/concesionar autorizat, vă rugăm să ne transmiteți documentul prin care CNH Internațional SA – reprezentant legal al utilajelor CASE, autorizează compania SC SRL să comercializeze utilajele marca CASE CONSTRUCȚII pe teritoriul României ca și distribuitor/concesionar autorizat”.

La această solicitare de clarificare, SC SRL a răspuns prin adresa nr. 21H-04/100 (pag. 154-156 din dosarul achiziției), argumentând lipsa transmiterii documentului în cauză invocând nelegalitatea cerinței impuse cu privire la autorizarea din partea producătorului.

Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă a oferit contestatorului prin adresa de solicitare anterior menționată o reală șansă de a-și completa oferta cu autorizarea din partea producătorului utilajului, acesta nu a profitat de ocazie și nu a transmis comisiei de evaluare documentul în discuție optând în mod tardiv de a critica cerința în cauză, apreciind-o ca nelegală.

Ulterior, autoritatea contractantă a încheiat raportul procedurii nr. 5171/08.09.2020, în care a desemnat câștigătoare oferta SC SRL.

Consiliul nu se va pronunța asupra legalității cerinței din caietul de sarcini cu privire la dovada autorizării de către producătorul echipamentului în vederea distribuției și service-ului pe teritoriul României, nefiind investit în acest sens. Conform principiului disponibilității statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din aceeași normă juridică, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

Mai mult, operatorii economici interesați nu au formulat în cadrul termenelor prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016 obiecții cu privire la dovada autorizării de către producătorul echipamentului în vederea distribuției și service-ului pe teritoriul României, prin urmare și-au însușit atât obligația de a depune dovada respectivei autorizări din partea producătorului cât și riscurile care decurg din nerespectarea acestei cerințe.

De bună seamă că autoritățile contractante nu au dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedurile de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă ar fi existat obiecțiuni de nelegalitate în privința cerințelor din caietul de sarcini aferent procedurii de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei sau dacă considera că acestea sunt incomplete, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Nefiind contestate de către niciun operator economic interesat, cerințele din fișa de date a achiziției cu privire la modul de elaborare a propunerii tehnice și cele din caietul de sarcini cu privire la dovada autorizării de către producătorul echipamentului în vederea distribuției și service-ului pe teritoriul României sunt obligatorii, și nu formale.

Ori, întrucât SC SRL nu a depus în cadrul ofertei și nici în urma răspunsului la solicitarea de clarificări dovada autorizării de către producătorul echipamentului în vederea distribuției și service-ului pe teritoriul României (înscris solicitat expres prin documentația de atribuire), Consiliul reține că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să desemneze drept câștigătoare oferta acestuia, nefiind îndeplinite în mod cumulativ toate condițiile prevăzute la art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 ci ar fi trebuit să constate față de oferta acestuia incidența prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora „în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE a reținut că „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi

*revine sarcina de a respecta **cu strictețe** criteriile pe care ea însăși le-a*

stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova,

C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie

2014, *Cartiera dell'Adda*, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)"

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit" și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât **miza este excluderea** din procedură".

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/ 2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile proprii documentației de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

La considerentul 28 din Hotărârea pronunțată în **cauza C-131/16**,

CJUE s-a pronunțat astfel: „a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea

din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C- 599/10,

EU:C:2012:191, punctul 37)”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că în etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt propria documentație de atribuire, criticile din contestația formulată de SC SRL fiind pe deplin justificate, urmând a fi admise.

În ceea ce privește însă legalitatea cerinței *„Ofertantul trebuie să facă dovada că este autorizat de producătorul echipamentului să facă distribuție și service pe teritoriul României”* din caietul de sarcini, asupra căreia nu a fost legal investit să se pronunțe prin contestația care face obiectul prezentei, Consiliul urmează să aplice prevederile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, sens în care va sesiza Agenția Națională pentru Achiziții Publice și Curtea de Conturi.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini