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.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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

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

Prin contestația nr. ……../25.04.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ……../25.04.2019, formulată de ..... SRL, cu sediul în ……, localitatea ....., județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului Brașov sub nr. ....., CUI ……, reprezentată legal prin ..... - administrator, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „produse lactate”, cod CPV 15500000-3 Produse lactate (Rev.2), de ....., cu sediul în str. 1 Decembrie 1918 nr. 14, ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, s-au solicitat anularea procesului-verbal nr. ……../23.04.2019 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, a raportului intermediar nr. ……../23.04.2019 al etapei privind selecția candidaților, a procesului-verbal nr. ……../23.04.2019 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, a raportului procedurii nr. ……/23.04.2019 și a comunicării rezultatului procedurii, reexaminarea ofertei contestatoarei iar, în eventualitatea admiterii contestației, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea prezentei contestații.

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

Prin contestația nr. ……/25.04.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ……/25.04.2019, formulată de ..... SRL, s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, în data de 23.04.2019, prin intermediul SEAP, i s-au comunicat procesele-verbale de evaluare nr. ……../23.04.2019 și nr. ……./23.04.2019, raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților nr. ……./23.04.2019 și raportul procedurii nr. ……/23.04.2019, prin intermediul cărora a luat la cunoștință despre faptul că oferta sa a fost declarată neconformă, întrucât din cadrul propunerii tehnice lipsea produsul TOFU 300 grame.

Contestatoarea apreciază evaluarea făcută ofertei sale ca fiind una eronată și excesivă și solicită autorității contractante să adopte măsurile de remediere adecvate raportat la motivele contestației.

În susținerea contestației, se invocă faptul că decizia autorității contractante a fost luată fără o solicitare prealabilă de clarificări. În ipoteza în care ar fi primit o astfel de solicitare, ar fi putut să aducă la cunoștința autorității faptul că produsul respectiv a fost inclus în propunerea financiară și ofertat, simpla lui omisiune din propunerea tehnică fiind doar o regretabilă eroare.

Se invocă, în acest sens, dispozițiile art. 209 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (1), (6) – (9) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 din care rezultă că este permis autorității contractante să accepte clarificarea/completarea propunerii tehnice depusă de contestatoare.

Se arată că autoritatea contractantă nu a întreprins demersurile necesare pentru a putea verifica dacă se găsea în prezența unei abateri tehnice minore.

Contestatoarea consideră nelegală conduita autorității contractante, deoarece, potrivit propriului caiet de sarcini, produsul TOFU 300 grame este cel mai puțin relevant și important în cadrul procedurii, cantitatea maximă previzionată a fi achiziționată în cursul a 12 luni fiind de 10 bucăți.

Corectarea abaterii tehnice referitoare la acest produs nu ar fi determinat nicio modificare a prețului total al ofertei, după se susține, întrucât în propunerea financiară depusă în SEAP s-au inclus sumele aferente acestui produs. De asemenea, clarificarea propunerii tehnice nu ar fi determinat vreun avantaj nelegal față de celălalt participant la procedură.

În drept, sunt invocate prevederile art. 8, 9 și 61¹ din Legea nr. 101/2016, iar, ca probatoriu, sunt prezentate o serie de înscrisuri.

Prin adresa nr. ……./02.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr……/03.05.2019, autoritatea contractantă a depus la dosarul cauzei

punctul său de vedere referitor la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată și continuarea procedurii.

Vizavi de motivul reținut în sarcina contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că nu a considerat necesară solicitarea de clarificări având în vedere că produsul respectiv lipsea cu desăvârșire din propunerea tehnică. Eventualele clarificări se impuneau, în opinia autorității contractante, dacă era prezentat produsul și ar fi avut nelămuriri privind prezentarea acestuia. Apreciază că prin prezentarea de clarificări, contestatoarea trebuia să prezinte o nouă ofertă tehnică.

Rolul ofertei tehnice, după cum se arată, este acela de a se prezenta produsele solicitate, precum și descrierea acestora, neprezentarea unuia dintre acestea făcând imposibilă verificarea descrierii acestuia, respectiv verificarea dacă produsul este conform cu solicitările din caietul de sarcini, nefiind elocventă susținerea contestatoarei, că, deși produsul nu era prezent în oferta tehnică, această omisiune nu este sancționabilă deoarece cantitatea previzionată este de doar 10 bucăți.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei privind corelarea produsului lipsă din oferta tehnică cu cel din oferta financiară, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că operatorii economici aveau obligația completării denumirii produsului în Formularul de ofertă – Formular nr. 3, iar în Centralizator de prețuri – Anexă la Formularul nr. 4 denumirea produsului. Din cele două documente se poate stabili doar denumirea produsului, fără a se cunoaște componentele acestuia, caracteristicile acestora, corespondența cu oferta tehnică prezentată de ofertant.

Acceptarea completării propunerii tehnice de către contestatoare, opinează autoritatea contractantă, ar fi creat un avantaj evident acesteia, conducând astfel la încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice, statuate de art. 2 alin. (2) lit. a, b și d din Legea nr. 98/2016, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă mai multe hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene și anume: Hotărârea pronunțată în cauza C-223/16, Casertana Costruzioni Srl împotriva Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – (pct. 35) și Hotărârea din 07 aprilie 2016 pronunțată în cauza C-324/14.

Clarificările la documentația de atribuire se puteau solicita până la data de depunere a ofertelor.

Autoritatea contractantă precizează faptul că documentația de atribuire (alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului) nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, dar mai ales pentru contestatoare.

Menționează faptul că, în temeiul art. 215 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, a respins, în mod corect, oferta contestatoarei și solicită Consiliului ca, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, să respingă contestația formulată de ..... SRL, ca nefondată.

În drept, sunt invocate prevederile din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2026, iar ca probatoriu, au fost depuse documentele din dosarul achiziției publice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect produse lactate, cod CPV 15500000 - 3 Produse lactate (Rev.2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, conform anunțului de participare simplificat nr. ……../10.04.2019, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită pentru 22.04.2019, ora 15.00. Valoarea estimată a acordului-cadru este 353.620,20 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

La procedură au fost primite două oferte, între care și aceea a ..... SRL, aceasta din urmă fiind respinsă de autoritate ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, produsul TOFU 300 gr lipsind din propunerea tehnică. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze, fiind consemnată și cauțiunea aferentă.

Consiliul ia act că rezultatul evaluării tehnice a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. ……./23.04.2019, rezultat comunicat societății contestatoare la data de 23.04.2019, prin intermediul adresei nr. ……..

În esență, problema în dezbatere vizează conformitatea tehnică a ofertei ..... SRL în raport de cerințele caietului de sarcini.

Față de actul atacat și de argumentele expuse în contestație, organul jurisdicțional stabilește că autoritatea contractantă a solicitat în caietul de sarcini furnizarea unor produse lactate, printre acestea, regăsindu-se și *brânza Tofu 300gr*. În descrierea acestui produs, s-au impus anumite rigori (a se vedea cap. 3 *Descrierea produselor solicitate,* pct. 16): *simplu în saramură. Pe etichetă se va menționa denumirea produsului, sortimentul, greutatea cutiei, valoare nutritivă, valoare energetică, ingredient, numele și adresa producătorului, număr lot și dat fabricației, termen de valabilitate (să fie de peste 30 zile la data livrării), starea termică a brânzei. Data durabilității minimale pentru produsele congelate se stabilesc de către producător și se înscriu conform normelor în vigoare pentru etichetarea alimentelor,* iar ca și cantitate s-au impus 10 bucăți (cap. 3.4.1 din caietul de sarcini)

La pct. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, s-a prevăzut, între altele: *propunerea tehnică va respecta în totalitate cerințele din caietul de sarcini, în caz contrar, oferta va fi declarată neconformă.*

În pofida acestor reguli clare, ofertantul ..... SRL a ales să nu se conformeze acestora, transmițând o ofertă incompletă, din al cărei cuprins lipsește produsul brânză Tofu 300gr.

În apărarea sa, ofertantul recunoaște practic că produsul respectiv nu se regăsește în propunerea tehnică, *simpla lui omisiune fiind o regretabilă eroare,* (după cum acesta se exprimă), însă este inclus în propunerea financiară.

Faptul că acest produs se regăsește a fi cotat în propunerea financiară, nu înlătură obligația ofertantului de a-l include în propunerea tehnică, în vederea verificării conformității acestuia cu cerințele documentației. Procesul de evaluare a ofertelor se desfășoară secvențial, prin parcurgerea etapelor de evaluare DUAE, evaluare tehnică, evaluare financiară și evaluare documente pentru îndeplinirea informațiilor din DUAE, în care doar ofertele admise în fiecare etapă pot parcurge etapele următoare (în acest sens s-a exprimat și Curtea de Apel Suceava în decizia sa nr. 152/19.02.2019 pronunțată în dosarul 61/39/2019). Fiind în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă nu putea să parcurgă această etapă și să declare oferta conformă, pe motiv că produsul lipsă ar putea să se regăsească cotat în propunerea financiară.

Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a normelor imperative ale documentației de atribuire.

Chiar și în situația în care autoritatea îi cere explicații punctuale despre produsul reclamat a fi lipsă, societatea nu poate profita de solicitarea transmisă de autoritate pentru a încerca să își transforme propunerea tehnică neconformă în una conformă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din lege, cât și de prevederile art. 49 și ale art. 209 din același act normativ („*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. Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*").

Pe de altă parte, având în vedere particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică ce impun o rigoare deosebită atât din partea autorității contractante, cât și din partea candidaților, acest drept al autorității contractante de a solicita clarificări și completări nu poate fi exercitat fără limitări, cu subiectivism, în detrimentul celorlalți ofertanți.

Aceasta, în condițiile în care operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința îndeplinirii tuturor cerințelor cuprinse în documentația de atribuire, fiind obligați să se supună rigorilor acestora, în situația în care nu au înțeles să conteste anumite cerințe precizate în documentația de atribuire.

Întrucât ..... SRL nu a prezentat în cuprinsul propunerii tehnice produsul Tofu 300gr, ceea ce este de natură a face imposibilă verificarea de către comisia de evaluare a respectării cerințelor atât din punct de vedere calitativ, cât și cantitativ, Consiliul apreciază că în mod întemeiat a respins autoritatea contractantă oferta acestui operator economic ca neconformă.

Prin urmare, existând obligația îndeplinirii tuturor cerințelor puse în vedere ofertanților prin caietul de sarcini, prin încălcarea acestor reguli ale documentației de atribuire au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini), precum și cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), iar singura decizie legală ar fi aceea de respingere a ofertei, pentru motive de neconformitate.

Teza abaterilor tehnice minore nu poate fi acceptată în speță, întrucât textul de lege, invocat de însăși societatea contestatoare, definește, în mod clar, înțelesul acestei noțiuni. Astfel, potrivit art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016 *sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate* ***într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte****.* Or, situația de față reflectă contrariul.

Nu poate fi primită nici susținerea contestatoarei cum că produsul brânza Tofu este cel mai puțin relevant și important, cantitatea maximă fiind de 10 bucăți, întrucât, atât timp cât respectivul produs face parte din propunerea tehnică, este lipsită de importanță cantitatea mai mică sau mai mare în comparație cu celelalte produse.

Practic, societatea contestatoare se prevalează de propria culpă, solicitând acceptarea ofertei pe considerentul caracterului minor al neconcordanței identificate în propunerea tehnică și includerii sumelor aferente produsului *brânză Tofu* în propunerea financiară. Cert este că autoritatea a fixat anumite specificații tehnice, obligatorii, nu facultative.

Vizavi de obligația de conformitate tehnică a ofertelor, în Hotărârea sa din 13 septembrie 2011, cauza T-8/09, Dredging International NV și

Ondernemingen Jan de Nul NV, reclamante, împotriva Agenției Europene pentru Siguranța Maritimă, pârâtă, pct. 136, Tribunalul Uniunii Europene a reținut:

68. În această privință, trebuie adăugat că scopul procedurii de atribuire a contractelor este satisfacerea nevoilor autorității contractante în cele mai bune condiții posibile. În consecință, autoritatea contractantă trebuie să poată defini în mod liber obiectul unui contract de achiziții publice în funcție de nevoile sale, ceea ce implică faptul că nu poate fi obligată să ia în considerare o ofertă care se referă la un alt obiect decât cel avut în vedere de autoritatea menționată, astfel cum este stabilit în documentele de invitație la licitație.

69. Tot astfel, de regulă, nerespectarea obiectului contractului face imposibilă compararea efectivă a ofertelor depuse, în măsura în care elimină baza comună de referință.

70. În plus, îndepărtarea autorității contractante de la documentele de invitație la licitație, prin acceptarea unor oferte care nu corespund obiectului contractului, astfel cum este definit în documentele menționate, ar fi ireconciliabilă cu principiile transparenței și egalității de tratament.

71. De altfel, rezultă din jurisprudență că este esențial ca autoritatea contractantă să fie în măsură să se asigure cu precizie cu privire la conținutul ofertei și în special cu privire la conformitatea acesteia cu condițiile prevăzute în documentele de invitație la licitație. Astfel, atunci când o ofertă este ambiguă, iar autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a stabili, în mod rapid și eficient, care este efectiv obiectul respectivei oferte, aceasta nu are altă posibilitate decât să o respingă (Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctul 34). Aceeași consecință se impune, a fortiori, atunci când, precum în speță, oferta nu corespunde în mod evident obiectului contractului.

72. În aceste condiții, trebuie să se considere că, conformitatea cu obiectul contractului, astfel cum este descris în documentele de invitație la licitație, constituie o condiție prealabilă pe care orice ofertă trebuie să o îndeplinească pentru a putea fi luată în considerare în cadrul procedurii de atribuire a contractului. Nerespectarea acestei condiții trebuie să conducă la eliminarea de către autoritatea contractantă a ofertei în cauză, fără ca aceasta să mai fie comparată cu celelalte oferte depuse.

Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, în care se amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați. Caietul de sarcini trebuie interpretat, așadar, din punctul de vedere al principiului conform căruia actele emise de administrație sunt obligatorii pentru aceasta și al principiului respectării egalității de tratament între candidați, în scopul de a stabili dacă acesta, astfel cum susține reclamanta, era de natură să permită întreprinderii comune acceptarea rezervelor.

În Hotărârea din 5 decembrie 2013, Nordecon și Ramboll Eesti, C-561/12, EU:C:2013:793, punctul 37, Curtea de la Luxemburg a statuat că, deși autoritatea contractantă dispune de o putere de negociere în

cadrul unei proceduri de negociere, este întotdeauna obligată să vegheze la respectarea cerințelor contractului cărora le-a atribuit caracter obligatoriu.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că, în mod legal, autoritatea a respins oferta ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea actului prin care a fost stabilit rezultatul evaluării tehnice și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația.

Consiliul va respinge și cererea accesorie a ..... SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, în condițiile în care această din urmă parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei. Nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, în sensul că autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă, ci dimpotrivă.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația ..... SRL, în contradictoriu cu .....

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge și capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate de ..... SRL.

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

Redactată în …….. exemplare, conține ……. pagini