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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - director general, privind procedura simplificată pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de ....., cod CPV 33700000-7, cu data-limită de depunere a ofertelor 03.09....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ..... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a ..... SRL.

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 SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante ..... de a desemna câștigătoare oferta SC ... SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

- la poz. 4 - deodorant femei, cerința caietului de sarcini a fost să nu conțină alcool. Nu s-a probat că produsul propus de SC ... SRL

respectă cerința caietului de sarcini. SC ... a depus o fișă tehnică copiată din caietul de sarcini, nedepunând o fișă de la producător;

- la poz. 5 - deodorant bărbați, cerința caietului de sarcini a fost să nu conțină alcool. Nici pentru produsul ofertat la această poziție, SC ... SRL nu a făcut dovada respectării cerinței;

- la poz. 10 - șampon de păr, cerința caietului de sarcini a fost să conțină ingrediente cu extracte naturale și să aibă acțiune hidratantă/antimătreață/regenerantă și fortifiantă. Produsul ofertat de SC ... SRL nu are acțiune hidratantă/antimătreață/ regenerantă și fortifiantă. Pentru a îndeplini aceste condiții sunt necesare ingrediente speciale.

Deoarece Legea nr. 98/2016 stabilește că în caietul de sarcini trebuie să existe în mod obligatoriu specificații tehnice, cerințe, prescripții, caracteristici de natura tehnică ce permit fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, veridicitatea celor declarate în fișele tehnice depuse și semnate de către SC ... SRL trebuia să fie probată prin poze clare, eșantioane, mostre și fișe tehnice de la producător.

SC ... nu probează respectarea cerințelor pentru cele trei produse menționate anterior.

În punctul său de vedere nr. 33873/..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 44890/31.10....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că prevederile art. 179 lit. l) din Legea nr. 98/2016 reprezintă o transpunere a prevederilor art. 60 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, potrivit cărora: „Capacitățile tehnice ale operatorilor economici pot fi dovedite în unul sau mai multe dintre modurile enumerate în anexa XII partea II, în funcție de natura, cantitatea sau importanța și de utilizarea lucrărilor, a produselor sau a serviciilor.” Anexa XII, partea a II-a Directivei 2014/24/UE prevede, ca mijloace de dovedire a capacităților tehnice ale operatorilor economici: „(k) în ceea ce privește produsele care urmează să fie furnizate: (i) eșantioane, descrieri sau fotografii a căror autenticitate trebuie dovedită la cererea autorității contractante.” Legislația în vigoare dă dreptul autorităților contractante de a solicita, după caz, fie eșantioane, fie descrieri, fie fotografii ale produselor pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare privind îndeplinirea capacității tehnice și profesionale, nu pentru verificarea conformității cu cerințele caietului de sarcini.

Autoritatea a solicitat, prin caietul de sarcini postat în SEAP, următoarele:

Ofertantul are obligația de a prezenta în cadrul propunerii tehnice documente pentru demonstrarea conformității produselor ofertate cu specificațiile tehnice din prezentul caiet de sarcini. În acest sens, ofertantul are obligația de a prezenta în cadrul propunerii tehnice următoarele:

- declarație de conformitate sau certificat de calitate a produsului;
- fișa tehnică a produselor.

În cadrul propunerii tehnice, se vor oferi informații suficiente, verificabile și ușor de comparat, precum: denumirea comercială a produsului, denumirea sau marca producătorului, termenul de garanție, termen de valabilitate sau data limita de consum, principalele caracteristici tehnice și calitative, modul de păstrare.

Se interzice prezentarea de afirmații și indicații care nu sunt conforme cu parametrii ce caracterizează produsele și care nu pot fi probate.

„Prin prezentarea de fotografii ale produselor ofertate și analizarea/evaluarea acestora, comisia de evaluare a ofertelor a declarat ofertele depuse de SC ... SRL și de SC ..... SRL ca fiind admisibile.”

Tot în caietul de sarcini, s-a solicitat ca produsele ofertate să aibă caracteristicile minimale de mai jos:

Denumire produs	**Caracteristici, condiții minime de calitate, ambalare și marcare**
Deodorant femei	Deodorant spray pentru femei, fără alcool, ambalat tub de min. 150 ml, nu irită pielea, eficient împotriva transpirației, compatibilitate la nivelul pielii, testată dermatologic.
Deodorant bărbați	Deodorant spray pentru bărbați, fără alcool, ambalat tub de min. 150 ml, nu irită pielea, eficient împotriva transpirației, compatibilitate la nivelul pielii testată dermatologic.
Șampon de păr	Șampon cu ingrediente naturale din plante cu acțiune hidratanta/antimătreață/regenerantă/fortifiantă. Ambalaj - flacon de min. 200 ml, din polietilenă, prevăzut cu capac ce permite scurgerea produsului în vederea dozării optime. Proprietăți - pentru toate tipurile de păr, pentru uz frecvent.

S-a specificat și că nu se acceptă decât produse de calitate, care corespund specificațiilor tehnice, iar corespondenta va fi probată cu eșantioane sau fotografii ale produselor ofertate. În cazul acceptării ofertei, produsele livrate trebuie să respecte aceleași condiții de calitate ca și eșantioanele și fotografiile prezentate, respectiv să fie aceleași produse pe toată perioada contractului.

Ofertanții au prezentat dovezi constând în declarații de conformitate și fișe tehnice ale produselor, din care a ..... că produsele satisfac cerințele minimale solicitate în caiet, astfel că nicio ofertă nu a putut fi respinsă „pe motive de calitate”.

Având în vedere cele precizate anterior și faptul că obiectul prezentei proceduri de atribuire îl constituie furnizarea de ....., autoritatea contractantă consideră ca fiind nefondată contestația depusă de SC ..... SRL.

În răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 45903/06.11....., SC ..... SRL arată că obiectul contestației este anularea actului de adjudecare în cadrul procedurii de atribuire în cauză. E-mailul de înaintare a contestației a fost expediat Consiliului înainte de ora 17, la care își încheie activitatea personalul administrativ, precizare în raport de care Consiliul apreciază că respectiva contestație a fost transmisă în interiorul termenului legal.

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 ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de diverse ..... (aparat de ras cu 2 lame, burete de baie, cremă de ras, deodorant femei, deodorant bărbați, unghiere, pastă de dinți, periuță de dinți, pieptene, șampon de păr, săpun lichid, săpun de toaletă, săpunieră cu grătar, hârtie igienică, prosop de hârtie, șervețele de masă, șervețele nazale, șervețele umede), estimate valoric la 312.126,98 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, conform datelor afișate în SEAP, s-au prezentat șase operatori economici, între care și SC ... SRL, a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, situație în care se află și oferta SC ..... SRL, în speță acordul-cadru urmând a fi încheiat cu doi ofertanți, potrivit răspunsului ..... nr. 33707/..... Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un

contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinosa Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, pct. 23).

Depășind această scurtă introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că organizatoarea achiziției nu a respectat întocmai dispozițiile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit cărora avea obligaţia de a transmite Consiliului o copie a întregului dosar al achiziţiei publice, astfel cum este conturat la art. 148 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 148. - Dosarul achiziţiei publice trebuie să cuprindă documentele întocmite/primite de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, cum ar fi, dar fără a se limita la următoarele:

a) strategia de contractare;

b) anunţul de intenţie şi dovada transmiterii acestuia spre publicare, dacă este cazul;

c) anunţul de participare şi dovada transmiterii acestuia spre publicare;

d) erata, dacă este cazul;

e) documentaţia de atribuire;

f) documentaţia de concurs, dacă este cazul;

g) decizia/dispoziţia/ordinul de numire a comisiei de evaluare şi, după caz, a experţilor cooptaţi;

h) declaraţiile de confidenţialitate şi imparţialitate;

i) procesul-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor, dacă este cazul;

j) formularele de ofertă depuse în cadrul procedurii de atribuire;

k) DUAE şi documentele de calificare, atunci când acestea au fost solicitate;

l) solicitările de clarificări, precum şi clarificările transmise/primite de autoritatea contractantă;

m) raportul intermediar privind selecţia candidaţilor, dacă este cazul;

n) procesele-verbale de evaluare, negociere, dialog, după caz;

o) raportul procedurii de atribuire, precum şi anexele la acesta;

p) dovada comunicărilor privind rezultatul procedurii;

q) contractul de achiziţie publică/acordul-cadru, semnate, şi, după caz, actele adiţionale;

r) dacă este cazul, contractele atribuite în temeiul unui acord- cadru;

s) anunţul de atribuire şi dovada transmiterii acestuia spre publicare;

ş) dacă este cazul, contestaţiile formulate în cadrul procedurii de atribuire, însoţite de deciziile motivate pronunţate de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor;

t) hotărâri ale instanţelor de judecată referitoare la procedura de atribuire;

ţ) documentul constatator care conţine informaţii referitoare la îndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant;

u) dacă este cazul, decizia de anulare a procedurii de atribuire.

În speță, Direcția Generală a omis să transmită Consiliului copia procesului-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor, ale proceselor-verbale de evaluare, a raportului procedurii de atribuire și ale comunicărilor privind rezultatul procedurii. Absența acestor înscrisuri nu influențează soluția care va fi pronunțată, motiv pentru care nu se impune emiterea unei adrese către direcție în vederea suplimentării probatoriului, care ar întârzia finalizarea procedurii jurisdicționale.

În fișa de date a achiziției, la IV.4.1) - *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, autoritatea a precizat:

Propunerea tehnica se va intocmi in mod obligatoriu in conformitate cu prevederile caietului de sarcini.

Nu se accepta transcrierea de tip „copy-paste" a specificatiilor tehnice continute în Caietul de sarcini

- fisele cu caracteristicile tehnice
- certificatul de calitate/declaratia de conformitate a produsului

[...]

Propunerea tehnica va fi transmisa in format electronic in SICAP pe www.e-licitatie.ro (obligatoriu sub semnatura electronica) pana la data si ora limita de depunere a ofertelor si **va contine in mod obligatoriu fisa tehnica a produsului, in limba romana, din care sa reiasa informatii clare despre produsul ofertat, pentru stabilirea concordantei cu specificatiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini**. Oferta tehnica si toate anexele acesteia vor fi prezentate in limba română.

Ofertele care nu satisfac în mod corespunzator cerintele caietului de sarcini, sunt considerate neconforme, in conformitate cu prevederile art. 215 alin (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice.

Similar, la primul punct din caietul de sarcini, autoritatea a stabilit:

Ofertantul are obligaţia de a prezenta in cadrul propunerii tehnice, documente pentru demonstrarea conformităţii produselor ofertate cu specificaţiile tehnice din prezentul caiet de sarcini. In acest sens, ofertantul are obligaţia de a prezenta in cadrul propunerii tehnice urmatoarele:

- declaraţie de conformitate sau certificat de calitate a produsului,
- fisa tehnica a produselor.

In cadrul propunerii tehnice, **se vor oferi informaţii suficiente, verificabile si uşor de comparat**, precum: denumirea comerciala a produsului, denumirea sau marca producătorului, termenul de garanţie, termen de valabilitate sau data limita de consum, **principalele caracteristici tehnice si calitative**, modul de pastrare.

Se interzice prezentarea de afirmaţii si indicaţii **care nu sunt conforme cu parametrii ce caracterizeaza produsele si care nu pot fi probate**.

Din parcurgerea propunerii tehnice a SC ... SRL comparativ cu specificațiile prestabilite în caietul de sarcini, organul de jurisdicție observă că respectiva ofertantă a declarat că deodorantul pentru femei Dale și cel pentru bărbați Modelite nu conțin alcool, precum și că șamponul Top are proprietăți de hidratare, antimătreață și regenerare, însă aceste caracteristici de ordin tehnic nu rezultă din

niciun mijloc de probă. Autoritatea a interzis prezentarea de afirmaţii și indicaţii care nu pot fi probate.

Câtă vreme planează o suspiciune asupra conformității integrale a specificațiilor celor trei produse cu cele consemnate în caietul de sarcini, Consiliul apreciază că o clarificare pe acest subiect se impune cu SC ... SRL, astfel încât să se asigure determinarea dacă respectivele produse acoperă totalitatea specificațiilor obligatorii. Din actele aflate la dosar nu reiese că organizatoarea procedurii, prin comisia evaluatorie desemnată, s-a preocupat să ceară ofertantei lămuriri asupra caracteristicilor produselor, în speță dacă deodorantele conțin sau nu alcool și dacă șamponul cu extract de urzică posedă acțiune „hidratantă/antimătreață/regenerantă/ fortifiantă”.

Fișa tehnică de la producător este unul dintre mijloacele de probă pe care le poate solicita autoritatea, însă dacă aceasta nu este disponibilă distribuitorului, orice alt mijloc de probă concludent poate fi acceptat, inclusiv buletine de analiză de la laboratoare abilitate.

Din fotografiile anexate de SC ..... SRL nu reiese că produsele ar acoperi toate specificațiile impuse de autoritate, context în care revine SC ... SRL sarcina de a își demonstra conformitatea.

Jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple presupuneri care ar favoriza ori defavoriza ofertanții. Autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea, conformitatea și prețul ofertei. Solicitările autorității trebuie să răspundă și dispozițiilor imperative din norme – *comunicarea transmisă către ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare*. Clarificarea este necesară pentru ca autoritatea beneficiară să nu fie nevoită să deducă ea însăși elemente esențiale ale ofertei, pe baza unor informații insuficiente.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f), comisia de evaluare are atribuția verificării conformității

propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Pentru a fi imparțială, evaluarea trebuie să fie completă și temeinică, iar nu să lase loc supozițiilor de favorizare a unei anumite oferte sau, dimpotrivă, de dezavantajare a ei. Prin urmare, în contextul înfățișat și în virtutea normelor evocate mai sus, o evaluare imparțială și argumentată a propunerii tehnice a SC ... SRL era și este necesară, mai cu seamă că autoritatea nu este îndrituită să conceapă elemente esențiale ale propunerii tehnice pe baza unor informații insuficiente sau inexistente în propunerea aflată în discuție. Entitatea nu și-a îndeplinit obligația de a verifica sustenabilitatea propunerii tehnice potrivit normelor legale, coroborând toate informațiile cuprinse în aceasta, cu atenția cuvenită, context în care Consiliul determină că evaluarea ofertei este eronată și se impune o evaluare reală a ei. Doar după îndeplinirea acestei obligații legale, Consiliul se va putea pronunța asupra legalității și temeiniciei viitoarei decizii a autorității, prin care oferta va fi considerată admisibilă sau inadmisibilă, în mod fundamentat. Decizia civilă nr. 1314 din 22 martie 2012 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, este în sensul că ofertele nu trebuie examinate formal.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei SC ... SRL s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare în privința verificării atente de către autoritate a conformității tehnice a celor trei produse ofertate (deodorantul pentru femei Dale, deodorantul pentru bărbați Modelite și șamponul cu extract de urzici Top) și, pe cale de consecință, criticile societății contestatoare sunt fondate. Astfel stând lucrurile, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., va anula actul de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului, în partea care privește oferta SC ... SRL, și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației licitației și a legislației aplicabile achiziției publice.

Unitatea achizitoare trebuie să conștientizeze răspunderea care îi revine în privința desemnării ofertei câștigătoare, asupra căreia nu poate plana nicio îndoială legată de îndeplinirea întocmai a tuturor cerințelor tehnice, în absența cărora s-ar aduce atingere și concurenței loiale între ofertanți.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., și anulează actul de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire, în partea care privește oferta SC ... SRL, și adresele de comunicare a rezultatului procedurii către SC ... SRL și SC ..... SRL. Obligă autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei SC ... SRL, precum și la emiterea unui raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica SC ... SRL și SC ..... SRL rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

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

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

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.