

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. 2509/C1/2523

Data: 28.11.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 51110/18.10.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, B..., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. .., având CUI, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent loturilor 1, 2 și 3, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, .., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Articole de unică folosință pentru servit masa”, Cod CPV 39222100-5, s-a solicitat:

- Anularea raportului procedurii nr. 25310/07.10.2022;
- Readucerea procedurii în faza de evaluare a propunerii tehnice;
- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, constatând că oferta depusă de SC SRL, îndeplinește cerințele tehnice din caietul de sarcini pentru loturile 1, 2 și 3.

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

SC SRL precizează că potrivit raportului procedurii oferta sa a fost respinsă ca neconformă din punct de vedere tehnic conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/ 2016, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În fapt, raportat la cerințele caietului de sarcini pentru cele 3 loturi, contestatorul menționează că în propunerea tehnică a ofertat după cum urmează:

Lot. 1

Cutiile de meniu biodegradabile sunt fabricate din fibra de trestie de zahăr, sunt 100% biodegradabile și compostabile. După utilizare acestea se descompun în materie organică în centrele industriale de compostare. Acest proces durează între 40 și 65 de zile. Acestea respectă criteriul de compostabilitate întâlnit la ambalaje conform

standardului European EN 13432. Cutiile de meniu biodegradabile fabricate din pulpa de trestie de zahăr sunt impermeabile și rezistente la grăsimi. Pot fi folosite atât în cuptorul cu microunde cât și într-un cuptor tradițional la o temperatură de 200° C timp de 30 de minute, în frigider și în congelator. Termenul de valabilitate este de 3 ani, depozitate în camere închise, salubre, uscate, departe de orice sursă de contaminare și de razele directe ale soarelui, căldura și variațiile mari de temperatură. Trebuie manevrate cu atenție sporită pentru a se evita deteriorarea produselor.

Lungimea produsului $\pm 2\%$ mm 145

Lăţimea produsului $\pm 2\%$ mm 145

Înălţimea produsului $\pm 2\%$ mm 77

Produs certificat pentru contactul cu alimente.

Lot. 2

Cutiile de meniu biodegradabile sunt fabricate din fibră de trestie de zahăr; sunt 100% biodegradabile şi compostabile. După utilizare acestea se descompun în materie organică în centrele industriale de compostare. Acest proces durează între 40 şi 65 de zile. Acestea respectă criteriul de compostabilitate întâlnit la ambalaje conform standardului European EN 13432. Cutiile de meniu biodegradabile fabricate din pulpa de trestie de zahăr sunt impermeabile şi rezistente la grăsimi. Pot fi folosite atât în cuptorul cu microunde cât şi într-un cuptor tradiţional la o temperatură de 200° C timp de 30 de minute, în frigider şi în congelator. Termenul de valabilitate este de 3 ani, depozitate în camere închise, salubre, uscate, departe de orice sursă de contaminare şi de razele directe ale soarelui, căldura şi variaţiile mari de temperatură. Trebuie manevrate cu atenţie sporită pentru a se evita deteriorarea produselor.

Lungimea produsului $\pm 2\%$ mm 250

Lăţimea produsului $\pm 2\%$ mm 230

Înălţimea produsului $\pm 2\%$ mm 75

Produs certificat pentru contactul cu alimente.

Lot3:

Cutiile de meniu biodegradabile sunt fabricate din fibra de trestie de zahăr, sunt 100% biodegradabile şi compostabile. După utilizare acestea se descompun în materie organică în centrele industriale de compostare. Acest proces durează între 40 şi 65 de zile. Acestea respectă criteriul de compostabilitate întâlnit la ambalaje conform standardului European EN 13432. Cutiile de meniu biodegradabile fabricate din pulpa de trestie de zahăr sunt impermeabile şi rezistente la grăsimi. Pot fi folosite atât în cuptorul cu microunde cât şi într-un cuptor tradiţional la o temperatură de 200° C timp de 30 de minute, în frigider şi în congelator. Termenul de valabilitate este de 3 ani, depozitate în camere închise, salubre, uscate, departe de orice sursă de contaminare şi de razele directe ale soarelui, căldura şi variaţiile mari de temperatură. Trebuie manevrate cu atenţie sporită pentru a se evita deteriorarea produselor.

Lungimea produsului $\pm 2\%$ mm 250

Lăţimea produsului $\pm 2\%$ mm 230

Înălţimea produsului $\pm 2\%$ mm 80.

Produs certificat pentru contactul cu alimente.

Menționează de asemenea că dimensiunile ofertate sunt cele conforme cu specificațiile fișei de date a produsului eliberate de către producător.

Contestatorul precizează că ulterior depunerii ofertei, în data de 18.10.2022 autoritatea contractantă i-a transmis următoarea solicitare de clarificări: „Vă rugăm să clarificați următoarele aspecte referitoare la: dimensiunile maxime (lungime și lățime) pentru lot 2: Caserola cu capac - 2 compartiment, întrucât marja de 2% în plus depășește intervalul solicitat în caietul de sarcini”, la care s-a răspuns în data de 23.10.2022,

după cum urmează: „Dimensiunile caserolelor sunt cele declarate în propunerea tehnică. Conform fișelor emise de către producător, există posibilitatea ca unele loturi să aibă o marja de +2%. În cazul în care marja de eroare este de - 2% dimensiunile se încadrează în cele solicitate în caietul de sarcini. În cazul în care dimensiunile vor fi cu +2 % față de cele ofertate, caserolele vor îndeplini caracteristicile solicitate prin caietul de sarcini, având capacitatea de a transporta cantitatea de mâncare dorită”.

Astfel, consideră că, prin depunerea propunerii tehnice, operatorul economic trebuie să asigure corespondența între solicitările autorității contractante și fișele tehnice depuse ca suport pentru demonstrarea celor asumate prin propunere.

Menționează totodată că, în data de 12.10.2022, a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, acesta fiind acordat pentru data de 13.10.2022, iar în urma consultării documentelor la dosarul achiziției publice, s-au regăsit fișe identice cu ale SC SRL privind dimensiunile produsului, cu același procentaj de $\pm 2\%$, precum și fișe suport cu inadvertențe privind dimensiunile ofertate.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul apreciază că în condițiile în care pentru SC SRL și SC SRL autoritatea contractantă a apreciat că abaterea de la dimensiunile caserolei ofertate nu este esențială și nu constituie o neconformitate, iar în ceea ce privește abaterea de la dimensiuni (deși în sens superior), aceasta nu a putut fi acceptată, rezultă că autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament în evaluarea ofertelor (art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016).

Contestatorul susține că și în situația în care ofertanții au declarat în ofertele sale că îndeplinesc toate cerințele tehnice, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica și prospecte/broșuri sau alte documente tehnice depuse de ofertanți, pentru a avea confirmarea celor susținute de ofertant.

Așadar, consideră că dacă autoritatea contractantă ar respecta principiul egalității de tratament, ar trebui să accepte abaterea de la specificația dimensiunilor, la fel cum a acceptat pentru ceilalți operatori economici.

Precizează că întrucât nu i s-a permis fotografierea sau copierea acestor documente, nu le poate prezenta, în susținere; de asemenea, menționează că nu a regăsit în dosarul achiziției publice, solicitări de clarificare privind aceste aspecte.

Prin adresa nr. 27667/01.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 53804/02.11.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Față de criticile contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că modul în care acesta înțelege să interpreteze specificațiile din caietul de sarcini, este unul care nu poate constitui temei legal pentru admiterea contestației.

În susținere, autoritatea contractantă prezintă, sub formă tabelară analiza comparativă a dimensiunilor recipientelor solicitate pentru lotul 3 și dimensiunile ofertate de cei trei ofertanți.

Astfel, precizează că exceptând ofertantul nr. 2 care nu a indicat nici o marjă a dimensiunilor ofertate, ceilalți ofertanți au indicat marja de

+/- 2%. În momentul în care se aplică acest procent la dimensiunea ofertată de către contestator, reiese faptul că limita maximă solicitată de autoritatea contractantă în caietul de sarcini nu mai poate fi respectată, în timp ce, pentru ofertantul nr. 3, chiar după aplicarea procentului, dimensiunile recipientului se încadrează în limitele specificate în caietul de sarcini.

Menționează de asemenea că situația prezentată sub formă tabelară, pentru lotul 3, este identică cu situațiile de la celelalte două loturi, mai exact, atunci când este calculată dimensiunea recipientului după aplicarea procentului de marjă, limitele superioare sunt depășite, astfel încât nu se mai încadrează în dimensiunile solicitate.

Față de afirmația contestatorului potrivit căreia, în urma consultării dosarului procedurii, a constatat fișe tehnice identice cu ale sale, privind dimensiunile produsului, autoritatea contractantă o consideră ca fiind falsă întrucât fiecare dintre cei 3 ofertanți, a prezentat fișe tehnice de la producători diferiți.

Mai mult, subliniază că ANAP a emis, la data de 28 august 2022, Avizul conform necondiționat pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la concluziile comisiei de evaluare privind evaluarea propunerilor tehnice și a conformității acestora.

Pentru argumentele mai sus expuse, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca nefondată a contestației.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 57148/21.11.2022 (transmisă ulterior prin curier rapid în anexa adresei nr. 29512/21.11.2022 înregistrată la CNSC sub nr. 58294/25.11.2022), autoritatea contractantă completează dosarul achiziției.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 51668/20.11.2022, SC SRL, depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1149/19.10.2022 eliberată de RAIFFEISEN BANK, în cuantum de 30.603,20 lei.

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

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă online pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect: „Articole de unică folosință pentru servit masa”, Cod CPV 39222100-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. /11.06.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.530.160,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL critică respingerea ofertei sale în cadrul loturilor 1 (Caserolă cu capac - 1

compartiment), lotul 2 (Caserolă cu capac - 2 compartimente) și lotul 3 (Caserolă cu capac – 3 compartimente), ca neconformă și inacceptabilă deoarece propunerea tehnică nu ar satisface cerințele caietului de sarcini iar răspunsurile la solicitarea de clarificări formulată în etapa de verificare a propunerii tehnice ar fi fost neconcludente, motiv pentru care, Consiliul va analiza îndeplinirea acestor cerințe în mod unitar la cele trei loturi prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Se reține în acest sens că, în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[.../00003] FisaDate_DF1150199.pdf” intitulate generic „Fișa de date”, la secțiunea IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a impus următoarea cerință:

„Vor fi întocmite de către ofertanți în conformitate cu precizările anterioare și cele prevăzute în Caietul de sarcini. Propunerea tehnică va fi redactată conform Formularului nr. 3 - Propunere tehnică ce se regăsește în Fișierul „Modele Formulare”, cu respectarea cerințelor Caietului de sarcini, și se va depune în SEAP. Propunerea tehnică va cuprinde și specificațiile tehnice ale produselor.

Produsele care nu îndeplinesc în totalitate cerințele Caietului de sarcini – Specificații tehnice, vor fi declarate NECONFORME”.

De asemenea, în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a impus următoarele cerințe :

„Lot. 1

Dimensiuni:

- lungime între 12,5 – 14,5 cm
- lățime între 12,5 – 14,5 cm
- înălțime între 7-8 cm

Lot. 2 și Lot. 3

Dimensiuni:

- lungime între 23 - 25 cm
- lățime între 21 - 23 cm
- înălțime între 7 - 8 cm

Propunerea tehnică va cuprinde o descriere a produselor oferite. Constituie cerință minimă obligatorie specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini. Orice ofertă care va fi inferioară specificațiilor tehnice din caietul de sarcini va fi descalificată”.

Din economia celor mai sus redate, rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri respectiv să elaboreze propunerea tehnică astfel încât cuprindă toate cerințele/ specificațiile tehnice impuse în caietul de sarcini, în speță dimensiunile caserolelor oferite să respecte plajele de valori indicate.

Se reține în acest sens că autoritatea contractantă nu a impus pentru „Caserolele cu capac” oferite o anumită specificație/ dimensiune fixă, în sensul că ele nu sunt caracterizate de o anumită valoare / dimensiune / mărime fixată / impusă de autoritatea contractantă, ci sunt solicitate intervale minime /maxime de forma: minim 12,5 – maxim 14,5 cm sau minim 23 – maxim 25 cm, ofertanții având obligația de a oferta produse a căror dimensiune se încadrează în plajele de valori impuse.

Or, din analiza propunerii tehnice a contestatorului (a se vedea tabelul de la pag. 51 pentru lotul 1, pag. 34 lotul 2 și pag. 17 pentru

lotul 3, vol. 1 din dosarul achiziției), Consiliul constată că dimensiunile indicate sunt:

Lot 1

Lungimea produsului $\pm 2\%$ mm 145

Lățimea produsului $\pm 2\%$ mm 145

Înălțimea produsului $\pm 2\%$ mm 77 ;

Lot. 2

Lungimea produsului $\pm 2\%$ mm 250

Lățimea produsului $\pm 2\%$ mm 230

Înălțimea produsului $\pm 2\%$ mm 75 ;

Lot.3

Lungimea produsului $\pm 2\%$ mm 250

Lățimea produsului $\pm 2\%$ mm 230

Înălțimea produsului $\pm 2\%$ mm 80 ,

astfel încât, prin aplicarea marjei procentuale indicate rezultă în mod evident că dimensiunile maxime solicitate în cadrul caietului de sarcini nu sunt respectate, (de exemplu: lungimea maximă de 25 cm devine 25, 5 cm, lățimea maximă de 23 cm devine 23,46 cm) motiv pentru care autoritatea contractantă în mod întemeiat a solicitat contestatorului o solicitare de clarificare publicată în SEAP în data de 18.10.2022, în sensul:

„Vă rugăm să clarificați următoarele aspecte referitoare la: dimensiunile maxime (lungime și lățime) pentru lot 2: Caserola cu capac - 2 compartiment, întrucât marja de 2% în plus depășește intervalul solicitat în caietul de sarcini”,

la care contestatorul a răspuns în data de 23.10.2022, după cum urmează:

„Dimensiunile caserolelor sunt cele declarate în propunerea tehnică. Conform fișelor emise de către producător, există posibilitatea ca unele loturi să aibă o marja de +2%. În cazul în care marja de eroare este de - 2% dimensiunile se încadrează în cele solicitate în caietul de sarcini. În cazul în care dimensiunile vor fi cu +2 % față de cele ofertate, caserolele vor îndeplini caracteristicile solicitate prin caietul de sarcini, având capacitatea de a transporta cantitatea de mâncare dorită”.

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 conform 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 instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „fișa de date a achiziției”, produsele care nu îndeplinesc în totalitate cerințele caietului de sarcini – Specificații tehnice, vor fi declarate neconforme, cerințele din cadrul documentației de atribuire cu privire la dimensiunile minimale / maxime a produselor ofertate sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Altfel spus, toate informațiile solicitate în cadrul caietului de sarcini reprezintă componente-cheie și obligatorii ale propunerii tehnice și prin urmare trebuiau respectate întocmai, în speță dimensiunile caserolelor ofertate incluzând și marja dimensiunilor de $\pm 2\%$ să se încadreze în limitele de dimensiuni stipulate în mod expres în caietul de sarcini.

Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat respectarea unor dimensiuni ale caserolelor ofertate iar prin depunerea ofertei și-a însușit obligația de a

respecta întocmai valorile minimale și maximale ale dimensiunilor produselor ofertate.

Analizând răspunsul SC SRL la solicitarea autorității contractante, Consiliul reține caracterul neconcludent al acestuia, deoarece afirmația acestuia potrivit căruia: „În cazul în care dimensiunile vor fi cu +2 % față de cele ofertate, caserolele vor îndeplini caracteristicile solicitate prin caietul de sarcini”, nu corespunde cu realitatea, în condițiile în care la un simplu calcul matematic de exemplu: lungimea maximă de 25 cm devine 25, 5 cm, lățimea maximă de 23 cm devine 23,46 cm iar înălțimea maximă de 8 cm devine 81,6 cm. Prin urmare răspunsul contestatorului, nefiind de natură a schimba caracterul neconform al ofertei, sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul / ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările / completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nerespectării dimensiunilor solicitate, potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire dimensiunile minimale și maximale care se impun a fi respectate.

Rolul comisiei de evaluare este, potrivit dispozițiilor art. 127 lit. f) din HG nr. 395/2016 de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini.

În cazul în care prevederile documentației de atribuire sau solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă contestatoarei, erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, aceasta avea dreptul de a contesta respectivele înscrisuri, potrivit prevederilor legale.

Astfel, conform unei jurisprudențe constante a **CJUE**, 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, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37). Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură (a se vedea Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 42).

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)“.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unor produse care să îndeplinească anumite caracteristici și specificații tehnice au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

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 propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de

autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Altfel spus, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că propunerile tehnice oferite de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor,

vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor produse care nu corespund cu cerințele caietului de sarcini sau a căror executare nu au îndeletnicirea/capacitatea tehnică, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele ținând seama de toate elementele avute în vedere la elaborarea documentației de atribuire pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea ofertelor propuse în acest sens.

Or, tocmai acesta era și rolul clarificării solicitate de autoritatea contractantă din data de 18.10.2022 respectiv de a lămuri anumite neconformități ale ofertei depuse inițial, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență în sensul remedierii/transmiterii documentelor de conformitate din care să rezulte respectarea întocmai a cerințelor documentației de atribuire.

Ofertanții care considerau că, pentru anumite produse nu este necesară respectarea anumitor cerințe sau specificații tehnice astfel cum au fost solicitate în caietul de sarcini, aveau dreptul de a contesta aceste cerințe, în caz contrar orice altă interpretare excede regulilor stabilite de autoritatea contractantă și acceptate de ofertanți, având caracter obligatoriu.

Legislația în domeniu prevede că o ofertă care nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, o ofertă neconformă, iar potrivit alin. (4) și (5) din același articol, doar *„ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile. Comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile”.* Prin urmare, nu se poate reține justificarea contestatorului potrivit

căreia, autoritatea contractantă trebuia să îi permită completarea propunerii tehnice cu informațiile lipsă deoarece prin însușirea documentației de atribuire și depunerea ofertei se prezumă că acesta era perfect informat și conștient atât de obligativitatea detalierii propunerii tehnice conform specificațiilor din caietul de sarcini cât și sancțiunea nerespectării acestei cerințe respectiv respingerea ofertei ca neconformă, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform căroră: *„propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul 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”.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică, sub toate aspectele acesteia, având certitudinea că propunerile tehnice ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție

un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament 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. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Prin urmare, Consiliul reține că, autoritatea contractantă nu putea accepta în urma unei noi solicitări de clarificări modificarea / completarea de către contestator a propunerii tehnice deoarece un astfel de demers ar fi fost de natură a încălca principiul tratamentului egal și de a crea un avantaj evident în favoarea contestatorului, aducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora: „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/ candidat”, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu a fost elaborată cu respectarea documentației de atribuire în ofertă conformă.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, **CJUE** s-a pronunțat în cauza **C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărei ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

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)”.
În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul tratamentului egal deoarece a respins doar oferta sa și ar fi considerat că în cazul ofertelor SC SRL și SC SRL nu este esențială abaterea de la dimensiuni, acestea se confirmă doar în ceea ce privește ofertele SC SRL, având în vedere următoarele considerente:*

- pentru lotul 1 având ca obiect caserola cu capac cu 1 compartiment, SC SRL a prezentat în propunerea tehnică fișa tehnică „caserolă necompartimentată” în care sunt menționate dimensiunile „lungimea produsului 145 mm ±5%, lățimea produsului 145 mm ±5%, înălțimea produsului 77 mm ±5%”;

- aplicând abaterea de maxim 5% din fișa tehnică la valorile anterior menționate rezultă că lungimea și lățimea caserolei pot fi cuprinse între 137,75 mm și 152,25 mm iar înălțimea poate fi cuprinsă între 73,15 mm și 80,85 mm;

- pentru loturile 2 și 3 având ca obiect caserole cu 2 și respectiv 3 compartimente, SC SRL a prezentat în propunerea tehnică fișe tehnice în care este menționată înălțimea de 70 mm cu abaterea de $\pm 2\%$, sintagmă din care rezultă că înălțimea caserolelor poate fi cuprinsă între 68,6 mm și 71,4 mm.

Ori, în cazul lotului 1 se constată că atât valoarea maximă a lungimii și lățimii caserolei, de $145+5\%=152,25$ mm cât și valoarea maximă a înălțimii caserolei de $77+5\%=80,85$ mm depășesc limitele maxime impuse prin caietul de sarcini iar în cazul loturilor 2 și 3 înălțimea minimă a caserolei, de $70-2\%=68,6$ mm nu se încadrează în intervalul 7-8 cm stabilit prin caietul de sarcini pentru aceste loturi.

Calcululele autorității contractante din tabelul inclus la pagina 2 din punctul de vedere nu pot fi reținute deoarece în respectivul tabel sunt evidențiate doar valorile **maxime** ale dimensiunilor caserolelor ofertate în cadrul lotului 3 de SC SRL fără nicio referire la valorile **minime** ale dimensiunilor (în cazul lotului 3, înălțimea minimă fiind cea care nu respectă limitele din caietul de sarcini) și fără nicio referire la valorile dimensiunilor **maxime** ale caserolelor din cadrul lotului 1, pentru care sunt depășite limitele maxime în ceea ce privește lungimea, lățimea și înălțimea caserolei.

Referitor la susținerile autorității contractante, din punctul de vedere potrivit căruia „Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis la data 28.08.2022 avizul conform necondiționat pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei finale de evaluare referitoare la concluziile comisiei de evaluare privind evaluarea propunerilor tehnice și a conformității acestora ”,

Consiliul subliniază faptul că o astfel de validare este relativă la condițiile reglementate de prevederile art. 15 din OUG nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii,

respectiv „**Procesul de control ex ante este limitat la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale ANAP și nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă în raport cu acțiunile și deciziile adoptate de aceasta în procesul de atribuire și/sau modificare a contractului în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile.**”

Față de cele de mai sus, se reține că autoritatea contractantă nu a evaluat ofertele SC SRL pentru loturile 1, 2 și 3 cu rigoarea demonstrată în cazul ofertei contestatorului, criticile acestuia din urmă privind încălcarea principiului tratamentului egal urmând să fie admise.

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că: „(...) **principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse aceluiași condiții pentru toți ofertanții.** Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze **absența riscului de favoritism și de arbitrar** din partea autorității contractante. Aceasta

*implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, **să permită autorității contractante să verifice efectiv** dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.*

În ceea ce privește ofertele SC SRL pentru loturile 1, 2 și 3, se reține că, spre deosebire de oferta contestatorului și oferta SC SRL în fișele tehnice depuse de acest ofertant nu sunt menționate abateri procentuale de la o anumită dimensiune ci sunt menționate intervale de dimensiuni în care se încadrează caserolele ofertate iar aceste intervale se încadrează în limitele stabilite prin caietul de sarcini.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 65 alin. (2) coroborat cu art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare în ceea ce privește oferta contestatorului nu a fost efectuată de autoritatea contractantă cu respectarea regulilor și principiilor care guvernează legislația specifică în domeniu și, pe cale de consecință criticile contestatorului privind încălcarea principiului tratamentului egal sunt fondate.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte, în ceea ce privește încălcarea tratamentului egal, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii pentru loturile 1, 2 și 3 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor SC SRL pentru loturile 1, 2 și 3 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile SC SRL privind modalitatea de evaluare a propriei sale oferte.

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

DECIDE:

Admite în parte, în ceea ce privește încălcarea tratamentului egal, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii pentru loturile 1, 2 și 3 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor SC SRL pentru loturile 1, 2 și 3 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile SC SRL privind modalitatea de evaluare a propriei sale oferte.

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 15 (cincisprezece) pagini