CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 / 021.8900.745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 1125/04.09.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 37015/04.09.2017, formulată de ..., cu sediul în ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ..., împotriva procesului-verbal nr. 14023/29.08.2017 emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii pe loturi a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare alimente”, cod CPV 15800000-6 – Diverse produse alimentare (Rev. 2), s-a solicitat anularea procesului-verbal nr. 14023/29.08.2017, reevaluarea ofertelor depuse, respingerea ofertelor inacceptabile și neconforme și continuarea procedurii.

Prin adresa nr. 1070/06.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 37732/07.09.2017, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., în calitate de ofertant la procedura de atribuire în cauză, a formulat „Cerere de intervenție în interes propriu”, prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție, precum și respingerea contestației ca inadmisibilă și ca nefondată.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestația formulată în cauză.

Contestatorul precizează că în data de 29.08.2017, autoritatea contractantă a procedat la deschiderea ofertelor depuse în SEAP în cadrul procedurii de atribuire în cauză, a încheiat procesul-verbal nr. 14023/29.08.2017 și a declarat toate ofertele admise, deși au existat 3 ofertanți, respectiv ..., ... și ... - care nu au depus mostrele solicitate în caietul de sarcini.

Contestatorul menţionează că în caietul de sarcini, la paragraful „Alte condiţii obligatorii”, există următoarea solicitare:

„Ofertantii sunt obligaţi să prezinte la sediul autorității contractante, până la data și ora limită de deschidere a ofertelor, mostre pentru fiecare produs ofertat, în ambalajul în care urmează a fi livrat, marcat și sigilat conform legislaţiei în vigoare, însoțite de certificatul de calitate și declaraţia de conformitate, în original sau copie conform cu originalul”.

În urma acestei constatări, contestatorul a solicitat autorității contractante anularea procesului verbal și reevaluarea în mod corect și transparent a admisibilității ofertelor depuse, iar răspunsul primit nu a făcut nicio referire la obligativitatea depunerii de mostre și neîndeplinirea cerinţelor din caietul de sarcini de către ofertanții sus-menționați și, mai mult, a fost comunicată decizia fermă că firmele menționate au demonstrat potențialul tehnic și organizatoric cerut.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 137 alin. (1), alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 1070/06.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 37732/07.09.2017, ..., în calitate de ofertant la procedura de atribuire în cauză, a formulat „Cerere de intervenție în interes propriu”, prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție, precum și respingerea contestației ca inadmisibilă și ca nefondată.

Intervenienta ... precizează că a depus ofertă pentru Lotul nr. 3 în cadrul procedurii de achiziţie în cauză, iar contestatoarea solicită anularea Procesului-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor nr. 14023 din 29.08.2017, emis de către autoritatea contractantă, reevaluarea ofertelor, respingerea ofertelor inacceptabile şi neconforme, continuarea procedurii de licitaţie deschisă.

Intervenienta precizează că, dacă s-ar admite aceste solicitări, ... ar risca să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, conform art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Urmare celor antemenționate, intervenienta solicită admiterea în principiu a cererii şi judecarea acesteia odată cu contestaţia formulată.

Referitor la inadmisibilitatea contestaţiei, intervenienta invocă dispozițiile art. 3 alin. (1) pct. 30 lit. dd) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 3 alin. (1) pct. 34 lit. hh) din aceeaşi lege și consideră că o firmă este îndreptăţită să formuleze contestaţie numai pentru loturile în care a depus oferta corespunzătoare. Din procesul verbal al şedinţei de deschidere, rezultă că pentru Lotul nr. 3 au depus oferte firmele: ... în asociere cu ..., ... şi ..., iar potrivit art. 180 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, atunci

când intenţionează să atribuie un contract de achiziţie publică/acord-cadru pe loturi, autoritatea contractantă aplică cerinţele privind capacitatea prin raportare la fiecare lot în parte. Faţă de cele prezentate mai sus, contestaţia formulată de ..., raportată la faptul că nu a depus ofertă pentru Lotul nr. 3, este inadmisibilă.

Intervenienta consideră contestaţia nefondată și invocă prevederile art. 64 alin. (3) și alin. (6) din H.G. nr. 395/2016 și precizează că la data emiterii procesului verbal contestat, respectiv la 29.08.2017, autoritatea contractantă nu putea să respingă nicio ofertă depusă de vreun operator economic, cu excepţia celor care nu au depus dovada constituirii garanţiei de participare. După cum se poate observa din cuprinsul procesului verbal, toţi operatorii economici participanţi au depus această dovadă.

Intervenienta invocă prevederile art. 30 alin. (4) și alin. (6) din H.G. nr. 395/2016 și precizează că, în anunţul de participare nr. 177405 (la pct. lll.2.3), precum şi în fişa de date din cadrul procedurii (la pct. lll.2.3 a)) sunt prevăzute în mod expres cerinţele solicitate de către autoritatea contractantă a fi îndeplinite de operatorii economici pentru a demonstra capacitatea tehnică, iar din parcurgerea acestora nu rezultă şi prezentarea de mostre de produse. Cum această cerinţă este prevăzută doar în caietul de sarcini al procedurii, rezultă că această cerinţă trebuie considerată o clauză nescrisă, potrivit legii.

În consecinţă, pentru procedura de achiziţie organizată pentru Lotul nr. 3, intervenienta solicită respingerea contestaţiei ca nefondată, menţinerea procesului verbal ca fiind legal întocmit şi continuarea procedurii de achiziţie aşa cum a stabilit autoritatea contractantă.

În drept, intervenienta invocă dispoziţiile art. 61 şi următoarele din Codul de procedură civilă, ale Legii nr. 98/2016 şi ale H.G. nr. 395/2016, precum şi ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 14642/06.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 37733/07.09.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care solicită respingerea contestației ca nefondată pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă consideră că a respectat art. 179. alin. (1) din Legea 98/2016 prin care „operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii și documente:

I - eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante.

Conform art. 181 din Legea 98/2016, „criteriile privind capacitatea și cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare.”

Autoritatea contractantă precizează că în anunţul de participare nr. ..., la pct. III.2.3 - Capacitate tehnică, sunt prezentate dpcumenteie

minime necesare autorității contractante pentru a face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică a ofertantului (de exemplu „prezentarea de fotografii și/sau descrieri amănunțite”).

Comisia de evaluare a analizat și verificat toate documentele depuse de către ofertanţi, a solicitat clarificările necesare și a ajuns la decizia fermă că firmele menționate de constestator au demonstrat potențialul tehnic și organizatoric cerut.

Autoritatea contractantă precizează că nici în fișa de date a achiziţie și nici în caietul de sarcini nu s-au precizat consecinţele nedepunerii mostrelor, iar în procesul-verbal de deschidere a ofertelor s-a specificat clar că prezentarea de fotografii are importanță pentru a analiza în mod special etichetarea produsului (ca și mostrele), iar toți ofertanții au prezentat descrieri amănunțite.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare alimente”, cod CPV 15800000-6 – Diverse produse alimentare (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită de depunere a ofertelor la 28.08.2017, ora 16:00, criteriul de atribuire *„prețul cel mai scăzut”* și o valoare estimată fără TVA de 1.840.152 RON.

În privinţa cererii de intervenţie formulată de ..., Consiliul, văzând că societatea are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, în calitate de ofertantă care a participat la procedură și a care a depus ofertă, în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod de procedură civilă o încuviinţează în principiu ca cerere de intervenţie accesorie în interesul autorităţii contractante.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestaţiei, în contextul invocării excepţiei ”inadmisibilității contestației” de către ..., raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ţinut să o analizeze cu precădere.

..., care a depus ofertă pentru Lotul nr. 3 invocă excepția amintită, motivat de faptul că autoarea contestației nu a depus ofertă pentru acest lot.

Se are în vedere că procedura de atribuire a contractului de furnizare în cauză a fost divizată pe loturi, în număr de 6. Din examinarea Procesului-verbal nr. 14023/29.08.2017 al ședinței de deschidere a ofertelor, Consiliul reține că operatorii economici au depus oferte astfel:

1. … - pentru loturile 1 si 2;
2. ... – pentru loturile 4, 5, și 6
3. ... – pentru loturile 1 și 2
4. … – pentru lotul 3
5. ... – pentru lotul 3
6. ... – pentru loturile 1 și 2

7. ... – pentru lotul 3.

Rezultă că autoarea contestației alegând să depună ofertă pentru Loturile 1 și 2 dovedește că are un interes legitim în raport doar cu aceste loturi pentru care a ales să depună ofertă.

Consiliul are în vedere că, în condiţiile precizate la art. 2 alin.(1) coroborate cu art. 3 alin. (1) lit. f din Legea nr.101/2016, operatorul economic ce se consideră vătămat poate formula contestaţie, sub condiţia cumulativă a prezentării interesului faţă de procedură şi a indicării unui prejudiciu (chiar viitor):

„Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a). act al autorităţii contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

(…)

f). persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

Așa cum a fost mai sus reținut, în cauza de faţă, autoarea contestației reclamă faptul că potrivit mențiunilor din cadrul procesului-verbal al ședinței de deschidere, un număr de 3 operatori economici, respectiv ..., ... si … nu au depus mostrele solicitate în caietul de sarcini, aspect care conduce la respingerea ofertelor depuse de acești operatori economici.

Deşi, aparent, contestatoarea are un interes general în formularea unei contestaţii în procedură, fiind operator economic ce a depus o ofertă în procedură, în fapt, aceasta nu a făcut dovada interesului său în susţinerea respingerii ofertelor depuse pentru Lotul nr. 3, pentru care nu a depus ofertă şi nici a prejudiciului suferit ca urmare a deciziei autorităţii contractante de a nu respinge ofertele depuse de ... și … pentru acest lot 3.

În acest sens, Consiliul constată că şi în situaţia în care autoritatea contractantă ia măsura de respingere a ofertelor depuse de ... și ... pentru Lotul nr. 3, finalitatea procedurii de atribuire nu ar afecta pe autoarea contestației, prin nedepunerea ofertei pentru acest lot.

În consecinţă, Consiliul consideră că în cauză nu sunt întrunite condiţiile de fond ale înaintării contestaţiei, precizate la art. 3 alin. (1) lit. f)-(ii) din Legea nr. 101/2016, în sensul că autoarea contestației nu poate dovedi interesul revizuirii/respingerii ofertelor depuse pentru Lotul 3, decizia de atribuire a contractului pentru acest lot neaducându-i acesteia un prejudiciu direct sau indirect.

Astfel, calitatea de persoană vătămată nu este îndeplinită de către ..., ca una dintre condiţiile de admisibilitate a contestaţiei pentru acest Lot 3, cumulativ precizate de dispoziţiile amintitului art. 3 alin. (1) lit. f)-(ii) din Legea nr. 101/2016, respective: *ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".*

Astfel, ca să fi avut vocaţia de a-i fi atribuit contractul de achiziţie publică, contestatorul trebuia să depună ofertă pentru Lotul nr. 3, deoarece numai depunând ofertă și înlăturând-le pe celelalte oferte depuse, ar fi putut deveni câştigătoare.

Calitatea procesuală şi interesul nu pot fi raportate decât la dispoziţiile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la posibilele soluţii prefigurate de textul art. 26 din aceeaşi lege, precum şi la capetele de cerere din contestaţia formulată, niciunul dintre acestea nefiind de natură să justifice admisibilitatea prezentului demers.

De asemenea, nu poate fi reţinută a fi îndeplinită nici condiţia cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatorul, de vreme ce oferta acestuia nu poate fi desemnată câştigătoare, prin nedepunerea ofertei pentru acest Lot 3.

Cum motivele invocate de asocierea contestatoare nu îi asigură participarea la procedura de atribuire în curs cu şansa reală de a-i fi atribuit contractul, nu sunt îndeplinite în cauză condiţiile prevăzute de art. 2 alin.(1) coroborate cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Pentru considerentele enunţate, Consiliul va admite excepţia lipsei de interes a ..., vizavi de Lotul nr. 3, excepție promovată de ... în calitatea de autoare a intervenției.

Pe fondul cauzei, analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că că acestea vizează faptul că în mod nelegal autoritatea contractantă a acceptat nedepunerea mostrelor de către un număr de 3 operatori economici.

Se are în vedere că potrivit caietului de sarcini, autoritatea contractantă a menționat la capitolul *„Alte condiții obligatorii"* următoarea obligație în sarcina operatorilor economici:

„Ofertanții sunt obligaţi să prezinte la sediul autorității contractante, până la data și ora limită de deschidere a ofertelor, mostre pentru fiecare

produs ofertat, în ambalajul în care urmează a fi livrat, marcat și sigilat conform legislaţiei în vigoare, însoțite de certificatul de calitate și declaraţia de conformitate, în original sau copie" conform cu originalul".

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 de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ... 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 privind achiziţiile publice – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informaţiile şi cerinţele prevăzute în documentaţia de atribuire, însoţită de documentele sau documentul unic de achiziție European, în conformitate cu dispozițiile art. 193-1097, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie stabilite de autoritatea contractantă*, 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 aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate.

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.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de achizitoare în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul reține că autoarea contestației reclamă faptul că autoritatea contractantă, contrar mențiunilor înscrise în caietul de sarcini, nu a respins ofertele depuse de operatorii economici care nu au fost însoțite de mostre, respectiv ofertantii nu au făcut dovada îndeplinirii unei solicitări cu caracter obligatoriu din documentaţia de atribuire.

În replică la cele susținute de autoarea contestației, autoritatea contractantă susține că operatorul economic poate face dovada îndeplinirii cerinţelor privind *capacitatea tehnica si profesionala* prin prezentarea, dupa caz, a unora sau mai multora dintre urmatoarele informaţii si documente, astfel cum prevăd dispozițiile art. 179 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *"operatorul economic face **dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională** prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:*
(…)
l) eşantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorităţii contractante".

În continuare menționează că în anunţul de participare nr. ... la pct. III.2.3 - *Capacitate tehnica* sunt prezentate documentele minime necesare autoritatii contractante pentru ca ofertanții să facă dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnica a ofertantului sunt de exemplu

„prezentarea de fotografii si/sau descrieri amanuntite ", conform art. 179 din Legea nr. 98/2016.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor potrivit cărora *prezentarea de mostre nu este relevantă pentru buna desfășurare a contractului* nu este judicious în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

Consiliul constată că, în mod legal, autoritatea contractantă a înţeles să uzeze de dreptul conferit de dispoziţiile art. 179 din Legea nr. 98/2016 lit. l) pentru a se asigura că produsele ofertate fac dovada calităţii certificată de documentele solicitate prin documentaţia de atribuire.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a întocmit şi elaborat cerinţa vizând prezentarea mostrelor, Consiliul constată că aceasta doreşte să analizeze în mod obiectiv produsele solicitate sub formă de mostre, pentru a se asigura că sunt conforme cu specificaţiile tehnice precizate în documentaţie şi că acestea corespund necesităţii sale, stabilind în mod expres obligația operatorilor economici de a prezenta mostrele, precum și termenul limită acordat pentru depunerea acestora.

Solicitarea prezentării de mostre are rolul de a aprecia corectitudinea respectării cerinţelor tehnice ale produsului. În cazul de faţă, dată fiind natura produselor ce se achiziţionează, Consiliul apreciază că specificațiile tehnice pot fi demonstrate doar prin testare. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că în cadrul caietului de sarcini, sunt menționate pentru fiecare lot în parte specificațiile tehnice care trebuie îndeplinite, reținând cu titlu de exemplu în cazul Lotului nr. 1-brânză prosaspătă de vaci: - *pasta fină, omogenă, moale, nesfărămicioasă, culoare alb pănă la alb-gălbui, aspect proaspăt, plăcut* și în cazul Lotului nr. 2 – iaurt gras 150 grame – plăcut, acrișor, fără gust sau miros strain, nu elimină zer sau elimină max 5% , la rupere aspect ca al porțelanului”, specificații tehnice care pot fi demonstrate doar prin testare.

Faptul că autoritatea contractantă, nu a menționat în mod expres ca măsură de sancţionare că vor fi respinse ofertele operatorilor economici care nu au depus mostre, nu este de natură a accepta ofertele depuse, atâta vreme cât dispozițiile art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 prevăd sancționarea ofertei ca neconformă în cazul în care oferta nu sastisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini. Sub acest aspect, Consiliul nu va reține susținerile autorității contractante, potrivit cărora nici în fișa de date și nici în caietul de sarcini nu s-au precizat consecințele nedepunerii mostrelor.

Din analiza cerinței caietului de sarcini, rezultă faptul că motivul pentru care autoritatea contractantă a solicitat prezentarea de mostre este demonstrarea conformității ofertelor depuse de către aceștia cu specificațiile din caietul de sarcini.

Pentru demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale de către ofertanți, autoritatea contractantă a menționat, așa cum susține, în cadrul anunțului de participare nr. ... la pct. III.2.3-Capacitate tehnica, că

documentele minime necesare autoritatii contractante pentru a face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnica a ofertantului sunt : prezentarea de fotografii si/sau descrieri amanuntite , conform art. 179 lit. l) din legea nr. 98/2016.

Cerința este reluată și în cadrul fișei de date a achiziției.

Se are în vedere că în cadrul Procesului-verbal nr. 14023/29.08.2017 al ședinței de deschidere a ofertelor, membrii comisiei de evaluare au consemnat următoarele aspecte vizavi de mostrelor depuse:

„S-au prezentat mostre pentru fiecare produs ofertat de următorii operatori economici conform caietului de sarcini:

1. ... cu proces verbal de primire nr. 13841/25.08.2017;
2. ... cu proces verbal de primire nr. 13946/28.08.2017 ora 1103;
3. ... cu proces verbal de primire nr. 13956/28.08.2017 ora 1431;
4. ... cu proces verbal de primire nr. 13965/28.08.2017 ora 1437.

Se vor solicita clarificări operatorilor economici cu privire la prezentarea de fotografii (conform anunţului de participare nr.... si art.179 lit J" din Legea nr.98/2016) pentru a analiza in mod special etichetarea produsului:

...
...
..."

Prin acceptarea pentru o parte dintre ofertanți, a depunerii mostrelor, până la data și ora limită de deschidere a ofertelor, iar pentru ceilalți ofertanți care nu au depus mostre acceptarea prezentării doar a fotografiilor, motivat în accepțiunea autorității contractante de faptul că prezentarea de mostre nu este relevantă pentru îndeplinirea contractului (în condițiile în care autoritatea contractantă a stabilit caracterul obligatoriu al prezentării mostrelor) s-ar încălca principiul tratamentului egal și principiul transparenței. Astfel cum a fost mai sus reținut, 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. Principiile egalității de tratament și transparenței, au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate, atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă.

Faţă de cele de mai sus, se constată că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a ținut seama de propria cerință cu caracter obligatoriu prevăzută în cadrul caietului de sarcini, impunându-se reevaluarea ofertei depuse de către ... sub aspectul neprezentării mostrelor pentru Loturile 1 și 2.

Pe cale de consecință, având în vedere soluția pronunțată, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ...

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

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează Raportul tehnic din 04.09.2017 cu privire la evaluarea ofertelor prin care s-a stabilit confomitatea ofertelor.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse pentru loturile 1 și 2, în sensul celor dispuse în motivare, cu respectarea documentației de atribuire și a prevederilor legale şi la stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

MEMBRU,

...