



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.cnscl.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. 2312 / C8 / 2618 / 2678

Data: 20.12.2019

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50361/09.12.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, ..., CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de legal de doamna și convențional de doamna, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare a cinci bucăți „dispozitiv digital portabil pentru scriere, citire și editare schițe”, cod CPV 30213100-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 07.11.2019, organizată de, cu sediul în, sectorul 6, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea adresei nr. 17/3359/04.12.2019 și obligarea autorității la semnarea contractului de furnizare.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 51534/16.12.2019, depusă de SC SRL, având datele de identificare menționate anterior, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de, cu datele de identificare menționate mai sus, contestatoarea a solicitat anularea deciziei autorității de anulare a procedurii de atribuire și obligarea la semnarea contractului de furnizare.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor și economie procedurală, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor,

în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 contestațiile de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă refuzul autorității contractante de a semna contractul de furnizare care face obiectul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. 17/3228/25.11.2019, a fost invitată de autoritate în vederea semnării contractului, în condițiile în care, anterior, i-a adus la cunoștință autorității că producătorul echipamentelor oferite a sistat comercializarea pentru culoarea negru mat, astfel că singura variantă de culoare disponibilă spre comercializare este glossy platinum. Autoritatea a comunicat că nu poate accepta altă culoare decât aceea care figurează în specificațiile tehnice, indiferent de varianta de produs disponibilă.

La 03.12.2019, societatea a trimis un reprezentant la autoritatea în vederea prezentării adreselor producătorului și, totodată, a semnării contractului. În cadrul întâlnirii, reprezentantul SC SRL nu a avut posibilitatea de a semna contractul, dat fiind faptul că i-a fost impusă condiția de asumare a produselor pe culoarea negru, fapt inadmisibil, în contextul retragerii lor de la comercializare. Autoritatea a refuzat semnarea contractului pentru varianta glossy platinum.

Produsele sunt conforme tuturor specificațiilor tehnice, iar culoarea nu este o specificație tehnică.

În sprijinul afirmațiilor sale, contestatoarea invocă prevederile art. 164 alin. (1) și art. 155 alin. (6) din normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 și ale art. 221 alin. (1) și (2) din această lege.

Contestatoarea susține că în conformitate cu art. 23 alin. (2) din Directiva nr. 2004/18/CE, specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici, iar neacceptarea modificării contractului în sensul permiterii livrării singurei variante de produs ce îndeplinește specificațiile tehnice, dar pe altă culoare, reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat.

Având în vedere toate aspectele învederate mai sus și faptul că s-a făcut dovada cu adresa producătorului că dispozitivele nu se mai comercializează în culoarea negru, contestatoarea apreciază că

autoritatea are obligația să încheie contractul și să primească bunurile ce fac obiectul contractului, în culoarea glossy platinum.

Totodată, este nejustificată opțiunea de a se reține garanția de participare, din moment ce nu a fost refuzată semnarea contractului, ci s-a solicitat modificarea lui în sensul acordării posibilității de livrare a produselor glossy platinum, singura culoare disponibilă pe piață, conform adresei producătorului.

Invocând prevederile art. 35 alin. (1) din anexa Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, contestatoarea afirmă că nu a refuzat semnarea contractului, trimițând și un reprezentant în acest scop. Interpretarea autorității este abuzivă și îi îngrădește drepturile câștigate, conform rezultatului procedurii de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 2/9769/13.12.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 51364/13.12.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că, prin adresa nr. 17/3228/25.11.2019, SC SRL, în calitate de ofertantă câștigătoare, a fost invitată la 03.12.2019, la sediul Camerei Deputaților, pentru semnarea contractului de achiziție publică. Conform cerințelor caietului de sarcini, dispozitivele trebuiau să fie livrate pe culoarea negru, cerință pe care societatea și-a asumat-o, ofertând în consecință.

La 27.11.2019, SC SRL a transmis adresa nr. 17/1/1804/27.11.2019, prin care informează că „acest model, conform ultimelor info Microsoft și a furnizorilor noștri, nu se mai fabrică pe negru ci pe glossy platinum grey, este singura culoare pentru configurația tehnică solicitată”. Autoritatea a răspuns în aceeași zi: „nu putem accepta nicio altă culoare a echipamentelor ce fac obiectul procedurii, decât cea solicitată prin Caietul de sarcini, culoare negru mat, și pe care v-ați asumat-o prin Propunerea tehnică transmisă”, ofertanta fiind reinvitată la semnarea contractului la 03.12.2019. Prin același răspuns i s-a comunicat că refuzul de a semna contractul reprezintă motiv de reținere a garanției de participare la procedură, conform art. 37 alin. (1) lit. c) din anexa Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, precum și că, potrivit art. 144 alin. (1) din același act normativ, refuzul de a semna contractul este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din legea achizițiilor publice.

La 03.12.2019, domnul Roșu Sorin Adrian, reprezentantul SC SRL, s-a prezentat la sediul Camerei Deputaților în vederea semnării contractului. Deși acesta din urmă a fost pus la dispoziția reprezentantului, el a refuzat semnarea, dorind mai întâi o discuție legată de culoarea echipamentelor care urmează a fi livrate, precizând că nu se pot livra decât echipamente de culoare gri și prezentând un înscris în limba engleză, nedatat și nesemnat, a cărui

proveniența nu poate fi certificată, înscris care nu a fost luat în considerare.

La 04.12.2019, operatorului economic îi este transmisă adresa nr. 17/3359/04.12.2019, prin care este înștiințat că autoritatea a luat act de refuzul SC SRL de a semna contractul în forma și în condițiile propunerii tehnice asumate prin ofertă, motiv pentru care se va proceda la reținerea garanției de participare, iar societatea a transmis răspunsul nr. 17/1/1851/04.12.2019, care nu relevă intenția de a se prezenta în vederea semnării contractului.

A existat și o corespondență ulterioară, care reconfirmă că dispozitivele care se vor livra au culoarea glossy platinum.

La procedura de atribuire au fost ofertate echipamente conforme cu cerințele caietului de sarcini de către alți trei operatori economici, care la fel ca și ofertantul declarat câștigător puteau oferta echipamente pe care le dețineau pe stoc sau pe care ofertanții le puteau comanda de la producători, dealeri sau orice alți comercianți de astfel de echipamente.

S-a constatat că cele invocate de către SC SRL nu reprezintă un refuz motivat de a semna contractul, această situație fiind prevăzută la art. 144 alin. (1) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, motiv pentru care, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, SC SRL este exclus din procedură, iar procedura urmează a fi anulată, potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, deoarece este imposibilă încheierea contractului.

Contestatoarea nu numai că se află în situația de a-și invoca propria culpă, în contradicție cu modul de interpretare și aplicare a art. 221 din Legea nr. 98/2016 (temeiul invocat în contestație), cât și în situația de a solicita Consiliului obligarea autorității contractante la încălcarea prevederilor legale. Nu autoritatea contractantă a refuzat semnarea contractului, dovadă în acest sens fiind atât adresele nr. 17/3228/25.11.2019 și nr. 17/3259/27.11.2019, cât și comportamentul ofertantului, care a refuzat semnarea contractului în condițiile caietului de sarcini și ale propriei ofertei („carcasă culoare negru mat”, cerință acceptată și ofertată în mod ferm de către contestator potrivit propunerii tehnice).

S-ar crea un precedent cu implicații majore privind acceptarea unui astfel de comportament al oricărui ofertant câștigător care impune, efectiv, autorității încheierea contractului de achiziție publică cu modificarea cerințelor caietului de sarcini.

În conformitate cu art. 124 alin. (1) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.”*

Prin urmare, ofertantul câștigător avea obligația de a respecta propria ofertă, în sensul respectării tuturor cerințelor, inclusiv în privința propunerii sale tehnice la cerința „carcasă”, unde acesta precizează în mod clar „culoare negru mat”.

Totodată, conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta a fost 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 anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca atât în desfășurarea procedurii de achiziție publică cât și la finalizarea acesteia, să respecte atât dispozițiile legale în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire.

De altfel, cerințele caietului de sarcini și modul de elaborare a propunerii tehnice nu au fost contestate de niciun participant la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura de achiziție în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Or, nemodificată anterior datei-limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Mai mult, în condițiile în care la procedura de atribuire au fost depuse alte trei oferte, care au fost declarate corespunzătoare cu cerințele caietului de sarcini, este evident că achiziția dispozitivelor nu era obligatoriu de a se realiza de la producătorul echipamentelor, neexistând o cerință restrictivă de a fi furnizate direct de la producător, ci acestea puteau fi deținute în stoc de către ofertantul câștigător sau puteau fi achiziționate de la dealeri sau orice alți comercianți de astfel de echipamente.

Referirile contestatoarei la art. 221 din Legea nr. 98/2016 precum și la art. 164 alin. (1) din norme denotă eroarea în care se află, deoarece prevederile invocate fac referire strict la existența unui contract deja încheiat între autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător și nu la situația de față, în care contractul nu s-a putut încheia. Contestatoarea a prezentat la semnarea contractului o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu putea fi luată în considerare de comisia de evaluare nici în procesul de evaluare având în vedere faptul că în anunțul de participare nu a fost precizată posibilitatea depunerii unor oferte alternative.

Contrar afirmațiilor contestatorului, culoarea a reprezentat o cerință expresă solicitată de autoritatea contractantă în caietul de sarcini (punctul 13 - „Carcasa” - din anexa la documentația tehnică) și asumată în totalitate de ofertant în „formularul de propunere

tehnică” la cerința „carcasă”, unde acesta precizează „culoare negru mat”.

Concluzionând, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că:

- ofertantul declarat câștigător a refuzat în mod nejustificat semnarea contractului, condiționarea de către acesta a semnării contractului pentru un dispozitiv cu cerințe diferite față de cele solicitate prin caietul de sarcini reprezentând o modificare a ofertei și o încercare de a forța autoritatea la încheierea unui contract cu un caiet de sarcini modificat;

- semnarea de către autoritate a unui contract în condițiile unei oferte modificate, respectiv pentru un dispozitiv de culoare gri în loc de negru, ar constitui o încălcare flagrantă a principiului tratamentului egal – art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 –, atât față de ceilalți trei ofertanți din cadrul procedurii de atribuire, cât și față de alți potențiali operatori economici care comercializează astfel de dispozitive și care ar fi putut depune ofertă pentru dispozitive de culoare gri, cu alte propuneri financiare.

În contestația secundă, SC SRL reia aspectele învederate în prima contestație, adăugând că, în ceea ce privește apărarea autorității referitoare la ceilalți participanți, este lesne de înțeles că niciunul dintre aceștia nu are posibilitatea livrării produselor pe culoare neagră, astfel că oricare din ei va solicita modificarea specificațiilor tehnice, pentru a livra varianta glossy platinum, conform adresei producătorului.

Referitor la adresa producătorului, ea este un comunicat oficial universal valabil în toată Europa, astfel că punerea la îndoială a acestui înscris este relativ fără suport.

În ceea ce privește lipsa aplicabilității cazului fortuit/cauzei majore, se poate observa că dacă pe parcursul procedurii produsele sunt retrase de pe piață, acestea se vor retrage și din contractele în derulare, dat fiind faptul că aceasta este o obligație contractuală a ambelor părți, sens în care susținerile privind lipsa încadrării acestei situații unei imposibilități reale juridice de executare a contractului este nefundamentată.

În punctul său de vedere nr. 2/10018/18.12.2019 asupra contestației secunde, înregistrat la Consiliu cu nr. 52290/19.12.2019, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate caracterul incomplet al contestației, în raport de cerințele cuprinse la art. 10 din Legea nr. 101/2016:

- pe de o parte, filele 1-9 reiterează *ad litteram* cuprinsul primei contestații; iar

- pe de altă parte, cele trei fraze lapidare aflate la finalul filei 9 și începutul filei 10 nu cuprind motivele în fapt și în drept care să justifice desființarea adresei autorității nr. 17/3468/12.12.2019 de

anulare a procedurii de licitație deschisă, fiind, în fapt, răspunsul formulat de contestatoare la punctul de vedere al autorității nr. 2/9769/13.12.2019.

În subsidiar, cele trei ipoteze generice inserate de contestatoare la finalul „contestației suplimentare” sunt bazate exclusiv pe speculații și interpretări proprii, fără argumente concrete în raport de dispozițiile legale precizate de autoritate atât prin adresa nr. 3359/04.12.2019, cât și prin adresa nr. 3468/12.12.2019, aceste comunicări ale autorității conferind în mod real reperele legale ale măsurilor dispuse de autoritate urmare refuzului nejustificat al ofertantului câștigător contestator de a semna contractul de achiziție publică în condițiile respectării caietului de sarcini și a propriei propuneri tehnice.

Ipoteza contestatoarei, potrivit căreia nici ceilalți participanți nu ar avea posibilitatea livrării produselor conform cerințelor din caietul de sarcini, ar fi fost plauzibilă dacă cei trei operatori având oferte admisibile ar fi intervenit în contestație, în condițiile art.17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, și ar fi susținut cauza contestatoarei.

Referitor la înscrisul considerat de contestatoare ca fiind un comunicat oficial din partea producătorului, se mențin apărările formulate prin punctul de vedere nr. 2/9769/13.12.2019, în sensul că:

- înscrisul prezentat de către împuternicitul firmei nu îmbracă forma unui document oficial;

- achiziția dispozitivelor nu era obligatoriu de a se realiza de la producătorul echipamentelor, neexistând o cerință restrictivă de a fi furnizate direct de la producător, ci acestea puteau fi deținute în stoc de către ofertantul câștigător sau puteau fi achiziționate de la dealeri sau orice alți comercianți de astfel de echipamente.

Ultima ipoteză a contestatoarei relevă aceleași generalități și speculații într-o interpretare proprie, subiectivă, fără argumente concrete în raport de dispozițiile legale, respectiv:

- prevederile art. 124 alin. (1) și art. 144 alin. (1) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: refuzul nemotivat al ofertantului câștigător de a semna contractul de achiziție publică este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016;

- în respectarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, SC SRL a fost exclus din procedură și procedura a fost anulată potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, deoarece este imposibilă încheierea contractului,

menținându-se astfel concluziile potrivit cărora:

- ofertantul declarat câștigător a refuzat în mod nejustificat semnarea contractului, condiționarea de către acesta a semnării

contractului pentru un dispozitiv cu cerințe diferite față de cele solicitate prin caietul de sarcini reprezentând o modificare a ofertei acestuia depusă la procedura de atribuire și o încercare de a forța autoritatea contractantă la încheierea unui contract cu un caiet de sarcini modificat;

- semnarea de către autoritate a unui contract în condițiile unei oferte modificate, respectiv pentru un dispozitiv de culoare gri în loc de negru ar constitui o încălcare flagrantă a principiului tratamentului egal.

Pe cale de consecință, autoritate solicită respingerea și a „contestației suplimentare” formulată de SC SRL.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor alăturate, 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 nr. CN1015844, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 07.10.2019, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării a cinci dispozitive digitale portabile pentru scriere, citire și editare schițe, estimate valoric la 84.033,61 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 07.10.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, între care și SC SRL, a cărei ofertă a fost admisă și declarată câștigătoare de către autoritate, fiind invitată apoi să semneze contractul de livrare a produselor oferite. A existat o corespondență între câștigătoare și autoritate legată de posibilitatea livrării unor dispozitive glossy platinum, în loc de negru mat, dat fiind că ele nu se mai fabrică în această din urmă culoare, corespondență prin care autoritatea a respins propunerea de schimbare a culorii și a exclus ofertantul din competiție, fiindu-i reținută garanția de participare. Ulterior, licitația a fost anulată. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestațiilor care formează obiectul prezentelor cauze conexe.

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 contractului 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, inclusiv pentru SC SRL. 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 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, sancționând neîndeplinirea acestora.

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 (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), 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 acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 normal 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 (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)“.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertelor a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 17/1/1757/20.11.2019, rezultat comunicat competitorilor la 25.11.2019. SC SRL, fiind desemnată câștigătoare, a fost invitată să semneze contractul câștigat. În replică la invitația primită, societatea a informat autoritatea achizitoare că produsele oferite „nu se mai fabrică pe negru, ci pe glossy platinum grey”. Autoritatea a reiterat ofertantei că are obligația de a semna contractul în condițiile asumate, sub sancțiunea reținerii garanției de participare. Cum ofertanta nu a acceptat semnarea contractului de livrare a dispozitivelor în varianta negru mat, autoritatea a luat act de refuz și a executat garanția de

participare, iar, ulterior, a anulat licitația. La 09.12.2019 și 16.12.2019, SC SRL a reacționat prin formularea contestațiilor la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În esență, divergența dintre părțile litigante își are originea într-un comunicat Microsoft, în limba engleză, nedatat, neînregistrat și neasumat de nimeni prin semnătură, în care se menționează:

TO WHOM IT MAY CONCERN

According to the Microsoft roadmap, we hereby inform you, that starting 15th of November 2019, the model Microsoft Surface Pro 6 Black, 12.3 inch Touch, Core i7-8650U, 16GB RAM, 1TB SSD, Win 10 Pro, start to be discontinued. Then, only the model: Microsoft Surface Pro 6 Platinum Gray, 12.3 inch Touch, Core i7-8650U, 16GB RAM, 1TB SSD, Win 10 Pro, will be available.

As a consequence, Microsoft Surface Pro 6 Black, 12.3 inch Touch, Core i7-8650U, 16GB RAM, 1TB SSD, Win10 Pro will be no longer available into the Partners stocks.

The rest of models and specifications will remain as they are at the present moment.

Yours,

Kurt DelBene

Chief Digital Officer and Executive Vice President, Corporate Strategy, Core Services Engineering and Operations

comunicat pe baza căruia SC SRL a încercat să oblige autoritatea să semneze contractul de achiziție publică nu pentru dispozitivele ofertate, de culoare negru mat, ci pentru unele de culoare „glossy platinum grey”, încercare eșuată, autoritatea nefiind de acord cu schimbarea culorii, context în care a luat act de refuzul societății de a semna contractul și, în consecință, i-a reținut garanția de participare la licitație.

Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei comportamentului organizatoarei achiziției, relevante sunt, în primul rând, prevederile fișei de date a achiziției, pct. IV.2.6 – „Perioada minima pe parcursul careia ofertantul trebuie să își mențină oferta”, pct. IV.4.1 - „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, precum și cele ale caietului de sarcini, din care reiese că SC SRL, asemenea celorlalți participanți, aveau obligația să ofere dispozitive cu carcasă de culoare negru mat și să își mențină oferta „valabilă 3 luni (de la termenul limita de primire a ofertelor)”.

SC SRL, în propunerea sa tehnică (formularul nr. 1), a declarat că ofertează un produs cu carcasă de culoare negru mat, nu „glossy platinum grey”, aspect care nu este tăgăduit de nimeni. De asemenea, în formularul de ofertă (nr. 2), societatea a specificat expres:

*„3. Ne angajăm să menținem aceasta oferta valabilă pentru o durată de 90 zile (nouăzeci zile) zile, respectiv până la data de 07.02.2020, și ea va rămâne **obligatorie pentru noi** și poate fi acceptată oricând înainte de expirarea perioadei de valabilitate.”*

După cum, judicios, a remarcat și autoritatea contractantă, art. 124 alin. (1) din legea achizițiilor publice prescrie imperativ că:

„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.”

În consecință, SC SRL era obligată să își respecte oferta asumată în fața Camerei Deputaților, respectiv să livreze dispozitive de culoare negru mat, nu de altă culoare.

Oferta este definită de legea achizițiilor publice, art. 3 alin. (1) lit. hh), ca fiind *„actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire”*.

Aceste dispoziții trebuie citite împreună cu art. 1.191 C. Civ.:

„(1) Oferta este irevocabilă de îndată ce autorul ei se obligă să o mențină un anumit termen. Oferta este, de asemenea, irevocabilă atunci când poate fi considerată astfel în temeiul acordului părților, al practicilor statornicite între acestea, al negocierilor, al conținutului ofertei ori al uzanțelor.

(2) Declarația de revocare a unei oferte irevocabile nu produce niciun efect.”

În contextul descris mai sus, fiind desemnată câștigătoare și invitată să semneze contractul, SC SRL era ținută să dea curs invitației autorității cumpărătoare și să semneze contractul astfel cum rezultă din ofertă, cu produsul având toate specificațiile oferite, inclusiv culoarea carcasei negru mat.

Contrar opiniei contestatoarei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

În Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 10 decembrie

2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08, EU:T:2009:491,

punctul 58, s-a reținut că este esențial ca, în interesul securității juridice, autoritatea contractantă să fie în măsură să se asigure cu precizie cu privire la conținutul unei oferte prezentate în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă și în special cu privire la conformitatea acesteia cu condițiile prevăzute în caietul de sarcini.

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

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

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

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

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

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

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

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

În ceea ce privește o ofertă imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, prezintă importanță și interpretarea dată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Hotărârea din 29 martie 2012, cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko

a.s., FELA Management AG, ASCOM AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropokov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA/Úrad.

În Hotărârea din 5 decembrie 2013, Nordecon și Ramboll Eesti,

C-561/12, EU:C:2013:793, punctul 37, Curtea de la Luxemburg a

statuat că, deși autoritatea contractantă dispune de o putere de negociere în cadrul unei proceduri de negociere, este întotdeauna

obligată să vegheze la respectarea cerințelor contractului cărora le-a

■

atribuit caracter obligatoriu.

Conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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,

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13,

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, și Hotărârea din 2 iunie 2016,

Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Deosebit de relevante sunt considerentele instanței de la Luxemburg din Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

24. Trebuie subliniat, în plus, că, în cauza principală, încetarea fabricării cu menținerea disponibilității pe piață nu privește produsul prezentat de un ofertant, ci produsul la care se referă specificația tehnică în litigiu. În consecință, întrebarea pertinentă nu este dacă, în lipsa oricărei precizări în legătură cu acest subiect în

documentele contractului în discuție în litigiul principal, autoritatea contractantă poate solicita ca produsul propus de un ofertant să fie încă în fabricație, ci dacă autoritatea contractantă care a definit o specificație tehnică în raport cu un produs al unei anumite mărci poate, în cazul în care acest din urmă produs nu mai este fabricat, să modifice această specificație referinduse la produsul comparabil al aceleiași mărci care este în fabricație la acel moment, ale cărui caracteristici sunt diferite.

25. În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C376/08, [EU:C:2009:808](#), punctele 31 și 32).

26. Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C599/10, [EU:C:2012:191](#), punctul 25, precum și jurisprudența citată).

27. Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși lea stabilit. Astfel, aceștia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. **Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice.**

28. Prin urmare, principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, C6/05, [EU:C:2007:337](#), punctul 54).

29. În consecință, autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, **este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață.**

După cum s-a punctat mai sus, documentația de atribuire nu a fost atacată de niciun operator economic, în scopul revizuirii clauzelor sale. În plus, orice operator economic interesat, inclusiv contestatoarea, avea dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire [art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016].

Trebuie adăugat că operatorii economici participanți la achizițiile publice sunt considerați a fi profesioniști în domeniul lor de activitate, capabili să înțeleagă ușor specificațiile elaborate de autoritatea beneficiară și, în caz contrar, să reacționeze în sensul clarificării lor, astfel încât să dispună de toate informațiile necesare alcătuirii ofertei în sensul dorit de autoritate. Neînțelegerea clauzelor de participare la procedura simplificată nu îi poate scuza sau exonera de obligația respectării lor.

Practic, societatea contestatoare se prevalează de propria culpă constând în neatacarea caietului de sarcini în termenul legal, respectiv de neconformitatea ofertei descoperită ulterior invitației de semnare a contractului, ofertă pe care o dorește modificată cu ocazia semnării lui, solicitând acceptarea noii culori a carcasei pe considerentul unui comunicat atribuit Microsoft, în limba engleză, nedatat, neînregistrat și neasumat de nimeni prin semnătură, care

nici măcar nu se cunoaște la ce dată a fost emis. Cert este că autoritatea a fixat anumite specificații tehnice, obligatorii, nu facultative, cum este și cerința culorii negru mat, cerință la care SC SRL s-a conformat în propria ofertă.

Prin urmare, societății SRL îi revenea obligația de a semna contractul, în condițiile reieșite din oferta sa. De altminteri, potrivit art. 147 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, contractul de achiziție publică are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă:

a) caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;

b) oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare.

Nedorind să semneze contractul în condițiile asumate prin ofertă, contestatoarei i-au devenit incidente prevederile art. 37 alin. (1) lit. c) din normele evocate, conform cărora autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul refuză să semneze contractul de achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertei. Eventuala întocmire deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Știind că este implicată într-o licitație organizată de o autoritate a statului, SC SRL avea la îndemână posibilitatea de a își comanda și menține în stoc cele cinci dispozitive ofertate, pentru a nu se ajunge la impedimentul care a cauzat litigiul pendinte.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a emis adresa nr. 17/3359/04.12.2019, neexistând motive pentru infirmarea acesteia, pentru returnarea garanției de participare reținută în mod legal și nici pentru obligarea autorității contractante la semnarea unui contract pentru dispozitive de altă culoare decât cele ofertate (respectiv „glossy platinum grey” în loc de negru mat). Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația nr. 50361/ 09.12.2019, în contradictoriu cu

Aceste considerente se mențin valabile și față de contestația secundă, care preia marea majoritate a motivelor din prima contestație.

În speță, nici prin argumentarea din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatoarea

nu reușește să probeze că informarea în limba engleză, nedată, neînregistrată și neasumată de nimeni prin semnătură provine de la Microsoft și că a fost emisă la o dată la care ofertanta nu putea comanda de pe piață, fie direct de la producător fie de la alți distribuitori, cele cinci tablete de culoare negru mat.

Informarea este că „starting 15th of November 2019, the model Microsoft Surface Pro 6 Black, 12.3 inch Touch, Core i7-8650U, 16GB RAM, 1TB SSD, Win 10 Pro, start to be discontinued. Then, only the model: Microsoft Surface Pro 6 Platinum Gray, 12.3 inch Touch, Core i7-8650U, 16GB RAM, 1TB SSD, Win 10 Pro, will be available.”, informare care se prezumă a fi anterioară datei de 15 noiembrie 2019, însemnând că SC SRL putea anticipa din timp că producătorul nu mai fabrică respectivul produsul și își putea constitui un stoc de cinci tablete pentru a fi livrate Camerei Deputaților, dacă oferta sa era desemnată câștigătoare. Ofertarea a avut loc la 07.11.2019, iar în informare se face vorbire despre data de 15.11.2019. Cel mai probabil, informarea – presupunând că este veridică – exista înainte de data-limită de depunere a ofertelor.

Este de notorietate că o companie precum Microsoft nu anunță încetarea producției unui anumit echipament cu „o zi înainte”, ci cu mult timp înainte, astfel încât vasta rețea de distribuitori să acționeze în consecință, pentru a își onora comenzile. De altminteri, Microsoft Surface Pro 6 Black este comercializat și în prezent de către diverși distribuitori, indiferent de țară, după cum se poate observa la o simplă căutare pe internet.

Informarea de care se prevalează contestatoarea se referă la încetarea producției, nicidecum la interzicerea comercializării tabletei Microsoft Surface Pro 6 Black după data de 15 noiembrie 2019.

Cădea în sarcina SC SRL să facă dovada că îi era imposibilă preluarea de pe piață a celor cinci tablete negre, în contextul în care, cum s-a reținut mai sus, și în prezent sunt disponibile la vânzare asemenea tablete, fie chiar în state din afara Uniunii Europene. Nu poate fi reținut un impediment absolut al contestatoarei de a își îndeplini obligația asumată prin propria ofertă, de a livra autorității dispozitivele amintite, de culoare negru mat.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a emis adresa de anulare a licitației, neexistând motive pentru anularea ei și continuarea competiției. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC SRL nr. 51534/16.12.2019, în contradictoriu cu

Pe de altă parte, anularea nici nu îi vatămă drepturile sau interesele contestatoarei care, prin nesemnarea contractului în

condițiile asumate prin ofertă, a devenit un terț față de licitație. Eventuala continuare a ei ar profita celor trei concurenți ai săi, nicidecum contestatoarei. Nu prezintă relevanță dacă aceștia au avut sau nu diligența de a își menține un stoc de cinci dispozitive de culoare negru mat pe durata derulării procedurii de atribuire, după cum susține contestatoarea.

Autoritatea a explicat că, în condițiile în care la procedura de atribuire au fost depuse alte trei oferte, care au fost declarate corespunzătoare cerințelor caietului de sarcini, este evident că achiziția dispozitivelor nu era obligatoriu de a se realiza de la producătorul lor, neexistând o cerință restrictivă de a fi furnizate direct de la producător, ci puteau fi deținute în stoc de către ofertanți sau puteau fi achiziționate de la dealeri sau de la orice alți comercianți de asemenea de echipamente.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, contestațiile SC SRL nr. 50361/09.12.2019 și nr. 51534/16.12.2019, în contradictoriu cu

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 șaptesprezece pagini.