



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 132/C3/2983

Data: 19.01.2021

Prin contestația nr. 3431/31.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 58646/31.12.2020, înaintată de SA, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, director general, formulată împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 44 – 4.507.624 l apă minerală necarbogazoasă (plată) 2l/pet condiții tehnice de calitate, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 14286/20.11.2020, act emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de „Furnizare brânză topită, cașcaval, lapte praf, conserve din carne cu legume (tocană), conserve din carne cu legume (ciorbă), conserve din legume (tocană), conserve din carne de porc în suc propriu, conserve din pateu de ficat, făină albă de grâu, mălai superior, paste făinoase, ulei rafinat din floarea soarelui, zahăr tos, apă minerală naturală, necarbogazoasă (plată), orez”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1023009/24.07.2020, publicat în SEAP la 24.07.2020, s-a solicitat „reconsiderarea ofertei depuse”, pentru lotul 44, anularea tuturor actelor emise în cadrul procedurii, anularea raportului final al procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri pentru clarificarea/remedierea cerințelor considerate inacceptabile și reanalizarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire.

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

Prin contestația nr. 3431/31.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 58646/31.12.2020, ... SA atacă rezultatul procedurii aferent lotului 44 – 4.507.624 l apă minerală necarbogazoasă (plată) 2l/pet condiții tehnice de calitate, ce i-a fost adus la cunoștință prin publicarea în SEAP a Raportului de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020, la 18.12.2020, emis de autoritatea contractantă, în procedura de atribuire mai sus arătată, potrivit căruia, oferta sa pentru acest lot a fost respinsă, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumită de rezultatul procedurii și considerând că autoritatea contractantă nu a avut în vedere scopul legii, și anume realizarea achiziționării de bunuri în condiții de eficiență economică și socială, nu a respectat principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a încălcat principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și proporționalității, ... SA a înaintat prezenta contestație, solicitând reconsiderarea ofertei sale, pentru lotul 44, anularea tuturor actelor emise în cadrul procedurii, anularea raportului procedurii final și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri pentru clarificarea/remedierea cerințelor considerate inacceptabile și reanalizarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire.

Contestatoarea amintește că, după emiterea Deciziei CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020, ca urmare a admiterii, de către Consiliu, a contestației sale împotriva primului rezultat al procedurii, autoritatea contractantă a reluat procesul de verificare a condițiilor de întocmire a DUAЕ, cu constatarea unei inadvertențe de fond, indicate în raportul nou al procedurii – intitulat *Raportul de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020*.

Astfel, autoritatea contractantă a constatat că, în DUAЕ completat de SA, experiența similară este la nivelul unui contract derulat în favoarea achizitorului însuși, de 7 ani, dar care este sub valoarea minimă impusă ofertanților pentru lotul 44.

Contestatoarea confirmă că a evidențiat doar acest contract, întrucât a considerat că este relevant pentru achizitor, acesta fiind beneficiarul lui, deși în portofoliul său are circa 10.000 de contracte cu beneficiari privați.

Contestatoarea consideră că cifra sa de afaceri, precum și notorietatea sa (inclusiv, din faptul că este acreditată NATO) puteau determina autoritatea contractantă să-i solicite noi informații, în condițiile în care ofertantul câștigător (singur contracandidat) ar fi prezentat un singur contract de experiență similară de 8.779.694 lei, cu o cifră de afaceri nesemnificativă față de a sa.

Contestatoarea arată că putea prezenta relevanță, pentru achizitor, în determinarea capacității tehnice a ofertanților, deținerea

de către aceștia a unor surse de apă care să asigure îmbutelierea unei cantități așa de mare de apă, necesară a fi achiziționată.

De altfel, consideră contestatoarea, prezenta relevanță pentru achizitor și faptul că oferta desemnată câștigătoare are o valoare mai mare decât a sa cu 1.300.000 lei.

În privința "inadvertenței de formă", constatată de comisia de evaluare, legat de absența unei bife corespunzătoare obligației de prezentare a autorizației necesare derulării serviciilor, contestatoarea arată că a menționat deținerea autorizației sanitare de funcționare la secțiunea dedicată, considerând că negarea autorizării specifice pentru derularea unor servicii nu este aplicabilă în cauză, procedura de atribuire având ca obiect un contract de furnizare și nu de servicii.

Mai mult, contestatoarea evocă un tratament pârtnitor acordat ofertantului câștigător, prin solicitarea, în mod repetat, a unor clarificări asupra documentelor de calificare, în timp ce ea le-a prezentat odată cu oferta.

Contestatoarea atașează acțiunii sale dovada de consemnare a cauțiunii, în valoare de 121.705,85 Ron, prin recipisa emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, în data de 31.12.2020, sub numărul 206740334/1.

În drept, contestatoarea invocă prevederile Legii nr. 98/2016 și ale Hg nr. 395/2016.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 503/06.01.2021, autoritatea contractantă a transmis, prin e-mail, punct de vedere la contestația promovată de către SA, prin care solicită admiterea excepției tardivității și respingerea contestației, ca tardiv formulată.

De asemenea, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 1594/12.01.2021, autoritatea contractantă a transmis un nou punct de vedere și "dosar achiziție contestație nr. 3431/31.12.2020", reprezentând copii ale documentelor considerate relevante în speță (ultimul raport al procedurii; print-screen al paginii SEAP în care se înregistrează datele de postare a raportului; comunicare a rezultatului procedurii, privind lotul 44; aviz conform necondiționat al ANAP, privind raportul procedurii; contracte privind experiența similară a contestatoarei; procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor; documentația de atribuire).

Prin acest punct de vedere, autoritatea contractantă reiterează solicitarea respingerii contestației, pe cale de excepție, în sensul constatării tardivității ei, în raport cu data luării la cunoștință a actului atacat, care ar fi 18.12.2020.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă amintește că a reluat procedura de atribuire, așa cum a dispus în precedent CNSC, pornind de la premisa că oferta SA a fost însoțită de garanția de participare. După reevaluarea ofertei în cauză, a emis un nou raport al procedurii, intitulat Raportul de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr.

2288/C3/2638 din 10.12.2020, pe care l-a supus evaluării ex-ante a ANAP, primind Avizul Conform Necondiționat nr. 7655/846/1023009/AC din 23.12.2020 (transmis în copie la dosarul cauzei).

Amintește autoritatea contractantă că SA invocă notorietatea publică a activității sale, inclusiv acreditarea NATO, aspecte care nu au legătură cu condițiile de prezentare a ofertei în procedura de achiziție curentă.

Referirile contestatoarei la "spiritul legii" și nu la prevederile exprese ale Legii nr. 98/2016, relevă faptul că nu a înțeles cerințele din documentația de atribuire, susține autoritatea contractantă. Cerințele din aceasta stabileau condiții egale de participare pentru toți operatorii economici interesați, indiferent de mărimea capacităților lor sau de notorietatea ori întinderea relațiilor de afaceri (poziția de lider de piață sau acreditare NATO).

Cerința de experiență similară a fost explicit prevăzută în Fișa de date a achiziției la punctul "III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala", iar pentru lotul 44, autoritatea contractantă solicita o experiență care să rezulte din contracte de furnizare băuturi fără alcool, în valoare minimă, cumulată, de 6.000.000 lei, care să fi fost executate în ultimii 3 ani.

Or, contestatoarea a precizat în DUAЕ un contract de furnizare în valoare de 486.080 lei, încheiat la 09.12.2013, cu acte adiționale care au prelungit perioada contractuală până la 11.09.2020, chiar în beneficiul autorității contractante (achizitorului de față).

Autoritatea contractantă apreciază că acest contract nu se încadrează în perioada impusă prin documentația de atribuire și nu are nici valoarea minimă arătată, iar eventuala acceptare a ofertei ar fi condus la încălcarea tratamentului egal, în defavoarea altor operatori economici.

Inadvertența de formă constatată în DUAЕ, privitor la nebifarea câmpului corespunzător autorizației necesare derulării serviciilor a fost ignorată, de comisia de evaluare (deși a consemnat acest aspect în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor), ținând cont de prezentarea efectivă a autorizației sanitare de funcționare, dar și de faptul că inadvertența de fond privind experiența similară nu ar putea fi înlăturată, conform Notificării ANAP din 01.09.2016 (pe care o atașează).

În privința capacităților de îmbuteliere, la care face trimitere contestatoarea, autoritatea contractantă arată că această capacitate nu are relevanță, întrucât nu a fost o cerință a documentației de atribuire.

Referitor la documentele depuse de contestatoare, în mod voluntar, autoritatea contractantă arată că nu le-a impus, ofertanții având obligația completării DUAЕ, așa cum a înțeles să procedeze majoritatea lor.

Conform prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, documentele justificative privitoare la cerințele de calificare indicate și confirmate în DUAE se depun doar de către ofertantul care ocupă primul loc în clasament, situație care s-a regăsit și în procedura de față, comisia de evaluare a ofertelor solicitând în mod corect acele clarificări la care face referire contestația, sub pretextul avantajării contracandidatului.

Argumentele contestației bazate pe notorietate, recunoaștere națională și internațională "nu pot fi cuantificate în vederea evaluării" ofertei sale și nu se regăsesc în cuprinsul prevederilor legale aplicabile în domeniu, susține autoritatea contractantă.

În replică, contestația a transmis, prin e-mail, corespondența nr. 246 din 11.01.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 1704/12.01.2021, reiterând cererile din contestație. Prin aceasta, contestația solicită respingerea excepției de tardivitate, arătând că data luării la cunoștință a rezultatului atacat 21.12.2020, data publicării în SEAP a raportului procedurii, care a mai fost publicat și în 23.12.2020 cu completări, dar și în 24.12.2020, după aprobarea lui (conform *screenshot* atașat cererii sale).

Contestația reiterează că evaluarea ofertei sale trebuia să țină cont de spiritul legii, de faptul că valoarea ei este mai mică decât valoarea ofertei desemnate câștigătoare, de faptul că autoritatea contractantă avea dreptul și interesul legitim de a-i solicita clarificări, în condițiile în care avea "cunoașterea capacității ofertantului", care ar fi condus la "achiziționarea în condiții mult mai avantajoase".

Contestația iterează faptul că, la 05.01.2021, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul de anulare a procedurii (inclusiv pentru lotul 44), motivat de imposibilitatea încheierii contractului. Contestația precizează că, din raportul de anulare amintit, a dedus că motivele avute în vedere pentru anularea procedurii ar privi diminuarea bugetului achizitorului, precum și faptul că acesta deține, deja, o cantitate de apă minerală suficientă, care ar face obiectul contractului invocat drept experiență similară.

Din modalitatea de derulare a procedurii, inclusiv din decizia de anulare a ei, pentru lotul 44, contestația înțelege că autoritatea contractantă a luat decizii care nu sunt justificate (în privința ofertei sale), dar care pot fi încadrate și în legea penală.

Consiliul a solicitat părților, din oficiu, opinia privind anularea procedurii, în raport cu obiectul cauzei supuse analizei, prin corespondența cuprinsă de adresele nr. 2519/2983/C3 și nr. 2520/2983/C3 ele din 15.01.2021.

Contestația a comunicat Consiliului, prin adresa FN din 16.01.2021, comunicată prin e-mail și înregistrată la CNSC sub nr. 2591/18.01.2021, că înțelege să-și "reprecizeze" acțiunea, în sensul că solicită anularea raportului procedurii publicat în 05.01.2021, care are ca obiect anularea procedurii, precum și obligarea autorității

contractante la adoptarea de măsuri de remediere, în sensul reanalizării ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis, prin adresa nr. 564/18.01.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 2719/18.01.2021, că a decis anularea procedurii pentru loturile 41-44 (prin raportul procedurii nr. 81/05.01.2021, postat în SEAP la 05.01.2021 și la 06.01.2021). Pentru aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca rămasă fără obiect. Concomitent, autoritatea contractantă a comunicat Consiliului raportul privind anularea procedurii și dovada comunicării lui în SEAP.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură, licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de „Furnizare brânză topită, cașcaval, lapte praf, conserve din carne cu legume (tocană), conserve din carne cu legume (ciorbă), conserve din legume (tocană), conserve din carne de porc în suc propriu, conserve din pateu de ficat, făină albă de grâu, mălai superior, paste făinoase, ulei rafinat din floarea soarelui, zahăr tos, apă minerală naturală, necarbogazoasă (plată), orez”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1023009/24.07.2020, publicat în SEAP la 24.07.2020.

Împotriva respingerii ofertei sale, pentru lotul 44, măsură cuprinsă în raportul procedurii de atribuire postat în SEAP, sub numărul 15670 din 24.12.2020, ... SA a formulat prezenta contestație, solicitând anularea raportului și reevaluarea ofertei sale, după solicitarea de clarificări privind nivelul experienței similare deținute.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206740334/1, în valoare de 121.705,85 Ron, emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, în data de 31.12.2020.

Consiliul reține că, în procedura de atribuire amintită, ... SA a mai înaintat o contestație, împotriva excluderii sale din competiție, pentru pretinsa lipsă a garanției de participare, care a fost soluționată prin Decizia CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020. Prin decizia anterioară, Consiliul a obligat achizitorul la continuarea procedurii, prin acceptarea în competiție a ofertei SA, ce era însoțită de garanția de participare.

Văzând conținutul noii contestații, ce trimite la o pretinsă luare la cunoștință a noului rezultat al procedurii în data de 18.12.2020 (vezi pagina 1), Consiliul a pus în discuția părților (prin adresele nr. 193 și nr. 195/2983/C3/04.01.2021) termenul de sesizare a sa (cu excepția de tardivitate a contestației), raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele cauzei, în raport cu necesara prioritate a soluționării excepției invocate din oficiu, Consiliul constată, contrar susținerilor autorității contractante, că a fost investit în termen. În fapt, rezultatul final al procedurii a fost comunicat, în SEAP, la 24.12.2020, odată cu postarea raportului procedurii (forma aprobată de conducătorul instituției achizitoare), ce conține măsura de respingere a ofertei contestatoarei. Noul rezultat a fost atacat, prin prezenta contestație (înregistrată la emitent sub nr. 3431/31.12.2020), la data de 31.12.2020.

Or, termenul de sesizare a Consiliului, raportat la valoarea estimată a prezentei proceduri, de 29.631.457,37 lei, este de 10 zile, conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: *(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum se pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

a) *10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, [...].*

Conform regulilor de calculare a termenelor, prevăzute la art. 5 din Legea nr. 101/2016, ultima zi în care se putea formula contestație împotriva rezultatului comunicat la 24.12.2020, era 05.01.2021.

Respingând excepția de tardivitate a contestației, Consiliul face analiza pe fond a cauzei, constatând că disputa părților privește finalitatea analizei ofertei SA, conținută de Raportul de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020, postat în SEAP la data de 24.12.2020.

În concordanță cu acesta, oferta contestatoarei a fost respinsă pentru lipsa experienței similare la nivelul minim impus prin fișa de date a achiziției, adică (conform subsecțiunii "III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala"): *Pentru contractele de achizitie de bunuri: executarea de livrari de tipul specificat. Operatorii economici care depun oferta trebuie sa dovedeasca ca au furnizat în ultimii 3 ani, calculati pana la data limită de depunere a ofertelor, (decalarea termenului-limita stabilit pentru depunerea ofertelor nu conduce in mod automat la respingerea unui ofertant pe motiv ca experienta lui similara este situata in afara perioadei de 3 ani raportata la noua data limita de depunere a ofertelor atât timp cat acesta, la data initial stabilita în anuntul de participare indeplinea cerinta astfel cum a fost ea solicitata) în baza unui contract sau mai multe contracte, produse similare [...] Lot 44- 6.000.000. lei, fara TVA.*

Autoritatea contractantă a ținut cont de faptul că autoarea contestației a declarat, prin DUAЕ, depus odată cu oferta, că deține o experiență similară, în ultimii 3 ani, la nivelul a 486.080 lei, care ar rezulta din contractul nr. 15/2013, încheiat chiar cu actualul achizitor, prelungit prin 4 acte adiționale (ultimul fiind semnat în 2018).

Motivele de respingere a ofertei contestatoarei, reținute de comisia de evaluare a ofertelor, în raport cu modalitatea de întocmire a DUAЕ, privesc nerespectarea duratei de 3 ani în care să se fi dobândit experiența similară invocată, lipsa nivelului valoric minimal, dar și a obiectului contractului subsecvent livrării apei (care nu ar fi fost de livrare a apei, ci un contract de depozit și prestări servicii, fără cheltuieli de depozitare).

Consiliul are în vedere, de asemenea, că pe durata derulării cauzei, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii pentru mai multe loturi (inclusiv pentru lotul de interes 44), motiv pentru care părților li s-a pus în discuție opinia privind această anulare, în raport cu obiectul disputei supuse analizei.

Or, prin corespondența de răspuns, la adresele CNSC nr. 2519/2983/C3 și nr. 2520/2983/C3 ele din 15.01.2021, părțile au confirmat cunoașterea deplină a măsurii de anulare a procedurii (care a intervenit prin raportul procedurii nr. 81/05.01.2021, postat în SEAP la 05.01.2021 și la 06.01.2021).

Decizia de anulare a procedurii a devenit definitivă, în sensul că, în termen de 10 zile de la luarea ei la cunoștință, nu a fost atacată. Față de data 05.01.2021, de luare la cunoștință a anulării procedurii, invocată de către contestatoare, orice astfel de demers ar fi tardiv.

Cât privește solicitarea contestatoarei, din corespondența sa transmisă (prin e-mail) la 16.01.2021, de "reprecizare" a acțiunii, în sensul de a se decide anularea noului raport al procedurii, nr. 81/05.01.2021, Consiliul o va respinge pentru inadmisibilitate, în temeiul art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.*

O acțiune validă, împotriva noului rezultat al procedurii, trebuia înaintată, în mod distinct, pe calea unei contestații formulate în condițiile precizate la art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, în maxim 10 zile de la luarea la cunoștință a lui.

În lipsa unui astfel de demers, anularea procedurii (pentru Lotul 44) a devenit definitivă, astfel că a rămas fără obiect analiza motivelor de respingere a ofertei contestatoarei.

Drept care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția, invocată din oficiu, și va respinge contestația SA împotriva Raportului de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020, emis de, ca rămasă fără obiect.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția privind tardivitatea contestației formulate de SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, împotriva rezultatului procedurii inițiate cu anunțul de participare nr. CN1023009 din 24.07.2020, consemnat în raportul procedurii nr. 15670/24.12.2020, privitor la lotul 44.

Respinge contestația SA împotriva "Raportului de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 2288/C3/2638 din 10.12.2020", ca rămasă fără obiect.

Respinge, ca inadmisibilă, cererea contestatoarei SA de modificare/completare a contestației, cu un capăt de cerere nou, îndreptat împotriva raportului de anulare a procedurii, nr. 81/05.01.2021, privitor la lotul 44.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

**PREȘEDINTE,
Dumitru-Viorel
PÂRVU**

**MEMBRU,
Ecaterina-Milica
DOBROTĂ**

**MEMBRU,
.....**

Redactat practica deciziei,
Carina ZĂRNESCU

Redactată în 4 exemplare originale, conține 9 pagini.