

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

DECIZIE

Nr. 183/C1/3126

Data: 25.01.2023

Prin contestația nr. B0736/19.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 62335/19.12.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată prin, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. A-2957/08.12.2022 și a raportului procedurii nr. A-2955/08.12.2022 emise de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Furnizare rații individuale de luptă”, cod CPV: 15897100-3, s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat de autoritatea contractată prin adresa nr. A-2957/08.12.2022, anularea raportului procedurii nr. A-2955/08.12.2022, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau ulterioare și conexe acestuia, în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun, în privința reevaluării ofertei SC SRL, conform Deciziei CNSC nr. 2361/C1/2346/09.11.2022;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire și stabilirea clasamentului final al ofertanților, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, ținând cont de declararea ca acceptabilă și conformă a ofertei sale.

- acces la întregul dosar al procedurii de achiziție.

Prin adresa nr. 245/23.13.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 63679/27.12.2022, SC SRL, cu sediul în sat și punct de lucru în localitatea, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J23/262/2012, având cod unic de înregistrare RO 29661396, reprezentată prin, a formulat cerere de intervenție în favoarea autorității contractante în contradictoriu

cu SC SRL în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, solicitând admiterea acesteia.

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

În fapt, contestatorul precizează că în data de 13.05.2022, autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire a contractului având ca obiect „Achiziția de rații individuale de luptă, sens în care a publicat anunțul de participare nr. CN1042510/13.05.2022, precum și întreaga documentație de atribuire aferentă procedurii de achiziție.

Contestatorul precizează că a depus oferta în termenul stabilit, oferta sa aflându-se încă în perioada de valabilitate (până pe data de 08.02.2023).

De asemenea arată că în data de 26.09.2022, ofertantul SC SRL a formulat contestație la CNSC împotriva rezultatului procedurii, care a fost admisă prin Decizia CNSC nr. 2361/C1/2346 din data de 09.11.2022, prin care s-a anulat raportul procedurii și s-a dispus reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării acestei decizii a CNSC.

În data de 08.12.2022, după reevaluarea ofertelor, autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. A-2957/08.12.2022, reprezentând comunicare rezultat procedură, prin care se menționează faptul că:

- „oferta depusă a fost reevaluată ca fiind inacceptabilă, deoarece s-a constatat că precizările din Fișa tehnică a produsului „supă instantă de praz și cartofi” sunt în contradicție cu mențiunile din propunerea tehnică privind îndeplinire cerințelor C.04, C.11, C.12 și răspunsul la solicitarea de clarificări este unul neconcludent, nefiind de natură de a schimba caracterul neconform al ofertei;

- oferta depusă a fost reevaluată ca fiind neconformă, având în vedere că precizările din Fișa tehnică a produsului sare și piper sunt în contradicție cu mențiunile din propunerea tehnică C. 17, privind modul de ambalare a piperului;

- ofertantul declarat câștigător este SC SRL cu un punctaj total de 100 de puncte și o ofertă totală de 6.524.880,00 lei fără TVA;

- punctajele au fost obținute prin aplicarea algoritmului de calcul asupra ofertei admisibile, conform anexei la prezenta comunicare”.

Din analiza raportului de atribuire mai sus menționat, SC SRL precizează că a constatat următoarele:

1. Cu privire la declararea ca inacceptabilă a ofertei sale:

Învederează Consiliului faptul că autoritatea contractantă a considerat răspunsul său inițial la clarificări nr. B0447/11.08.2022 ca fiind neconcludent, deși solicitarea de clarificare în sine nu a fost formulată corect, în acord cu cerința menționată la punctul C.04 din Anexa nr. 1 la caietul de sarcini - Specificații tehnice minime.

Contestatorul precizează că din documentația depusă de el, rezultă că pentru prepararea produsului „supa instant de praz și cartof” nu este necesară utilizarea unei surse suplimentare de încălzire. Pentru prepararea produsului, el a pus la dispoziție o pungă termică specială, cu care se poate încălzi cantitatea de apă necesară preparării supei de praz, respectiv 250 ml apă. Consideră îndeplinită cerința C.04 din Anexa 1 la caietul de sarcini, deoarece aceasta specifică că „produsele alimentare care se consumă după o prealabilă rehidratare, utilizează apa rece pentru prepararea lor sau asigurarea posibilității încălzirii apei cu aceeași sursă de încălzire a felului principal”.

De asemenea arată că în raportul procedurii nr. A-2955/08.12.2022, autoritatea contractantă a menționat că produsul nu respectă nici cerințele C.11 și C.12 din Anexa nr. 1 la caietul de sarcini, fără a aduce o justificare privind elementul obligatoriu care lipsește acestui produs și fără a-i solicita clarificări în acest sens. Solicită a se lua în considerare faptul că produsul respectă cerințele menționate la pct. C.11 și C.12, respectiv faptul că acesta se prepară cu apă caldă - în acest sens s-a pus la dispoziție o pungă termică specială pentru încălzirea apei („hot beverage bag”), procedură care se poate realiza cu aceeași sursă de încălzire utilizată pentru încălzirea felului principal. De asemenea, susține că produsul său respectă și termenul de valabilitate prevăzut la cerința C.11 de minim 24 luni de la data livrării. Precizează că și-a asumat un termen de valabilitate de 27 luni de la data livrării, însă mai mult decât atât, produsul are un termen de valabilitate de 5 (cinci) ani.

Mai mult decât atât, referitor la considerentele reținute de Completul nr. 1 în Decizia CNSC nr. 2361/C1/2346/09.11.2022 (pag. 18 și 19 din 23), conform cărora „supa se prepară doar cu apă clocotită”, menționează că traducerea instrucțiunii de folosire trebuie făcută în acord și cu celelalte mențiuni de pe ambalaj, unde se menționează „chaud”, „caliente”, care se traduc „apă caldă” și NU apă clocotită. Aceeași interpretare lingvistică se aplică și la tel, în sensul că producătorul a folosit în mod generic cuvântul „whisk”, în sensul de instrument de amestecare a ingredientelor în bucătărie. În fapt, într-un recipient de 250 ml în care se prepară supa de praz, nu se poate folosi un tel pentru amestecare, ci mai degrabă o lingură sau un bețișor de lemn. Contestatorul susține că în propunerea tehnică a luat în calcul ca lingura pusă la dispoziție ca și tacâm, să fie folosită și ca instrument de amestecare a produsului din plic. De asemenea, potrivit cerințelor menționate în caietul de sarcini, produsul supă instantă de praz și cartofi nu era impus a fi preparat și cu apa rece și cu apă caldă. Prima opțiune și cea ofertată de el a fost a unei supe care se prepară cu apă caldă, așa cum este menționat pe instrucțiunile de folosire, produsul fiind ambalat de producător împreună cu o pungă termică specială de încălzire a apei. Prepararea cu apă rece este o opțiune a utilizatorului/ consumatorului,

fiind aprobată și de producătorul - în acest sens depune atașat declarația producătorului.

Referitor la modul de preparare a produsului cu apă caldă, potrivit instrucțiunilor menționate pe ambalaj și în Fișa tehnică a produsului, pentru o cantitate de 20 gr aferentă unui plic de supă, se folosesc 250 ml de apă - 20 gr/250 ml. Prin urmare, 1 litru de apă se folosește la prepararea a 4 pliculețe de supă (80 gr/l litru).

2. Cu privire la declararea ca neconforma a ofertei sale:

Referitor la criticile aduse produsului „piper”, precizează că în Fișa tehnică a produsului sunt prezentate în principal caracteristicile acestuia, modalitatea de ambalare nefiind un element personalizat, indiferent că ambalarea se face în vrac sau la kg sau gram, în funcție de cerința autorității contractante. În meniurile ofertate prin propunerea tehnică, el și-a asumat livrarea a două plicuri de piper de câte 1(un) gram fiecare, la oferta financiară el luând în calcul cele 2 grame de produs. Fișa tehnică este pentru 0,2 grame piper, având în vedere că în mod normal, necesarul pentru o masă, este de un gram de sare și 0,2 grame de piper. Prin urmare, Fișa tehnică a produsului este o fișă standard pentru produs, fiind menționate doar caracteristicile fizico-chimice, microbiologice și organoleptice ale produsului, care trebuie să respecte standardele de calitate în domeniu, iar ambalarea produselor se face în faza de implementare a contractului, în conformitate cu cerințele fiecărei autorități contractante.

În concluzie, susține că nu există o neconcordanță între Fișa tehnică a produsului și propunerea tehnică, deoarece în propunerea tehnică și-a asumat livrarea meniului conform solicitărilor, inclusiv 2 plicuri de piper a câte 1 (un) gram, iar prin Fișa tehnică a demonstrat că produsul îndeplinește parametrii de calitate și nu cerințele de ambalare.

În opinia sa această justificare privind modul de îndeplinire al cerinței C.17, se putea face doar la solicitarea de clarificări din partea autorității contractante, însă aceasta a procedat la descalificarea imediată și abuzivă a sa, fără a-i cere clarificări. Astfel, neverificându-se cu rigurozitatea necesară respectării rolurilor și atribuțiilor stipulate în normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 a comisiei de evaluare, consideră că s-a concluzionat fără solicitarea vreunei clarificări, că singura ofertă admisibilă care îndeplinește cerințele minime din caietul de sarcini este cea a SC SRL (30 puncte total factori de evaluare tehnici).

Având în vedere cele de mai sus, consideră ca a ofertat un produs care îndeplinește cerințele minime obligatorii din caietul de sarcini - Anexa 1.

Totodată precizează că în cazul în care, în soluționarea acestui demers, se constată că procedura în discuție este viciată, dincolo de remediare, solicită anularea procedurii de atribuire.

Având în vedere cele prezentate contestatorul susține că nu este de acord cu decizia autorității contractante adusă la cunoștință prin adresa nr. A-2957/08.12.2022, reprezentând comunicare rezultat procedură și cu raportul procedurii nr. A-2955/08.12.2022 prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă.

În concluzie, pentru toate motivele mai sus menționate, solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună:

- anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat de autoritatea contractată prin adresa nr. A-2957/08.12.2022, anularea raportului procedurii nr. A- 2955/08.12.2022, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau ulterioare și conexe acestuia, în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depuse de SC SRL;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun, reevaluarea ofertei sale, căreia, în cadrul procesului de reevaluare a ofertelor dispus prin Decizia CNSC nr. 2361/C1 /2346/09.11.2022, i s-a analiza oferta, fără a i se solicita clarificări:

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire și stabilirea clasamentului final al ofertanților, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, ținând cont de declararea ca acceptabilă și conformă a ofertei depuse de SC SRL;

- suspendarea procedurii și a semnării acordului-cadru până la soluționarea pe fond a contestației, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- accesul la întregul dosar al procedurii de achiziție.

În drept, invocă: dispozițiile art. 8-21 din Legea nr. 101/2016, precum și articolele menționate în cuprinsul contestației, ale Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, precum și principiile în care își are sediul materia.

În probațiunea, depune un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 245/23.13.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 63679/27.12.2022, SC SRL formulează cerere de intervenție în favoarea autorității contractante în contradictoriu cu SC SRL.

SC SRL precizează că formulează prezenta cerere de intervenție în calitate de operator economic declarat câștigător pentru procedura de achiziții „Rații individuale de luptă” așa cum rezultă din comunicarea privind rezultatul de atribuire nr. A-2956/08.12.2022, în urma punerii în aplicare a deciziei CNSC 2361/C1/2346/09.11.2022, emisă ca urmare a contestației sale privind reevaluarea ofertelor tehnice.

Prin urmare solicită admiterea cererii de intervenție în favoarea autorității contractante.

Totodată prin adresa nr. 244/20.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 62789/21.12.2022 SC SRL solicită acces la dosarul achiziției aflat la Consiliu.

Prin adresa nr. B0786/12.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 2076/12.01.2023 SC SRL transmite concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a adoptat, în temeiul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, nicio măsură de remediere după primirea contestației sale și nici nu a depus punctul sau de vedere, în conformitate cu dispozițiile imperative ale art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016; Prin urmare, solicită Consiliului să facă aplicarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel”. Mai mult, consideră că lipsa punctului de vedere al autorității contractante poate fi interpretată și ca o recunoaștere tacită a solicitărilor SC SRL.

De asemenea arată că SC SRL (oferantul declarat câștigător după reevaluarea ofertelor) nu a depus o cerere de intervenție, ci doar o adresa de înaintare a unei cereri de intervenție care nu poate fi calificată drept „cerere de intervenție”, deoarece nu îndeplinește condițiile de formă și de fond pentru cererea de intervenție voluntară prevăzute de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum nici cele prevăzute de art. 61 - 63 din Codul de procedură civilă, nici pentru cererea de intervenție principală (în interes propriu pentru menținerea rezultatului procedurii), nici pentru cererea de intervenție accesorie (în apărarea actelor autorității).

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a declarat ca inacceptabilă oferta sa, fără a solicita clarificări în faza de reevaluare a ofertelor, așa cum ar fi trebuit să facă în aplicarea Deciziei CNSC nr. 2361/C1/2346/09.11.2022. Prin contestația depusă la CNSC sub nr. 62792/21.12.2022, susține că a explicat că produsul „supa instant de praz și cartof” respectă cerințele C.04 din Anexa nr. 1 la Caietul de sarcini, deoarece pentru prepararea produsului poate fi folosită atât apa rece, cât și apa caldă. În acest sens, a depus în probatoriu, ca anexă la contestație, declarația producătorului Spania, din data de 19.12.2022, unde se specifică în mod clar „The instant soup provided in the ration pack can be prepared either with cold or hot water” Astfel, consideră că este clarificată așa zisa contradicție între propunerea tehnică și Fișa tehnică a produsului, nemaexistând dubii în privința posibilității preparării supei instant cu apa rece sau apa caldă.

De asemenea susține că produsul „supa instant de praz și cartof” respectă și cerințele menționate la pct. C.11 și C.12. din Anexa nr. 1 la Caietul de sarcini, respectiv faptul că în situația preparării direct cu apa caldă s-a pus la dispoziție o pungă termică specială pentru încălzirea apei

(„hot beverage bag”), procedură care se poate realiza cu aceeași sursă de încălzire utilizată pentru încălzirea felului principal, precum și cerința ca termenul de valabilitate prevăzut la cerința C.11 să fie de minim 24 luni de la data livrării. Susține că el și-a asumat un termen de valabilitate de 27 luni de la data livrării, însă mai mult decât atât, produsul are un termen de valabilitate de 5 (cinci) ani. Cu privire la declararea ca neconformă a ofertei sale, referitor la criticile aduse produsului „piper”, precizează că în Fișa tehnică a produsului sunt prezentate în principal caracteristicile acestuia, modalitatea de ambalare nefiind un element personalizat, indiferent că ambalarea se face în vrac sau la kg sau gram, în funcție de cerința autorității contractante. În meniurile oferite prin propunerea tehnică, susține că și-a asumat livrarea a două plicuri de piper de câte 1(un) gram fiecare, la oferta financiară el luând în calcul cele 2 grame de produs. Fișa tehnică este pentru 0,2 grame piper, având în vedere că în mod normal, necesarul pentru o masă, este de un gram de sare și 0,2 grame de piper. Prin urmare, Fișa tehnică a produsului este o fișă standard pentru produs, fiind menționate doar caracteristicile fizico-chimice, microbiologice și organoleptice ale produsului, care trebuie să respecte standardele de calitate în domeniu, iar ambalarea produselor se face în faza de implementare a contractului, în conformitate cu cerințele fiecărei autorități contractante.

Menționează că a încheiat cu succes două contracte de furnizare rații militare cu UM 01836 Otopeni (primul pentru o cantitate de 11.270 rații militare și al doilea pentru 47.000 rații militare), în cadrul cărora a livrat acest produs în plicuri de câte 1 (un) gram fiecare, așa cum a fost solicitat în Caietul de sarcini, respectând cerințele de calitate prezentate în Fișa tehnică.

În concluzie, consideră că nu există o neconcordanță între Fișa tehnică a produsului și Propunerea tehnică, deoarece în propunerea tehnică și-a asumat livrarea meniului conform solicitărilor, inclusiv 2 plicuri de piper a câte 1 (un) gram, iar prin Fișa tehnică a demonstrat că produsul îndeplinește parametrii de calitate și nu cerințele de ambalare.

De asemenea consideră că această justificare privind modul de îndeplinire al cerinței C.17, se putea face doar la solicitarea de clarificări din partea autorității contractante, însă aceasta a procedat la descalificarea imediată și abuzivă a sa, fără a-i cere clarificări.

În concluzie, având în vedere considerentele de mai sus, solicită ca prin decizia ce se va pronunța, să se admită contestația.

Prin adresa nr. 282/13.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 2436/16.01.2023 SC SRL transmite punct de vedere ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

SC SRL precizează că evaluarea tehnică realizată de autoritatea contractantă ca urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC nr. 2361/C1/2346/09.11.2022 este corectă.

Astfel arată că autoritatea contractantă, necontestând Decizia CNSC a procedat la remedierea deficiențelor identificate. Consideră că în mod corect CNSC constatat că sunt neconformități în fișele tehnice ale ofertanților al căror producător este, inclusiv pentru SC SRL.

Precizează că autoritatea contractantă formulează solicitări de clarificări atunci când acestea prezintă elemente care pot fi lămurite și nu în sensul de a permite remedierea ofertelor deja depuse prin încălcarea tratamentului egal între operatorii participanți.

SC SRL arată că SC SRL atașează la contestația formulată, înscrisuri emise de către producător în afara termenului de evaluare, bineînțeles după depunerea ofertelor, înscrisuri datate din data de 19.12.2022 din partea producătorului sub forma unor declarații pe proprie răspundere (netraduse autorizat) prin care încearcă să își modifice oferta din neconformă în conformă.

Reiterează faptul că în cadrul documentației de atribuire, parte integrantă din caietul de sarcini este STANAG 2937 (ediția 5) în cadrul căruia sunt expuse clar gramajele, condițiile de ambalare a alimentelor din compoziția unei rații de lupte. Cerințele nu sunt facultative și fișele tehnice nu se depun formal, ci în scopul asigurării îndeplinirii obiectivelor contractului ce urmează a fi atribuit.

SC SRL precizează că aspectele menționate în cadrul contestației sale, care a fost admisă în integralitate de Consiliu, reprezentate de „materiale auxiliare” ale produsului „rație de luptă” pentru fiecare meniu, precum: sarea/piper/sac de gunoi, șervețelul uscat sunt neconforme. În cadrul contestației sale a specificat clar că sunt elemente pentru care „nu puteți permite înlocuirea acestora prin clarificări”. Aceste neconformități conduc la neconformitatea tuturor meniurilor, iar operatorii participanți nu mai rămân cu minimum de 2 meniuri conforme pentru a fi declarați admiși și incluși în etapa de evaluare financiară.

Având în vedere că lipsesc documente – informații - părți din propunerea tehnică și că unele informații nu corespund caietului de sarcini, consideră că nu se impune solicitarea de clarificări conform prevederilor art. 134 HG nr. 395/2016, deoarece aceasta intră sub incidența prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat” iar completarea cu documente și informații pentru a îndeplini documentația de atribuire privind modul de prezentare a propunerii tehnice duce spre acest fapt și nu se pot accepta printr-o contestație documente noi, care trebuiau a fi puse la dispoziție la data elaborării ofertei, până la deschiderea acestora. În acest sens, orice ofertant ar fi putut să-și completeze/modifice oferta depusă în sensul conformității tehnice.

Intervenientul susține că oferta SC SRL nu corespunde cerințelor din caietul de sarcini, și a fost în mod corect considerată neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Raportat la noile elemente introduse de către SC SRL, intervenientul prezintă următoarea analiză tehnică, deși acestea nu ar trebui luate în considerare:

Supa cremă:

- produsul „supa de praz cu cartofi” nu poate fi preparat cu accesoriile incluse în pachet (pachetul nu este prevăzut cu „tel”, iar în fișa produsului se precizează „Amestecați bine cu un TEL”), care prin traducerea din limba engleză prezentată în fișa tehnică de produs depusă, respectiv cuvântul WHISK, se traduce TEL. Conform definiție din DEX: TEL = instrument de sârmă cu mâner folosit în bucătărie. În oferta tehnică depusă de către SC SRL nu crede că a fost ofertat și acest tip de instrument - TEL. De altfel, arată că nu se specifică nicăieri în fișa de produs că poate fi folosit alt instrument pentru prepararea produsului.

- Totodată, în urma consultării dosarului, constată că documentul STATES ce face referire la fișa tehnică de produs LEEK ABD POTATO SOUP (SUPA DE PRAZ ȘI CARTOFI) depus, identificat cu numărul 047, este emis de către producătorul ulterior termenului de depunere a ofertelor (anexă la contestație) și anume - 19.12.2022, și prezintă alte date tehnice decât cele depuse în oferta inițială (în oferta inițială fișa de produs specifica că preparatul se prepară cu apă clocotită, iar în documentul depus „States” din 19.12.22 se specifica că produsul se prepară cu apă rece și caldă).

Autoritatea contractantă a precizat că nu acceptă oferte alternative, în consecință nu poate fi luat în considerație în prezenta procedură de contestație.

- Tot în urma consultării dosarului, a constatat că în fișa tehnică, a produsului LEEK ABD POTATO SOUP (SUPA DE PRAZ ȘI CARTOFI) depusă cu nr. de identificare 048 se specifică clar că produsul se prepară cu apă clocotită (boiling water) „Se toarnă 20g/250ml de PRODUS IN 1 LITRU DE APA CLOCOTITA”, ceea ce nu coincide cu declarația din contestația SC SRL. Mai mult, în fișa de produs nu se specifică nicăieri că se folosesc 250ml apă pentru produsul ofertat, ci 1 LITRU de apă fierbinte.

PIPER

- pentru produsul piper negru măcinat, în fișa de produs emisă de, se specifică clar gramajul produsului ofertat - 0,2 gr/plic piper. Având în vedere condiția tehnică solicitată în caietul de sarcini - C.17, și conform cu STANAG2937 (ediția 5) unde se solicită clar 2 plicuri a 1gr/buc se înțelege că fișa tehnică a produsului piper negru măcinat nu îndeplinește condițiile de conformitate. Mai mult, arată că se înțelege din fișa tehnică a produsului piper depusă ca fiind de 0,2gr/buc, prin urmare

ar fi trebuit să se oferteze 5buc piper x 0,2gr/plic ca să rezulte 1gr, ceea ce oricum nu ar corespunde cerinței caietului de sarcini (1gr/buc).

- în urma consultării dosarului referitor la documentul STATES ce face referire la fișa tehnică a produsului piper depusă cu nr. de identificare 049 emisă de către producător, (postdatată termenului de depunere a ofertelor respectiv 19.12.2022 - posibil diferită de cea depusă în oferta inițială), intervenientul susține că acesta nu poate fi luat în considerare în procedura de contestație. De asemenea, arată că acest document are atașat prin lipire (la propriu) o imagine de produs (neofertat inițial în termenul de depunere al ofertelor „referire la gramajul produsului”), imagine nevalidată de către producător prin șampilă/ semnătură.

În concluzie, arată că chiar și cu acest noi elemente introduse de care contestator, oferta rămâne neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Anexat contestației în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 62792/ 21.12.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208685191/1 tranzacția 1287671086/ 2131886812 din 20.12.2022 în valoare de 120.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat licitație deschisă, pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Furnizare rații individuale de luptă”, cod CPV: 15897100-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN1042510/13.05.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este între 25.000,00 -6.577.500,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a formulat cererea de intervenție nr. 245/23.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 63679/27.06.2022, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP

a contestației. (...)" și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 20.12.2022 sub identificatorul „Document: [CN1042510/00202] 20221220_N_Contestatie....._rezultat_procedura_dupa_reevaluar e.....-semnat.pdf.p7s” contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că obiectul contestației formulate îl constituie modul de reevaluare a ofertelor la procedura pentru încheierea acordului cadru având ca obiect: „*Furnizare rații individuale de luptă*”, ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022, pronunțată anterior în cadrul procedurii, motiv pentru care, Consiliul îl va analiza prin raportare atât la considerațiile avute în vedere în cadrul deciziei anterioare pronunțate cât și legislația specifică în materie.

Relevant în soluționare este faptul că, anterior, pe rolul Consiliului a fost depusă contestația nr.223/26.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 49976/23.09.2021, formulată de SC SRL prin care s-a solicitat printre altele: adoptarea măsurilor de remediere, prin declararea ofertei depuse de SC SRL ca neconformă cu specificațiile caietului de sarcini, reluarea procesului de evaluare a ofertelor iar în măsura în care se va aprecia că nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii în cauză.

Prin Decizia CNSC nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022, Consiliul a dispus astfel:

„Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor

cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare”.

Întrucât Decizia Consiliului nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022 nu a fost atacată cu plângere, aceasta este definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Având a se pronunța cu privire la motivele de respingere a ofertei contestatorului ca urmare a reevaluării ofertei sale, Consiliul va reține ca relevante în prezenta cauză următoarele considerente din motivarea Deciziei CNSC nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022 definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere la Curtea de Apel:

„Astfel, analizând mai întâi criticile contestatorului cu privire la ofertantul clasat pe locul I și declarat câștigător al procedurii aparținând SC SRL, se reține că o primă critică se referă la neconformitatea produsului „Supă instant de praz și cartof”, motiv pentru care va analiza această critică prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

În cadrul Fișei de date, la IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, s-au stipulat următoarele cerințe:

„Propunerea tehnică se va prezenta la rubrica special prevăzută în SEAP în acest sens, respectiv „Documente de calificare și propunere tehnică” și va include:

1) Formularul de Propunere Tehnică (conform formular nr. 2 și 2.1. din modele de formulare) incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele tehnice care nu conțin informații legate de prețuri. Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței cu cerințele/specificațiile prevăzute în cadrul prezentei secțiuni, respectiv cu cele prevăzute în cadrul Caietului de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire. În acest scop, pornind de la propria expertiză a ofertantului în domeniul contractului ce urmează să fie atribuit și prin raportare la necesitățile, obiectivele și constrângerile autorității/entității contractante, astfel cum au fost acestea descrise în cadrul Caietului de sarcini, propunerea tehnică va cuprinde informații relevante privind abordarea propusă de ofertant pentru execuția contractului.

Cu excepția eventualelor constrângeri de natură tehnică și/sau legală, în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă. Specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini reprezintă cerințe minimale referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, scop în care soluțiile oferite în cadrul propunerii tehnice pot face referire la atingerea unor niveluri superioare.

În cazul în care pe parcursul îndeplinirii contractului se constată faptul că nu sunt respectate elemente ale propunerii tehnice (sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini), autoritatea/entitatea contractantă își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul ori de a solicita sistarea furnizării produselor până la remedierea situației constatate.

Ofertanții au libertatea de a-și prevedea propriile consumuri și metodologii de furnizare a produselor/echipamentelor, cu condiția respectării cerințelor cantitative (acolo unde există o astfel de obligativitate) și calitative prevăzute în caietul de sarcini sau, după caz, a actelor normative în vigoare care reglementează furnizarea unor asemenea produse. În acest sens, ofertanții trebuie să alocă în graficul de implementare a contractului timpuri suficienți de verificare și validare din punct de vedere cantitativ și calitativ a serviciilor conexe prestate în cadrul contractului.

Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori prevederile legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă. Nu se admite copierea în tot sau în parte a caietului de sarcini în cadrul propunerii tehnice, ofertanții având obligația de a proba conformitatea ofertei cu cerințele acestuia prin prezentarea propriei abordări/metodologii asupra modului de îndeplinire a contractului și de rezolvare a eventualelor dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, prin raportare la conținutul propunerii tehnice mai sus menționat.

Autoritatea/entitatea contractantă își rezervă dreptul de a analiza și verifica conformitatea valorilor/propunerilor/activităților ofertate/propuse de operatorii economici în cadrul factorilor de evaluare ai ofertelor din punctul de vedere al îndeplinirii cerințelor solicitate prin caietul de sarcini, cu scopul protejării acesteia împotriva ofertelor ce conțin valori/propuneri/activități care intră în contradicție cu specificațiile tehnice stabilite și/sau care nu pot fi fundamentate. Ofertele care nu pot fi fundamentate din punct de vedere tehnic, logistic și a resurselor prevăzute în ofertă, de natură să nu asigure satisfacerea cerințelor din caietul de sarcini, vor fi respinse ca neconforme”.

De asemenea potrivit pct. 3 din caietul de sarcini, la: „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, s-au stabilit următoarele condiții:

„1. Se va prezenta ca document separat.

2. Propunerea tehnică va comenta articol cu articol prevederile caietului de sarcini și va conține informații prin care se demonstrează corespondența cu specificațiile/cerințele tehnice impuse.

3. Pentru produsele ofertate, se vor preciza fabricantul și țara de origine (locul fabricației), termenele de livrare (de la semnarea contractului) și termenul de valabilitate de la data recepției produsului.

4. Propunerea tehnică va include file de catalog/specificații pentru produsele ofertate.

Obiectivul general la care contribuie furnizarea produsului este de a asigura hrănirea militarilor, pe timpul desfășurării misiunilor și exercițiilor în teren până la alocarea la drepturi.

Obiectivul specific la care contribuie furnizarea produsului este de a asigura aportul caloric necesar desfășurării efortului fizic susținut, al militarilor, pe timpul desfășurării misiunilor și exercițiilor în teren”.

Din analiza documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă în mod evident că specificațiile tehnice impuse sunt obligatorii iar dovada îndeplinirii acestora se face doar prin catalog / specificație tehnică de la producător, astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile tehnice prevăzute în cadrul caietului de sarcini, nerespectarea specificațiilor tehnice fiind sancționată cu respingerea ofertei ca neconformă.

În acest sens, se reține că potrivit Anexei 1 a caietului de sarcini, la descrierea specificațiilor tehnice, se prevede că:

„Pct.C.04. Produsele alimentare care se consumă după o prealabilă rehidratare utilizează apa rece pentru prepararea lor sau asigurarea posibilității încălzirii apei cu aceeași sursă de încălzire a felului principal”.

Pct.C.11. Băuturi reci sau calde: produse cum ar fi cafea, ceai, ciocolată caldă, băuturi energizante, etc și care are un termen de valabilitate de minim 24 luni de la data livrării. Produsele cafea sau derivate din cafea, ceai, băuturi energizante se prepară cu apă rece sau cu apă caldă. Termenul de valabilitate este de minim 24 de luni de la data livrării.

Pct.C.12. În situația preparării direct cu apă caldă trebuie să se asigure un ambalaj special pentru încălzirea apei, cu posibilitatea încălzirii apei cu aceeași sursă de încălzire utilizată pentru încălzirea felului principal. Dacă băuturile calde se prepară direct în ambalajul lor prin adăugarea apei reci peste conținut, atunci trebuie să prezinte posibilitatea încălzirii cu aceeași sursă de încălzire a felului principal MRE. În ambele cazuri, băuturile trebuie să asigure posibilitatea servirii din ambalajul original”.

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

Din analiza propunerii tehnice a ofertantului SC SRL se reține că la cerința C.04. se menționează că: „Produsele alimentare cuprinse din meniurile oferite care necesită o rehidratare prealabilă se prepară cu apă rece (cafea, ceai, etc., chiar și supa). În eventualitatea în care consumatorul dorește ca supa să fie preparată cu apă caldă s-a pus la dispoziție o pungă pentru apă caldă care poate fi încălzită cu aceeași sursă de încălzire a felului principal”.

Or, această prevedere a propunerii tehnice potrivit căreia supa se poate prepara cu apă rece este în contradicție cu documentele depuse în susținerea acesteia (fișa tehnică), aferente produsului „Supă instant de praz și cartof”, având ca furnizor producătorul, deoarece potrivit instrucțiunilor de utilizare, produsul se prepară astfel: „Se toarnă 20g/250 ml de produs în 1 litru de apă clocotită. Amestecați bine cu un -Tel (ustensilă de bucătărie). Lăsați să stea cu 2 până la 3 minute înainte de consum”.

Altfel spus, deși în propunerea tehnică a ofertantului SC SRL se menționează că produsul „Supă instant de praz și cartof” se poate prepara cu apă rece, din conținutul fișei tehnice a produsului rezultă că acesta se prepară

doar cu apă clocotită, produsul neavând vreo instrucțiune de preparare a supei cu apă rece.

Contradicția persistă și în ceea ce privește posibilitatea ca supa să fie preparată cu apă încălzită într-o pungă pusă la dispoziție de ofertant în condițiile în care potrivit instrucțiunilor de preparare „Supa instant de praz și cartof”, se prepară folosind apă clocotită și amestecare cu un Tel (ustensilă de bucătărie), fișa tehnică a produsului neavând vreo instrucțiune de preparare a supei cu apă caldă încălzită într-o pungă sau posibilitatea amestecării acesteia cu un alt tacâm/ustensilă avut la dispoziție.

De asemenea, în urma unei solicitări de clarificări din partea autorității contractante (postată în SEAP în data de 09.08.2022), ofertantul SC SRL reiterează în cadrul răspunsului (vezi adresa B0447/11.08.2022, pag. 000108, vol. 1 din dosarul achiziției) aceleași specificații tehnice (respectiv că „Supa instant de praz și cartof” se prepară cu apă rece, iar în eventualitatea în care consumatorul dorește ca supa să fie preparată cu apă caldă se pune la dispoziție o pungă pentru apă caldă care poate fi încălzită cu aceeași sursă de încălzire a felului principal), fără însă a prezenta vreo minimă probă în susținerea acestei specificații (fișă tehnică, broșură, pliante de la producător), astfel cum stipulau cerințele caietului de sarcini.

Mai mult, nu este lipsită de relevanță că, din analiza documentelor de evaluare a ofertei câștigătoare, autoritatea contractantă nu a verificat în ce măsură specificațiile tehnice ale încălzitorului MRE (sursa de încălzire a produselor) permit încălzirea unei cantități de 1 litru apă până la temperatura de fierbere necesar preparării supei, fiind indusă în eroare de explicațiile neconcludente ale respectivului ofertant.

Situația este similară și în ceea ce privește produsul C.17 – “Piper”, deoarece deși potrivit tabelului din propunerea tehnică a ofertantului, acesta ar fi ofertat 2 plicuri de câte 1 gram fiecare (astfel cum impune caietul de sarcini), din analiza fișei tehnice a produsului „Sare și piper” (pag. 000128-000129, vol.2), rezultă că acest produs este ambalat în plic de 0,2 grame.

Consiliul reține că, potrivit art. 65 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, verificarea propunerilor tehnice depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere/reproducere a răspunsurilor la solicitările de clarificări, astfel cum a procedat, ci este un proces laborios, constând în verificarea conformității fiecărei specificații tehnice impuse în caietul de sarcini cu propunerile tehnice și documentele doveditoare prezentate în acest sens, astfel încât să confere autorității contractante certitudinea că produsul ofertat este unul conform și corespunde necesității ei pentru care a inițiat procedura de atribuire în cauză.

Altfel spus, legiuitorul nu a impus în sarcina autorității contractante doar obligația de a solicita justificări/clarificări, în sensul de a întocmi o simplă adresă de solicitare pentru a demonstra îndeplinirea acestei obligații, ci și de a efectua verificări detaliate ale componentelor tehnice oferite, în condițiile în care legiuitorul stabilește o prezumție relativă de încălcare a principiilor nediscriminării, tratamentului egal și transparenței necesare pentru atribuirea unui contract de achiziție publică.

Specificațiile tehnice propuse de ofertanți nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, ci reprezintă elementul esențial

al propunerii tehnice, a căror realitate/conformitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că în etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt propria documentație de atribuire, alegând să verifice în mod parțial și superficial cerințele impuse pentru produsele ofertate și să desemneze drept admisibilă și ulterior câștigătoare oferta acestuia în baza simplei prezumții că echipamentul ofertat îndeplinește în totalitate specificațiile tehnice solicitate. Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Prin urmare răspunsul SC SRL la solicitarea de clarificări este unul neconcludent, nefiind de natură a schimba caracterul neconform al ofertei, fiind incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”. Prezentarea unei propuneri tehnice care nu include informațiile solicitate de autoritatea contractantă ca răspuns la cerințele minime stabilite poate atrage neconformitatea ofertei.

Simpla copiere a cerințelor din caietul de sarcini nu este considerată drept răspuns la cerințele Autorității Contractante.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Altfel spus, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că propunerile tehnice ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor,

documentația de atribuire este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

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

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres solicitate în cadrul caietului de sarcini (referitoare atât la senzorul de tip geofon triaxial cât și sursa autonomă de curent de minim două săptămâni), iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, **fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).**

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

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

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

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în

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

Astfel, **conform unei jurisprudențe constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit** (a se vedea în special Hotărârea din

10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și

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

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37). Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură (a se vedea Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 42).

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

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

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

În ceea ce privește criticile formulate împotriva ofertelor aparținând SC (clasat pe locul VI), Consiliul reține că aceștia au același furnizor, respectiv producătorul, motiv pentru care, în urma analizei fișelor tehnice aferente produselor oferite (care au făcut obiectul de analiză al ofertei SC SRL), se constată că neconformitățile care au făcut obiectul

considerațiilor mai sus iterate sunt pe deplin aplicabile și acestora (a se vedea pag. 000310 – 000328, 000382-000399 vol. 3 în cazul).

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertelor este întemeiată, urmând să fie admisă”.

Din considerentele deciziei CNSC nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022 definitivă și irevocabilă, rezultă indubitabil că, în etapa reevaluării ofertelor ca urmare a punerii în aplicare a respectivei decizii, autoritatea contractantă trebuia să constate caracterul neconform al ofertei contestatorului deoarece prevederile propunerii tehnice nu respectă cerințele documentației de atribuire iar răspunsul SC SRL la solicitarea de clarificări este unul neconcludent, nefiind de natură a schimba caracterul neconform al ofertei, fiind incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit căroră: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Or, în condițiile în care SC SRL în cadrul contestației formulează critici cu privire la conformitatea propriei oferte, asupra căroră Consiliul s-a pronunțat deja în mod definitiv și irevocabil, este evident că acestea nu mai pot constitui obiectul unui nou control de legalitate din partea Consiliului.

Mai mult, din analiza deciziei pronunțate și a considerațiilor avute în vedere, rezultă în mod că CNSC nu a trasat în sarcina autorității contractante obligația de a solicita de la SC SRL noi clarificări asupra neconformităților constatate, deoarece un astfel de demers ar fi încălcat principiile transparenței și tratamentului egal statuate de art. 2 alin. (2) lit. d) și b) din Legea nr. 98/2016, ci a subliniat rolul / atribuțiile acesteia în verificarea conformității propunerilor tehnice în temeiul art. 127 alin. (1) lit. f) și g) din HG nr. 395/2016; prin urmare ipoteza solicitărilor de clarificări pe marginea acestui subiect nu s-ar subscrie concluziei expusă în decizie.

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv,

pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Autoritatea de lucru judecat operează atât în cazul hotărârilor prin care acțiunea sau cererile incidentale (cererea reconvențională ori intervențiile voluntare ori forțate) sunt admise cât și în privința celor prin care acestea sunt respinse, fiind deci opozabilă tuturor părților din respectiva cauză.

A avea „*aceeași calitate*” în ambele cereri înseamnă a figura în procese în calitate de titular de drepturi, prin calitate înțelegându-se aici poziția lor în nume propriu sau intervenient în proces. Altfel spus, este avută în vedere identitatea juridică a părților, iar nu identitatea lor fizică, nefiind obligatoriu ca o parte să aibă în ambele procese calitatea de reclamant, iar cealaltă parte calitatea de pârât. Astfel, dacă în ambele procese participă aceleași persoane, ca titulare ale drepturilor, va fi identitate de părți, chiar dacă în cadrul proceselor sunt inversate calitățile părților.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) *„nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”* și art. 430 alin. (1) și (2) *„hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”*.

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același.

De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Cauza este fundamentul raportului juridic dedus soluționării, temeiul juridic al cererii. Ea nu se confundă cu cauza acțiunii și nici cu mijloacele de probă. Nu se poate păstra aceeași cauză și prezentate alte dovezi pentru că există autoritate de lucru judecat. Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecării, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect,

instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Mai mult, nu este lipsit de relevanță faptul că din conținutul contestației formulate, se constată că acesta îmbracă forma unei veritabile plângeri împotriva deciziei pronunțate de Consiliu, fără însă a fi respectate prevederile exprese ale art. 29 din Legea nr.101/2016, care stipulează că: *„Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate”,* în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat decizia Consiliului nr. 2361/C1/ 2346 din 09.11.2022, în SEAP în data 22.11.2022.

Astfel, Consiliul nu poate face abstracție de raționamentul ce răzbate din decizia nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022 iar o analiză pe documentele de conformitate prezentate în susținerea propunerii tehnice, nu mai poate fi efectuată, la acest moment, motiv pentru care, luând în considerare argumentele expuse mai sus și determinând că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității cu privire la neconformitatea ofertei în cauză, va respinge ca nefondată criticile cu privire la modul de evaluare a propriei oferte, motiv pentru care, constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, autoritatea contractantă punând în aplicare măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 2361/C1/2346 din 09.11.2022 și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este neîntemeiată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini