

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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.

Data:

I. Prin contestația nr. 292/22.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47018/22.09.2022, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva *raportului procedurii de atribuire nr. 33108/14.09.2022* - publicat în data de 15.09.2022, emis de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul București, strada Berceni nr. 10, sector 4, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, împărțită pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Acord cadru de furnizare alimente*”, cu privire la Loturile 2, 3, 6 și 7, s-au solicitat:

„- anularea în parte a acestuia, respectiv în privința loturilor nr. 2, 3, 6 și 7;

- obligarea autorității contractante la respingerea ofertei participantului (ofertant care a depus o ofertă neconformă) sau, în subsidiar, la excluderea acestuia de la procedură (ofertantul se află sub incidența unor motive de excludere) și la desemnarea unor noi câștigători dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.”

II. Prin contestația nr. 296/29.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48314/30.09.2022, formulată de, cu datele de identificare menționate mai sus, împotriva *deciziei de anulare a procedurii comunicată prin adresa nr. 10971/27.09.2022*, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat anularea deciziei de anulare și continuarea procedurii.

Contestațiile vor fi soluționate împreună, fiind conexe, în considerarea dispozițiilor art. 17 din Legea nr. 101/2016.

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

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică raportul procedurii de atribuire nr. 33108/14.09.2022, în partea care privește loturile 2, 3, 6 și 7, emis de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În fapt, contestatorul arată, la data de 19.09.2022, un reprezentant al societății sale a procedat la consultarea dosarului achiziției, ocazie cu care, a constatat faptul că ofertantul a depus fișe tehnice emise de, societate care este doar vânzător-distribuitor.

De asemenea, semnalează contestatorul, ofertantul a depus un înscris *fals*, aparent emis de (poarta antetul acesteia), prin care se precizează:

- în legătură cu produsul napolitane (care face obiectul lotului nr. 6) faptul că acesta este produs de către, la care ar fi acționar;
- în legătură cu produsele care fac obiectul loturilor nr. 2, 3 și 7, faptul că ar fi produse de filiale din cadrul UE.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul depune un Certificat constatator emis de Registrul Comerțului, din care reiese identitatea asociaților, acestea fiind doar persoane fizice și în care nu este menționat.

Potrivit contestatorului, chiar dacă adresa ar fi fost emisă de către, în cauză nu a fost îndeplinită cerința ca fișa tehnică să fi fost emisă de producător, întrucât:

- în privința produsului *napolitane*, ... nu are nicio legătură cu producătorul, iar fișa tehnică ar fi trebuit să fie emisă de acesta din urmă;
- în privința celorlalte produse, chiar dacă acestea ar fi produse de alte entități din UE, acele entități au astfel calitatea de producător și ar fi trebuit să fie emitente ale fișei tehnice;
- conform certificatului constatator emis de Registrul Comerțului, ...nu are calitatea de producător, iar dacă o altă societate din cadrul grupului ar fi producătorul acelor produse, aceasta nu transformă entitatea în producător, pentru ca fișa tehnică emisă să fie conformă.

Invocând dispozițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137 din HG nr. 395/2016, contestatorul opinează că autoritatea contractantă a încălcat aceste dispoziții legale atunci când a concluzionat că ofertele depuse de sunt conforme, permițându-i participarea la celelalte etape ale procedurii, din moment ce operatorul nu a depus actul solicitat în mod expres, respectiv fișa tehnică emisă de producător.

Se mai arată că, acest mod de a acționa al ofertantului a mai fost adus la cunoștința autorității contractante în cadrul unei proceduri

anterioare, în luna iulie 2022, însă, la acel moment, autoritatea a înțeles să remedieze nelegalitatea.

Potrivit, a permite unui ofertant să demonstreze conformitatea produselor prin depunerea unui alt document decât cel solicitat în documentația de atribuire, și pe care ceilalți ofertanți l-au depus, constituie o gravă încălcarea a principiilor nediscriminării și tratamentului egal.

Mai mult decât atât, contestatorul este de părere că, prin depunerea la dosar a fișelor tehnice care nu au fost emise de către producător, ofertantul se află și sub incidența motivului de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 10971/27.09.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 47730/27.09.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, învederează faptul că a adoptat măsuri de remediere, după cum urmează: *în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin (2) din Legea nr. 98/2016, procedura de licitație deschisă CN1040617 „Acord cadru de furnizare alimente” se anulează, urmând ca în procedurile de atribuire ulterioare, cerința din fișa de date să fie reformulată conform sensului corect, în conformitate cu principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.*

Ca răspuns la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 297/29.09.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 48328/30.09.2022, ... susține că măsura adoptată de autoritate nu poate fi calificată ca fiind o remediere, întrucât remedierea trebuia să constea în anularea parțială a raportului procedurii, în sensul celor invocate în cuprinsul contestației.

De asemenea, contestatorul consideră că măsurile de remediere sunt tardiv adoptate, profund nelegale și nu înțelege să își retragă contestația formulată, menționând că a formulat contestație împotriva actului autorității contractante de anulare a procedurii.

II. Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică decizia de anulare a procedurii comunicată prin adresa nr. 10971/27.09.2022, emis de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, ... precizează că autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de anulare pe prevederile art. 212 alin.(1) lit. c) și alin. 2 din Legea nr. 98/2016, deși, potrivit acestuia, nu sunt îndeplinite condițiile pentru intervenirea acestui caz de anulare.

Totodată, în opinia contestatorului, decizia de anulare a procedurii de atribuire este tardivă, din două motive:

- a fost luată ca „*măsură de remediere*” în cadrul unei contestații aflate pe rolul CNSC, cu depășirea termenului de 3 zile prevăzut de dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- din interpretarea normelor legale, reiese clar faptul că decizia de anulare a procedurii poate fi luată numai în cursul acesteia, nicidecum după finalizarea sa.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 11280/04.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48869/04.10.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Autoritate contractantă precizează că, așa cum a menționat și în măsurile de remediere (adresa nr. 10971/27.09.2022) a constatat că cerința din fișa de date, privind prezentarea fișei tehnice de la producător viciază grav concurența astfel încât, pentru produse de bază, cu grad redus de procesare, ofertele admisibile sunt una, maxim 2. Potrivit achizitorului, o cerință greșit exprimată în fișa de date și speculată de contestator conduce la o restrângere artificială a concurenței, în condițiile în care, în contextul actual, al unor prețuri fluctuante pentru alimente, interesul autorității contractante este de a încheia acorduri cadru la prețuri cât mai competitive și cu cât mai mulți operatori economici pentru a evita blocaje în aprovizionare.

Toate aceste considerente, arată autoritatea contractantă, au condus la decizia de a anula integral procedura de atribuire în temeiul art. 212 alin (1) lit. c) coroborat cu alin (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele mai sus menționate, ... solicită Consiliului respingerea contestației formulate de, ca fiind nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, împărțită pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru de furnizare alimente”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 5 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 33108/14.09.2022, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, ofertele respinse, precum și pe cele desemnate admisibile și câștigătoare, pentru fiecare lot în parte.

Nemulțumit de decizia autorității contractante de a declara admisibilă și câștigătoare, pentru loturile 2, 3, 6 și 7, oferta depusă de, ... a formulat contestația nr. 292/22.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47018/22.09.2022, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Pentru soluționarea ei, ... a constituit cauțiunea în cuantum de lei prin recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC Bank – SUCURSALA, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 2167/27.09.2022.

Urmare a primirii acestei contestații și a aspectelor reclamate în cuprinsul ei, prin adresa nr. 10971/27.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47730/27.09.2022, autoritatea contractantă învederează faptul că a decis, ca măsură de remediere, anularea procedurii, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva acestei decizii, ... a formulat o nouă contestație, cu nr. 296/29.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48314/30.09.2022, solicitând anularea acesteia și continuarea procedurii.

Având în vedere că această din urmă contestație nu era însoțită de dovada constituirii cauțiunii, potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, a fost necesară verificarea îndeplinirii condiției legale, sens în care, prin adresa nr. 48940/2378/C2/05.10.2022, Consiliul a solicitat contestatorului dovada constituirii cauțiunii în termenul prevăzut de dispozițiile legale anterior invocate, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul stabilit de articolul menționat.

.... a primit această solicitare a Consiliului, așa cum rezultă din corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 49693/10.10.2022, însă, până la această dată, contestatorul nu a prezentat vreo dovadă în sensul constituirii cauțiunii, nici prin fax/e-mail, și nici în original (poștă sau la registratura CNSC), deși prin adresa amintită, Consiliul a cerut, în mod expres, ca răspunsul să fie comunicat, inițial, prin fax sau e-mail, iar, ulterior, în original, prin poștă sau direct la registratura CNSC.

În soluționarea cauzei prezintă relevanță dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora:

(1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:

a) 2% din valoarea estimată a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 35.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de 88.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b);

b) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai

mult de 2.000.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b.

(2²) În cazul în care procedura de atribuire a acordului-cadru este organizată pe loturi, prevederile alin. (1) se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv aferent fiecărui lot contestat.

În prezenta cauză se constată că a formulat și înaintat Consiliului contestația sa, prin e-mail, în data de 29.09.2022, fiind înregistrată la sediul CNSC sub nr. 48314, în data de 30.09.2022, astfel încât, aceasta avea obligația de a constitui cauțiunea cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare la data sesizării Consiliului, și redată mai sus, respectiv în 5 zile de la data sesizării organismului administrativ-jurisdicțional.

Față de normele reproduse, în vigoare și prezumate absolut a fi cunoscute de către, acesta era debitorul obligației legale de a constitui, în termen de maximum 5 zile de la sesizarea Consiliului, o cauțiune, în limita pragurilor de mai sus. În pofida acestei obligații, societatea a formulat contestația fără să constituie cauțiunea necesară, ea nefiind constituită și probată în cele 5 zile care s-au scurs de la sesizarea Consiliului. Termenul de 5 zile fiind un termen de decădere, respectarea lui nu este lăsată la aprecierea contestatorului.

Autorul contestației era dator să manifeste o minimă diligență în îndeplinirea, în termenul acordat, a obligațiilor procesuale care îi reveneau, astfel încât Consiliul să primească, până la această dată, dovada constituirii cauțiunii, dacă nu prin depunerea directă a ei la registratura Consiliului, atunci prin transmiterea la numerele de fax/adresa de e-mail puse la dispoziție și prin expedierea originalului cu serviciul poștal. Celeritatea este unul dintre principiile care guvernează soluționarea contestațiilor în materia achizițiilor publice [art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016]. Conform art. 10 alin. (1) C. proc. civ., părțile au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător și să contribuie la desfășurarea fără întârziere a procesului, iar conform art. 185 alin. (1) din același cod, când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului și actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate.

Reținând, așadar, culpa contestatorului, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii cauțiunii, și va reține că nu s-a conformat obligației de constituire, în termenul fixat de legiuitor, a respectivei dovezi pentru contestația nr. 296/29.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48314/30.09.2022, formulată împotriva deciziei de anulare a procedurii.

Întrucât contestatorul nu s-a conformat prevederilor legale imperative de constituire a cauțiunii, contestația nu poate fi

soluționată, fapt pentru care, în conformitate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (1) și art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația nr. 296/29.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48314/30.09.2022, formulată de, pentru neconstituirea cauțiunii.

În acest context, având în vedere că nu a fost legal investit să se pronunțe cu privire la motivele cuprinse în contestația sa îndreptată împotriva anulării procedurii, Consiliul nu poate analiza temeinicia criticilor din cuprinsul acesteia.

Nefiind înlăturată, măsura anulării produce efecte, în sensul că toate actele întocmite de autoritatea contractantă în cadrul procedurii sunt anulate, prin urmare și raportul procedurii nr. 33108/14.09.2022, considerat de ca având caracter vătămător intereselor sale și contestat prin prima contestație.

Pe cale de consecință, la acest moment, contestația nr. 292/22.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47018/22.09.2022, formulată de este rămasă fără obiect, în condițiile în care, în ipoteza unei admiteri a criticilor din cuprinsul acesteia, ar fi fără sens dispunerea anulării unor acte deja anulate, iar, pe de altă parte, decizia de anulare a procedurii nu ar putea fi lipsită de efecte, nefiind o consecință a rezultatului evaluării ofertelor primite.

Chiar dacă motivele care au stat la baza anulării procedurii și, implicit, a actelor atacate prin contestația primă, nu au legătură cu cele invocate de contestator, consecințele măsurii adoptată de autoritatea contractantă sunt același, respectiv înlăturarea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii.

Nefiind legal investit să se pronunțe și cu privire la legalitatea motivelor care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii, Consiliul nu poate efectua, din oficiu, o asemenea analiză și nu poate cenzura în niciun fel actele autorității contractante care conțin această rezoluție, în emiterea deciziilor sale fiind nevoit să respecte principiul disponibilității, conform prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Principiul disponibilității, aferent procedurii civile comune, care completează procedura jurisdicțională, presupune că instanța va statua în limitele obiectului stabilit prin cererea de chemare în judecată, pronunțându-se asupra a tot ceea ce s-a cerut, dar, în același timp, doar asupra a ceea ce s-a cerut, neexistând o obligație pentru Consiliu de a examina contestația pentru alte motive în afara celor expuse în contestație. Consiliul nu se poate substitui contestatorului în ce privește invocarea nelegalității unor acte cu privire la care nu a fost sesizat.

Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor de formă și fond prevăzute de lege, pentru determinarea exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu

un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Prin urmare, numai în situația în care măsura anulării s-ar fi dovedit nelegală, actele criticate prin contestația primă și-ar fi restabilit valabilitatea, însă, observă Consiliul, o astfel de situație nu mai este posibilă, în contextul în care termenul legal în care putea fi introdusă calea de atac împotriva anulării a expirat, împlinindu-se în data de 19.10.2022.

Cu privire la această situație, Consiliul reține că decizia de anulare a procedurii a fost operată de autoritatea contractantă în SEAP, și, astfel, adusă la cunoștință oricărei persoane interesate, încă din data de 12.10.2022, potrivit informațiilor asociate anunțului de participare aferent procedurii, procedura apărând, de la această dată, în *stare anulată*, iar, în termenul legal, nu a fost primită nicio contestație care să permită analizarea legalității acestei decizii.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca rămasă fără obiect, contestația nr. 292/22.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47018/22.09.2022, formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Fără pronunțarea asupra fondului cauzei și a altor excepții.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația nr. 296/29.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48314/30.09.2022, formulată de, pentru neconstituirea cauțiunii.

Respinge, ca rămasă fără obiect, contestația nr. 292/22.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47018/22.09.2022, formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.