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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13946/15.04.2019, depusă de ... SA, cu sediul în ..., având CUI ..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată convențional de ..., privind procedura de licitație deschisă online, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de ..., cod CPV ..., contestatoarea a solicitat anularea **comunicării nr. 362987/03.04.2019 ș**i a oricăror acte sau măsuri ulterioare, inclusiv raport, decizie finală de atribuire contract; **anularea reevaluării ofertei ... SA; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SA în conformitate cu cele dispuse prin Decizia Consiliului nr. 411/C9/296/18.03.2019, cu singura consecință posibilă de respingere ca neconformă a ofertei ... SA și desemnarea ofertei contestatoarei drept câștigătoare; atribuirea contractului subsecvent către ... SA.**

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SA atacă rezultatul procedurii de reofertare comunicat de autoritatea contractantă cu adresa nr. 362987/03.04.2019, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

După ce face un istoric al modului de derulare a procedurii de atribuire, ... SA amintește că, prin Decizia Consiliului nr. 411/C9/296/18.03.2019, Consiliul a admis, în parte, contestația și a reținut că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta ... SA ca inacceptabilă, respectiv neconformă, prin raportare la art. 134 alin. (5) și (6) și art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, obligând-o pe aceasta la reevaluarea ofertei ... SA cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat decizia Consiliului privind respingerea ca inacceptabilă, respectiv neconformă, a ofertei ... SA și nici dispozițiile legale în materia achizițiilor publice.

Decizia Consiliului nr. ...prevede în mod clar și precis, în conformitate cu art. 26 alin. (10) indice 1 din Legea nr. 101/2016, care sunt limitele reevaluării și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării. Astfel, Consiliul precizează în mod expres și clar că, în cadrul reevaluării, oferta ... trebuie respinsă ca fiind:

- inacceptabilă, întrucât clarificările/completările transmise de ... nu au fost concludente (art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016) și întrucât, prin răspunsurile sale, ... a modificat conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare (art. 134 alin. 6 din HG nr. 395/2016);

- neconformă, întrucât ... nu a prezentat comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate și nu a justificat în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

Invocând prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016, contestatoarea opinează că autoritatea contractantă a ignorat complet cele dispuse de Consiliu și a declarat încă o dată oferta ... câștigătoare, manifestând un comportament vădit părtinitor față de acest ofertant, fiind evident faptul că se urmărește cu orice preț atribuirea contractului de achiziție către ..., încălcându-se astfel principiul tratamentului egal reglementat de legislația achizițiilor publice.

Amintind prevederile art. 28 alin. (1) și ale art. 224 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea subliniază că, dat fiind faptul că Decizia Consiliului nr. ...nu a fost atacată de nicio persoană vătămată cu plângere, aceasta a devenit definitivă. Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația respectării acestei decizii și respingerii ofertei ....

Întrucât Consiliul a analizat deja și a admis toate argumentele contestatoarei prin Deciziile nr. ... și 411/C9/ 296/18.03.2019, decizii devenite definitive și intrate în puterea autorității de lucru judecat, ... SA precizează că nu revine asupra lor, ele rămânând însă valabile și aplicabile.

Autoritatea contractantă a încălcat autoritatea de lucru judecat a deciziilor Consiliului.

Astfel, în Decizia Consiliului nr. ..., s-a stabilit cu autoritate de lucru judecat că prețul ofertat de ... este un preț neobișnuit de scăzut care trebuie justificat și probat cu documente justificative.

Urmare acestei decizii, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei ..., declarând-o din nou câștigătoare, deși aceasta și-a modificat oferta tehnică și nu a oferit justificările necesare.

Prin Decizia nr. …, Consiliul a reținut că, într-adevăr, astfel cum a învederat și contestatoarea prin concluziile scrise depuse în cadrul dosarului, ... a modificat oferta tehnică inițială, autoritatea contractantă procedând în mod nelegal atunci când a acceptat o astfel de modificare. Prin aceeași decizie, Consiliul a precizat în mod expres că autoritatea contractantă avea obligația respingerii drept neconformă a ofertei ....

Contestatoarea consideră că, în cadrul aceleiași proceduri, autoritatea contractantă a aplicat deciziile Consiliului în mod diferențiat

... SA amintește că, în etapa atribuirii acordului-cadru, a formulat contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 35989/04.09.2018, făcând obiectul dosarului nr. 2772/2018, prin care a demonstrat neconformitatea ofertei ...SA, din perspectiva ofertării unui preț neobișnuit de scăzut ce nu poate fi justificat.

Invocând prevederile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea apreciază că, având în vedere că, în urma reevaluării dispusă prin Decizia nr. ...(rămasă definitivă), oferta ... trebuie să fie respinsă ca inacceptabilă și respectiv neconformă, raportat și la atitudinea vădit părtinitoare a autorității contractante se impune atribuirea contractului de către Consiliu, direct ... SA.

Din informațiile dosarului rezultă în mod evident că singura ofertă admisibilă este cea a ... SA, oferta ... fiind inacceptabilă respectiv neconformă, aspect care nu mai poate fi modificat în cazul unei reevaluări ținând cont de dispozițiile obligatorii ce se bucură de autoritate de lucru judecat.

Prin urmare, contestatoarea consideră că, în speță, se poate aplica excepția prevăzută de art. 26 alin. (10) și atribuirea contractului către ... SA.

Prin adresa nr. 389718/23.04.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 15372/23.04.2019, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația formulată de ... SA, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că, în baza deciziei Consiliului nr. …, a anulat procesul-verbal nr. 43788/29.01.2019, raportul nr. 294413/19.02.2019 și comunicările privind rezultatul procedurii de reofertare și a reevaluat oferta depusă de ... SA, declarând câștigătoare oferta acesteia ca urmare a aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut".

În această etapă de reevaluare, comisia de evaluare a reanalizat propunerea financiară prezentată de ofertantul ... SA, inclusiv verificarea conformității cu propunerea tehnică, verificarea aritmetică, verificarea

încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului, cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale.

Referitor la prețul propus sau componente ale acestuia „*neobișnuit de scăzut/scăzute, în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, inclusiv erori aritmetice*”, autoritatea contractantă amintește că s-au solicitat clarificări ofertantului ... SA în cadrul reevaluării dispusă de Consiliu în baza Deciziei nr. ....

Din răspunsurile prezentate, se constată că ofertantul a transmis justificarea modului de formare a prețului pentru fiecare tip de abonament, raportat la terminalele prezentate în cadrul ofertei tehnice și a declarat că va îndeplini contractul în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, anexând în acest sens o declarație pe propria răspundere, în care declară că *serviciile cuprinse în aceasta sunt în conformitate cu cerințele caietului de sarcini, asumate prin propunerea tehnică prezentată în cadrul procedurii nr. … și cu clarificările ulterioare de pe parcursul derulării acestei proceduri.*

În reanalizarea ofertei depuse de ... SA, comisia de evaluare a luat în considerare informațiile prezentate de către aceasta în cadrul ofertei tehnice și a urmărit ca justificarea prețului să fie corelată cu tipul serviciilor ofertate pentru fiecare tip de abonament care face obiectul acordului-cadru. De asemenea, în calculul costurilor generate de serviciile ofertate, pe lângă justificarea modului de formare a prețului pentru fiecare tip de abonament, ofertantul a declarat care este profitul rezultat în urma deducerii costurilor directe și indirecte.

Comisia de evaluare s-a concentrat, în principal, pe justificările privind:

- prețul serviciilor incluse în abonamente;
- serviciile incluse în fiecare tip de abonament;
- respectarea prevederilor caietului de sarcini și a ofertei tehnice cu privire la punerea la dispoziție a terminalelor cu titlu gratuit, în conformitate cu oferta tehnică asumată, inclusiv prin declarația pe propria răspundere.

Faptul că ... SA a supus atenției autorității contractante că, *având în vedere posibilitatea dispariției de pe piață a unui anume model de echipament, cu precădere în cazul terminalelor de tip 2 și tip 3 unde cantitatea estimată necesară de telefoane este mai mare (...), având în vedere fluctuațiile de stocuri și procesul dificil de a bloca, cantități așa mari pentru un anumit model de echipament, având în vedere perioada mai mare de 6 luni de la data publicării procedurii și până la data atribuirii contractului subsecvent, în eventualitatea lipsei de stocuri suficiente există posibilitatea ca pe parcursul implementării să intervină necesitatea livrării și a altor terminale echivalente/superioare cu specificațiile tehnice care respectă în totalitate parametrii tehnici asumați prin oferta tehnică, dar numai cu acordul autorității contractante* nu se încadrează în atribuțiile comisiei de evaluare, stabilite în conformitate cu prevederile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Tocmai de aceea, comisia de evaluare a luat în considerare doar justificările prețului neobișnuit de scăzut raportate la serviciile și specificațiile tehnice din propunerea tehnică prezentată inițial, atribuțiile cu privire la implementare excedând comisiei de evaluare.

Autoritatea contractantă precizează că, așa cum s-a exprimat și în punctele de vedere anterioare: nr. 288609/21.12.2018, 318669/ 04.03.2019 și 335643/15.03.2019, comisia de evaluare a reevaluat oferta ... SA luând în considerare doar justificările prețului neobișnuit de scăzut raportate la serviciile și specificațiile tehnice din propunerea tehnică prezentată inițial.

După cum a dispus Consiliul prin decizia nr. …, comisia de evaluare a reevaluat doar oferta ... SA, nu și oferta ... SA.

Capetele de cerere formulate de ... SA privind respingerea ca neconformă a ofertei ... SA și reluarea procedurii cu declararea câștigătoare a ofertei ... SA au fost respinse de Consiliu, întrucât activitatea de evaluare a ofertelor îi revine comisiei de evaluare și se va finaliza cu desemnarea ofertei câștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 16522/07.05.2019, ... SA a depus concluzii scrise.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului-cadru de …, cod CPV …, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru este de … lei, fără TVA, criteriul de atribuire este ”prețul cel mai scăzut”, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru ….

În cadrul procedurii au fost pronunțate deciziile nr: …

... SA a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de … lei, conform prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. …, eliberată de …, la data de ...

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, prin decizia nr. …, au fost reținute următoarele:

Vizavi de cele de mai sus, în examinarea fundamentării prețului ofertat de ... SA, Consiliul urmează să verifice prioritar aspectele legate de înlocuirea terminalelor ofertate, aspecte care au făcut obiectul solicitărilor de clarificări, având în vedere că, în stabilirea prețului, este relevant prețul terminalelor utilizate.

Astfel, se poate observa că, în propunerea tehnică, terminalele ofertate au fost: **Terminal Tip 1**: …; **Terminal Tip 2**: …; **Terminale Tip 3**: ...

Urmare solicitării primăriei nr. 186645/11.09.2018 de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare, prin adresa nr. CB1210/ 14.09.2018, ... SA a cerut autorității contractante *să fie de acord cu livrarea și a altor modele de terminale care să respecte în totalitate cerințele minime obligatorii asumate prin oferta tehnică depusă, respectiv va prezenta lista corespunzătoare terminalelor telefonice pe care le va comercializa la momentul respectiv, din care achizitoarea va putea selecta modelul*

care corespunde necesității sale obiective și care îndeplinește în totalitate parametrii tehnici din caietul de sarcini și oferta tehnică depusă.

În caietul de sarcini, cap. 2 Serviciile achiziționate, s-a făcut precizarea că, *la 24 luni de la semnarea acordului-cadru, se va relua competiția și se va licita prețul unitar al abonamentelor și se vor schimba doar terminalele de Tip I cu unele superioare celor livrate inițial, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, respectiv acestea nu vor fi mai vechi de un an de la data reluării competiției*. De asemenea, la pag. 4 din caietul de sarcini, s-a specificat că *terminalele nu vor fi blocate în rețeaua ofertantului și vor putea fi înlocuite în funcție de tip după o perioadă de 24 luni (se vor înlocui doar terminalele de Tip I).*

Se poate observa din cele de mai sus că, prin adresa nr. CB1210/ 14.09.2018, ... SA a cerut autorității contractante acordul pentru înlocuirea terminalelor și, deși nu a primit acest acord, în fundamentarea prețului din data de CB97/18.01.2019, a utilizat alte terminale decât cele din propunerea tehnică.

Prin adresa nr. CB117/23.01.2019 a retras răspunsul nr. CB97/ 18.01.2019, autoritatea contractantă luând în considerare răspunsul din 23.01.2019.

Totodată, Consiliul reține că și în răspunsul din 23.01.2019, ofertantul reia cele specificate inițial, în referire la înlocuirea terminalelor cu acordul autorității contractante.

Or, o astfel de modalitate de a justifica prețul ofertat nu poate fi considerată corespunzătoare.

Pe de o parte, deși nu a primit acordul autorității contractante, ofertanta a adus în mod repetat în discuție posibilitatea de a fi înlocuite terminalele contrar cerințelor caietului de sarcini, iar pe de altă parte, în urma transmiterii unui răspuns cuprinzând alte terminale, măsură justificată printr-un presupus acord al achizitoarei, a revenit cu un nou răspuns, cuprinzând prețuri ale terminalelor inițiale, dar reluând aspectul privind înlocuirea lor.

În contextul celor expuse, atât pentru motivul că ofertanta a declarat că *în eventualitatea lipsei de stocuri suficiente există probabilitatea ca, pe parcursul implementării, să intervină necesitatea livrării și a altor terminale echivalente/ superioare cu specificațiiile tehnice care respectă în totalitate parametrii tehnici asumați prin oferta tehnică depusă, dar numai cu acordul autorității contractante,* cât și pentru motivul transmiterii unei justificări de preț care a presupus înlocuirea unor terminale, autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta ... SA, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) și (6) art. 136 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

În condițiile în care ofertanta a prezentat în cuprinsul adresei din 18.01.2019 anumite terminale și oferte de preț pentru acestea, toate elemente din respectiva adresă fac referire la abonamentele din procedura în cauză, iar ca justificare a înlocuirii a fost invocată adresa nr. CB1210/14.09.2018, în care se cerea acordul autorității contractante, nu se poate considera că a fost vorba despre o eroare.

Din întregul material probator se poate trage concluzia că ofertanta a urmărit justificarea prețului cu luarea în considerare a posibilității înlocuirii unor terminale, aspect contrar cerințelor caietului de sarcini.

Ulterior primirii deciziei Consiliului, prin raportul nr. 362973/ 03.04.2019, autoritatea contractantă a declarat oferta ... SA admisibilă, fiind clasată pe locul I, și oferta ... SA admibilă, clasată pe locul II.

În privința ofertei ... SA s-a menționat că aspectele referitoare la cele afirmate de societate că există posibilitatea livării altor terminabile nu se încadrează în atribuțiile comisiei de evaluare.

Se observă, așadar, analizând documentele întocmite de achizitoare, că aceasta nu a pus în aplicare decizia Consiliului, deși este obligatorie pentru părți conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2018.

Potrivit art. 431 alin. (2) Cod procedură civilă *Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă*.

Doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

Consiliul nu poate relua analiza aspectelor legate de modul în care ... SA a înțeles să își justifice prețul ofertat, câtă vreme acestea au fost analizate în cadrul deciziei anterioare, stabilindu-se că oferta trebuia respinsă raportat la prevederile art. 134 alin. (5) și (6) art. 136 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Organul administrativ nu poate relua verificarea prețului ofertat și a justificărilor transmise de ... SA, ținând seama de faptul că s-a pronunțat anterior asupra lor.

Deși nu există identitate de obiect, contestația în analiză privind comunicarea nr. 36298/03.04.2019, există lucrul judecat asupra aspectelor dezlegate, ele neputând fi readuse în discuție.

Consiliul nu poate relua verificarea legalității răspunsului la clarificări în condițiile în care s-a pronunțat anterior asupra lui, stabilind că În contextul celor expuse, atât pentru motivul că ofertanta a declarat că *în eventualitatea lipsei de stocuri suficiente există probabilitatea ca, pe parcursul implementării, să intervină necesitatea livrării și a altor terminale echivalente/superioare cu specificațiiile tehnice care respectă în totalitate parametrii tehnici asumați prin oferta tehnică depusă, dar numai cu acordul autorității contractante,* cât și pentru motivul transmiterii unei justificări de preț care a presupus înlocuirea unor terminale, autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta ... SA, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) și (6) art. 136 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Este de reținut că autoritatea contractantă nu a depus vreo dovadă că ar fi formulat plângere împotriva deciziei anterioare a Consiliului.

Se constată astfel că există autoritate de lucru judecat asupra aspectelor criticate în contestație.

În cazul în care aprecia că sunt eronate cele reținute în decizia nr. …, neintrând în atribuțiile sale verificarea îndeplinirii cerințelor impuse chiar de ea în documentația de atribuire, acestea privind implementarea contractului, și nu evaluarea ofertei, autoritatea contractantă avea posibilitatea atacării deciziei cu plângere la instanța competentă. Obligativitatea deciziei nu putea determina invocarea aspectului adus în discuție, referitor la faptul că verificarea terminalelor livrate nu intră în atribuțiile comisiei, și declararea admisibilă și pe locul I a ofertei ... SA.

Față de cele de mai sus, având în vedere că, deși prin decizia anterioară, Consiliul a reținut că este necesară respingerea ofertei ... SA, iar autoritatea contractantă a declarat oferta admisibilă, se constată necesitatea obligării acesteia la reevaluarea ofertei ... SA, cu aplicarea prevederilor art. 134 alin. (5) și (6) art. 136 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

De asemenea, având în vedere declararea repetată a ofertei ... SA admisibilă, dar clasată pe locul II, și ținând cont de faptul că oferta ... SA trebuia respinsă, cu aplicarea dispoziției prevăzute la art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, invocate și de contestatoare, potrivit căreia Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepţia situaţiei în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câştigător rezultă din informaţiile cuprinse în dosarul de soluţionare a contestaţiei, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la atribuirea contractului subsecvent către ... SA.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu ..., și anulează raportul nr. 362973/03.04.2019 și comunicările privind rezultatul procedurii de reofertare. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... SA, cu aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (5) și (6) art. 136 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și atribuirea contractului subsecvent către ... SA, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 exemplare, conţine 9 pagini