CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1104/22.05.2018, transmisă, inițial, prin fax și ulterior, în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 20507/22.05.2018 și respectiv, sub nr. 20615/23.05.2018, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dna. ..., în calitate de Administrator, a contestat adresa nr. 677377/53/SAP/NM/07.05.2018 reprezentând comunicarea privind excluderea sa din procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, cu etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare echipament din componența uniformei de Poliție”, coduri CPV 35811200-4 și 18424000-7 (Rev.2) – LOTUL 6 „Bluzon interior – complet modular pentru femei”, inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat anularea măsurii de excludere din procedură, comunicată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 677.377/53/SAP/NM/07.05.2018 în data de 09.05.2018, calificarea ofertei sale drept acceptabilă și admisibilă, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în sensul reanalizării și reevaluării ofertelor, cu luarea în considerare a ofertei sale.

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

În susținerea contestației sale, autoarea acesteia aduce la cunoștință că autoritatea contractantă a informat-o despre faptul că oferta sa depusă pentru lotul 6 a fost exclusă din procedură, ca urmare a încadrării în situația prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, contestatoarea consideră că, prin declarația încărcată în SEAP, ca urmare a solicitării de clarificări, în conținutul căreia au fost indicate acțiunile judecătorești deschise de societatea sa și link-urile oficiale ale instanțelor judecătorești, împreună cu explicațiile și mențiunile cuprinse în Declarație, a comunicat „în cel mai limpede mod cu putință situația faptică”.

Astfel, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări în legătură cu „Modul de îndeplinire a relațiilor contractuale cu IGP în perioada 2016 și până în prezent”, raportat la mențiunile cuprinse în DUAE „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale – Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, având în vedere că prin notificarea nr. 99354/10.01.2017 aceasta i-a comunicat intenția de a rezilia acordul-cadru încheiat cu societatea sa în anul 2016, pentru nerespectarea clauzelor „Obligațiile promitentului-furnizor”. În acest sens, contestatoarea consideră că acest aspect reprezintă o interpretare subiectivă a clauzelor contractuale, motiv pentru care societatea sa a introdus o acțiune în instanță, iar până la decizia acesteia, nu se poate considera că motivele invocate reprezintă încălcări grave ale obligațiilor contractuale.

Contestatoarea susține că rezilierea contractului este o sancțiune a neexecutării culpabile a contractului sinalagmatic, dar nu orice neexecutare a obligațiilor contractuale atrage sancțiunea rezilierii convenției, ci doar neexecutarea culpabilă, culpă care se impune a fi dovedită chiar și în situația existenței unui pact comisoriu expres deoarece, în caz contrar, ar constitui un abuz de drept, creditorul denunțând contractul după bunul său plac. Se mai arată că documentul constatator prevăzut de art. 166 din HG nr. 395/2016 este singurul care poate conține informații privind neîndeplinirea unor obligații contractuale, care trebuie să fie publicat pe SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, doar în acest mod fiind îndeplinită o condiție de opozabilitate, însă ulterior acestui moment poate produce efecte prin luarea în considerare a concluziilor sale, iar simpla existență a unui astfel de document constatator nu conduce de plano la excluderea operatorului economic din toate procedurile de achiziție la care acesta participă.

Având în vedere că nu s-a publicat pe SEAP un astfel de document constatator, care să respecte toate condițiile de publicitate și garanțiile procesuale acordate de lege, fiind încă în curs de judecată contestația formulată împotriva sa, contestatoarea apreciază că orice concluzii privind neîndeplinirea unor obligații contractuale anterioare nu pot fi avute în vedere pentru a fi decisă excluderea de la o procedură. Prin urmare, contestatoarea menționează că decizia autorității contractante, de a considera răspunsul său ca fiind neconcludent, este nelegală.

Contestatoarea face trimitere la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, susținând că nu se poate reține că serviciile care au făcut obiectul contractului nu au fost executate din culpa exclusivă a societății sale, întârzierile fiind justificate și de modul

haotic și contradictoriu prin care au fost lansate comenzile privind punerea în executare a loturilor în funcție de mărimile comandate, precum și de fapta unui terț, de care nu este răspunzătoare, așadar încălcarea obligațiilor principale nu este gravă. Mai mult, încălcarea ori depășirea termenului de execuție nu poate fi asimilată neexecutării contractului ori executării unor lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

În continuare, SC ... SRL prezintă faptele care au condus la rezilierea acordului-cadru încheiat cu autoritatea contractantă în procedura anterioară și concluzionează că autoritatea contractantă este obligată să solicite clarificări, așa cum arată practica CJUE care a stabilit că „Rolul activ al autorității contractante trebuie să fie extins până la elucidarea în cele mai mici amănunte a ofertelor, pentru a preveni comiterea oricărei greșeli în evaluarea lor /.../ trebuie să existe o corelare rezonabilă între fapta «incriminată» și gravitatea măsurii «sancționării», aflată la îndemâna autorității contractante".

Referitor la motivul invocat de autoritatea contractantă în baza căruia oferta a fost declarată inacceptabilă, contestatoarea face trimitere la prevederile caietului de sarcini referitoare la dovada conformității materiilor prime de bază, auxiliarelor și accesoriilor ce se utilizează la confecționarea produselor și precizează că în cadrul propunerii tehnice a transmis documentul intitulat „anexă PT sinteză rapoarte" în care sunt centralizate toate aceste aspecte, pe care le-a depus ulterior la solicitarea autorității contractante.

De asemenea, contestatoarea arată și faptul că tot în caietul de sarcini s-a solicitat depunerea „Formularului cu informații privind furnizorul de materie primă, precum și angajamentul formal al acestuia", din care rezultă, în opinia sa, că autoritatea contractantă nu solicită informații despre furnizori și angajamentele acestora și nici nu folosește sintagma „materiilor prime de bază, auxiliarelor și accesoriilor" (tuturor materialelor), ci doar „furnizorul de materie primă" și „angajamentul formal al acestuia", iar prin comunicare, autoritatea contractantă menționează că Orafol Europe GmbH, ce nu este declarat ca subcontractant, nu este declarat nici în lista cu furnizorii de materie primă.

Sub acest aspect, contestatoarea învederează că a depus „fișă informații furnizor" și „angajament furnizor" prin care a declarat furnizorul materiei prime (țesătură laminată), arătând totodată că, autoritatea contractantă nu a solicitat explicit o listă cu furnizorii utilizați, iar în documentația de atribuire nu a existat niciun formular care să solicite în mod expres această listă.

SC ... SRL învederează și faptul că rapoartele de analiză pentru materiile prime de bază, auxiliare și accesorii depuse nu conțin numele furnizorilor materiilor testate, iar autoritatea contractantă, în cadrul perioadei de evaluare a ofertei, nu i-a solicitat clarificări privind lipsa declarării altor/tuturor furnizorilor pentru materialele, auxiliarele și accesorii.

Autoarea contestației susține că nici în Legea nr. 98/2016 sau HG 395/2016, nici în cerințele incluse în documentația de atribuire nu se impune, în mod explicit, ca rapoartele depuse de un ofertant să fie emise în numele acestuia, prin depunerea certificatelor nr. SPC0253871/ 1704/02 și nr. SPC0253871/1704/03 din 30.01.2017 emise pentru Orafol Europe GmbH, luându-și angajamentul de a utiliza acel model de bandă reflectorizantă (GP090 Silver) de la producătorul Orafol Europe GmbH, fie că acesta a fost sau nu declarat (ca producător/furnizor) în alte documente din cadrul ofertei sale.

Având în vedere cele mai sus precizate, contestatoarea consideră că se aplică prevederile art. 156 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatoarea subliniază că, în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire, a solicitat la producător și a depus la sediul autorității contractante o mostră de bandă reflectorizantă, ștampilată atât de producător (Orafol Europe GmbH) cât și de laboratorul SATRA, pentru dovedirea autenticității și trasabilității benzii utilizate.

Contestatoarea face precizarea că actul normativ care reglementează cadrul comun european pentru comercializarea produselor și stabilește normele procedurale armonizate pentru evaluarea conformității produselor prin organisme acreditate de terță parte este Decizia nr. 768/2008/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 9 iulie 2008.

În final, contestatoarea concluzionează că se află în situația în care certificatele ante-menționate emise de SATRA în numele Orafol Europe GmbH sunt un mijloc adecvat de dovedire a conformității ofertei sale conform art. 156 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, nemaifiind necesar ca probele incluse în acestea să fie reluate de producători în nume propriu în calitatea acestora de ofertanți la diverse proceduri de achiziție publică.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 20679/1739 C5/23.05.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante ..., între altele, înaintarea dosarului achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, care să cuprindă și corespondența purtată cu operatorii economici implicați în procedură.

... a răspuns la solicitarea CNSC nr. 20679/1739 C5/23.05.2018, prin adresa nr. 1628023/2/04.06.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 21984/ 04.06.2018, comunicând punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de unele documente necesare soluționării acesteia.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă aduce la cunoștința CNSC faptul că într-o procedură anterioară, SC ... SRL a fost declarată câștigătoare, fapt pentru care între instituția sa și contestatoarea din prezenta cauză au fost semnate trei contracte subsecvente. Astfel, în cadrul primului contract subsecvent, pentru anumite cantități au fost înregistrate 77 zile, respectiv 97 zile, 104 zile întârziere, în cadrul celui de-al doilea contract subsecvent, pentru

cantitatea totală de 2.329 buc. cămăși, cu termenul de livrare stabilit pentru maxim 26.09.2016, întreaga cantitate a fost livrată la data de 29.11.2016, în baza procesului verbal de recepție calitativă la furnizor nr. 6885/28.11.2016, înregistrând 63 zile întârziere, iar în cadrul celui de-al treilea, obligațiile asumate nu au fost îndeplinite de către ofertant, acesta prezentând la recepția calitativă produse care nu făceau obiectul contractului, fiind respinse de către reprezentanții autorității contractante.

Prin urmare, îndeplinirea în mod necorespunzător a obligațiilor asumate, prin întârzierea livrării produselor ce făceau obiectul contractului subsecvent, din culpa exclusivă a furnizorului, ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor asumate și prevăzute în acordul-cadru, a îngreunat desfășurarea activităților Poliției Române, cu perceperea de penalități.

Față de această situație, autoritatea contractantă consideră că se află în situația prevăzută de dispozițiile art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, autoritatea contractantă arată că prin notele-raport nr. 1900798/1/21.12.2016 și nr. 1913653/29.11.2016, operatorului economic în cauză i-au fost percepute penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, asumate de acesta prin semnarea contractelor subsecvente, însă acesta nu a contestat penalitățile aplicate, asumându-și astfel executarea defectuoasă a obligațiilor contractuale în mod culpabil.

Totodată, autoritatea contractantă face precizarea că, prin adresa nr. 677.377/31 din 02.03.2018, i-au fost solicitate contestatoarei, conform caietului de sarcini, buletine de analiză pentru materiile prime de bază, auxiliare și accesorii, pentru a se dovedi conformitatea acestor materiale care se utilizează la confecționarea produselor ce fac obiectul achiziției. Aceasta a transmis buletine de analiză pentru materiile prime de bază, auxiliare și accesorii care sunt neconforme cu cerințele din caietul de sarcini și a specificației tehnice de produs, potrivit celor consemnate în raportul de specialitate, pentru materialul retroreflectant, ofertantul depunând rapoartele de analiză nr. SPC0253871/1704/02 din 30.01.2017 și nr. SPC0253871/1704/03 din 30.01.2017, traduse în copie legalizată, emise pentru Orafol Europe GmbH, ce nu este declarat ca subcontractant și care nu are legătură cu procedura în cauză, nefiind declarat nici în lista cu furnizorii de materie primă prezentată de ofertant la procedură.

Față de acest aspect, s-a considerat că prin modalitatea de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini, contestatoarea nu face dovada îndeplinirii în nume propriu (prin depunerea unor buletine de analiză pentru S.C. ... S.R.L. sau furnizor materie primă, subcontractant sau terț susținător) a acestei condiții, aceasta având obligația de a specifica în propunerea sa tehnică, toți furnizorii de materie primă precum și angajamentul acesteia cu respectivii furnizori de materie primă.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă art. 179 lit. m) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele mai sus precizate, autoritatea contractantă apreciază contestația formulată de SC ... SRL ca fiind neîntemeiată.

În vederea soluționării contestației formulată de SC ... SRL, Consiliul, prin adresa nr. 26684/1739 C5/29.06.2018, a revenit asupra solicitărilor din adresa nr. 20679/1739 C5/23.05.2018, întrucât din verificările efectuate, a rezultat că la dosarul cauzei nu se regăsesc părți componente ale dosarului achiziției publice, conform dispozițiilor art. 148 lit. l) din HG nr. 395/2016, respectiv:

- Nota de raport nr. 1900798/1 din 21.12.2016;
- Nota de raport nr. 1913653 din 29.11.2016;
- Documentul constatator nr. 675319 din 30.05.2017, privind ofertantul SC ... SRL.

Astfel, Consiliul i-a pus în vedere autorității contractante să transmită, la dosarul cauzei, în eventualitatea în care mai există, și alte înscrisuri emise în cadrul procedurii de atribuire, pe lângă cele sus-menționate, care nu au fost transmise la CNSC.

Autoritatea contractantă ... a răspuns la solicitarea CNSC nr. 26684/1739 C5/29.06.2018, prin adresa nr. 675.319/30.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 26706/02.07.2018, comunicând documentele solicitate.

Având în vedere susținerea autorității contractante din conținutul comunicării privind rezultatul procedurii nr. 677377/53/ SAP/NM/07.05.2018, potrivit căreia „/.../ așa cum rezultă din conținutul notei-raport nr. 1900798/1 din 21.12.2016, precum și a notei raport nr. 1913653 din 29.11.2016 /.../ societății dumneavoastră i-au fost percepute penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate de acesta prin semnarea contractelor subsecvente. Foarte important de precizat este faptul că nu ați contestat penalitățile aplicate /.../”, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 28342/1739 C5/11.07.2018, a solicitat contestatoarei SC ... SRL să transmită susținerile sale în acest sens, având în vedere că nu a formulat, la instanța competentă, în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, cerere în anulare a celor două documente, respectiv nota-raport nr. 1900798/1 din 21.12.2016 și nota-raport nr. 1913653 din 29.11.2016.

SC ... SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 28342/1739 C5/11.07.2018, prin adresa nr. 3421/13.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 28730/13.07.2018, prin care a învederat faptul că nu a contestat perceperea de penalități, deoarece acestea au fost percepute conform contractului, considerând că sunt prevăzute de contract și au fost calculate în conformitate cu numărul de zile de întârziere înregistrate între data de livrare prevăzută și data efectivă a livrării, însă prin aceasta nu și-a însușit culpa în rezilierea contractului, ci a contestat în instanță rezilierea contractului (acțiune judecătorească în curs) ca fiind o sancțiune dublă și mult exagerată față de culpa de întârziere.

De asemenea, contestatoarea mai arată că a solicitat, în acțiunile aflate pe rolul instanței, anularea certificatului constatator și totodată, separat, suspendarea acestuia, necontestând Notele-raport, deoarece acestea sunt documente interne, neavând caracter de acte administrative și respectiv, calitatea de a fi contestate în baza Legii nr. 554/2004.

O altă corespondență a fost transmisă către autoritatea contractantă ..., prin adresa nr. 28901/ 1739 C5/16.07.2018, prin care au fost solicitate hotărârile emise de către instanțele de judecată cu privire la acțiunile introduse de către SC ... SRL, după cum urmează:

- hotărârea emisă de către Curtea de Apel Galați în dosarul nr. 49/44/2017;

- hotărârea emisă de către Curtea de Apel Galați în dosarul nr. 64/44/2017;

- hotărârea emisă de către Tribunalul București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 17382/3/2017;

- hotărârea emisă de către Tribunalul București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 3662/3/2018.

De asemenea, i s-a solicitat autorității contractante și transmiterea ofertei contestatoarei SC ... SRL.

Prin adresa nr. 28902/1739 C5/16.07.2018, Consiliul a solicitat SC ... SRL, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, transmiterea acțiunilor introduse în instanță de către societatea sa cu privire la documentul constatator nr. 675.319/30.05.2017, după cum urmează:

- cererea de anulare a actului administrativ, care face obiectul Dosarului nr. 3662/3/2018, aflat pe rolul Tribunalului București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal;

- cererea de suspendare executare a actului administrativ, care face obiectul Dosarului nr. 39027/3/2017, aflat pe rolul Tribunalului București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal;

- cererea de recurs care face obiectul Dosarului nr. 39027/3/2017, aflat pe rolul Tribunalului București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Totodată, Consiliul i-a solicitat contestatoarei transmiterea solicitării sale de clarificări adresată ANAP cu privire la lămurirea excluderii unei societăți din procedură pe baza unui certificat constatator.

..., a comunicat prin adresa nr. 1630979/3/18.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 29245/18.07.2018, documentele solicitate de către CNSC prin adresa nr. 28901/ 1739 C5/16.07.2018.

SC ... SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 28902/1739 C5/16.07.2018, prin adresa nr. 1957/18.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 29290/ 18.07.2018, comunicând documentele solicitate.

Totodată, contestatoarea subliniază că societatea sa a mai participat la o procedură similară (nr. SEAP 178131) organizată de aceeași autoritate contractantă pentru furnizarea unui produs similar, ambele proceduri având același rezultat - respingerea ofertei, fapt pentru care a depus contestație, soluționată prin decizia Consiliului nr.

1718/C11/1937, prin care i-a fost respinsă contestația. În vederea formulării plângerii în instanță împotriva acestei decizii, contestatoarea arată că a solicitat autorității contractante acces la dosar, constatând următoarele:

Au fost desprinse două aspecte invocate ca motive de neîndeplinire de către societatea sa a cerințelor din caietul de sarcini, respectiv:

- nu s-au depus rapoarte de testare conforme pentru a dovedi conformitatea benzii reflectorizante sau că acestea nu sunt relevante;

- nu s-a depus lista furnizorilor de materii prime, auxiliare și accesorii (inclusiv că nu s-a declarat furnizorul benzii în această listă), în ciuda faptului că nu a fost solicitată în caietul de sarcini o listă efectivă a furnizorilor, cerința fiind „Formularul cu informații privind furnizorul de materie primă, precum și angajamentul formal al acestuia”.

Astfel, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a aplicat un tratament egal operatorilor economici participanți, prin faptul că unor alți ofertanți li s-a solicitat să clarifice situații similare cu ale sale însă nu și SC ... SRL, societatea sa putând depune explicații detaliate privind caracterul oficial, autentic și valabil al unui certificat de evaluare a conformității emis de un organism acreditat și independent, valabil în orice stat membru al UE, inclusiv un acord de livrare cu acesta emis după termenul limită de depunere a ofertelor.

În acest sens, contestatoarea face precizarea că societatea sa a depus formularul cu informații privind furnizorul de materie primă, precum și angajamentul formal al acestuia, așa cum se solicită în caietul de sarcini.

Totodată, se mai arată că nici ceilalți participanți la această procedură nu au înțeles să depună o listă cu toți furnizorii de materii prime, accesorii și auxiliare așa cum pretinde autoritatea contractantă sau concluzionează CNSC în decizia sa, emisă într-o speță similară, că este evident că s-ar fi cerut.

În concluzie, contestatoarea solicită să se țină cont de aceste aspecte, fiind vorba de aceeași autoritate contractantă și aceleași decizii exprimate identic cu aceleași motive de excludere din procedură.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, cu etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare echipament din componența uniformei de Poliție”, coduri CPV 35811200-4 și 18424000-7 (Rev.2), divizat în 8 loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../09.08.2017, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor, la 22.09.2017, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată totală, fără TVA, de 5.743.763 RON.

Prezenta contestație vizează lotul nr. 6 – „Bluzon interior – Complet modular, pentru femei”, având o valoare estimată de 438.340 RON, fără TVA.

Potrivit Procesului-verbal nr. 677.377/7/SAP/NM/26.09.2017 al şedinţei de consemnare a ofertelor, au depus oferte, pentru lotul 6, un

număr de 6 operatori economici. În urma analizării ofertelor depuse la lotul 6, oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost exclusă din procedură, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și declarată neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, toate aceste aspecte fiind consemnate în procesul verbal nr. 677.377/52/SAP/NM/07.05.2018.

Ulterior evaluării ofertelor depuse şi comunicării rezultatului procedurii, de către autoritatea contractantă, S.C. ... S.R.L. a depus la Consiliu contestația de față.

Autoarea contestației a depus la dosarul cauzei dovada respectării dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă înregistrată sub nr. 1044/14.05.2018, înaintată autorității contractante, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 677.377/56/SAP/17.05.2018, prin care autoritatea contractantă comunică faptul că își menține decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează, în principal, aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat oferta depusă de acesta.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către S.C. ... S.R.L. au fost următoarele:

„1. (...) *aşa cum rezultă din conţinutul notei-raport nr. 1900798/1 din 21.12.2016, precum şi a notei raport nr. 1913653 din 29.11.2016 (aprobate de ordonatorul de credite), societăţii dumneavoastră i-au fost percepute penalităţi pentru neîndeplinirea obligaţiilor contractuale asumate de acesta prin semnarea contractelor subsecvente.*

Foarte important de precizat este faptul că, nu aţi contestat penalităţile aplicate, asumându-vă astfel executarea defectuoasă a obligaţiilor contractuale în mod culpabil.

Astfel, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, conform prevederilor art. 167, alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice. (...)

2. (...) v-au fost solicitate, conform Caietului de Sarcini, buletine de analiză pentru materiile prime de bază, auxiliare şi accesorii, pentru a se dovedi conformitatea acestora ce se utilizează la confecţionarea produselor care fac obiectul achiziţiei. (...) aţi depus rapoartele de analiză nr. SPC0253871/1704/02 din 30.01.2017 şi nr. SPC0253871/1704/03 din 30.01.2017, traduse în copie legalizată, emise pentru operatorul economic ..., ce nu este declarat ca subcontractant şi care nu are legătură cu procedura în cauză, nefiind declarat nici în lista

cu furnizorii de materie primă prezentată de societatea dumneavoastră la procedură.

Prin urmare comisia de evaluare consideră că prin modalitatea de îndeplinire a cerinţei autorităţii contractante din Caietul de Sarcini, nu faceţi dovada în nume propriu (prin depunerea unor buletine de analiză pentru societatea dumneavoastră sau furnizor materie primă, subcontractant sau terţ susţinător) a acestei condiţii.

Astfel, comisia de evaluare consideră oferta ca fiind neconformă, potrivit prevederilor art. 137, alin. (3), lit. a) din H.G. nr. 395/2016. (...)

Având în vedere faptul că aţi depus oferta în nume propriu, situaţie în care din punct de vedere juridic aveţi posibilitatea de a face dovada îndeplinirii cerinţei din Caietul de Sarcini, referitor la prezentarea buletinelor de analiză pentru materiile prime de bază, auxiliare şi accesorii care au fost invocate în oferta tehnică, atât în nume propriu cât şi prin subcontractanţi, după caz, cât şi prin declararea unor furnizori de materii prime, prin depunerea unor buletine de analiză emise pentru o persoană juridică care are calitatea de terţ în procedura de achiziţie, societatea dumneavoastră, în calitate de ofertant, nu a făcut dovada îndeplinirii cerinţei din Caietul de Sarcini."

Având a verifica motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către contestator, Consiliul constată temeinicia acestora, pentru considerentele prezentate în continuare.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată că între autoritatea contractantă și contestatoare a fost încheiat acordul cadru nr. 1.898.343/10.05.2016, în legătură cu care există următoarele litigii:

- Prin Sentința civilă nr. 101/08.05.2017, pronunțată de Curtea de Apel Galați, în Dosarul nr. 49/44/2017, având ca obiect solicitarea SC ... SRL, de anulare a notificării de reziliere nr. 993541/2017 a acordului cadru de furnizare nr. 1893343/10.05.2016, începând cu data de 01.02.2017, instanța a respins ca inadmisibilă acțiunea; împotriva acestei decizii a fost formulat recurs, înregistrat la Înalta Curte de Casație și Justiție a României, constituindu-se Dosarul nr. 49/44/2017, nefiind stabilit încă vreun termen de judecată;

- Prin Sentința civilă nr. 113/16.05.2017, pronunțată de Curtea de Apel Galați, în Dosarul nr. 64/44/2017, având ca obiect solicitarea SC ... SRL de suspendare a executării notificării prealabile nr. 99354/2017 emisă de ... privind intenția de a rezilia acordul de furnizare nr. 1898343/10.05.2016, instanța a admis acțiunea formulată de SC ... SRL, a dispus suspendarea executării notificării nr. 99354/2017 emisă de MAI - ... până la pronunțarea instanței pe fond;

- Prin Încheierea emisă la data de 13.12.2017, pronunțată de Tribunalul București – Secția a II-a – Contencios Administrativ și Fiscal în Dosarul nr. 17382/3/2017, având ca obiect acțiune în constatare formulată de SC ... SRL, respectiv anularea rezilierii Acordului-cadru de furnizare nr. 1898343/10.05.2017, instanța a respins cererea de suspendare a executării „notificării nr. 99354/10.01.2017", și a admis cererea de suspendare a judecării cauzei până la soluționarea definitivă a

dosarului nr. 49/44/2017, aflat pe rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție.

- Prin Încheierea emisă la data de 10.05.2018, pronunțată de Tribunalul București – Secția a II-a – Contencios Administrativ și Fiscal în Dosarul nr. 3662/3/2018, având ca obiect cererile formulate de SC ... SRL, referitoare la anularea documentului constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 675.319/30.05.2017, sesizarea Curții Constituționale cu privire la neconstituționalitatea dispozițiilor art. 167 pct. 1 lit. g) și art. 169 din Legea nr. 98/2016 și suspendarea judecății până la soluționarea Dosarului nr. 49/44/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție și a Dosarului nr. 17382/3/2017 a Tribunalului București, instanța a sesizat Curtea Constituțională în vederea soluționării excepției de neconstituționalitate a prevederilor art. 252 alin. (1) - (3) din Legea nr. 571/2003 și a suspendat judecata cauzei până la rămânerea definitivă a hotărârii pronunțate în dosarele nr. 49/44/2007 al Înaltei Curți de Casație și Justiție și nr. 17382/3/2017 al Tribunalului București;

- Prin Sentința Civilă nr. 118/2018, pronunțată la data de 11.01.2018 de Tribunalul București, în cadrul Dosarului nr. 39027/3/2017, având ca obiect solicitarea SC ... SRL de a suspenda executarea Documentului constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale înregistrat sub nr. 675.319/30.05.2017, instanța a respins cererea;

Împotriva acestei hotărâri, SC ... SRL a formulat recurs, care a făcut obiectul dosarului nr. 39027/3/2017 aflat pe rolul Curții de Apel București, soluționat prin Hotărârea nr. 3007/17.05.2018, prin care a fost admis recursul, fiind casată sentința recurată și dosarul transmis primei instanțe, spre rejudecare. Dosarul a fost înregistrat pe rolul Tribunalului București sub nr. 39027/3/2017* și a fost soluționat prin Sentința Civilă nr. 5066/2018 din 08.08.2018, prin care instanța a respins cererea formulată de SC ... SRL privind suspendarea executării Documentului constatator nr. 675319/30.05.2017.

Prin urmare, la data emiterii prezentei decizii, executarea documentului constatator nr. 675319/30.05.2017, nu a fost suspendată de instanța de judecată, decizia putând fi atacată de SC ... SRL cu recurs în termen de 5 zile de la comunicare.

De asemenea, în legătură cu același acord-cadru, respectiv cu contractele subsecvente aferente acestuia, autoritatea contractantă a emis următoarele note de raport în legătură cu modul de derulare a contractului subsecvent nr. 1/1900798/02.06.2016 despre care contestatoarea are știință, așa cum rezultă din adresa acesteia nr. 3421 din 13.07.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 28730/13.07.2018 (răspuns adresă CNSC nr. 28342/1739/C5/11.07.2018):

- Nota raport nr. 1900798/1/21.12.2016, emisă de ..., prin care s-au stabilit următoarele penalități în sarcina SC ... SRL:

„Perceperea sumei de 1681,98 lei, potrivit bazei de calcul anexată, ca penalităţi în dauna S.C. ... S.R.L. pentru cele 97 zile înregistrate în perioada 08.09.2016 - 14.12.2016 ca întârzieri în livrarea cantităţilor de 959 buc. Cămaşă - bluză gri-bleu, cu platcă albă, cu mânecă scurtă,

pentru bărbaţi şi de 229 buc. Cămaşă - bluză gri-bleu, cu platcă albă, cu mânecă scurtă, cu bandă la terminaţie, în valoare de 57.794,51 lei, cu T.V.A. şi perceperea sumei de 390,00 lei, potrivit bazei de calcul anexată, ca penalităţi în dauna S.C. ... S.R.L. pentru cele 104 zile înregistrate în perioada 08.09.2016 - 21.12.2016 ca întârzieri în livrarea cantităţilor de 237 buc. Cămaşă - bluză gri-bleu, cu platcă albă, cu mânecă scurtă, pentru bărbaţi şi de 25 buc. Cămaşă - bluză gri-bleu, cu platcă albă, cu mânecă scurtă, cu bandă la terminaţie, pentru bărbaţi, în valoare de 12.501,30 lei, cu T.V.A., aplicându-se prevederile pct. 11.1, cap. 11 "Sancţiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligaţiilor", din contractul subsecvent nr. 1/1.900.798/02.06.2016, la acordul cadru nr. 1.898.343/10.05.2016."

- Nota raport nr. 1913653/29.11.2016, emisă de ..., în referire la același contract subsecvent, prin care s-au stabilit următoarele penalități:

„Perceperea sumei de 2529,45 lei, potrivit bazei de calcul anexată, ca penalităţi în dauna S.C. ... S.R.L. pentru cele 77 zile înregistrate în perioada 12.09.2016 - 29.11.2016 ca întârzieri în livrarea cantităţii de 761 buc. Cămaşă albă, pentru bărbaţi şi de 1.583 buc. Cămaşă gri-bleu, pentru bărbaţi, în valoare de 109.507,43 lei, cu T.V.A., aplicându-se prevederile pct. 11.1, cap. 11 „Sancţiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligaţiilor", din contractul subsecvent nr. 1/1/1.900.798/02.06.2016, la acordul cadru nr. 1.898.343/10.05.2016."

Consiliul, prin adresa nr. 28342/1739 C5/11.07.2018, a solicitat contestatoarei SC ... SRL să transmită susținerile sale referitoare la cele două note de raport, având în vedere că autoritatea contractantă susține că aceasta nu a formulat, la instanța competentă, în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, cerere în anulare a celor două documente, respectiv nota-raport nr. 1900798/1 din 21.12.2016 și nota-raport nr. 1913653 din 29.11.2016.

SC ... SRL a răspuns solicitării CNSC nr. 28342/1739 C5/11.07.2018, prin adresa nr. 3421/13.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 28730/13.07.2018, prin care a învederat faptul că nu a contestat perceperea de penalități, deoarece acestea au fost percepute conform contractului, considerând că sunt prevăzute de contract și au fost calculate în conformitate cu numărul de zile de întârziere înregistrate între data de livrare prevăzută și data efectivă a livrării.

Procedând în acest fel, respectiv recunoașterea penalităților calculate de autoritatea contractantă, contestatoarea și-a asumat executarea defectuoasă repetată a obligațiilor contractuale, fapt ce conduce la excluderea sa din procedură, conform dispozițiilor legale anterior menționate.

Întrucât contestatorul consideră că penalitățile sunt prevăzute de contract și nu au fost calculate conform acestuia, prin urmare și le-a însușit, adresa nr. 3421/13.07.2018, reprezintă o recunoaștere a acestora, Consiliul apreciind că în speță, sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:
g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile;

Pe de altă parte, Consiliul reține că, așa cum rezultă din Procesul-verbal nr. 7034 din 13.12.2016, referitor la contractul subsecvent nr. 3 de furnizare nr. 1905738/08.08.2016, contestatorul nu a putut realiza o cantitate de 200 de cămăși, respectiv:

„În urma verificărilor s-a constatat faptul că cele 200 de bucăţi, (...), nu respectă punctul 1.2. din capitolul I, punctele 5.1., 5.2. şi 5.5. din capitolul V, ale Specificaţiei Tehnice de produs nr. 2.942.515/33/ 23.01.2012, respectiv nu sunt confecţionate cu platcă de culoare albă la partea superioară a piepţilor şi a spatelui, iar epoleţii nu sunt realizaţi din material alb.

Luând în considerare cele de mai sus, concluzionăm că produsele menţionate în prezentul proces-verbal, cămăşi bluză gri-bleu, cu platcă albă, cu mânecă scurtă, pentru bărbaţi, nu corespund cu cerinţele_Specificaţiei Tehnice de produs nr. 2.942.515/33/23.01.2012 şi nu sunt acceptate la recepţia calitativă.

Potrivit celor discutate cu reprezentantul S.C. ... SRL, doamna director general Blidaru Camelia, produsele în cauză nu pot fi realizate în conformitate cu prevederile Specificaţiei Tehnice de produs nr. 2.942.515/33/23.01.2012, până la sfârșitul anului 2016."

Având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare a apreciat, în mod corect, că ofertantul S.C. ... S.R.L. se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, întrucât și-a încălcat în mod repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, iar aceste încălcări au dus la generarea unor daune recunoscute de contestatoare.

Fiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta depusă de autoarea contestației, în mod corect, a fost exclusă.

Față de cele anterior constatate, deși fără implicații asupra soluției ce urmează a se pronunța, Consiliul va analiza și cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului, ocazie cu care constată următoarele:

Prin caietul de sarcini (PRECIZĂRI PRIVIND ÎNTOCMIREA PROPUNERILOR TEHNICE), autoritatea contractantă a solicitat:
*„Pentru a se dovedi conformitatea **materiilor prime de bază, auxiliarelor şi accesoriilor** ce se utilizează la confecţionarea produselor care fac obiectul achiziției, operatorul economic clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, va depune buletine de analiză pentru materiile prime de bază, auxiliare şi accesorii".*

Din propunerea tehnică a contestatorului rezultă că acesta a prezentat 2 buletine de analiză, pentru materialul retro reflectorizant, pe numele producătorului Orafol Europe GmbH, producător care nu este menționat ca furnizor în cadrul ofertei depuse. Contestatorul consideră suficient că a prezentat cele 2 buletine de analiză pe numele producătorului, dar conform cerinței din caietul de sarcini *„formularul cu informaţii privind furnizorul de materie primă, precum şi angajamentul formal al acestuia din care să rezulte că poate să pună la dispoziţie materia primă necesară realizării a ½ din cantitatea maximă de produse estimată pentru lotul ofertat*", coroborată cu cerința din cadrul aceluiași document, reprodusă anterior, acesta trebuia să prezinte o listă cu toți furnizorii de materiale, inclusiv auxiliare și accesorii, în care ar fi trebuit să se regăsească și Orafol Europe GmbH.

Prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de către ofertați în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta buletinele de analiză în conformitate cu cerințele stabilite în caietul de sarcini, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertei prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire.

Potrivit art. 123 alin. (1) în HG nr. 395/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire* (...)".

Prin urmare, Consiliul consideră că dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat clarificări contestatorului și ar fi permis depunerea ulterioară a unei liste cu furnizori revizuită, ar fi încălcat prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."

Având în vedere lipsa menționării acestui furnizor în listă, autoritatea contractantă, în mod corect, a luat decizia de declarare drept neconformă a ofertei contestatorului, respectând prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În condițiile în care, în cauza supusă soluționării, oferta contestatoarei trebuia să conțină elemente care să conducă la verificarea de către comisia de evaluare a conformității acesteia cu caietul de sarcini, respectiv buletine de analiză pe numele ofertantului sau menționarea furnizorului de materiale în listă, care trebuiau să însoțească oferta în mod obligatoriu, iar aceasta nu conţinea aceste informații, autorității contractante îi era interzis să solicite ofertantei în cauză prezentarea acestora, depunerea acestora neputând fi considerată ca o completare formală sau de confirmare, așa cum arată textul legii. În concret, neprezentarea de către ofertant a acestor documente/informații, cu toate ca avea obligația de a le obține și a le depune la autoritatea contractantă, până la data limită de depunere a ofertelor, a determinat autoritatea contractantă să respingă oferta acestuia.

În aceste condiţii, critica autoarei contestaţiei apare ca neîntemeiată.

Având în vedere faptul că în propunerea tehnică contestatorul nu a prezentat documentele în forma solicitată prin cerinţele cuprinse în caietul de sarcini şi ţinând cont de prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare a procedat în mod corect, în sensul nesolicitării unor clarificări contestatorului.

Având în vedere cele mai sus evocate, rezultă că S.C. ... SRL a întocmit o ofertă care nu respectă caietul de sarcini, care face parte integrantă din documentaţia de atribuire pusă la dispoziţia operatorilor economici de către autoritatea contractantă. Prin acceptarea unui ofertant care nu respectă cerinţele cuprinse în documentația de atribuire, autoritatea contractantă ar favoriza ofertantul respectiv şi ar aduce atingere principiilor tratamentului egal şi nediscriminării, principii expres reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispozițiile legale amintite, Consiliul reține că aceasta s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare a ofertei contestatorului, în ceea ce privește buletinele de analiză, s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica acestuia, privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, este neîntemeiată, urmând a fi respinsă.

Dacă cerința privind prezentarea listei furnizorilor nu era clară contestatorului, acesta putea solicita clarificări autorității contractante.

Prin urmare, fiind nerespectată documentaţia de atribuire (caietul de sarcini), raportat la specificaţiile anterior reproduse, au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din norme (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini) şi cele ale art. 137 alin. (1) din acelaşi act normativ (comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi ofertele neconforme), iar singura decizie legală este de respingere a ofertei, pentru motive de neconformitate.

Potrivit art. 133 alin. (1) și (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 *"(1) comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică; (2) propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini*".

Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv neprezentarea unor documente în forma solicitată în cadrul documentației de atribuire, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*".

În considerarea celor antemenționate, critica S.C. ... S.R.L. vizând anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, apare ca neîntemeiată, Consiliul urmând să o respingă.

Criticile noi formulate de contestator ca urmare a studierii dosarului, referitoare la încălcarea tratamentului egal, vor fi respinse ca inadmisibile, în conformitate cu prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
..

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.