CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația FN, datată la 21.09.2018, transmisă prin fax și în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 38783/24.09.2018 și, respectiv, sub nr. 39024/25.09.2018, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., a contestat adresa nr. 14533/18.09.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Stații automate foraje, cu transmisie GPRS – 30 buc.", cod CPV 38290000-4 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul municipiul ... și a solicitat anularea actului atacat, ca nelegal și netemeinic, constatarea neconformității ofertei clasată pe locul I – SC ...SRL, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei SC ...SRL.

SC ...SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de administrator, a formulat cererea de intervenție nr. 289/02.10.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 40051/02.10.2018, în cauza care formează obiectul prezentului dosar și a solicitat în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu, iar în subsidiar, admiterea acesteia ca fiind o cerere de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, respingerea, ca nefondată, nemotivată și nedovedită a contestației formulată de SC ...SRL și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei autorității contractante de declarare ca fiind necâștigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL, precum și menținerea, ca temeinice și legale, a rezultatului procedurii și a actelor aferente acestuia.

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

În susținerea contestației sale, autoarea acesteia arată că societatea sa, inițial, a fost declarată câștigătoare, însă după contestația formulată de către SC ...SRL, autoritatea contractantă i-a declarat oferta ca fiind neconformă.

În ceea ce privește pct. C.T. 1.1 „Modulul de comunicație/ datalogger cu modem GPRS compatibil cu protocol M2M - carcasă din oțel inox" din caietul de sarcini, contestatoarea susține că orice propunere tehnică în care sunt prezentate specificații mai bune decât cele solicitate în caietul de sarcini, este considerată conformă, exemplificând în acest sens că diferența dintre oțel inox și aluminiu, din punct de vedere structural, nu se regăsește decât în conductivitatea termică care, la aluminiu este superioară față de oțel inox. Sub acest aspect, contestatoarea prezintă caracteristicile conductivității, concluzionând că materialul „oțel inox" este inferior materialului „aluminiu".

Făcând trimitere la cerința autorității contractante, potrivit căreia „Produsele ce vor fi furnizate vor trebui să respecte toate reglementările legale în vigoare", contestatoarea susține că echipamentul prezentat de către SC ...SRL este format din senzorul de nivel DTM.OCS.S/N - Modbus Level Transmitter și AMR (automatic meter reading), care este un produs neomologat, neavând țara de proveniență/Producătorul și nici certificat de conformitate cu marcaj CE.

Referitor la pct. C.T. 1.1. „Modulul de comunicație/datalogger cu modem GPRS compatibil cu protocol M2M este cerut acumulatorul/ bateria asigură autonomia de funcționare de minim 5 ani pentru un regim de funcționare cu minim 1 valoare zilnică pentru fiecare parametru, minim o transmisie a valorilor înregistrate la interval de 7 zile pentru toți parametrii", contestatoarea menționează că dataloggerul prezentat de către SC ...SRL nu are specificat în fișă consumul de curent, arătând că pentru o funcționare continuă de 5 ani, bateriile alcaline nu pot furniza atâta energie, întrucât nu se poate înmagazina o cantitate mare de energie în acestea.

În ceea ce privește pct. C.T. 1.5. „Măsurarea nivelurilor: - precizie: ±0,05% din domeniul de măsură", contestatoarea face precizarea că SC ...SRL a declarat în propunerea tehnică faptul că îndeplinește această condiție, însă potrivit prospectului prezentat, tehnologia folosită nu are capabilitatea de a atinge această performanță, mărimea preciziei (acurateții) trebuie să se regăsească în rezultatul măsurătorii - nivel coloană apă ca eroare totală (Total Error (3) (4) /vezi marcaj B ce conține: acuratețe (0,5 mbar/5 mm) coloana de apă + hysteresis + repetabilitate + influența temperaturii + accelerația gravitațională, adică nota D. Prospectul prezentat DTM.OCS.S/N - Modbus Level Transmitter, „Presure measuring range (MH20)" face referire la nota A, precizia indicată nu ia în calcul toate erorile.

Mai mult, contestatoarea observă că declarația prezentată de ofertant și de STS Elveția vine în contradictoriu cu prospectul prezentat, și anume: „declară că pentru un domeniu de la 0 până la 250 m coloana de apă are precizia de ±0,05%”, dar „în același timp senzorul prezentat are o limitare de 0,05 m = 0,05 mbar, vezi nota C, ceea ce înseamnă că tehnologia folosită la realizarea acestui senzor nu este capabilă să aibă performanța solicitată în caietul de sarcini”.

Referitor la pct. C.T. 1.3. „Traductor de nivel (tip presiune) și temperatură”, se solicită temperatura de operă -30 ...+ 85°C, iar la prospectul oferit de către SC ...SRL pentru senzorul de nivel DTM.OCS.S/N - Modbus Level Transmitter este o temperatură de operare de: -5 ... + 80°C, temperatura de -40 ... + 85°C fiind temperatura de stocare chiar dacă este susținută de declarația firmei STS Elveția.

Având în vedere argumentele prezentate mai sus, contestatoarea consideră că echipamentul său are tehnologie superioară, iar echipamentul prezentat de SC ...SRL nu este recunoscut pe piață, nu are o identificare clară, prin urmare, nu îndeplinește cerințele solicitate de autoritatea contractantă.

În concluzie, SC ...SRL solicită admiterea contestației sale.

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

Originalul contestației a fost înregistrat la CNSC sub nr. 39024/ 25.09.2018, fiind însoțit de recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204921567/1 din 24.09.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Brașov, în valoare de 5.143 lei.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 289/02.10.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 40051/02.10.2018, în cauza care formează obiectul prezentului dosar, formulată de SC ...SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, prin care a solicitat în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu, iar în subsidiar, admiterea acesteia ca fiind o cerere de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, respingerea, ca nefondată, nemotivată și nedovedită a contestației formulată de SC ...SRL și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei autorității contractante de declarare ca fiind necâștigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL, precum și menținerea, ca temeinice și legale, a rezultatului procedurii și a actelor aferente acestuia.

Intervenienta arată că prin decizia nr. 2391/C5/2538/31.08.2018, Consiliul a arătat că „nu poate să accepte susținerea autorității contractante”, în sensul în care a acceptat produsul oferit de SC ...SRL cu „carcasă de aluminiu” în loc de „carcasă din oțel inox”, întrucât în documentația de atribuire se prevede „carcasă din oțel inox”, fără alternative, această cerință nefiind contestată.

Intervenienta invocă tardivitatea contestației, în sensul că actul atacat este emis la data de 18.09.2018, iar contestatoarea a înregistrat contestația la Consiliu în data de 24.09.2018.

Pe fondul cauzei, intervenienta solicită respingerea argumentelor contestatoarei referitoare la nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, acestea fiind nedovedite.

Astfel, se arată că autoritatea contractantă a precizat, în mod generic, necesitatea de a respecta „toate reglementările în vigoare”, fără indicarea unor anume norme, arătând că echipamentul ofertat de societatea sa este format din mai multe componente, nu doar din două, ofertându-se un „sistem de monitorizare cu traductor de nivel și temperatură și modul de transmisie GPRS”, fiind produs de STS AG Elveția și de SC ...SRL. De asemenea, intervenienta face precizarea că modulul GPRS/AMR are certificat CE, însă fiind o componentă a produsului solicitat în procedură, nu era obligatoriu să fie solicitat de autoritatea contractantă. Se mai arată că acest echipament se încadrează în categoria „low voltage”, adică tensiuni cuprinse între 50 și 1000 V pentru curent continuu.

Intervenienta susține că a transmis autorității contractante, prin adresa nr. 197/13.07.2018, modelul declarație de conformitate și certificatul de garanție, care fac referire la normele aplicabile echipamentelor ofertate.

În ceea ce privește critica pentru pct. C.T.1.1., intervenienta face precizarea că nu s-a solicitat prin caietul de sarcini transmiterea unei fișe a consumului de curent.

Referitor la critica pentru pct. C.T.1.5. și pct. C.T.1.3., SC ...SRL face trimitere la adresa sa nr. 197/13.07.2018, potrivit căreia autoritatea contractantă a fost lămurită sub aceste aspecte.

În final, intervenienta solicită respingerea contestației.

Prin adresele nr. 40396/2913 C5/03.10.2018 și nr. 40397/2913 C5/03.10.2018, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susținerile lor referitoare la cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

Prin adresa nr. 15250/01.10.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 40628/04.10.2018, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de documentele emise/întocmite după decizia CNSC nr. 2391/C5/ 2538/31.08.2018.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că membrii comisiei de evaluare au pus în aplicare decizia CNSC nr. 2391/C5/2538/31.08.2018, iar în urma reanalizării ofertelor, au constatat neconformitatea propunerii tehnice a SC ...SRL și conformitatea ofertei depusă de SC ...SRL.

Prin adresa nr. 20181005/01 din 05.10.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 40843/05.10.2018, contestatoarea a comunicat susțineri față de cererea de intervenție.

Referitor la pct. C.T. 1.1, contestatoarea adaugă faptul că din broșura prezentată de către SC ...SRL reiese că în interiorul carcasei modulului de comunicație apare condens, adică un parametru care nu are ce căuta în mediul componentelor electronice, respectiv „monitorizare continuă temperatura și umiditate în carcasă”.

De asemenea, contestatoarea reiterează faptul că există doar 2 componente ce alcătuiesc acest sistem de monitorizare prezentat de

ofertant, exemplificând broșura prezentată „Specificații tehnice Datalogger/modul de comunicație” și „Specificații tehnice traductor de nivel și temperatură”.

Restul argumentelor reprezintă reiterări din cererea sa introductivă.

La dosarul cauzei a fost atașat dosarul nr. 2538/2018, în care a fost emisă decizia CNSC nr. 2391/C5/2538/31.08.2018.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Stații automate foraje, cu transmisie GPRS – 30 buc.”, cod CPV 38290000-4 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 04.07.2018, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată, fără TVA, de 257.142,85 lei.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire a mai fost formulată o contestație de către SC ...SRL, soluționată prin decizia nr. 2391/C5/2538/31.08.2018, prin care Consiliul a dispus următoarele:

„Admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Anulează raportul procedurii și toate actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei, să reevalueze oferta depusă de SC ...SRL cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

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

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, SC ...SRL a depus la sediul Consiliului, la data de 02.10.2018, în original, cererea de intervenție nr. 289/02.10.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 40051/02.10.2018, solicitând în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu, iar în subsidiar, admiterea acesteia ca fiind o cerere de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, respingerea, ca nefondată, nemotivată și nedovedită a contestației formulată de SC ...SRL și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei autorității contractante de declarare ca fiind necâștigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL, precum și menținerea, ca temeinice și legale, a rezultatului procedurii și a actelor aferente acestuia.

Analizând conținutul cererii de intervenție, Consiliul apreciază că aceasta prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea unui act emis de aceasta.

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 interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de*

atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, 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 faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație" și având în vedere faptul că la data de 24.09.2018, autoritatea contractantă a încărcat în SICAP contestația formulată de SC ...SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție, depusă la sediul Consiliului la data de 02.10.2018, 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, art. 64, art. 65 și art. 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 de SC ...SRL, astfel cum a fost calificată de Consiliu.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204921567/1 din 24.09.2018, în valoare de 5.143 lei, eliberată de CEC Bank – Sucursala Brașov.

Cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus"*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*"].

Trecând la soluționarea excepției tardivității depunerii contestației, de către S.C. ...S.R.L., invocată de intervenient, Consiliul o va respinge

ca nefondată, deoarece actul atacat îl constituie adresa nr. 14533/9081A din 18.09.2018, comunicată contestatoarei la data de 18.09.2018, contestația fiind transmisă, atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă, la data de 24.09.2018, prin mijloace electronice (în condițiile în care 23.09.2018 a fost duminică, zi nelucrătoare), cu respectarea termenului legal de 5 zile, stabilit la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, pentru depunerea unei contestații, atunci când valoarea estimată a procedurii este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Așadar, termenul procedural de contestare a rezultatului prezentei proceduri de atribuire, respectiv, a adresei nr. 14533/908A din 18.09.2018, a început să curgă de la data de 19.09.2018 și era de 5 zile, raportat la modalitatea de calcul al termenului, reglementat de textul art. 5 din lege.

Excepția tardivității fiind respinsă, Consiliul trece la soluționarea pe fond a contestației.

Potrivit Procesului-verbal nr. 596/A/04.07.2018 al ședinței de vizualizare a ofertelor, până la termenul limită au depus oferte un număr de 2 operatori economici. În urma reevaluării ofertelor, dispusă prin Decizia nr. 2391/C5/2538/31.08.2018, comisia de evaluare a respins oferta depusă de S.C. ...S.R.L., aceasta fiind declarată neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, fiind declarat câștigător S.C. ...S.R.L., toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. 14531/906A din 18.09.2018.

În calitate de participant la procedură, S.C. ...S.R.L. a primit adresa privind comunicarea rezultatului procedurii, înregistrată sub nr. 14533/908A din 18.09.2018, în care autoritatea contractantă a menționat că oferta acestuia a fost declarată neconformă, fiind reevaluată în conformitate cu decizia CNSC.

Fiind nemulțumit de această decizie a autorității contractante, S.C. ...S.R.L. a formulat prezenta contestație.

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a reanalizat şi reapreciat oferta sa, aducând critici și ofertei depusă de câștigător.

Având a verifica temeinicia deciziei autorității contractante de a respinge, ca neconformă, oferta depusă de către S.C. ...S.R.L., Consiliul constată următoarele:

Critica autoarei contestației privind neconformitatea ofertei sale este respinsă, deoarece în considerentele Deciziei CNSC nr. 2391/C5/ 2538/31.08.2018, rămasă definitivă, s-au precizat următoarele:

[*Potrivit Procesului-verbal nr. 596/A/04.07.2018 al ședinței de vizualizare a ofertelor, până la termenul limită au depus oferte un număr de 2 operatori economici. În urma analizării ofertelor, oferta depusă de S.C. ...S.R.L. a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, poziționată pe locul 2, fiind declarat câștigător SC ...SRL, toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. 734/A/30.07.2018. (...)*

Din verificarea conținutului acestei contestații, se constată că SC ...SRL critică oferta desemnată câștigătoare sub aspectul neîndeplinirii unor cerințe din caietul de sarcini.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de S.C. ...S.R.L., cu privire la ofertantul câștigător, Consiliul constată următoarele:

În fișa de date, autoritatea contractantă a menționat:

„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice

Propunerea tehnică va fi întocmită în așa fel încât să asigure posibilitatea verificării corespondenței acesteia cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini. Ofertantul are obligația de a elabora și de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să respecte întocmai cerințele și specificațiile tehnice prevăzute în Caietul de sarcini, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă."

Prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat:

„C.T.-1 Caracteristici tehnice sisteme automate de monitorizare a nivelului și temperaturii apei din foraje cu transmisie prin GPRS:

C.T.-1.1 Modul comunicație/datalogger cu modem GPRS compatibil cu protocolul m2m: (...)

*- **carcasa din oțel inox**;" și nu a permis oferte alternative.*

Analizând propunerea tehnică a ofertantului câștigător, Consiliul constată că deși acesta a precizat că modulul de comunicare (Datalogger) are carcasa din oțel inoxidabil, din broșura atașată propunerii tehnice rezultă că are carcasă din aluminiu. Autoritatea contractantă recunoaște această situație în punctul său de vedere, precizând că „În broşura anexată propunerii tehnice depusă de ...S.R.L se menționează că, carcasa Traductorului de nivel este fabricată din oțel inoxidabil iar carcasa Modulului de comunicare este fabricată din aluminiu", apreciind că și acest metal (aluminiu) „asigură cel puţin la fel de bine ca o carcasă de oţel inoxidabil etanşarea şi protecţia Modulului/unităţii de comunicare la praf şi apă IP67".

Consiliul nu poate să accepte această susținere a autorității contractante, deoarece:

Cerința din caietul de sarcini privind modulul de comunicare (Datalogger) nu a fost contestată de către ofertați în termenul legal avut la dispoziție, astfel că aceasta și-a dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta propunerea tehnică în conformitate cu cerințele stabilite în caietul de sarcini, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica propunerea tehnică prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire. În acest context, Consiliul constată că SC ...SRL nu a înțeles să conteste această cerință, astfel încât caracterul obligatoriu al acesteia nu poate fi pus la îndoială.

Consiliul are în vedere dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu cele ale art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 395/2016, care dispun că ofertanţii au obligaţia de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentaţia de atribuire. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini, iar atribuţiile comisiei de evaluare, enumerate la art. 127 alin. (1) din aceleași norme ale Guvernului, o includ şi pe aceea de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanţi, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor minime din caietul de sarcini.

Acceptarea susținerii autorității contractante referitoare la calitatea aluminiului ar conduce la încălcarea principiului transparenței, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, fiind încălcată documentaţia de atribuire (caietul de sarcini), prin prezentarea, de către SC ...SRL, a unui produs cu alte caracteristici tehnice, au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 (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.

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanţi, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor din caietul de sarcini, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei depuse de SC ...SRL, sunt fondate, urmând să fie admise.

Potrivit art. 133 alin. (1) și (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 „(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică; (2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv". Oferta care nu satisface cerinţele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă [art. 137 alin. (3) lit. a) din hotărâre], iar comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. 1 din hotărâre).

*Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispoziţiile legale amintite, Consiliul reţine că aceasta s-a desfăşurat cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice prin ignorarea propriilor cerințe menționate în caietul de sarcini.**]***

Ulterior, autoritatea contractantă a pus în aplicare Decizia CNSC nr. 2391/C5/2538/31.08.2018 și a respins ca neconformă propunerea tehnică a SC ...SRL, fiind singura măsura ce putea fi luată de aceasta.

Prin această decizie, Consiliul a stabilit că SC ...SRL a ofertat un produs care nu are carcasa din oțel inox, ci dintr-un alt material, respectiv aluminiu, neîndeplinind astfel cerința din caietul de sarcini. Totodată, nu a acceptat justificarea autorității contractante că materialul aluminiu este cel puțin la fel de bun ca materialul oțel inox sau chiar superior.

Având în vedere cele de mai sus, critica contestatorului privind cerința C.T. 1.1., prin care încearcă, la fel ca autoritatea contractantă în punctul său de vedere de la prima contestație, să demonstreze superioritatea aluminiului față de oțelul inox, este respinsă, cele criticate intrând sub incidența puterii de lucru judecat.

În cadrul Deciziei nr. 2391/C5/2538/31.08.2018, Consiliul s-a pronunțat în mod definitiv cu privire la propunerea tehnică a contestatorului, care, la acel moment, avea calitatea de câștigător, această decizie, nefiind atacată cu plângere, nici de către autoritatea contractantă, nici de către SC ...SRL, a dobândit putere de lucru judecat (Decizia CNSC nr. 2391/C5/2538/31.08.2018 fiind publicată de către autoritatea contractantă, în SICAP, la data de 07.09.2018). De altfel, în cadrul dosarului nr. 2538/2018, soluționat prin decizia nr. 2391/C5/2538 din 31.08.2018, SC ...SRL nu a înțeles să formuleze o cerere de intervenție, conform dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, deși la data de 07.08.2018, autoritatea contractantă a publicat în SICAP contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 2538/2018. Puterea de lucru judecat semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul şi nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea ca a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuţie dreptul său într-un alt litigiu şi un aspect pozitiv, pentru partea care a câştigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

În prezent, această decizie se bucură de autoritate de lucru judecat, conform dispozițiilor art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă, care stipulează că:

„(1) 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.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă".

Din cele de mai sus reiese faptul că CNSC a stabilit că produsul ofertat de SC ...SRL este neconform, fiind aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

În aceste condiții, decizia CNSC nr. 2391/C5/2538/31.08.2018, bucurându-se de autoritate de lucru judecat, autoritatea contractantă nu putea să accepte produsul contestatoarei, ci doar să pună în aplicare decizia mai sus-menționată, prin respingerea ofertei depusă de S.C. ...S.R.L.

În consecință, operând autoritatea de lucru judecat, nu se mai pot repune în discuție cele statuate odată de Consiliu cu privire la propunerea tehnică a SC ...SRL, Consiliul nemaiputând infirma cele stabilite anterior.

Ofertantul contestator avea obligația, potrivit art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Astfel, prin depunerea ofertei, S.C. ...S.R.L. și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire.

Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv nerespectarea unor cerințe care au fost solicitate 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", iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres, care sunt cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească la întocmirea ofertelor.

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.

În ceea ce privește criticile formulate de către SC ...SRL împotriva ofertantului câștigător, acestea se constată a fi lipsite de interes, deoarece punând în aplicare Decizia Consiliului, autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta contestatorului declarând-o neconformă, astfel încât acest ofertant nu mai are posibilitatea de a deveni câștigător în prezenta procedură de atribuire.

Pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Deşi, nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie (critică) ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa analizată, Consiliul constată că prezenta contestaţie (critică) nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL, de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire.

Un interes eventual (care ar putea conduce la anularea adresei contestate), nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerinţa actualităţii, iar solicitarea de anulare a adresei respective, conduce la un interes eventual şi nu imediat (a se vedea, în acest sens, de exemplu, Decizia civilă nr. 4906/27.07.2015 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara – Secția Contencios Administrativ și Fiscal).

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod corect respinsă ca urmare a unei decizii a Consiliului, SC ...SRL nu justifică un interes în criticarea ofertei câștigătoare.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat Curtea de Apel Cluj prin decizia civilă nr. 1491/2017, precum și Curtea de Apel București prin decizia nr. 1794/2017.

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

Față de soluția ce va fi pronunțată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

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 excepția tardivității contestației, invocată de intervenientă.

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

Admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactată în 5 exemplare originale, conține 12 pagini.