În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1714/C3/1628
Data: 06.08.2021

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 34214/02.07.2021, înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., str. Vasile Goldiș, nr. 3, județul ....., înregistrată în registrul comerțului sub nr. J6/1118/2019, având CUI ....., reprezentată legal prin administrator ..... și convențional de avocat ....., formulată împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă – Lot 1, organizată în vederea atribuirii unui contract de Achiziție de echipamente/dispozitive medicale și materiale de protecție sanitară aferente proiectului "SPRIJIN PENTRU ȘCOLILE DIN .....", SMIS 143288 – Lot 1 – Nebulizator 134 bucăți și Consumabile pentru nebulizator 33.320 litri, de autoritatea contractantă ....., cu sediul în ..... – ....., str. Piața Centrală, nr. 6, județul ....., inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului nr. CN1028172 la 05.02.2021, s-a solicitat: anularea raportului procedurii nr. 54441/25.06.2021 în partea ce privește lotul 1, anularea actelor subsecvente raportului procedurii, anularea proceselor-verbale intermediare, anularea adresei nr. 54569/25.06.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1, 2, 3 și 4, reevaluarea ofertei ....., din punct de vedere financiar și tehnic, precum și anularea deciziei de desemnare a ofertei clasate pe locul I.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../13.07.2021, ... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., bl. B26, ..., sc. 1, ..., ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal de administrator ....., a transmis o cerere de intervenție voluntară, prin care solicită: admiterea cererii de intervenție, admiterea contestației formulate de către ..... SRL împotriva rezultatului procedurii pentru Lotul 1, în partea în ce privește doar oferta

câștigătoare, depusă de ..... și respingerea motivelor de contestare care vizează oferta sa.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../15.07.2021, ... SRL, cu sediul în ....., ..., bl. 40 bis, sc. C, ..., județul Dolj, înregistrată în registrul comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal de administrator ....., a transmis o cerere de intervenție voluntară, prin care precizează că susține pretențiile reclamantului ..... SRL.

Contestația și cererile de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 34214/02.07.2021, ... SRL atacă rezultatul procedurii privind lotul 1, pentru motive de nelegalitate și netemeinicie, solicitând anularea raportului procedurii nr. 54441/25.06.2021, în partea ce privește lotul 1, anularea actelor subsecvente raportului procedurii, anularea proceselor-verbale intermediare, anularea adresei nr. 54569/25.06.2021, privind comunicarea rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1, 2, 3 și 4, reevaluarea ofertei ..... atât din punct de vedere financiar cât și tehnic, anularea deciziei de desemnare a ofertei clasate pe locul I.

Contestatoarea învederează faptul că, în ceea ce privește lotul 1, autoritatea contractantă, prin caietul de sarcini, pentru produsul dedicat nebulizării, a solicitat: *PERAL S concentrație de 15% sau echivalent*

Caracteristici produs:

-produs biocid avizat pentru profilaxie sanitar umană (prezent în Registrul Naţional al Biocidelor)

-produs cu acțiune virucidă în contextul generat de pandemia cu virusul Sars-Cov-2;

-eficiență de dezinfectare: 95% -100%;

-Substanţa va fi livrată în ambalaj original, sigilat, în recipiente de maxim 5 litri.

Se va prezenta: -Aviz sanitar al produsului eliberat de Comisia Națională pentru Biocide cu specificația: "aplicare prin nebulizare”

-Certificat de conformitate al produsului

-Fișa de Date de Securitate a Substanței

Cerințe suplimentare:

1.Conform prevederilor legale în vigoare menționăm faptul că produsele trebuie să corespundă standardelor de calitate.

2.Pentru identificarea prețului unitar pe produse ofertantul va completa Anexa 1 - Centralizator de preturi (atașat) care va sta la baza ofertei financiare.

Precizează contestatoarea că, după depunerea ofertelor, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 31622/13.04.2021, cu întrebarea nr. 2, pct. b), a solicitat ofertantului ..... să clarifice: ”S-a solicitat să prezentați Certificatul de conformitate al produsului ZAFRAL H NEBULO FORTE în limba română”. Ofertantul, prin adresa nr. 85/19.04.2021, a prezentat Declarația pentru ZAFRAL H.

Specifică contestatoarea că, deși sunt produse de același producător, cele două produse dezinfectante sunt diferite, primul fiind diluat, în timp ce al doilea este concentrat, conform documentelor anexate. Doar ZAFRAL H are o concentrație a substanțelor active cumulate în valoare de 17% și nu ZAFRAL H NEBULO FORTE (produsul câștigător), care are concentrație cumulată a substanțelor active de doar 0,1 %. ..... (producătorul substanței ZAFRAL H NEBULO FORTE) produce și produsul concentrat ZAFRAL H (înregistrat cu aviz BIO nr. 5050610/02/12.24), care este o substanță pe bază de săruri de amoniu (toxice pentru oameni).

Mai precizează contestatoarea că în avizul (pe care l-a atașat contestației) este stipulat clar destinația: pentru categoria de utilizatori populație, produsul nu se utilizează prin nebulizare.

Autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze acest produs pentru a fi folosit cu preponderență în școlile din localitate, iar publicul beneficiar al acestor proprietăți toxice este format, cu preponderență, din copii.

Având în vedere cele precizate mai sus, contestatoarea apreciază că ofertantul respectiv a depus declarație de conformitate pentru alt produs decât cel pe care îl propune în ofert și că autoritatea contractantă a dat dovadă de superficialitate în analiza documentelor depuse.

Raportându-se la prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora, în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările nu sunt concludente, oferta va fi considerată inacceptabilă, apreciază contestatoarea că oferta depusă de către ..... trebuia respinsă, ca inacceptabilă, pentru că a depus un răspuns neconcludent.

Consideră contestatoarea că, din analiza documentației depuse de ....., rezultă fără echivoc inferioritatea ofertei declarate câștigătoare, atât din punct de vedere tehnic cât și financiar.

Substanța consumabilă propusă nu respectă caietul de sarcini impus de autoritatea contractantă, deoarece produsul ZAFRAL H NEBULO

FORTE nu este produs echivalent cu produsul PERAL S. În acest sens, contestatoarea prezintă o analiză comparativă, astfel: PERAL S este produs concentrat, în timp ce ZAFRAL H NEBULO FORTE este produs diluat, gata de aplicare. Dintr-un litru de produs concentrat PERAL S se obțin 200 litri de soluție gata de aplicare pentru nebulizare. Astfel, cantitatea totală de substanță PERAL S gata de uz rezultată este de 6.640.000 de litri, în loc de 33.200 l substanță de uz ZAFRAL H NEBULO FORTE.

Conform avizului eliberat de către Comisia Națională de Biocide, pentru produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE, respectiv avizul nr. 5239BIO/02/12/24, produsul este mult diluat, cu substanțele active *Dodecyldimethylammonium chloride,* în concentraţie de 0,0625% și *NN-Nis (3-amonopropyl) dodecylamine*, în concentraţie de 0,0375%. Cumulat, concentrația substanțelor active din produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE ajunge la doar 0,1%.

Produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE nu conține substanță activă acid peracetic.

Întrucât s-a solicitat, în caietul de sarcini, *PERAL S concentrat 15% sau echivalent*, apreciază contestatoarea că indicația 15 este indicația prezenței în produs a substanței active acid peracetic, în concentraţie volumetrică sau masică de 15%. Conform caietului de sarcini s-a solicitat un produs care să conțină această substanță activă în proporție de cel puțin 15%.

PERAL S are efect virucid complet. Conform documentației depuse, pentru produsul PERAL S, rezultă că acesta are acțiune biocidă completă împotriva tuturor virusurilor cunoscute, în timp ce produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE este eficient doar împotriva virusurilor încapsulate (conform datelor din avizul nr. 5239610/02/12/24), iar efectul virucid al celor două produse a fost testat de același laborator de testare.

PERAL S prezintă avantaje multiple. Activitate virucida este completă, este biodegradabil și ecologic.

ZAFRAL H NEBULO FORTE – compoziție chimică: dodecyldimethylammonium chloride – 0, 0625% și N,N-Nis (3-amonopropyl) dodecylamine - 0,0375%

PERAL S – compoziție chimică: Acid Paracetic – 15% și Peroxid de Hidrogen – 15-30%.

Mai precizează contestatoarea că, dacă în caietul de sarcini ar fi fost menționat doar PERAL S, atunci ar fi putut considera că echivalarea ar fi putut fi făcută doar după efectul produsului, însă, întrucât a fost specificată în mod expres și concentrația dorită (15%), atunci nu se mai poate considera suficientă echivalarea doar după efectul produsului.

În opinia contestatoarei, menționarea concentrației implică, suplimentar, echivalarea după compoziția chimică a produsului, și anume, existența substanței active acid peracetic în concentraţie de 15% sau un interval apropriat, întrucât în produsul PERAL S 15% definește

concentrația substanței active acid peracetic sau o altă substanță cu aceleași proprietăți.

Echivalarea unei substanțe trebuie făcută după caracteristicile fizico - chimice. Specifică contestatoarea că, din punct de vedere chimic, a echivala acizi cu baze sau săruri este imposibil.

Suplimentar, PERAL S este rapid biodegradabil, ecologic, se descompune total în substanțe non toxice (oxigen, acid acetic și apă).

În ceea ce privește neconformitatea ofertei depuse de către ....., contestatoarea precizează că propunerea tehnică nu corespunde întocmai cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini și în Fișa de date, conform art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016 - „Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv" coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 - „oferta este considerată neconformă în situația în care „nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini" și art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 - „Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției (...)

În condițiile art. 215 alin. (5) din lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini", motivat de faptul că autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților să utilizeze un produs cu o concentraţie minima de 15% acid, cerință la care ofertantul clasat pe locul I nu s-a conformat cât și incidența prevederilor art. 134 alin. (5) din același act normativ, motivat de răspunsul neconcludent cu privire la declarație de conformitate a produsului propus.

În acest sens, contestatoarea invocă și art. 42 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE.

Consideră contestatoarea că, din punct de vedere financiar, avantajele achiziționării unui produs concentrat, așa cum a fost solicitat în caietul de sarcini, permite diluții în raport de 1:100 - 1:200 spre deosebire de achiziționarea unui produs diluat din care se pot folosi doar 33.200 litri, în loc de 6.640.000 litri.

Contestatoarea solicită și reevaluarea ofertei sale tehnice, în partea ce privește termenul de livrare, parte ce a fost notată cu 0,01 puncte. Autoritatea contractantă a motivat în raportul procedurii că toate ofertele care au avut termen de livrare sub 30 de zile vor fi notate cu 0 puncte conform fișei de date din procedura de licitație, aspect pe care contestatoarea îl consideră nejustificat, dat fiind contextul pandemic actual și faptul că ar fi fost în favoarea autorității contractante și a beneficiarilor finali să primească produsele cât mai devreme.

La secțiunea criterii de atribuire din cadrul Lotului 1, în fișa de date, apare algoritmul de calcul în care se specifică clar faptul că pentru cel mai mic termen de livrare se acordă punctajul maxim alocat. Mai apoi, autoritatea contractantă aduce completări la secțiunea privind întocmirea

ofertei financiare, prin care precizează că ofertanților care ”dau” ca termen de livrare sub 30 de zile, li se vor atribui 0 puncte.

Contestatoarea face și o precizare de ordin tehnic, susținând că oferta financiară care a fost evaluată ulterior evaluării componentei tehnice, SEAP-ul nu-i putea acorda 0 puncte, deoarece evaluarea se face etapizat, electronic, prima fiind componentă tehnică, la care platforma SEAP trebuia să acorde punctaj maxim operatorului cu cel mai mic termen de livrare.

În susținerea acestei critici, contestatoarea invocă art. 42 din Directiva 2014/24/UE, care definește noțiunea de „specificație tehnică" şi alţi termeni folosiți în achizițiile publice din România.

Apreciază contestatoarea că, prin această adăugire la termenul de livrare și anume că ofertele cu termen de livrare sub 30 de zile se punctează cu 0, nu se justifică în niciun fel și este doar o adăugire menită a scoate din joc operatorii economici puternici care au capacitate de livrare mare şi astfel se favorizează neperformanța.

De asemenea, consideră contestatoarea că această cerință a fost adăugată în mod eronat, în defavoarea autorității contractante și a beneficiarilor finali.

Pe principiul ”cine poate mai mult poate şi mai puțin”, apreciază contestatoarea că este limpede faptul că un operator economic care se angajează să livreze produsul într-un termen de 10 sau 20 de zile, poate onora contractul şi în 30/40 de zile, fapt ce ar trebui să fie un beneficiu în favoarea autorității contractante şi, din acest motiv, nu se justifică descalificarea ofertei sale.

În ceea ce privește ofertanții situați pe locurile 2 şi 3, contestatoarea precizează că aceștia, deși au depus oferte cu produsul solicitat de către autoritatea contractantă (PERAL S), se află în imposibilitate de a executa viitorul contract, întrucât ..... SRL deţine exclusivitatea comercializării produsului PERAL S în canistre de 5 l, în zona geografică a județului ...., pe baza unui contract încheiat cu unicul importator al produsului, ...

În drept, contestatoarea invocă, în susținerea cererilor sale, prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 şi ale HG nr. 395/2016.

În contradictoriu cu contestatoarea, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 58353/07.07.2021, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 35028/07.07.2021, prin care invocă inadmisibilitatea contestației, în raport cu prevederile art. 2 alin. (1) și ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, iar pe fond solicită respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Precizează autoritatea contractantă că, prin raportul procedurii de atribuire nr. 54441/25.06.2021, membrii comisiei de evaluare au aplicat

criteriul de atribuire *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic* şi au stabilit următorul clasament:

- Locul 1 - ..... - 100 puncte;
- Locul 2 - ..... SRL - 68,05 puncte;
- Locul 3 - ..... SRL - 57,76 puncte;
- Locul 4 - .....- 56,05 puncte.

În ceea ce privește inadmisibilitatea contestației formulate de către ....., autoritatea contractantă învederează că, pentru a putea fi considerată persoană vătămată, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura în care s-a emis actul vătămător, şi să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a acelui act al autorității contractante.

Deși nici Legea nr. 101/2016 şi nici Codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum şi o contestație (cum este cazul celei de față) cere o justificare prin impunerea condiției 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 speța analizată, se poate constata că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

Consideră autoritatea contractantă că, analizând cuprinsul contestației, se poate reține faptul că ofertantul .....critică doar oferta clasată pe primul loc, respectiv oferta depusă de ....., autoarea contestației neformulând nicio critică referitoare la conformitatea ofertelor depuse de ofertanții clasați pe locurile 2 şi 3.

Conform dispozițiilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestația se formulează în scris şi trebuie să conțină, printre altele, „motivarea în fapt a contestației", respectiv critici le concrete ale contestatoarei (împrejurările, motivele) care au determinat contestatoarea să ceară concursul Consiliului.

Contestatoarea ar fi trebuit să arate, concret, în ce mod autoritatea contractantă a greșit în stabilirea rezultatului procedurii (enumerarea şi dezvoltarea tuturor criticilor cu privire la actul atacat).

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei, referitoare la reanalizarea ofertelor tuturor celor 3 ofertanți clasați înaintea ofertei sale, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că acest capăt de cerere nu este susținut în cuprinsul contestației de niciun aspect concret criticat, cu privire la ofertele depuse de ofertanții clasați pe locurile 2 şi 3, cu excepția ofertantului declarat câștigător.

Contestatoarea nu formulează nicio critică cu privire la neconformitatea ofertelor poziționate, în clasamentul final, pe locurile 2 şi 3, iar singurul motiv invocat în susținerea reevaluării acestor oferte este legat de faptul că, în opinia sa, autoarele lor se află în imposibilitate de a executa un eventual contract cu autoritatea contractantă, din cauza contractului de exclusivitate a comercializării produsului PERAL S în canistre de 5 l, în zona geografică a județului .... Or, acest aspect, în opinia autorității contractante, nu are nicio legătură cu conformitatea/neconformitatea ofertelor clasate pe locurile 2 şi 3.

Mai mult, așa cum susține chiar contestatoarea, prin contractul pe care l-a încheiat cu unicul importator al produsului PERAL S, îi conferă exclusivitate în zona geografică a județului .... pentru comercializarea produsului, nu îi conferă exclusivitate comercializării acestui produs pe întreg teritoriul României.

Ofertanții ale căror oferte au fost clasate pe locurile 2 şi 3 sunt din ..... (..... SRL) respectiv din loc. Ștefănești, jud. ..... (..... SRL) drept urmare, apreciază autoritatea contractantă, pot să achiziționeze acest produs de la firmele care au contracte de distribuție încheiate cu unicul importator al produsului ....., contracte prin care dețin exclusivitatea comercializării produsului în zona respectivă.

Precizează autoritatea contractantă că, raportându-se la textele legale incidente, la criteriul de atribuire oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, respectiv factorii de evaluare şi algoritmul de calcul al punctajului pe fiecare factor de evaluare şi la contractul prin care contestatoarea deţine exclusivitatea comercializării produsului PERAL S, în zona geografică a județului ...., nu constituie motive de reevaluare a ofertelor clasate pe locurile 2 şi 3.

Raportându-se la poziția sa în clasamentul final (locul 4), dar şi la criticile formulate în contestație, care vizează exclusiv oferta situată pe locul întâi, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual.

În aceste condiții, chiar şi în ipoteza în care s-ar admite contestația şi s-ar aprecia că oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește prevederile documentației de atribuire, contestatoarea nu ar obține niciun folos practic şi actual, dat fiind faptul că soluția ar avea drept consecință câștigarea procedurii de atribuire de către ofertantul poziționat pe locul 2.

Un interes eventual nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității.

Precizează autoritatea contractantă că, de asemenea, consideră că pronunțarea de către Consiliu a unei decizii de reevaluare a ofertelor nu ar aduce beneficii contestatoarei, aceasta neavând șansa reală de a i se

atribui contractul de achiziție publică, în urma aplicării criteriului de atribuire ofertelor declarate admisibile.

În această situație este evident că interesul contestatoarei în promovarea contestației sale, în legătură cu această procedură de achiziție publică, nu există şi nici nu poate fi dovedit.

Neavând șansa reală de a câștiga contractul de achiziție publică, contestatoarea nu are interesul legitim, în legătură cu această procedură de atribuire, necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Cu privire la substanța de nebulizare, autoritatea contractantă precizează că ofertantul clasat pe locul 1, respectiv ..... a ofertat substanță nebulizatoare, produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE.

Pentru acest produs, ofertantul a depus următoarele documente: Avizul nr. 5239BI0/02/12.24 emis de Ministerul Sănătății - Comisia Națională pentru Produse Biocide la data de 30.10.2020, pentru produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE, cu termen de valabilitate 31.12.2024, și Fişa de prezentare emisă de ....., în calitate de producător al acestui produs.

Consideră autoritatea contractantă că aceste documente confirmă faptul că produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE are următoarele caracteristici: produsul este produs biocid avizat pentru profilaxie sanitar umană; produsul are acțiune virucidă, în contextul generat de pandemia cu corona virus; are eficiență de dezinfectare pentru corona virus 100 % și indicații de utilizare ștergere/pulverizare/nebulizare şi, drept urmare, respectă în totalitate cerințele caietului de sarcini.

De asemenea, în urma verificărilor efectuate, comisia de evaluare a constatat că produsul ZAFRAL H NEBULO FORTE figurează în Registrul Național al Produselor Biocide.

Precizează autoritatea contractantă că a solicitat cantitatea de 33.320 litri, în concentrația necesară pentru acțiunea de nebulizare și justifică acest lucru prin faptul că nu are personal specializat care să realizeze diluarea substanței de nebulizare.

Mai mult, autoritatea contractantă nu a avut în vedere realizarea diluării substanței de nebulizare, la utilizator, şi pe considerentul că aceste substanțe, în concentrații ridicate, sunt toxice.

Cu privire la factorul de evaluare termenul de livrare, autoritatea contractantă specifică că, punctajul aferent factorului de evaluare tehnic, se calculează astfel: Ptermen livr. = (Tmin/(T livr)) X 20; unde, Tlivr. = Termen de livrare ofertat, iar Tmin = Termen de livrare minim ofertat. Punctajul maxim alocat acestui factor de evaluare este P termen livr. min = 20 puncte. Pentru celelalte termene de livrare ofertate punctajul P

termen livr. se calculează astfel: Pentru termenul de livrare al ofertei n: P termen livr.(n) = (Tmin/(T livr(n))) X 20.

Oferta cu punctajul total (PT) cel mai mare, va fi declarată câștigătoare.

Termenul de livrare va fi exprimat în zile calendaristice.

Se punctează termenele de livrare cuprinse între 30 de zile şi 90 de zile (inclusiv 30 de zile şi 90 de zile).

Termenul de livrare mai mic de 30 de zile de la data ordinului de începere se va puncta cu 0 puncte.

Termenul de livrare maxim acceptat este de 90 zile de la data ordinului de începere a execuției contractului (peste care oferta va fi declarată neconformă), așa cum s-a precizat în Fişa de date a achiziției (cap. IV, pag. 13), cât şi în anunțul de participare.

Mai precizează autoritatea contractantă că a aplicat întocmai criteriul de atribuire. Astfel, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice comisia de evaluare a calculat pe baza informațiilor precizate de fiecare ofertant, punctajul aferent factorului de evaluare tehnic, respectiv termenul de livrare.

Deoarece contestatoarea a ofertat un termen de livrare de 25 de zile, de la data primirii ordinului de începere a contractului, comisia de evaluare a punctat acest factor de evaluare cu 0 puncte.

Deoarece sistemul SEAP, în care trebuie introduse informațiile cu privire la punctajele obținute, nu recunoaște valoarea 0, ca valoare numerică, comisia de evaluare a alocat factorului de evaluare 0,01 puncte, pentru toate ofertele care au obținut la acest factor de evaluare 0 puncte.

Apreciază autoritatea contractantă că toate argumentele invocate de contestatoare, cu privire la calculul punctajului aferent factorului de evaluare tehnic, respectiv termenul de livrare, sunt nefondate.

În drept, pentru susținerea poziției sale, autoritatea invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

În replică, prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36333/14.07.2021, contestatoarea a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care reiterează criticile dezvoltate în contestație.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../13.07.2021, ... SRL a transmis o cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea cererii de intervenție, admiterea, în parte, a contestației formulate de către ..... SRL împotriva rezultatului procedurii pentru Lotul 1, respectiv doar în ceea ce privește oferta câștigătoare depusă de ..... și respingerea motivelor de contestare care vizează oferta sa.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție și interesul promovării acesteia, intervenientul precizează că ..... SRL critică

decizia autorității contractante de a declara oferta sa admisibilă, deoarece, în opinia contestatoarei, acesta s-ar afla în imposibilitate de a executa contractul, mai exact, nu are capacitatea de a furniza produsele ofertate.

Potrivit art. 61 alin. (2) Cod procedura civilă, „intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta".

Consideră intervenientul că justifică interesul de a interveni din necesitatea de a formula apărări în contradictoriu cu contestatoarea, în ceea ce privește conținutul şi conformitatea ofertei sale, cât şi în ceea ce privește legalitatea deciziei autorității contractante de a declara oferta conformă.

Cât privește criticile formulate de contestatoare cu privire la oferta depusă de ....., intervenientul precizează că achiesează la acestea.

În ceea ce privește critica contestatoarei cu privire la oferta intervenientului, acesta precizează că, în opinia sa, contestatoarea ar dori ca aceasta să fie declarată inacceptabilă sau neconformă, motivat de faptul că ar fi în imposibilitatea de a executa un eventual contract cu autoritatea contractantă, deoarece aceasta ar deţine un drept de distribuție cu exclusivitate teritorială, acordată de ....., importator al produsului care face obiectul achiziției pentru Lotul 1.

Consideră intervenientul o astfel de apreciere, nu poate fi reținută, ca motiv de neconformitate a ofertei sale, deoarece este doar o speculație cu privire la o situație viitoare.

Apreciază intervenientul că este posibil să importe produsele direct de la alt producător (.....) și că există și orice altă posibilitate prin care să fie în măsură să furnizeze produsul autorității contractante.

Astfel, situația indicată (destul de evaziv) de către contestatoare, este una ipotetică, care nu este fundamentată pe aspecte concrete, astfel de supoziții nu pot fundamenta concluzia referitoare la caracterul neconform sau inacceptabil al ofertei intervenientului.

În drept, intervenientul invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016 şi ale Legii nr. 101/2016.

Consiliul, prin adresa nr. 38668/1628/C3/27.07.2021 a solicitat intervenientului ..... SRL ca, până la data de 29.07.2021, ora 12:00 să facă dovada constituirii cauțiunii în temeiul art. 17 din Legea nr. 101/2016 și al art. 62 alin. (1) Codul de procedură civilă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../15.07.2021, ... SRL a transmis o cerere de intervenție voluntară, prin care precizează că susține pretențiile reclamantului ..... SRL.

Mai precizează intervenientul că neconformitatea produsului ZHNF rezultă chiar din caracteristicile lui, care nu sunt echivalente produsului PERAL S. Astfel, dezinfectantul ZHNF este un produs gata de utilizare, pe când produsul PERAL S este un dezinfectant concentrat (putându-se obține mai mulți litri de dezinfectant gata de utilizare, decât produsul ZHNF), are o concentrație de doar 0,06% de săruri cuaternare, pe când produsul PERAL S are o concentrație de 15% de acid paracetic.

Nu în ultimul rând, PERAL S are o eficacitate sporicidă, eficacitate pe care produsul ZHNF nu o deține în baza avizului de biocid.

Prin urmare, produsele nu sunt echivalente, acest fapt rezultând în primul rând din forma acestora, respectiv un produs este dezinfectant concentrat, iar unul este gata de utilizare.

Mai mult decât atât, ca urmare a solicitării de clarificare nr. 31622 din 13.04.2021, operatorul economic ..... a indus în eroare comisia de evaluare prin prezentarea unei „Declarații de conformitate" a produsului ZAFRAL H, care este un produs diferit de ZHNF, primul fiind un produs concentrat.

Prin urmare, având în vedere cele de mai sus, intervenientul solicită Consiliului să declare neconformă oferta operatorului economic .....

Consiliul, prin adresa nr. 38667/1628/C3/27.07.2021 a solicitat intervenientului ..... SRL ca, până la data de 29.07.2021, ora 12:00 să facă dovada constituirii cauțiunii în temeiul art. 17 din Legea nr. 101/2016 și al art. 62 alin. (1) Codul de procedură civilă.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect Achiziție de echipamente/dispozitive medicale și materiale de protecție sanitară aferente proiectului "SPRIJIN PENTRU ȘCOLILE DIN .....", SMIS 143288 – Lot 1 – Nebulizator 134 bucăți și Consumabile pentru nebulizator 33.320 litri, autoritatea contractantă ..... a inițiat o licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului nr. CN1028172 la 05.02.2021 și a documentației de atribuire.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire amintite, adică de desemnarea ofertei câștigătoare, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea deciziei de stabilire a rezultatului, cuprins în raportul procedurii și în actele subsecvente, reevaluarea ofertei în cauză, ce ar fi inadmisibilă, dar și reevaluarea tuturor ofertelor admisibile.

Pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a depus recipisa de consemnare a unei cauțiuni, în valoare de 20.700 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala ....., în data de 06.07.2021, sub nr. 207315539/1.

Consiliul are în vedere, de asemenea, că ofertanții ..... SRL și ..... SRL, clasați pe locurile 2 și 3, în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă, au formulat cereri de intervenție voluntară, prin care susțin solicitările contestatoarei (ofertant clasat pe locul 4) de anulare a rezultatului actual și de reevaluare a ofertei desemnate câștigătoare, în sensul stabilirii inadmisibilității ei. În mod particular, prin cererea de intervenție formulată, pe care o motivează în drept ca intervenție principală, ... SRL solicită respingerea contestației în privința reevaluării ofertei sale.

La analiza în principiu a cererilor de intervenție, Consiliul constată admisibilitatea lor, fiind formulate de ofertanți implicați în procedură, adică de operatori economici care au interesul de a conserva statutul de facto al ofertelor înaintate, considerate admisibile.

Însă, nefiind cereri de intervenție denumite/calificate de autoarele lor, Consiliul face analiza obiectului explicit al acestora, rezultând că au drept scop principal înlăturarea din competiție a ofertei câștigătoare. Prin urmare, autoarele revendică un drept propriu, pe calea unei cereri de intervenție care are caracter principal. Faptul că ..... SRL solicită și respingerea contestației în privința reevaluării ofertei sale, este incidental, întrucât autoarea precizează că demersul său, bazat în drept pe dispozițiile codului de procedură civilă aferente cererii de intervenție principale, este și împotriva autorității contractante. Totodată, prin intervenția sa, ... SRL solicită doar admiterea acțiunii principale, în sensul eliminării ofertei concurente, aspect ce nu poate face obiectul unei intervenții accesorii. Altfel spus, dreptul de a solicita excluderea din competiție a ofertei câștigătoare trebuia valorificat, în mod direct, pe calea unei contestații, cererea de intervenție cu același scop neputând fi accesorie acțiunii de față, care opune un drept distinct.

Or, conform prevederilor art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care completează dispozițiile art. 17 alin. (3) din Lregea nr. 101/2016, ”Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată”.

Având în vedere caracteristicile acestei cauze, Consiliul a solicitat autoarelor intervențiilor principale să prezinte dovezi ale constituirii cauțiunii, pentru ca cererile lor să fie analizate în condițiile prevăzute la art. 61 și 66 din Codul de procedură civilă. Necomunicând dovezile de constituire a cauțiunilor, Consiliul va respinge cererile de intervenție principală, ca inadmisibile.

La analiza obiectului cererii principale, Consiliul constată că privește modul de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare, dar și a ofertei contestatoarei, care pretinde că nu a fost corect punctată, ceea ce ar fi afectat locul său în clasament.

Având în vedere că autoritatea contractantă invocă inadmisibilitatea contestației, Consiliul face analiza excepției, cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *Consiliul*

se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Motivarea excepției în discuție se bazează pe aprecierea autoarei că, în lipsa unei cereri de reevaluare și a ofertelor clasate pe locurile 2 și 3, doar solicitarea de reevaluare a situației ofertei câștigătoare nu ar justifica un interes legitim, personal, direct, născut și actual al contestatoarei.

Contrar acestei motivări a excepției, Consiliul constată că autoarea contestației, pe lângă atacarea deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare, pretinde o vătămare a sa bazată pe un drept de exclusivitate în furnizarea produselor din cadrul Lotului 1, ce ar fi opozabil amintiților ofertanți concurenți, dar și pe o incorectă punctare a ofertei sale, în raport cu factorul de evaluare *termen de livrare*.

De altfel, o eventuală excludere din competiție a ofertantului clasat pe primul loc nu conduce, automat, la atribuirea contractului către ofertantul clasat pe locul secund ori terț, ci la continuarea procesului de analiză a ofertelor care au vocația de a deveni câștigătoare, pe baza documentelor de calificare ce s-ar solicita și transmite conform prevederilor art. 196 din Legea nr. 98/2016. În consecință, pretinsa absență a interesului în formularea contestației, bazată pe neatacarea situației ofertelor concurente, este o motivare nefondată, iar Consiliul va respinge excepția de inadmisibilitate, invocată de autoritatea contractantă, ca atare.

Practica recentă a instanțelor, dar și a Consiliului, în privința unor situații precum cea în discuție, a statuat asupra existenței unui astfel de interes în promovarea unei acțiuni, în concordanță cu soluțiile emise și de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, precum cauza *C - 333/18, Lombardi Srl* împotriva *Comune di Auletta, Delta Lavori SpA, Msm Ingegneria Srl*, în care hotărârea din 5 septembrie 2019 a statuat că:

Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr-o presupusă încălcare a dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor sau al practicilor jurisprudențiale procedurale naționale care privesc soluționarea căilor de atac în excludere reciproce, indiferent care

ar fi numărul de participanți la procedura de atribuire a contractului și numărul celor care au introdus căi de atac.

În privința disputei pe fond, Consiliul are a analiza dacă autoritatea contractantă nu a asigurat o evaluare corectă a ofertei câștigătoare, ce ar fi afectată de neconformități față de cerințele caietului de sarcini și de neconcludența unor informații de clarificare a ei.

Conform caietului de sarcini, pentru Lotul 1, pe lângă nebulizator, oferta trebuie să cuprindă și informații despre consumabilele aferente, în speță, produsul biocid utilizat, în dezinfecția prin nebulizare, specificațiile stabilite de autoritatea contractantă fiind:

PERAL S concentrație de 15% sau echivalent.

Caracteristici produs:

-produs biocid avizat pentru profilaxie sanitar umană (prezent în Registrul Naţional al Biocidelor)

-produs cu acțiune virucidă în contextul generat de pandemia cu virusul Sars-Cov-2;

-eficiență de dezinfectare: 95% -100%;

-Substanţa va fi livrată în ambalaj original, sigilat, în recipiente de maxim 5 litri.

Se va prezenta:

-Aviz sanitar al produsului eliberat de Comisia Națională pentru Biocide cu specificația: "aplicare prin nebulizare”

-Certificat de conformitate al produsului

-Fișa de Date de Securitate a Substanței

Cerințe suplimentare:

1.Conform prevederilor legate în vigoare menționăm faptul că produsele trebuie să corespundă standardelor de calitate.

2.Pentru identificarea prețului unitar pe produse ofertantul va completa Anexa 1 - Centralizator de preturi (atașat) care va sta ta baza ofertei financiare.

Din modul de întocmire a caietului de sarcini, rezultă că autoritatea contractantă a identificat caracteristicile produsului de achiziționat prin metoda stabilită la art. 156 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016: *(2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.*

(3) Prin excepţie de la prevederile alin. (2), stabilirea specificaţiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situaţii excepţionale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă şi de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispoziţiile alin. (1); în aceste situaţii, precizarea

elementelor prevăzute la alin. (2) este însoţită de cuvintele "sau echivalent".

Astfel, reproducerea numelui produsului *PERAL S* și a concentrației acestuia (de 15%) pentru utilizare, însoțită de expresia ”sau echivalent”, trebuie înțeleasă în sensul că alte produse ofertate trebuie să asigure scopul achiziției, respectiv eficiența de dezinfectare și acțiunea virucidă, indiferent de concentrația fiecăruia. Nu ar prezenta relevanță pentru achizitor propunerea unor produse cu concentrație egală celei în care activează *PERAL S*, și nici dacă acestea ar conține substanța activă identică – acidul peracetic, așa cum susține contestatoarea. În cazul de față, echivalentul produsului identificat după marca lui îl reprezintă un produs a cărui folosire atinge scopul declarat al achiziției și nu un produs cu caracteristici fizico-chimice egale (concentrație sau substanță activă). Conform prevederilor art. 156 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2016, definirea specificațiilor tehnice se raportează la cerințe de performanță ale produsului, nu exclusiv, la specificații funcționale sau compoziție (în cazul de față).

În consecință, echivalența produsului din propunerea tehnică a ofertei desemnate câștigătoare trebuia analizată de autoritatea contractantă în raport cu cerințele minimale ale caietului de sarcini.

Susținerile contestatoarei că produsul propus de ea, *PERAL S*, ar avea avantaje de natură tehnică (compoziție, concentrație, rapid degradabil și eficiență împotriva tuturor virusurilor) și economică (rezultând din diluție, care afectează cantitatea de achiziționat), în raport cu produsul din oferta câștigătoare, se bazează pe aprecieri care nu țin cont de regulile de departajare a ofertelor, stabilite prin documentația de atribuire. Aceste caracteristici fizico-chimice nu sunt cerințe minime și exclusive ale caietului de sarcini, care a permis propunerea unor produse echivalente. Este de înțeles că, pentru o analiză comparativă reală a ofertelor, produsul în stadiul de utilizare (concentrația de lucru) trebuie să fie analizat, atât din punct de vedere al performanțelor (a eficienței biocide, de dezinfectare, în special, a activității virucide), cât și din punct de vedere al economicității (preț/unitatea de măsură a produsului consumat în cadrul activității de dezinfecție).

Or, în raport cu criticile contestatoarei, bazată pe specificațiile tehnice ale produselor comparate, nu se identifică o avantajare incorectă a ofertei desemnată câștigătoare, prin acceptarea unui produs ce nu ar fi neconform.

Cu toate acestea, susținerile contestatoarei că, după depunerea ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ..... să clarifice inexistența în ofertă a Certificatului de conformitate a produsului propus, *ZAFRAL H NEBULO FORTE*, iar ofertantul a prezentat o Declarație de conformitate pentru produsul *ZAFRAL H*, sunt întemeiate.

În primul rând, din conținutul documentelor înaintate Consiliului, rezultă că cele două produse sunt distincte (cu diferite concentrații), deși prezintă unele elemente comune de identitate (același producător, același domeniu de utilizare-dezinfecție, aceeași categorie de produse-biocide, nume comun, parțial).

În plan secund, caietul de sarcini impunea prezentarea unui certificat de conformitate, pentru produsul din ofertă, specificație tehnică ce trebuie respectată de ofertanți și de autoritatea contractantă, în condițiile prevăzute la art. 158-159 din Legea nr. 98/2016.

Câtă vreme prezentarea declarației de conformitate în cauză nu prezintă relevanță în analiza ofertei, în raport cu numele produsului pentru care a fost emisă, distinct de numele produsului din ofertă, autoritatea contractantă trebuia să înlăture ambiguitatea aparentă, cauzată de numele apropiat al celor două produse și să solicite o informație de confirmare/infirmare a deținerii unui certificat de conformitate emis pentru produsul ofertat.

Într-o astfel de situație, dând valoare prevederilor art. 209 din amintita lege, o întrebare cu caracter exact, făcând distincția între numele celor două produse, putea conduce la primirea unui răspuns adecvat aprecierii asupra ne/conformității ofertei. În mod nejustificat autoritatea contractantă nu a procedat de maniera aceasta, în timpul evaluării ofertelor, iar în fața Consiliului nu a adus argumente care să justifice acceptarea ofertei ce este afectată de o ambiguitate evidentă, contrar dispozițiilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: *Părţile au obligaţia de a expune situaţia de fapt la care se referă pretenţiile şi apărările lor în mod corect şi complet, fără a denatura sau omite informaţiile care le sunt cunoscute*.

Prin urmare, întrucât răspunsul de clarificare în cauză nu are concludența necesară analizei de conformitate cu cerința amintită a caietului de sarcini, dar nici nu relevă o neconformitate vădită a ofertei, Consiliul consideră eronată acceptarea lui de către autoritatea contractantă, dovedind că aceasta nu a finalizat procesul de analiză a ofertei sub aspecte de natură tehnică. O eventuală lipsă a documentului de interes, după clarificare, ar putea conduce și la modificarea actualului clasament. În caz contrar, acesta ar fi menținut.

Astfel, stabilirea ofertei câștigătoare, aparținând ....., a ignorat prevederile art. 207 alin. 1) din Legea nr. 98/2016, nefiind evaluată îndeplinirea tuturor cerințelor din caietul de sarcini (în speță, deținerea certificatului de conformitate a produsului).

Cât privește modul de analiză a ofertei contestatoarei, respectiv, aplicarea punctajului pentru termenul de livrare, Consiliul constată că, în fapt, autoarea criticilor consideră incorectă regula cuprinsă în fișa de date a achiziției, care se regăsește în secțiunea *IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare*, și nu în secțiunea *II.2.5 Criterii de*

atribuire, adică cea legată de modul de punctare a termenului de livrare a produselor: *Termenul de livrare va fi exprimat în zile calendaristice.*

- Se punctează termenele de livrare cuprinse între 30 de zile și 90 de zile(inclusiv 30 de zile și 90 de zile).

- Termenul de livrare mai mic de 30 de zile de la data ordinului de începere se va puncta cu 0 puncte.

Aplicarea punctajului pentru un termen mai mic de 30 de zile, conform mențiunilor din fișa de date a achiziției, nu reprezintă o conduită eronată a comisiei de evaluare a ofertelor, ci aplicarea întocmai a regulilor de departajare stabilite prin documentația de atribuire. Or, regula în cauză a fost luată la cunoștință de viitorii ofertanți de la momentul publicării documentației de atribuire, fiind asumată de aceștia (inclusiv de contestatoare), prin ofertarea fără rezerve.

Prin urmare, în raport cu termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, nu se mai poate cenzura, la acest moment, decizia autorității contractante de a nu puncta oferte cu termen de livrare sub 30 de zile, care a fost cuprinsă în documentația de atribuire.

În consecință, solicitarea contestatoarei de reevaluare a ofertei proprii, prin reaprecierea punctajului în raport cu posibilitatea practică de a asigura livrarea în termene de 30 de zile, deși a indicat un termen mai scurt decât acesta, este o cerere nefondată.

De asemenea, în privința nevoii de reevaluare a ofertelor clasate pe locuri mai bune decât oferta sa, cauzată de existența contractului de exclusivitate pentru livrarea produsului *PERAL S,* care i-ar profita contestatoarei, Consiliul constată că, în fapt, nu se reclamă încălcarea, de către comisia de evaluare a ofertelor, a vreunei reguli de ofertare regăsită în documentația de atribuire sau în legislația privind achizițiile publice.

Existența dreptului de livrare într-un areal anume (inclusiv pe teritoriul Orașului .....), a aceluiași produs, garantat de contractul evocat de contestatoare, reprezintă un aspect faptic de drept privat, ce nu poate fi cenzurat pe calea unei contestații într-o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, asimilat unui act administrativ, supus regulilor de drept public.

În același timp, contractul în cauză nu reprezintă o parte a documentelor unei oferte de care trebuia să țină cont autoritatea contractantă, la momentul evaluării ofertelor, nefiind dovedită prezentarea lui odată cu acestea. Pe de altă parte, existența lui, invocată în litigiu, nu schimbă raporturile dintre achizitor și respectivii ofertanți, în condițiile în care niciunul nu este/a fost desemnat câștigător al competiției, pentru a se invoca cu succes o eventuală vătămare a contestatoarei.

Astfel, nici această motivare a cererii de reevaluare a ofertei proprii, înaintată de contestatoare, precum și a celor de pe locurile 2-3, nu va fi reținută de Consiliu ca întemeiată, fără a exclude dreptul

autorități contractante de a lămuri existența unui risc de neexecutare a contractului de achiziție publică, ce s-ar datora dreptului exclusiv invocat de contestatoare.

În consecință, Consiliul va respinge contestația, în partea privind solicitarea de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei aparținând ..... SRL, dar și a ofertelor clasate pe locurile 2 și 3, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Cu toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din aceeași lege, Consiliul va admite contestația în partea privind anularea actualului rezultat al procedurii, privind oferta desemnată câștigătoare, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ei, în privința deținerii certificatului de conformitate solicitat în caietul de sarcini, în 15 zile, conform motivării de mai sus.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în principiu cererile de intervenție principală, formulate de ..... SRL și ..... SRL.

Respinge excepția de inadmisibilitate a contestației ..... SRL, formulată de autoritatea contractantă ....., ca nefondată.

Admite contestația ..... SRL, în partea privind anularea actualului rezultat al procedurii inițiate prin publicarea în SEAP a anunțului nr. CN1028172/05.02.2021, privind oferta desemnată câștigătoare a Lotului 1, consemnat în raportul procedurii nr. 54441 din 25.06.2021 și în adresa nr. 54569 din 25.06.2021, ca act subsecvent primului.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite, în privința deținerii certificatului de conformitate solicitat în caietul de sarcini, în 15 zile, conform cu cele reținute în motivarea de mai sus.

Respinge, ca nefondată, cererea contestatoarei de reevaluare a propriei oferte și a celor situate pe locurile 2 și 3.

Respinge cererile de intervenție principală, ca inadmisibile, pentru lipsa cauțiunii.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform prevederilor art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,**

Ecaterina-Milica DOBROTĂ **Dumitru-Viorel PÂRVU**

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului asupra contestației și a cererilor de intervenție, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele.

Referitor la cele două cereri de intervenție, în opinia majoritară se consemnează în considerente (pe care nu le criticăm în niciun fel):

La analiza în principiu a cererilor de intervenție, Consiliul constată admisibilitatea lor, fiind formulate de ofertanți implicați în procedură, adică de operatori economici care au interesul de a conserva statutul de facto al ofertelor înaintate, considerate admisibile.

Însă, nefiind cereri de intervenție denumite/calificate de autoarele lor, Consiliul face analiza obiectului explicit al acestora, rezultând că au drept scop principal înlăturarea din competiție a ofertei câștigătoare. Prin urmare, autoarele revendică un drept propriu, pe calea unei cereri de intervenție care are caracter principal. Faptul că ..... SRL solicită și respingerea contestației în privința reevaluării ofertei sale, este incidental, întrucât autoarea precizează că demersul său, bazat în drept pe dispozițiile codului de procedură civilă aferente cererii de intervenție principale, este și împotriva autorității contractante. Totodată, prin intervenția sa, ... SRL solicită doar admiterea acțiunii principale, în sensul eliminării ofertei concurente, aspect ce nu poate face obiectul unei intervenții accesorii. Altfel spus, dreptul de a solicita excluderea din competiție a ofertei câștigătoare trebuia valorificat, în mod direct, pe calea unei contestații, cererea de intervenție cu același scop neputând fi accesorie acțiunii de față, care opune un drept distinct.

Or, conform prevederilor art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care completează dispozițiile art. 17 alin. (3) din Lregea nr. 101/2016, ”Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată”.

Având în vedere caracteristicile acestei cauze, Consiliul a solicitat autoarelor intervențiilor principale să prezinte dovezi ale constituirii cauțiunii, pentru ca cererile lor să fie analizate în condițiile prevăzute la art. 61 și 66 din Codul de procedură civilă. Necomunicând dovezile de constituire a cauțiunilor, Consiliul va respinge cererile de intervenție principală, ca inadmisibile.

și în dispozitiv:

Admite în principiu cererile de intervenție principală formulate de ..... SRL și ..... SRL.

Respinge cererile de intervenție principală, ca inadmisibile, pentru lipsa cauțiunii.

Așadar, cererile au fost apreciate, concomitent, admisibile și inadmisibile, soluție la care nu achiesăm.

Pe de altă parte, având în vedere că obiectul procesual esențial al cererilor consistă în solicitarea de admitere (integrală sau parțială) a contestației, voința juridică a autoarelor este de a interveni în litigiul pendinte în favoarea respectivei contestatoare. În consecință, prin natura sa, cererea este de intervenție accesorie, în sprijinul

demersului ..... SRL, astfel cum este reglementată de art. 61 alin. (3) C. proc. civ.

În consecință, ne detașăm de concluzia majorității, că am fi în prezența unor intervenții voluntare principale, convingerea noastră fiind că intervențiile sunt accesorii, sprijinind demersul contestatoarei (total sau parțial). Intervenție principală ar fi în ipoteza în care autoarele ar fi avut o pretenție diferită de aceea a contestatoarei pe care o susțin, respectiv ar fi atacat un act al autorității care nu făcea obiectul material al litigiului ori dintr-o altă perspectivă, distinctă de a contestatoarei.

Potrivit dreptului comun formal: „Judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire. În acest caz judecătorul este obligat să pună în discuția părților calificarea juridică exactă.”, iar calificarea pe care o recunoaștem cererilor ..... SRL și ..... SRL este aceea de intervenții accesorii. Separat de această concluzie, ne detașăm de poziția majorității și în privința obligării intervenienților de constitui cauțiunea prescrisă de art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevede că, pentru soluționarea contestației, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune (în cuantumul acolo fixat).

În speța de față, ... SRL și ..... SRL dețin calitatea procesuală de intervenient, nu de contestator, situație în care nu intră în sarcina lor obligația de a aduce vreo cauțiune, pentru a le putea fi examinată cererea de intervenție. În actuala configurație a art. 611 alin. (1), cauțiunea este datorată doar de contestatori, nu de către intervenienți, indiferent de felul intervenției. De bună seamă că, o cerere de intervenție poate fi recalificată în contestație, însă nu acesta este cazul în speță. Cererea de intervenție nu poate fi tratată drept contestație, pentru care să fie datorată cauțiune, și respinsă ca intervenție, pentru care nu se datorează cauțiune.

Totodată, trebuie subliniat că singurul mecanism procesual prin care o persoană vătămată atacă actele autorității contractante îl constituie contestația supusă rigorilor Legii nr. 101/2016, iar nu cererea de intervenție principală, interpretarea contrară ducând la situații juridice inacceptabile, cum ar fi eludarea termenelor stricte de contestare statuate la art. 8 din Legea nr. 101/2016. Cu alte cuvinte, nu se poate recurge la mecanismul intervenției principale pentru a se eluda calea de atac dedicată de legiuitor persoanelor vătămate.

În consecință, analizarea cererilor intervenientelor presupunea tratarea lor ca fiind accesorii, în sprijinul contestatoarei, iar nu calificarea drept intervenții principale și respingerea lor pentru neconstituirea vreunei cauțiuni. Practic, interpretarea majoritară exclude instituția juridică a intervenției accesorii în sprijinul contestatorilor, peste

redactarea textului art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu Codul de procedură civilă.

Referitor la ofertele intervenienților, singura critică a contestatoarei este la fila 9 din contestație:

Cu privire la ceilalți ofertanți, situați pe locurile 2 şi 3, [...] aceștia se află în imposibilitate de a executa un eventual contract cu autoritatea contractantă, deși au depus oferte cu produsul solicitat de către autoritatea contractantă „PERAL S", întrucât [...] SC ..... SRL, am încheiat contract cu unicul importator al produsului, SC ....., contract prin care deţinem exclusivitatea comercializării produsului în zona geografică a județului ...., pentru comercializarea produsului în canistre de 5l.

Suntem pe deplin de acord cu raționamentul Consiliului că, față de existența contractului de exclusivitate pentru livrarea produsului PERAL S, contestatoarea nu reclamă încălcarea, de către comisia de evaluare, a vreunei reguli de ofertare regăsită în documentația de atribuire sau în legislația privind achizițiile publice.

Existența dreptului de livrare într-un areal anume a produsului reprezintă un aspect faptic ce nu poate fi cenzurat pe calea contestației în speță, întrucât operatorii economici nu își pot împărți piețele de desfacere tocmai pentru a eluda legislația achizițiilor publice. Implicit, reclamanta nu se poate prevala de respectivul contract pentru a elimina orice concurență într-o anumită regiune și, eventual, pentru a semna contracte la prețuri care nu sunt rezultatul cererii și ofertei.

După cum a punctat majoritatea, „contractul în cauză nu reprezintă o parte a documentelor unei oferte de care trebuia să țină cont autoritatea contractantă, la momentul evaluării ofertelor", context în care, văzând că ofertele clasate pe locurile II și III nu sunt supuse reevaluării, Consiliul trebuia să aprecieze că demersul ..... SRL vizavi de eliminarea ofertei ..... este lipsit de interes. Câtă vreme a fost validat rezultatul evaluării ofertelor de pe locurile II și III, acesta fiind ofertele care vin în succesiunea atribuirii contractului, critica evaluării ofertei de pe locul I devine lipsită de interes și trebuia respinsă ca atare.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând, totodată, necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

.....

Redactată în 6 exemplare originale, conține 22 pagini.