



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data: 2019

Prin contestația nr. 2019, înregistrată la CNSC sub nr. 2019, formulată de SC SRL cu sediul în, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO....., reprezentată legal de, și reprezentată convențional prin din, împotriva raportului procedurii nr. 1401/18.11.2019, întocmit de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Oituz, nr. 54, jud., în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect încheierea unui: „.....”, cod CPV 33191000-5, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. 1401/18.11.2019 în ceea ce privește respingerea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale și declararea ca și câștigătoare a SC SRL, a actelor care au stat la baza acestuia, respectiv a procesului-verbal de evaluare propunere financiară nr. 1394/15.11.2019, precum și a actelor subsecvente, inclusiv a procesului-verbal de atribuire nr. 1402 din 18.11.2019;

2. anularea deciziei autorității contractante privind respingerea ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă și a oricăror acte care au stat la baza acesteia;

3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării ofertelor financiare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 51429/13.12.2019, SC SRL, cu sediul în, Șos., înmatriculată la

Registrul Comerțului cu nr..... având cod unic de înregistrare RO....., reprezentată legal prin, formulează cerere de intervenție voluntară, față de contestația depusă de SC SRL.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt contestatorul precizează că ulterior evaluării ofertelor tehnice, în urma căreia s-a constatat că oferta sa îndeplinește cerințele minime din caietul de sarcini, alături de oferta SC SRL, comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor financiare și a respins ca neconformă oferta sa, declarând câștigătoare oferta SC SRL. Motivul invocat pentru respingerea ofertei sale a fost o pretinsă inadvertență între propunerea tehnică și financiară, în ceea ce privește denumirea produsului ofertat.

Contestatorul consideră decizia autorității contractante netemeinică și nelegală deoarece aceasta a încălcat dispozițiile privind obligația de a solicita clarificări, principiul bunei-credințe și principiul încrederii legitime.

Așa cum rezultă din raportul procedurii și din procesul verbal de evaluare financiară, comisia de evaluare a respins oferta sa invocând o „*inadvertența majoră*” constând în faptul că *propunerea financiară a ofertantului SRL se refera la „.....”, iar propunerea tehnică a acestuia se refera la „.....”*.

Contestatorul arată că în faza de evaluare a propunerii tehnice comisia de evaluare a constatat că produsul ofertat, respectiv satisface nevoile de dezinfecție rapidă și eficientă și îndeplinește cerințele din caietul de sarcini, analizând în detaliu și confirmând caracteristicile acestui produs.

Prin urmare, susține că este evident că autoritatea contractantă avea cunoștință despre identitatea și caracteristicile produsului ofertat de el, așa încât apariția altei denumiri a produsului în oferta financiară nu putea fi decât rezultatul unei simple erori materiale.

În aceste condiții consideră că autoritatea contractantă avea dreptul dar și obligația de a face aplicarea dispozițiilor art. 135 din HG nr. 395/2016 care stipulează:

„(1) în condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) în cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) în sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Chestiunea menționată de comisie ca o „*inadvertență majoră*”, în opinia sa reprezenta în realitate o simplă eroare materială, un viciu de formă în sensul art. 135 alin (3) mai sus citat, având în vedere că identitatea produsului ofertat este susținută de documentele și informațiile prezentate în cadrul ofertei tehnice.

Totodată, susține că dacă existau îndoieli din partea comisei de evaluare în privința caracterului de simplă eroare materială a pretinsei inadvertențe, comisia avea obligația de a-i solicita clarificări în acest sens, fiind evident extrem de improbabil și lipsit de orice logică să fi formulat o ofertă financiară în legătură cu un produs pe care nu l-a ofertat.

Eventualele nelămuriri ale autorității contractante referitoare la informațiile menționate în oferta financiară în raport de cele din cea tehnică trebuiau să determine comisia de evaluare să clarifice aspectele neclare, prin solicitarea de clarificări/completări/lămuriri specifice, astfel de demersuri neputând fi considerate avantaje în favoarea unui anumit ofertant ci o îndeplinire corespunzătoare a atribuțiilor legale și o verificare detaliată și amănunțită a ofertei, relevante în acest sens fiind dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 care prevăd:

„(1) în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

De asemenea, art. 134 din HG nr. 395/2016 stipulează:

„(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

Contestatorul susține că dreptul reglementat de legiuitor în favoarea autorității contractante de a solicita clarificări și lămuriri prin textele de lege enunțate anterior, *„nu poate fi interpretat în sensul că autoritatea contractantă poate să-și exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate”*, așa cum în opinia sa în mod corect a reținut Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor într-o speță similară (decizia nr. 2442/C8/2606 din 21.05.2010).

De asemenea, arată că în interpretarea dată de CNSC articolelor relevante privind solicitarea de clarificări, legiuitorul a prevăzut în mod expres obligația pentru autoritățile contractante de a solicita clarificări.

Prin urmare, consideră că practica CNSC este unanimă în a sancționa abuzurile autorităților contractante care nu își îndeplinesc obligațiile legale privind solicitarea de clarificări.

Astfel, invocă cu titlu de practică următoarele decizii pronunțate de CNSC și instanțele de judecată:

Decizia civilă nr. 2012 din 14.03.2014 pronunțată de Curtea de Apel *„Potrivit art. 11 alin. 3 din HG nr. 925/2006 în cazul în care exista incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. Se reține că autoritatea contractantă a procedat corect în temeiul acestor prevederi la verificarea veridicității ofertei (...) dar nu a*

finalizat verificarea pentru a se clarifica cu certitudine care dintre cele două documente contradictorii reflecta situația reală”;

Decizia CNSC nr. 3091/C1/3492/29.12.2014 *„Potrivit prevederilor art. 36¹ din HG nr. 925/2006 coroborate cu prevederile art. 202 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația efectuării unei verificări reale a prețului ofertat și nu a uneia pur formale. Autoritatea contractantă are obligația, și nu dreptul, ca în situația în care are neclarități să stabilească/formuleze în mod clar, precis și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei. În speță autoritatea contractantă în mod șicanator a formulat o serie de 4 solicitări de clarificări toate generalist/simplist formulate (...)”*.

De asemenea, susține că practica CNSC a sancționat abuzurile săvârșite de autoritățile contractante prin raportare la principiul bunei-credințe care ar trebui să guverneze materia achizițiilor publice.

Astfel, în cuprinsul Deciziei CNSC nr. 5212/565-C4/5768 din data de 12.12.2011 s-au reținut următoarele: *„Chiar dacă principiul bunei-credințe nu își află o reglementare expresă în legislația pe linie de achiziții publice, nu înseamnă că el nu este incident (...) achiziția fiind în fapt o formă de negociere cu un organ al statului. Principiul bunei-credințe în materia achizițiilor publice este reflectat și în jurisprudența de la Luxemburg. În hotărârea din data de 8 mai 2007, cauza T-271/04, Cytimo împotriva Comisiei Comunităților Europene, Tribunalul s-a pronunțat în sensul că, în cadrul negocierilor în vederea încheierii unui contract de achiziție publică între o autoritate publică comunitară și un ofertant, respectarea principiului bunei-credințe și interdicția abuzului de drept reprezintă norme care conferă drepturi particularilor. Tribunalul a statuat că autoritatea contractantă a încălcat principiul bunei-credințe în mod suficient de individualizat și și-a exercitat abuziv dreptul de a renunța la atribuirea contractului de achiziție publică (...)”*.

De asemenea, arată că în practică a fost invocat și principiul încrederii legitime care în speța de față a fost în opinia sa în mod evident încălcat.

Astfel, în practică s-a reținut faptul că *„În favoarea obligației reținute în sarcina autorității contractante se impune a fi evocat, ca o manifestare a proporționalității, dar și ca un precursor al ei, și principiul încrederii legitime, binecunoscut în dreptul european și aproape necunoscut în cel național, mai cu seamă în materia care ne interesează, cu rol de a proteja particularul în fața actelor puterii publice. Prin promovarea climatului de securitate juridică necesar stabilității dreptului, acesta permite să se acționeze în cunoștință de cauză, știind pe deplin consecințele unui comportament; astfel, principiul menționat creează o atmosferă de securitate favorabilă relațiilor economice.*

Pornind de la acest raționament, decizia autorității contractante de respingere a ofertei în discuție, fără a cere alte clarificări, intra în conflict cu principiul încrederii legitime, separat de conflictul ei cu principiul bunei-credințe (...)”.

În speța de față, contestatorul precizează că având în vedere că în urma evaluării propunerii tehnice, deși comisia a constatat că produsul său îndeplinește cerințele minime din caietul de sarcini, nu a solicitat nici un fel de clarificări față de o presupusă inadvertență apărută în oferta financiară, ceea ce reprezintă în opinia sa nu numai o încălcare a dispozițiilor legale privind obligația autorității contractante de a solicita clarificări, dar și o încălcare a principiului bunei-credințe și al încrederii legitime.

Față de toate considerentele anterior menționate, solicită admiterea contestației, anularii deciziei de respingere și a actelor care au stat la baza acesteia și reluarea procedurii.

În drept, invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

De asemenea, solicită încuviințarea administrării probei cu înscrisuri precum și a oricăror alte mijloace de probă necesare soluționării cauzei.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 solicită aprobarea cererii de studiu a dosarului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, precum și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr. 2107/26.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 48614/27.11.2019, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205900662/1, tranzacția: 917691686/1672926293 din data de 22.11.2019, emisă de CEC Bank – sucursala Victoria, în valoare de 34.400,00 lei.

Prin adresa nr. 1508/04.12.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 50171/06.12.2019, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, completat ulterior prin adresa nr. 1561/12.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 51418/13.12.2019, fără a emite un punct de vedere cu privire la contestația în cauză.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 51429/13.12.2019, SC SRL a formulat cerere de intervenție voluntară față de contestația formulată de SC SRL.

Intervenientul solicită Consiliului să admită în principiu cererea de intervenție și:

- respingerea contestației ca fiind nefondată;
- anularea procesului verbal de evaluare tehnică nr. 1393/ 15.11.2019, prin care autoritatea contractantă a declarat conformă oferta tehnică a SC SRL.

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării ofertelor tehnice;

- respingerea ofertei tehnice a SC SRL ca fiind inacceptabilă și neconformă.

În fapt, intervenientul arată că la data de 15.11.2019, prin procesul verbal de evaluare tehnică nr. 1393/15.11.2019, autoritatea contractantă, în mod eronat, a declarat conformă oferta SC SRL.

Menționează că în procesul verbal nr. 1393/15.11.2019 autoritatea contractantă specifică faptul că unul din echipamentele oferite este cu lumină generată de „lămpi cu mercur de joasă presiune”, fapt ce nu respectă caracteristicile minime solicitate în caietul de sarcini, respectiv:

- „Robotul să poată efectua dezinfecțiile folosind spectrul complet UV-C, folosind tehnologia cu lumina pulsată cu Xenon”;

- „Robotul cu lumină ultravioletă pulsată funcționează prin pulsarea xenonul, un gaz inert, la intensitate ridicată”;

- „Atunci când pornește, robotul activează în partea de sus o lampă care emite impulsuri de lumină ultravioletă (UV) de intensitate ridicată cu xenon”;

- „Robotul cu lumină ultravioletă pulsată cu xenon folosește lumina cu spectrul complet pulsatoriu Xenon UV”;

- „Becurile sunt, de asemenea, non-toxice, spre deosebire de becurile de mercur utilizate în tehnologiile anterioare”;

- „Robotul cu lumină ultravioletă pulsată cu xenon este echipat cu Wi-Fi și conectivitate celulară pentru a asigura monitorizarea în timp real a datelor și a diagnosticării”.

Intervenientul susține că având în vedere neconformitatea evidentă a ofertei tehnice a SC SRL cu conținutul caietului de sarcini, procedura de achiziție este viciată, fiind necesară reluarea acesteia de la etapa verificării ofertelor tehnice.

În drept, intervenientul își întemeiază susținerile pe dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu dispozițiile art. 61 alin. (2) și ale art. 62 Cod procedură civilă.

Prin adresa nr. 52094/2524/18.12.2019, Consiliul a solicitat contestatorului „temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de dvs. ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații,

conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”*.

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 2270/18.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 52261/19.12.2019 precizând următoarele:

Propunerea tehnică, cea financiară și documentele de calificare au fost declarate confidențiale în temeiul dispozițiilor art. 57 alin. (1) și art. 217 din Legea nr. 98/2016, ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv ale Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale.

Chiar dacă legislația în domeniul achizițiilor publice nu reglementează instituția *„confidențialității ofertelor”*, iar Legea nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate nu face referire la această categorie de informații, trebuie avut în vedere că documentele declarate confidențiale constituie un ansamblu, prin informațiile confidențiale și cele rezultate din dreptul de proprietate intelectuală fiind apărute interesele comerciale și de proprietate intelectuală, așa cum va rezulta din cele ce urmează.

În acest sens susține că este de arătat că prețurile oferite în propunerea financiară reprezintă rezultatul unor rețete proprii, care includ know-how-ul, date privind nivelul prețurilor negociate cu furnizorul, unele stabilite sub condiția asigurării confidențialității(a se

vedea documentele atașate), aspecte care nu pot fi devaluate concurenței, caracterul confidențial fiind în mod evident prezumat.

Totodată, susține că în propunerea financiară se regăsesc prețurile cu care participă în mod constant la proceduri de achiziție publică din domeniul furnizării de aparatură medicală, prețuri care sunt rezultatul unor eficientizări permanente și a unor negocieri și colaborări cu furnizorii derulate pe o perioadă îndelungată de timp, iar dezvăluirea acestor aspecte duce la cunoașterea de către operatori economici concurenți a politicii financiare și implicit induce vulnerabilitatea sa în viitoare proceduri.

De asemenea, consideră că punerea la dispoziția societății interveniente a unor informații cu privire la prețurile oferite în cadrul prezentei proceduri afectează în mod grav interesele comerciale prin divulgarea acestor informații.

Odată luate la cunoștință asemenea informații de către competitorii săi, aceștia vor dobândi un avantaj evident în privința elaborării și depunerii ofertelor în cadrul unor proceduri viitoare cu obiect similar, pe aceasta cale fiind afectate inclusiv principiile tratamentului egal, al promovării concurenței între operatorii economici și al asigurării integrității procesului de achiziție publică.

Contestatorul arată că operatorul economic care a solicitat acces la aceste documente este un actual concurent, activând pe piața de aparatură medicală, iar informațiile privind prețul intern reprezintă secret comercial, aducerea la cunoștință acestuia ar afecta capacitatea de negociere în vederea unor viitoare contracte de furnizare cu terții.

Mai mult, susține că oferta sa financiară reprezintă o sinteză a politicii sale comerciale și a relațiilor cu partenerii contractuali, iar dezvăluirea acestora către competitori ar fi de natură să îl prejudicieze în mod direct.

Cu titlu de exemplu arată că beneficiază de anumite prețuri de la furnizori raportat la vechimea colaborării, rulajul realizat, termenele de plată și seriozitatea sa în executarea obligațiilor de plată.

Referitor la propunerea tehnică arată că aceasta reprezintă concepția sa proprie cu privire la organizarea și execuția lucrărilor, cuprinzând în majoritate informații care intră sub incidența secretului tehnic.

Concepția proprie a organizării activității reprezintă un atu al său care dacă ar fi dezvăluit competitorilor ar fi de natură să diminueze avantajul său în piața pe care activează și să denatureze concurența.

Astfel, arată că diferențele între competitori sunt date tocmai de politicile comerciale și de organizarea activității astfel că dezvăluirea informațiilor cuprinse în oferta financiară și cea tehnică ce intră sub incidența secretului comercial și secretul tehnic, ar reduce aceste diferențe și ar afecta în mod iremediabil concurența pe piața specifică.

Cât privește dovezile referitoare la caracterul confidențial al documentelor, consideră că acest caracter reiese din însăși informațiile

pe care documentele menționate le cuprind precum și din documentele atașate prezentei.

Declararea confidențialității propunerii financiare și celei tehnice și a documentelor de calificare menită să apere interesele sale, în opinia sa ar trebui apreciată ca o prezumție judiciară în condițiile art. 327 și 329 din Codul de Procedură Civilă.

Pentru motivele mai sus arătate, solicită să se constate că dispoziția legală privind demonstrarea caracterului confidențial este îndeplinită.

De asemenea pe aceasta cale reiterează refuzul de a permite unor terți consultarea documentelor indicate drept confidențiale.

Ulterior prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 52274 din 19.12.2019 contestatorul transmite traducerea acordului de confidențialitate încheiat cu producătorul.

Prin adresa nr. 2269/18.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 52260/19.12.2019 contestatorul transmite întâmpinare față de cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Contestatorul solicită Consiliului:

1. în principal, anularea cererii de intervenție;
2. în subsidiar, respingerea ca tardivă a cererii de intervenție;
3. în terțiar, pe fond, respingerea cererii de intervenție ca neîntemeiată,

având în vedere următoarele:

Ulterior evaluării ofertelor tehnice, în urma căreia s-a constatat că oferta sa îndeplinește cerințele minime din caietul de sarcini, alături de oferta SC SRL, comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor financiare și a respins ca neconformă oferta sa, declarând câștigătoare oferta SC SRL. Motivul invocat pentru respingerea ofertei sale susține că a fost o pretinsă inadvertență între propunerea tehnică și financiară, în ceea ce privește denumirea produsului oferat.

Contestatorul arată că împotriva deciziei autorității contractante, a raportului procedurii și actelor care au stat la baza acestora a formulat

contestație iar SC SRL, declarată câștigătoare, a formulat cerere de intervenție.

Așa cum va arăta în cele ce urmează, contestatorul susține că cererea de intervenție este susceptibilă de anulare, tardivă și neîntemeiată.

Nulitatea cererii de intervenție având în vedere lipsa unor elemente esențiale.

Contestatorul arată că potrivit art. 16 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 62 din Codul de procedură civilă și art. 10 din Legea 101/2016, cererea de intervenție, trebuie să conțină, între altele, următoarele elemente:

- i. motivarea în fapt și în drept;
- ii. mijloacele de probă pe care se sprijină cererea de intervenție, în măsura în care este posibil;

Analizând intervenția depusă de SC SRL, contestatorul consideră că aceasta nu cuprinde elementele de mai sus, respectiv lipsește motivarea în fapt a cererii de intervenție.

Contestatorul susține că intervenientul se rezumă la o afirmație sumară în sensul că produsul oferit de el nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini și în acest sens preia câteva pasaje din cuprinsul acestui caiet, susținând ca și concluzie „neconformitatea evidentă” a propunerii sale tehnice.

De asemenea arată că dispozițiile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016 impun contestatorului obligația de a motiva, obligație care revine și intervenientului. Dovezile care susțin aspectele enunțate trebuie, de asemenea, depuse.

Arată că, în speța de față, intervenientul nu indică nicio dovadă a afirmațiilor sale și, de altfel, criticile enunțate nu au niciun corespondent în realitatea propunerii sale.

Formularea unei cereri de intervenție care contravine rigorii impuse prin dispozițiile procedurale (adică obligația de a motiva criticile sale) se sancționează cu nulitatea, caracterul pur speculativ al demersului nefiind apt să angreneze o verificare necesară a fi întreprinsă de către Consiliu.

De asemenea, arată că intervenientul nu indică mijloacele de probă pe care își întemeiază afirmațiile. Așa cum se poate observa, susținerile intervenientului se mențin la un nivel speculativ, acesta nefăcând referire la vreun mijloc de probă concret care să-i susțină argumentele.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul consideră că se impune anularea cererii de intervenție de către Consiliu motivat de lipsa elementelor esențiale prevăzute de art. 10 literele f) și g) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu art. 62 din Codul de procedură civilă și art. 16 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Tardivitatea cererii de intervenție.

Contestatorul susține că în realitate cererea de intervenție depusă de SC SRL reprezintă o contestație mascată formulată împotriva propunerii sale tehnice având în vedere următoarele aspecte:

Nici una dintre succintele susțineri furnizate de către intervenient nu are legătură cu obiectul contestației care viza respingerea ofertei sale pentru o pretinsă inadvertență între propunerea tehnică și cea financiară, în ceea ce privește denumirea produsului oferat.

Intervenientul solicita să se constate „*evidenta neconformitate*” a ofertei tehnice depusă de contestator și solicită, între altele, anularea procesului-verbal de evaluare tehnică nr. 1393/15.11.2019 prin care această ofertă tehnică a fost declarată conformă.

Contestatorul susține că este evident că pe calea pretensei cereri de intervenție, SC SRL critică de fapt rezultatul procedurii în ceea ce privește declararea ca și conformă a propunerii sale tehnice.

Or, acest aspect a devenit cunoscut intervenientului cel mai târziu la data publicării raportului procedurii, respectiv la data de 18.11.2019.

Prin raportare la această dată, consideră că cererea de intervenție formulată de către SC SRL, care este de fapt o contestație mascată, trebuia depusă, cu respectarea termenului de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. 1 litera a) din Legea nr. 101/2016, respectiv cel mai târziu la data de 28 noiembrie 2019.

Având în vedere că documentul procedural intitulat „*cerere de intervenție*” a fost depus la 13.12.2019, tardivitatea acestuia este mai mult decât evidentă.

Netemeinicia cererii de intervenție.

În cazul în care Consiliul va trece totuși peste argumentele procedurale de mai sus și va lua în considerare „*fondul*” „*cererii de intervenție*” prin care se susține neconformitatea ofertei sale, fără însă a se explica în niciun fel care ar fi argumentele în acest sens, contestatorul înțelege să formuleze următoarele precizări care dovedesc netemeinicia „*cererii de intervenție*”:

Oferta sa tehnică, așa cum a constatat comisia de evaluare, este admisibilă și conformă, îndeplinind toate cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

Astfel arată că autoritatea contractantă a stabilit cerințele la un nivel minim („sistemul să poată efectua dezinfecțiile folosind spectrul complet UV-C”), iar echipamentul oferit de el îndeplinește această cerință și este superior produsului intervenientului din punct de vedere tehnic, al costului cât și al cheltuielilor de mentenanță.

Aceste aspecte sunt dovedite prin studii de specialitate care au fost atașate la propunerea tehnică, respectiv:

Pag. 24 – Concluzii – „PX-UV nu a fost mai eficient decât UV-C continuu”;

Pag. 26: *Figura 4 arată reducerea medie $\log_{10}$ CFU/cm² ale C. difficile, MRSA și VRE de pe lamele după utilizarea dispozitivelor UV-C și PX-UV timp de 10 minute, la o distanță de 4 picioare de dispozitive. Dispozitivul UV-C a atins reduceri $\log_{10}$ CFU semnificativ mai mari de decât dispozitivul PX-UV ($P < 0.001$ pentru fiecare patogen);*

La pag. 71,72, 73 respectiv 77: *„În concluzie, sistemul Tower a fost stabilit ca fiind cel mai eficient sistem testat aici și a demonstrat capacitatea sa de utilizare și tratarea cu succes a unei serii de suprafețe și locații ale camerei. Unele limitări biocide au fost evidente, în funcție de organismul patogen și poziția în timpul tratamentului, în cameră dar acest sistem ar putea oferi un plus efectiv împotriva agenților patogeni din spital. Sistemul Tower este capabil să reducă mai mult MSSA, A. baumannii și FCV și, deși au fost observate reduceri benefice ale sporilor de C. difficile, această ultimă bacterie rămâne o provocare dură, chiar și pentru acest sistem UVc cu energie ridicată”.*

La pag. 28 (figura 4) din propunerea tehnică se regăsește un tabel comparativ cu concluzii din care reiese faptul că tehnologia oferită de contestator este cel puțin la fel de eficientă și chiar superioară celei solicitate de autoritatea contractantă.

Contestatorul consideră că cererea de intervenție se bazează pe o interpretare eronată a cerințelor caietului de sarcini.

Obiectul achiziției îl constituie un aparat care produce UV-C capabil „să poată efectua dezinfecțiile folosind spectrul complet UV-C”.

Modalitatea în care este produs spectrul UV-C (prin folosirea luminii pulsate cu Xenon sau lumină continuă generată de lămpi cu mercur) nu reprezintă decât un procedeu tehnic care este în realitate indiferent în raport cu scopul și efectele acestui aparat. Acest aspect a fost de altfel confirmat și de comisia de evaluare care a constatat conformitatea produsul oferit deși folosește alt procedeu tehnic decât cel descris în caietul de sarcini, considerând, în mod judicios, că esențial este ca aparatul să realizeze dezinfecțiile folosind spectrul complet UV-C, lucru pe care produsul oferit de el îl îndeplinește.

Susține că descrierea în caietul de sarcini care face trimitere la aparatul care utilizează lumina continuă cu Xenon nu creează obligația ofertării acestui tip de aparat sub raportul procedurii tehnice folosite pentru producerea razelor UV-C rezultă și din conținutul caietului de sarcini, în care se specifică (pagina 5) „Orice denumire ce se va regăsi în

prezenta documentație de atribuire, care reprezintă un nume propriu va putea fi oferta ta ca atare sau se va putea oferta un produs echivalent”.

Contestatorul susține că produsul oferat reprezintă un produs cel puțin echivalent celui descris, cu titlu ilustrativ în caietul de sarcini și îndeplinește cerințele esențiale impuse prin documentația de atribuire.

În acest sens solicită a se avea în vedere și dispozițiile art. 156 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 care prevăd:

„(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele „sau echivalent”.

Contestatorul consideră că trimiterile din caietul de sarcini la procedeul tehnic de producere a UV-C cu lumina pulsată cu Xenon, nu poate conduce la concluzia că intenția autorității contractante ar putea fi ca prin caietul de sarcini să se stabilească *„un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic”*, așa încât, din punctul său de vedere, confirmat de comisia de evaluare, sunt admisibile și aparate care folosesc alt procedeu tehnic de producerea a UV-C.

În orice caz, contestatorul consideră că aparatul oferat de el îndeplinește cerințele și scopurile avute în vedere de autoritatea contractantă, fiind cel puțin un produs alternativ din punct de vedere al procedeuului tehnic de producere a UV-C celui descris în documentație,

dar identic si chiar superior din punctul de vedere al cerințelor minimale (producerea întregului spectru uv-c) si al efectelor de dezinfectare.

În plus solicită să se constate că oferta sa este mai avantajoasă financiar decât a ofertantului declarat câștigător, autoritatea contractantă având obligația de a utiliza în mod eficient fondurile publice.

Astfel arată că costurile de mentenanță și operațiunile implicate de mentenanță sunt mult mai reduse în cazul aparatului oferat de el respectiv:

Pentru robotul Thor, oferat de el costurile de mentenanță, respectiv costul de înlocuire a lămpilor variază între 3.000-4.000 lei anual în cazul utilizării aparatului la capacitate maximă.

Spre deosebire de robotul oferat de el, cel oferat de SC SRL are costuri de mentenanță de 4.000-4.500 lei/lunar, reprezentând aproximativ 48.000 lei-54.000 lei, deci de cel puțin 10 ori mai mari.

De altfel, mai arată că consumabilele pentru robotul oferat de el sunt disponibile la scară largă, putând fi achiziționate de la terțe părți independente de producător, spre deosebire de consumabilele aparatului oferat de SC SRL care se pot achiziționa exclusiv de la acesta.

Coroborând aceste aspecte cu faptul că procedeul tehnic de producere a undelor UV-C nu este de esență în raport cu scopul urmărit de autoritatea contractantă (efectuarea dezinfecțiilor cu ajutorul unui aparat care produce unde UV-C) afirmația din „cererea de intervenție” privind neconformitatea ofertei sale tehnice este vădit neîntemeiată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă având ca obiect încheierea unui: „.....”, cod CPV 33191000-5, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. 2019, potrivit căruia valoarea estimată a acordului cadru este cuprinsă între 00 lei iar criteriul de atribuire ales este „cel mai bun raport calitate preț”.

Având a se pronunța asupra admisibilității, în principiu, a **„cererii de intervenție voluntară”** formulată de SC SRL, Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2017 coroborate cu art. 61 alin. (1) cpc care prevăd **„Oricine *are interes* poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare”**, art. 62 alin. (1) cpc **„Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată”** și art. 63 alin. (1) cpc **„Cererea de intervenție accesorie va fi făcută în scris și va cuprinde elementele prevăzute la art. 148 alin. (1), care se va aplica în mod corespunzător”**.

Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta astfel cum prevede art. 61 alin. (2) cpc invocat de SC SRL în cererea de intervenție.

Dincolo de definiția impusă de cod, Consiliul este dator să verifice condițiile de formă ale cererii de intervenție principală, care va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată conform prevederilor art. 62 alin. (1) cpc, acesta pentru că, sub aspectul naturii juridice, intervenția voluntară principală este o veritabilă chemare în judecată îndreptată împotriva ambelor părți inițiale, prin care se urmărește valorificarea unui drept subiectiv.

Întrucât prin intervenția principală, terțul poate invoca un drept propriu, fără a fi necesar să existe identitate între dreptul pretins de terț și dreptul ce formează obiectul cererii de chemare în judecată, se pune tocmai în evidență ipoteza că este vorba de o acțiune veritabilă, dar pentru faptul că trebuie îndeplinită și condiția interesului terțului, a fost calificată ca o acțiune civilă specială.

Totuși, între cele două cereri și anume cererea inițială și intervenția principală trebuie să existe o strânsă legătură de conexiune, impusă de altfel de cod și care în esență, să justifice rezolvarea împreună a acestora.

De aceea în contextul analizei admisibilității cererii de intervenție, Consiliul este dator să verifice dacă între cele două cereri există această legătură plecând de la dreptul subiectiv pretins de părțile din proces și de intervenient deopotrivă.

Din interpretarea dispozițiilor legale, se deduce fără echivoc că, atunci când judecarea cererii principale ar fi întârziată de judecarea cererii de intervenție, instanța poate dispune disjungerea ei pentru a fi judecată separat, în afară de cazul în care intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, însuși dreptul dedus judecății.

Pe de altă parte este foarte important ca dreptul câștigat de către părțile litigante să aibă în acest sens repercusiune directă asupra dreptului pretins de către intervenienți.

În susținerea argumentelor legate de admisibilitatea sau nu a acestei cereri, Consiliul va avea în vedere însăși problema ipotetică a disjungerii, și conchide că, legiuitorul în mod evident a acordat o mare

importanță intervenției, câtă vreme, a admis că măsura disjungerii celor două cereri trebuie să fie luată de către Consiliu/instanța de judecată cu mare atenție, pentru a nu lipsi de conținut și de finalitate tocmai intervenția principală pe care legislația procesuală a consacrat-o ca o instituție în vederea rezolvării unor pretenții conexe, deci așa cum am arătat, în strânsă legătura cu cadrul procesual actual.

Per a contrario, se constată că în analiza situației este necesar a se porni de la temeiul legal ce guvernează dreptul pretins de intervenienți în cererea acestora și de la temeiul legal ce guvernează cererea principală.

Potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016 *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de (...)”*.

Prin contestația nr. 2094/25.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 48237/26.11.2019, formulată de SC SRL s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 1401/18.11.2019, a procesului-verbal de evaluare propunere financiară nr. 1394/15.11.2019, precum și a actelor subsecvente, inclusiv a procesului-verbal de atribuire nr. 1402 din 18.11.2019, prin care a fost respinsă oferta sa.

Prin cererea de intervenție formulată de SC SRL s-a solicitat anularea procesului verbal de evaluare tehnică nr. 1393/15.11.2019, prin care autoritatea contractantă a declarat conformă oferta tehnică a SC SRL, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării ofertelor tehnice și respingerea ofertei tehnice a SC SRL ca fiind inacceptabilă și neconformă.

În esență actele autorității contractante contestate toate sunt emise în cadrul aceleași proceduri de atribuire însă, cu toate acestea, Consiliul va reține că pentru a fi admisibilă, cererea de intervenție nu se poate subordona cerinței de conexitate și strânsa legătura cu cererea principală (cel puțin în ceea ce privește că au fost emise în cadrul aceleași proceduri de atribuire) prin simpla aparență, căci în ipoteza unei eventuale admiteri a contestației formulată de SC SRL nu va conduce în mod automat la anularea procesului verbal de evaluare tehnică nr. 1393/ 15.11.2019 și reevaluarea conformității propunerilor tehnice, astfel cum a solicitat intervenientul.

După cum rezultă din petitul cererii de intervenție în interes propriu, Consiliul constată că, în fapt, intervenientul atacă un alt act decât cel care face obiectul contestației, respectiv procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice prin care a fost declarată conformă propunerea tehnică depusă de contestator anterior verificării propunerii sale financiare.

Așadar, prin cererea de intervenție, intervenientul formulează numai critici cu privire la conformitatea **propunerii tehnice** depusă de contestator.

Despre rezultatul verificării propunerii tehnice depusă de contestator, reține Consiliul, intervenientul a luat cunoștință din procesul verbal de evaluare tehnică nr. 1393/15.11.2019, astfel cum recunoaște acesta în cererea de intervenție. Procesul verbal nr. 1393/15.11.2019 a fost publicat în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00028] evaluare tehnica-semnat.pdf (Proces verbal evaluare tehnica)”, în data de 18.11.2019, fiind disponibil spre consultare publică la rubrica *„vizualizare procedură” – „lista procese verbale, declarații, rapoarte intermediare și finale”* aferentă prezentei proceduri de atribuire.

Ulterior luării la cunoștință a acestui înscris, SC SRL a optat în sensul de a rămâne în pasivitate, ceea ce înseamnă că a acceptat faptul că autoritatea contractantă a declarat conformă propunerea tehnică depusă de SC SRL, pentru ca, în urma contestației depusă de SC SRL, intervenientul SC SRL să depună cererea de intervenție în discuție, la data de 13.12.2019.

Dacă se considera vătămat de modalitatea de verificare a propunerii tehnice depusă de SC SRL (considera că autoritatea contractantă ar fi trebuit să respingă din etapa de verificare a propunerilor tehnice oferta SC SRL), determină Consiliul că intervenientul avea deschisă calea de atac a contestării, pe care trebuia să o exercite cu respectarea termenelor legale imperative prevăzute de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2016 și cu îndeplinirea condiției de admisibilitate de constituire a cațiunii conform prevederilor art. 611 din lege.

Astfel, luând cunoștință de conformitatea propunerii tehnice a SC SRL, intervenientul avea dreptul de a formula contestație.

Este adevărat că în conformitate cu art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, operatorii economici interesați au dreptul de a formula cerere din intervenție, însă acest mijloc de a interveni în proces nu poate fi utilizat în scopul de a se eluda termenele legale de formulare a contestației și condițiile acesteia de admisibilitate. Cu alte cuvinte, nu se

poate utiliza acest mijloc procedural pentru a se masca, în fapt, o contestație, așa cum încearcă intervenientul să facă.

De asemenea, nu se poate admite nici că dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 au fost edictate pentru a se crea o categorie aparte, privilegiată, de operatori economici care, utilizând acest mijloc, să scape sancțiunilor inadmisibilității contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, așa cum s-ar întâmpla în cazul intervenientului de față care, dacă i s-ar admite cererea de intervenție ar obține beneficiile formulării unei veritabile contestații, cu încălcarea, însă, a tuturor prevederilor legale impuse pentru inițierea acestui demers.

Calea de atac împotriva unui act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea legii, în speță rezultatul evaluării tehnice, este contestația, și nu cererea de intervenție principală.

În consecință, în ipoteza în care SC SRL dorea să supună controlului de legalitate actele emise de autoritatea contractantă cu privire la modalitatea în care a fost evaluată propunerea tehnică depusă de SC SRL, trebuia să facă aplicarea 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Același raționament se regăsește și în decizia 5497/2017 pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 9001/2/2017.

Față de aceste aspecte Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Prin declarația de confidențialitate transmisă de autoritatea contractantă la dosarul cauzei și aflată la pag. 316-317 ale dosarului achiziției, ofertantul SC SRL menționează „următoarele informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale:

- a) *Propunerea tehnică – toate componentele propunerii tehnice, inclusiv clarificările ulterioare aferente propunerii tehnice;*
- b) *Propunerea financiară – toate componentele propunerii financiare, inclusiv clarificările ulterioare aferente propunerii financiare, cu excepția formularului de ofertă;*
- c) *Documentele de calificare și cele care probează îndeplinirea celor sumate în DUAE (...).*

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările intervenientului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”, Consiliul a solicitat SC SRL prin adresa nr. 52094/2524/18.12.2019, să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 2270/18.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 52261/19.12.2019, în care precizează că documentele declarate confidențiale constituie un ansamblu, prin informațiile confidențiale și cele rezultate din dreptul de proprietate intelectuală fiind apărate interesele comerciale și de proprietate intelectuală, prețurile oferite în propunerea financiară reprezintă rezultatul unor rețete proprii, care includ know-how-ul, date privind nivelul prețurilor negociate cu furnizorul, unele stabilite sub condiția asigurării confidențialității (a se vedea documentele atașate), aspecte care nu pot fi devaluate concurenței, caracterul confidențial fiind în mod evident prezumat.

În anexa răspunsului său, SC SRL a transmis la dosarul cauzei acordul de confidențialitate încheiat între contestator și Finseh Technologies Limited în cuprinsul căruia se precizează la punctul 3 obligația de păstrare a confidențialității nu se aplică informațiilor:

„(...)

ii) care se află în domeniul public în momentul dezvăluirii sau după ce dezvăluirea intră în domeniul public fără nicio vină a părții primitoare;

iii) care devin ulterior disponibile pentru partea primitoare din orice sursă legitimă, fără obligația de confidențialitate sau neutilizare sau sunt dezvăluite părții primitoare de către o terță parte care are dreptul legal de a face această dezvăluire

iv) care sunt elaborate de către partea primitoare, independent de informațiile primite de la partea care dezvăluie, așa cum pot fi arătate prin dovezi scrise

(...)”.

Având în vedere faptul că toate înscrisurile depuse de SC SRL în propunerea sa tehnică se încadrează în excepția de aplicare a acordului de confidențialitate anterior iterate, fiind informații publice (pliantele produsului Thor UVC și articolul „evaluarea unui sistem de dezinfectare cu ultraviolete cu xenon pulsati pentru reducerea agenților patogeni asociați serviciilor de sănătate în camerele spitalelor”) sau înscrisuri elaborate de SC SRL sub forma unei matrice de conformitate cu specificațiile din caietul de sarcini, precum și faptul că SC SRL se oferă să intermedieze autorității contractante achiziționarea unui produs existent pe piață, și nu a unui unicat conceput la cererea acesteia, Consiliul a decis să pună la dispoziția intervenientului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar.

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul reține că SC SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta în etapa de verificare a propunerii tehnice, motivat de faptul că „în urma analizei propunerilor tehnice și financiare, a constatat faptul că propunerea financiară a ofertantului SC SRL se referă la «robot cu lumină pulsată ultravioletă Xenon» iar propunerea tehnică a acestuia se referă la «robot dezinfecție UV-C cu lămpi de mercur de joasă presiune». Constatându-se această inadvertență majoră, comisia de evaluare declară oferta ca fiind neconformă iar ofertantul SC SRL respins”.

Conform principiului disponibilității, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

Aplicând principiul disponibilității, anterior iterat, și ținând seama de faptul că obiectul contestației privește doar motivul care a condus la respingerea ofertei contestatorului, Consiliul va soluționa contestația formulată de SC SRL analizând exclusiv modalitatea în care a verificat autoritatea contractantă propunerea financiară depusă de contestator.

În acest sens, Consiliul reține că, la secțiunea II.1) din anunțul de participare, autoritatea contractantă a precizat că obiectul acordului cadru care urmează a fi încheiat îl reprezintă furnizarea unui aparat dezinfecție cu lumina UV-Xenon.

Precizările anterior iterate se regăsesc în partea introductivă a caietului de sarcini, potrivit căruia *„Obiectul achiziției îl reprezintă achiziționarea tehnologiei avansate de eliminare a infecțiilor nosocomiale din spitale, respectiv a unui robot cu lumină pulsată ultravioletă cu xenon”*.

Totodată, Consiliul reține că, în anexa anunțului de participare, autoritatea contractantă a publicat caietul de sarcini care conține specificațiile tehnice ale aparatului de dezinfectie care urmează a fi achiziționat precum și setul de modele de formulare care urmează a fi completate de către ofertanți, în fișierul identificat prin codul „[CN1015989/00004] modele formulare dezinfectie-semnat.pdf”. La pagina 3 din setul de formulare se regăsește modelul de formular de ofertă, cuprinzând sintagma „Examinând documentația de atribuire, subscrisa, ... ne oferim ca, în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația de atribuire, să furnizăm pentru suma de (moneda ofertei) (...)” iar la pag. 4 se regăsește centralizatorul de prețuri în care ofertanții puteau să completeze, printre alte informații, denumirea produsului oferat.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că SC SRL a prevăzut în propunerea sa tehnică produsul „Thor UVC” fabricat de Finsen Technologies (a se vedea formularul nr. 3 intitulat „propunere tehnică”, aflat la pag. 79 din dosarul cauzei) însă nu a completat formularul de ofertă (formularul nr. 2) și centralizatorul de prețuri cu numele acestui produs astfel cum se regăsește în propunerea tehnică ci a completat formularul de ofertă cu denumirea acordului cadru astfel cum se regăsește în anunțul de participare respectiv „Examinând documentația de atribuire, subscrisa, SC SRL ne oferim ca, în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația de atribuire, să furnizăm „.....” pentru suma de (...)” și a completat centralizatorul de prețuri cu denumirea obiectului achiziției, astfel cum se regăsește aceasta în preambulul caietului de sarcini respectiv „robot cu lumină pulsată ultravioletă cu xenon” (pag. 77-78 din dosarul cauzei). Având în vedere faptul că denumirile completate de SC SRL în formularul de ofertă și centralizatorul de prețuri sunt identice cu numele

procedurii conform secțiunii II.1) din anunțul de participare și caietului de sarcini, precum și faptul că autoritatea contractantă a consemnat în procesul verbal de evaluare tehnică nr. 1393/15.11.2019 că propunerea tehnică depusă de SC SRL este conformă cu specificațiile din caietul de sarcini, Consiliul va reține că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să respingă oferta contestatorului ci ar fi trebuit să solicite acestuia clarificări potrivit prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 conform cărora „Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...)”.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

În speță, comisia de evaluare a respins oferta depusă de SC SRL în baza simplei constatări că „propunerea financiară a ofertantului SC SRL se referă la «robot cu lumină pulsată ultravioletă Xenon» iar propunerea tehnică a acestuia se referă la «robot dezinfecție UV-C cu lămpi de mercur de joasă presiune»”, fără să verifice efectiv dacă această inadvertență influențează executarea acordului-cadru (situație sancționată potrivit art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ofertei ca neconformă) sau este un simplu viciu de formă. Modul superficial și nelegal de evaluare a ofertei contestatorului rezultă și din faptul că în procesele verbale de evaluare a propunerii financiare și în raportul procedurii de atribuire, comisia de evaluare nu a identificat/indicat niciun temei legal care să justifice respingerea ofertei SC SRL ci s-a limitat să constate doar inadvertența din oferta contestatorului și decizia de respingere.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat” coroborat cu art. 135 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016 conform cărora „(1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia” și „(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are

rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi **corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente** (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, **această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă** (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține potrivit art. 65 alin. (1) și art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, verificarea propunerilor financiare depuse de ofertanți nu se limitează la simpla inventariere a denumirilor și prețurilor produselor completate în formularul de ofertă și centralizatorul de prețuri, astfel cum a procedat, ci este un proces laborios, constând în verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege și care să confere autorității contractante certitudinea că produsul indicat în propunerea financiară este în fapt același cu produsul ale cărui caracteristici tehnice au fost detaliate în propunerea tehnică.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 65 alin. (2) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este pe deplin justificată, urmând să fie admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula procesul-verbal de evaluare propunere financiară, procesul-verbal de atribuire și raportul procedurii de atribuire și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția invocată de SC SRL și respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Admite contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează procesul-verbal de evaluare propunere financiară, procesul-verbal de atribuire și raportul procedurii de atribuire și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 22 (douăzecișidouă) pagini.