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

DECIZIE
Nr. ..
Data: .

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 35517/11.09.2019, astfel cum a fost precizată prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 36.....5/17.09.2019, formulată de SC .... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. . având CUI ..5, reprezentată legal de administrator ....., și convențional de ....., adresă indicată și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 2.....27 din 29.08.2019 și a raportului procedurii, pentru lotul 1, emise de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată online, pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ***„Furnizare, Mobilier medical pt. .... «.....»”***, cod CPV .....192000-2 Mobilier medical (Rev. 2), (anunț de participare .....), se solicită următoarele:

„1. în principal, să constatați că Oferta depusă de operatorul economic .....S.R.L., declarată câștigătoare, este neconformă, întrucât nu a îndeplinit cerințele obligatorii și minimale stabilite de punctul 7 din Caietul de sarcini, coroborat cu punctul IV.4.1 din Fișa de date, prin netransmitere fișelor tehnice aferente produselor ofertate, astfel că se impune menținerea rezultatului inițial al procedurii, prin care subscrisa a fost declarată câștigătoare

2. în subsidiar, în considerarea articolului 26, alin. (7) din Legea 101/2016, să dispuneți anularea procedurii, având în vedere

constatarea încălcării principiilor egalității de tratament, al transparenței și al proporționalității, întrucât procedura nu mai putea continua în urma soluției definitive de admitere a contestației, prin raportare la reținerile ANAP, în urma controlului ex-ante".

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante ..... din 20.09.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 37058/20.09.2019, SC .....SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ..., reprezentată convențional prin ....., sediu ales și pentru comunicarea actelor de procedură, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie, respectiv:

„I. *Admiterea excepției tardivității formulării contestației împotriva rezultatului procedurii de achiziție (…);*

II. Respingerea contestației formulate împotriva rezultatului procedurii de achiziție (…), ca nefondată;

III. Obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, potrivit dovezilor care vor fi depuse la dosarul cauzei".

De asemenea, SC .....SRL solicită accesul la dosarul format în cadrul C.N.S.C., potrivit dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și își rezervă dreptul de a completa cererea de intervenție accesorie, ulterior consultării documentelor dosarului nr. .....

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 35517/11.09.2019, astfel cum a fost precizată prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 36.....5/17.09.2019, SC .... SRL critică rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 2.....27 din 29.08.2019 și raportul procedurii, pentru **lotul 1,** emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată online, pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Furnizare, Mobilier medical pt. Extinderea – Modernizarea și Echiparea .....«.....»",* solicitând cele redate în partea introductivă.

Prezentând situația de fapt, contestatoarea arată că, la data de 30.08.2019, prin adresa nr. 2.....81, a luat la cunoștință de rezultatul procedurii, în urma retransmiterii comunicării din 29.08.2019 ce conținea o eroare materială, rezultat care a fost stabilit după reevaluarea ofertelor, astfel cum s-a dispus prin Decizia C.N.S.C. nr. .....din ....., menținută de ....., prin Decizia nr. .....

Precizează că, la data de 03.05.2019, SC .....SRL a formulat contestație împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca neconformă, aceasta fiind soluționată de către C.N.S.C., care a admis contestația, a anulat raportul procedurii nr. 12206/22.04.2019, precum și actele subsecvente acestuia, pentru lotul 1, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, obligând autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC .....SRL cu solicitarea de clarificări, hotărârea fiind menținută de instanța „de apel".

În continuare, SC .... SRL prezintă critici cu privire la modul în care Consiliul a soluționat contestația SC .....SRL prin emiterea Deciziei nr. .....din ....., ce a fost menținută de .....

În opinia sa, formularul propunere tehnică, întocmit și încărcat în SICAP de autoritatea contractantă la secțiunea „LISTA DE FIŞIERE CARE COMPUN DOCUMENTAŢIA DE ATRIBUIRE" - Modele formulare.doc.p7s cuprindea următoarele:

- în coloana „Denumire produs"- pentru fiecare din cele 107 poziții, denumirea produsului și caracteristicile tehnice solicitate (lungime, lățime, înălțime). Nu au fost menționate materialele componente sau alte detalii, așa cum, în mod eronat, a reținut C.N.S.C.

-în coloana „Cod de identificare reper/produs" sunt menționate reperele pentru identificarea produselor în proiectul tehnic încărcat în SICAP, la secțiunea antemenţionată;

-coloana „Conformitate pag. Doc." este singura care trebuia completată de către ofertanți, numărul paginii la care se găsește fișa tehnică anexată. La această coloană, SC .....SRL a completat de la poz. 1 și până la poz. 107 „Conform cu fișa tehnică cod identificare reper/produs autoritate contractantă fără a atașa fișele tehnice.

Mai precizează că, la lotul 1, pentru care a depus oferta și SC .....SRL, au participat 4 operatori economici, toți ofertanții - participanți la procedură au încărcat în SICAP, la secțiunea „Documente de ofertă tehnică" formularul propunere tehnică, la care au anexat fișele tehnice pentru toate produsele aferente lotului respectiv, cu excepția SC .....SRL, considerând că *„neprezentarea fișelor tehnice a produselor ofertate în cadrul documentației tehnice a condus la imposibilitatea analizei de către comisia de evaluare a propunerii tehnice și, astfel, nu s-a putut deduce, în mod concret, cum a ales intimata să respecte cerințele caietului de sarcini"*.

Susține că, chiar și în situația în care s-ar fi apreciat că era necesară solicitarea unor clarificări de la SC .....SRL, în urma depunerii fișelor tehnice în mod tardiv (după termenul din 13.02.2019, ora 15:00) și reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă avea aceeași obligație, respectată inițial, de a declara oferta neconformă, prin raportare la art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, iar lipsa celor 101 file reprezentând fișele tehnice ale produselor nu poate fi apreciată ca un viciu de formă,

în accepțiunea prevederilor art. 134 alin. (7) din același act normativ, ce ar fi putut fi corectată prin solicitarea de clarificare, ulterioară depunerii, deoarece ar fi condus la încălcarea principiului de tratament egal, enunțat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, putând conduce la favorizarea unuia dintre ofertanți.

Menționează că, în conformitate cu art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are în atribuții doar verificarea conformității caietului de sarcini și evaluarea acestora în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul, și nu de a stabili care ar fi produsul care ar satisface mai bine cerințele caietului de sarcini, dintr-o gamă de variante de produse.

Contestatoarea susține că, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a apreciat că propunerea tehnică depusă de câștigătoare nu reprezintă modul corect în care aceasta trebuia să respecte cerințele caietului de sarcini, astfel că nu a solicitat clarificarea ofertei depuse, sens în care invocă prevederile art. 127 alin (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, precum și pe cele ale art. 131 alin. (4) din același act normativ.

Mai susține că, o solicitare de clarificări după termenul de depunere a ofertelor, când a devenit publică lista participanților la procedura de atribuire, permite „intimatei” reformularea propunerii tehnice, cu indicarea abia în această etapă, a componentelor tehnice, cum ar fi materialele din care sunt fabricate, aspect care reprezintă o negociere a ofertei, și este contrar specificului procedurii - licitație deschisă, operatorii economici trebuind să prezinte ofertele în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, oferta câștigătoare fiind desemnată dintre cele admisibile, potrivit art. 125 din Legea nr. 98/2016, sens în care invocă și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Apreciind că lămurirea aspectelor tehnice pe calea solicitărilor de clarificări, permite ofertantului să modifice caracteristicile tehnice din oferta sa, în urma deschiderii ofertelor celorlalți operatori economici participanți, contestatoarea arată că această acțiune este contrară noțiunii de viciu de formă, fiind sancționată de prevederile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016. Consideră că o astfel de completare cu fișele tehnice, reprezintă o finalizare a ofertei după termenul limită de depunere, ceea ce ar crea un avantaj operatorului economic, cel desemnat momentan câștigător, în condițiile în care lămurirea ar extinde practic termenul de depunere a fișelor tehnice și implicit de asumare a caracteristicilor tehnice stabilite prin documentația de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției, cap.IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice.

În legătură cu acest aspect, contestatoarea precizează că, din propunerea tehnică încărcată în SICAP, rezultă că SC .....SRL nu a

atașat și fișele tehnice la formularul propunere tehnică, iar solicitarea comisiei de evaluare privind completarea propunerii tehnice cu fișele tehnice, creează un avantaj evident în raport cu ceilalți ofertanți participanți la procedura de atribuire, încălcând astfel art. 2, alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu privire la tratamentul egal.

Referitor la susținerile Consiliului potrivit cărora *„procesul de control ex-ante este limitat la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale ANAP și nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă (…)”,* contestatoarea învederează faptul că în Avizul conform condiționat nr. 2666/.....20/05.03.2019 cu privire la aceeași licitație deschisă pentru furnizare mobilier medical pentru extinderea, modernizarea și echiparea ..... - Loturi 1- 4, A.N.A.P. - Direcția Generală Control Ex-Ante a constatat la pct.1.1. Abateri de la legislația în domeniul achizițiilor publice - aspecte de regularitate și calitate că, un anumit operator economic nu a prezentat, în cadrul propunerii tehnice depuse, informații cu privire la modul de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini, calificând completarea propunerii tehnice ca un avantaj evident în raport cu ceilalți ofertanți participanți la procedura de atribuire.

Menționează că, în analiza legalității procedurii, însăși Agenția Națională de Achiziții Publice a statuat că solicitarea de clarificări privind conținutul propunerii tehnice echivalează cu încălcarea principiului nediscriminării și tratamentului egal prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și lit. b) din Legea 98/2016, calificând-o drept abatere.

Precizând că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, contestatoarea consideră că, „deși se reține” că societatea desemnată câștigătoare a completat și a depus formularul propunere tehnică, menționând inclusiv faptul că ele sunt conforme cu fișele tehnice, fără a le depune, trebuie constatat că operatorul a fost exclus implicit pentru modul de completare al formularului, fiind în fapt strâns legat de depunerea fișelor.

Arată că, deși toți ceilalți operatori economici au depus tabelul completat cu mențiunile stabilite de documentația de atribuire, SC .....SRL a făcut doar mențiunea „Ofertantul va completa tabelul cu specificațiile tehnice, pentru fiecare produs în parte pe lot, din care să reiasă corespondența specificațiilor tehnice solicitate prin caietul de sarcini cu cele ale produsului ofertant, însoțit de fișa de la producător din care să reiasă aceste caracteristici”.

Cu privire la proporționalitatea măsurii și având în vedere scopul Legii nr. 98/2016, contestatoarea invocă disproporția vădită a măsurii luate de autoritatea contractantă, în urma solicitării de clarificări și a evaluării ofertei desemnate în final câștigătoare, în sensul de a o

declara conformă și de a i se acorda punctajul maxim, precum și jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Precizând că respectarea tuturor principiilor aplicabile procedurilor de achiziții publice a fost ignorată de autoritatea publică, „în condițiile date de hotărârea de anulare a primului rezultat stabilit", SC .... SRL solicită Consiliului ca, în situația în care va considera că nu este posibilă excluderea operatorului câștigător, raportat la depunerea fișelor tehnice în mod tardiv, cu consecința desemnării societății sale drept câștigătoare, să constate că este imposibilă continuarea procedurii ulterior admiterii prezentei contestații, față de divulgarea tuturor ofertelor, implicit prin „Raportul procedurii emis prin adresa nr. 12206 din 22.04.2019", motiv pentru care se impune anularea procedurii în totalitate, în considerarea art. 26, alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, apreciază că procedura nu ar putea să continue nici raportat la modul greșit prin care C.N.S.C. și instanța de control judiciar au restabilit practic obligațiile de respectare a documentației de atribuire, contrar directivelor oferite de ANAP.

În acest sens, consideră aplicabilă procedura stabilită de normele metodologice la art. 68 alin. (1), cu privire la prevederile art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, față de care reiese încă o dată necesitatea depunerii fișelor tehnice astfel cum era stabilit prin documentația de atribuire.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Prin adresa nr. ...., în temeiul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată prin O.U.G. nr. 45/2018, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită dovada consemnării sumei reprezentând cauțiunea legal impusă.

Ca răspuns la această solicitare, cu adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 36763/19.09.2019, SC .... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare nr. ..., în valoare de 23.188,96 lei.

Prin punctul de vedere nr. 24882/13.09.2019, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 35952/13.09.2019, ... a solicitat respingerea contestației formulată de SC .... SRL, pe cale de excepție, ca urmare a admiterii *„excepției efectelor lucrului judecat*", respectiv *„ca fiind tardiv introdusă",* iar pe fond, ca nefondată.

Solicitând admiterea excepției „efectelor lucrului judecat", autoritatea contractantă invocă prevederile art. 431 alin. (2) Cod proc. civ., respectiv: „oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă".

Învederează faptul că prin Decizia C.N.S.C. nr. „19.229/793/ 24.05.2019" s-a soluționat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 16195/03.05.2019, formulată de SC .....SRL în cadrul aceleași proceduri de achiziție publică, și s-a constatat că *„(...) autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta contestatoarei ca*

neconformă pentru lotul 1, pentru motivul invocat în adresa de comunicare nr. 12318/23.04.2019, deoarece nu a efectuat demersurile necesare cu privire la fișele tehnice aferente produselor descrise de formularul propunere tehnică". Per a contrario, apreciază autoritatea contractantă, oferta SC .....SRL este conformă, astfel cum a statuat însuși Consiliul.

Precizează că instituția a formulat plângere împotriva acestei decizii a C.N.S.C., aceasta fiind respinsă prin Hotărârea civilă nr. .....din 01.07.2019, pronunțată de către ..... în dosarul nr. .....

Astfel, consideră că problematica dedusă judecății a fost deja dezlegată prin aceste două decizii, constatând, în mod indubitabil, că oferta depusă de SC .....SRL este conformă și, în consecință, solicită admiterea excepției „efectelor lucrului judecat".

În susținerea excepției tardivității formulării contestației, autoritatea contractantă se raportează la dispozițiile art. 16 alin. (1), coroborate cu dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, și susține că termenul de 10 zile a început să curgă la data de 30.08.2019 (data transmiterii adresei nr. 23.381/30.08.2019 privind rezultatul procedurii), iar la data de 11.09.2019, când a fost înregistrată contestația la C.N.S.C. și s-a format dosarul nr. ...../2019, termenul era deja depășit.

Solicitând respingerea ca nefondată a contestației formulată de către SC .... SRL, precum și menținerea ca temeinic și legal a Raportului procedurii nr. 23.303/29.08.2019 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a adresei de comunicare a rezultatului procedurii transmisă către contestatoare, înregistrată la emitent cu nr. 23.381/30.08.2019, autoritatea contractantă consideră redundant să reia „*expunerea apărărilor de fond din anterioarele dosare aflate pe rolul instanțelor administrativ-jurisdicționale și judiciare*", dar punctează următoarele aspecte:

La data de 03.05.2019, SC .....SRL a formulat contestație împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca neconformă, comunicată prin adresa nr. 12318/23.04.2019 și a tuturor actelor prin care s-a finalizat procedura pentru lotul 1, emise de instituție în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Precizează că, la data de ....., C.N.S.C. a admis contestația antemenționată, iar prin decizia nr. „....", a dispus anularea raportului procedurii nr. 12206/22.04.2019, precum și a actelor subsecvente acestuia, pentru lotul 1, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, obligând autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC .....SRL, cu solicitarea de clarificări, această soluție fiind menținută și în calea de atac de către „...", în dosarul nr. ...../..... prin Hotărârea civilă nr. .....

În concluzie, ... arată că nu a făcut altceva decât să pună în executare o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești și, în urma solicitărilor de clarificări, astfel cum a dispus instanța, oferta declarată câștigătoare, ca urmare a aplicării criteriului de atribuire şi a algoritmului de calcul asociat, a fost oferta SC .....SRL, care s-a clasat pe primul loc și a obținut 100 de puncte, având o valoare de 840.110,00 lei, fără TVA.

De asemenea, arată că, după aplicarea criteriului de atribuire publicat în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, oferta declarată câștigătoare a obținut un punctaj mai mare (100 puncte), în comparație cu oferta prezentată de contestatoarea SC .... SRL (98,95 puncte).

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice emise ulterior pronunțării Deciziei C.N.S.C. nr. ...../.....

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante ..... din 20.09.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 37058/ 20.09.2019, SC .....SRL solicită cele menționate în partea introductivă.

Cu titlu prealabil, intervenienta precizează că își rezervă dreptul de a completa cererea de intervenție accesorie, ulterior consultării documentelor dosarului nr. ...../2019, întrucât din informațiile disponibile pe portalul C.N.S.C., rezultă că ..... a formulat o completare și două puncte de vedere, ulterioare contestației și a depus, în două rânduri, anexe la contestația inițială. De asemenea, și autoritatea contractantă a depus un punct de vedere la dosar.

Redând petitul contestației, intervenienta menționează că în această procedură de atribuire a formulat contestația ce a fost soluționată prin decizia C.N.S.C. nr. .....din ....., fiind admisă, iar Consiliul a dispus anularea raportului procedurii nr. 12206/ 22.04.2019, precum și actele subsecvente acestuia, pentru lotul 1, în partea ce privește evaluarea ofertei depuse de SC .....SRL.

De asemenea, precizează că C.N.S.C. a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC .....SRL, cu solicitarea de clarificări, conform celor precizate în motivare, pentru lotul 1, în termen de 15 zile de la comunicarea deciziei.

Arată că împotriva acestei decizii a formulat plângere autoritatea contractantă ....., plângere care a fost respinsă de către ..... prin Decizia civilă nr. ..... din 01.07.2019, pronunțată în dosarul nr. ...../...., astfel că organizatoarea procedurii s-a conformat deciziei C.N.S.C., a solicitat clarificări de la .....și, în urma reevaluării ofertei acesteia, a declarat-o câștigătoare.

În susținerea admisibilității cererii de intervenție, SC .....SRL se raportează la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv cele ale art. 61 alin. (1) C.proc. civ., și susține că interesul său este unul evident - menținerea rezultatului procedurii de achiziție, oferta societății fiind declarată câștigătoare în urma reevaluării ofertelor de către autoritatea contractantă.

Menționează că data publicării în SEAP a contestației este 11.09.2019, astfel că cererea de intervenție este formulată în termenul legal, acesta împlinindu-se în data de 23.09.2019.

Solicitând admiterea excepției tardivității formulării contestației de către SC .... SRL, respectiv respingerea contestației ca tardiv formulată, SC .....SRL arată că, potrivit susținerilor contestatoarei, aceasta a luat la cunoștință de rezultatului procedurii la data de 30.08.2019, iar contestația este înregistrată la autoritatea contractantă în data de 10.09.2019, fiind depășit termenul legal de 10 zile, calculat conform art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Argumentând netemeinicia contestației formulate de către SC .... SRL, intervenienta susține că în afara unor referiri generice la încălcarea principiilor egalității de tratament, transparenței și proporționalității, toate criticile aduse de contestatoare se referă la chestiuni deja soluționate prin decizia nr. ..... din ..... a C.N.S.C. și Decizia civilă nr. ..... din 01.07.2019, pronunțată de Curtea de Apei București în dosarul nr. ...../.....

Reluând susținerea potrivit căreia decizia nr. .....din ..... a fost pronunțată de C.N.S.C. în dosarul ....., ca urmare a formulării unei contestații de către SC .....SRL împotriva rezultatului inițial al acestei proceduri de achiziție, decizia fiind menținută de către ..... prin Decizia civilă nr. ..... din 01.07.2019, pronunțată în dosarul nr. ...../....., intervenienta invocă puterea de lucru judecat a acestor două decizii, sens în care se raportează la prevederile art. 431 alin. (2) din C. proc. civ.

Consideră că nu este necesar a fi întrunită tripla identitate (părți, obiect, cauză), ci este suficient ca în judecata ulterioară să fie adusă în discuție o chestiune litigioasă în legătură cu ceea ce s-a soluționat anterior fie prin dispozitiv, fie prin considerente, fie prin dispozitiv și considerente. Această judecată fiind deja făcută, ea nu mai poate fi contrazisă.

Chestiunile referitoare la obligația sau dreptul autorității contractante de a solicita clarificări, noțiunea de vicii de formă, eventualele avantaje incorecte pe care le-ar fi obținut SC .....SRL prin depunerea ulterioară a fișelor tehnice, modificarea sau nu a ofertei tehnice prin depunerea fișelor tehnice, incidența controlul ex-ante al ANAP au fost analizate atât în procedura administrativ-jurisdicțională în

fața Consiliului, cât și în procedura jurisdicțională, în fața Curții de Apel București, precizează intervenienta.

Apreciază că absolut toate criticile formulate de contestatoare au fost analizate pe larg, atât de Consiliu cât și de ....., iar o repunere în discuție a acestor chestiuni nu ar putea să conducă la o altă soluție juridică, fără a se încălca în mod flagrant prezumția legală a puterii de lucru judecat.

Precizând că SC .... SRL a rămas în pasivitate, deși fusese declarată câștigătoare în prima fază, intervenienta indică dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și susține că, prin prezenta contestație, societatea săvârșește un veritabil abuz de drept, eludând toate dispozițiile procedurale care i-ar fi permis să intervină în cadrul primei contestații și să își exprime criticile cu privire la aspectele supuse controlului administrativ-jurisdicțional.

SC .....SRL solicită Consiliului să dea eficiență dispozițiilor art. 431 alin. (2) C. proc. civ., să constate că toate chestiunile litigioase invocate de contestatoare au fost deja analizate de către C.N.S.C. și ..... și, pe cale de consecință, să respingă contestația, ca nefondată.

În subsidiar, în măsura în care argumentele aduse de contestatoarea SC .... SRL pot fi „reanalizate în această procedură”, intervenienta solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele:

Potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016, precum și cerințelor fișei de date a achiziției, cap. IV.4.1. - *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, unde se precizează în mod expres că se va completa formularul propunere tehnică din secțiunea formulare, respectiv pct. 13 din caietul de sarcini sunt enumerate, sub forma unui tabel, specificațiile tehnice atât pentru fiecare produs, cât și pentru componentele sale, SC .....SRL susține că, inițial, a completat și depus formularul propunere tehnică și a precizat inclusiv faptul că produsele sunt conforme cu fișele tehnice, fără însă a depune și aceste documente.

Arătând că SC .... SRL a susținut că depunerea fișelor tehnice ale unor produse despre care s-a făcut vorbire în formularul propunere tehnică are semnificația unor modificări sau completări a ofertei, intervenienta consideră că depunerea fișelor tehnice reprezintă completări ale documentelor în sensul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, necesare pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Precizează că, potrivit 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, 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. Or în cauză, depunerea fișelor

tehnice a reprezentat o completare formală și de confirmare a ofertei deja existente.

Apreciază că, din interpretarea coroborată a art. 134, art. 135 din H.G. nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016 rezultă că obligația (și nu posibilitatea) de a solicita clarificări și completări este stabilită în interesul procedurii, pentru a garanta respectarea prevederilor legale în cursul acesteia, și nu în favoarea participanților la procedură. Interesul procedurii este oferirea posibilității comisiei de evaluare a ofertelor de a cunoaște toate detaliile ofertelor depuse, de a înțelege propunerea tehnică și de a alege în condiții legale oferta cea mai adecvată.

În acest context, susține intervenienta, completările cu privire la fișele tehnice nu au reprezentat o modificare a ofertei, iar produsele din ofertă respectă cerința din punct de vedere al tipului și a caracteristicilor materialelor, astfel cum rezultă deja din formularul propunere tehnică din dosarul achiziției publice. Conținutul fișelor tehnice nu face altceva decât să reia în detaliu conținutul informațiilor prezentate în formularul propunere tehnică.

Precizând că susținerile contestatoarei, potrivit căreia printr-un răspuns la o solicitare de clarificări, SC .....SRL ar fi putut să își modifice propunerea tehnică și astfel să se ajungă la o negociere a ofertei, sunt lipsite de orice fundament, intervenienta arată că, în cazul în care, prin răspunsurile pe care le-a prezentat comisiei de evaluare, ar fi modificat conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa ar fi fost considerată inacceptabilă, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016.

Menționează că, similar cu argumentele autorității contractante din prima contestație, și contestatoarea interpretează în mod eronat o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene, și susține că dacă ar proceda la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă ar contribui în mod activ la operațiunea de modificare a ofertei participantului la procedură, după depunerea acesteia.

Dacă am accepta această interpretare nici o autoritate contractantă nu ar putea vreodată să solicite clarificări, pentru a nu contribui la modificarea ofertei participantului la procedura de achiziție publică, apreciază intervenienta.

Precizând că rolul instituției clarificărilor nu este acela de a crea avantaje incorecte în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, intervenienta susține că, în cazul de față, prin solicitarea de clarificări transmisă de către autoritatea contractantă către societatea sa, cu privire la fișele tehnice, nu i s-a creat niciun avantaj în raport cu ceilalți participanți.

Menționează că a detaliat deja în cadrul formularului propunere tehnică denumirea produselor și caracteristicile tehnice ale acestora, astfel că, în această fază, nici nu putea face modificări cu privire la

specificațiile tehnice ale produselor, în caz contrar oferta sa fiind considerată inacceptabilă, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016.

Referindu-se la acest aspect, intervenienta arată că încadrarea acestei situații de către C.N.S.C. în noțiunea de vicii de formă a fost corectă, fiind confirmată și de către .....

Chiar dacă s-a discutat de un număr de 101 fișe tehnice, nu cantitatea a avut relevanță în cadrul procedurii de achiziție publică, ci conținutul acestor documente, menționează intervenienta, care precizează că acestea conțineau informații deja prezente în cadrul altui document al ofertei, respectiv în formularul propunere tehnică.

Mai precizează că, în cauză, se verifică definiția viciului de formă - omisiune a cărei completare este susținută de sensul și conținutul altor informații existente inițial în alte documente (formularul propunere tehnică) prezentate de ofertant și a cărei completare are rol de confirmare (confirmarea informațiilor inițiale din formularul propunere tehnică), nefiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

De altfel, nici nu se întrevede care ar putea fi avantajul incorect, în condițiile în care fișele tehnice aveau strict rolul de a confirma informațiile deja prezentate în formularul propunere tehnică, apreciază intervenienta.

Intervenienta susține că, prin prisma considerentelor din decizia C.N.S.C. nr. .....și din Decizia civilă nr. ..... a Curții de Apel București, este fără relevanță faptul că unii dintre operatori au depus aceste fișe tehnice.

De asemenea, susține că în dosarul achiziției publice există 3 seturi de fișe tehnice, depuse de .... iar dintre acestea, singurele care pot fi considerate că respectă într-adevăr cerințele din fișa de date sunt cele depuse de ofertantul SC SRL, restul reprezentând o fotocopiere a fișelor tehnice (anexe ale caietului de sarcini) ale autorității contractante și ștampilarea acestora de către ceilalți doi ofertanți.

Referindu-se la procesul de control ex-ante, materializat în avizul conform condiționat nr. 2666/.....20/05.03.2019, intervenienta susține că SC .... SRL generalizează concluziile controlului respectiv și le aplică întregii proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică, deși Direcția Generală Control Ex-Ante a constatat o abatere de la legislația din domeniul achizițiilor publice, constând în faptul că a fost acceptată completarea propunerii tehnice prin: indicarea unei valori a garanției produselor de mobilier (inițial garanția nu fusese indicată) de către un participant și precizarea unei valori a garanției produselor (dintre mai multe valori inițiale) de către un alt participant.

Apreciază că, în cazul avizului conform condiționat nr. 2666/.....20/ 05.03.2019, avantajul este unul neechivoc, fiind reprezentat de o modificare evidentă a propunerii tehnice inițiale.

Intervenienta subliniază că SC .... SRL nu a criticat în niciun mod solicitarea de clarificări, răspunsul SC .....SRL cu privire la această solicitare, după cum nu a criticat în mod real, efectiv, niciun document emis ulterior reluării procedurii de evaluare a ofertelor, și nu a indicat nicio încălcare a normelor legale ce guvernează procedurile de achiziții publice, care ar fi putut atrage anularea rezultatului procedurii sau chiar anularea întregii proceduri.

Toată argumentația cuprinsă în contestația SC .... SRL are în vedere chestiuni dezbătute anterior în cadrul contestației formulate de SC .....SRL și a plângerii formulate de autoritatea contractantă împotriva deciziei Consiliului, concluzionează intervenienta, care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresele nr. 37250/..... și nr. 37251/..... din 23.09.2019, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a comunicat cererea de intervenție accesorie depusă de către SC .....SRL, înregistrată la Consiliu sub nr. 37058/ 20.09.2019, către contestatoare și către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 37317/...../23.09.2019 Consiliul i-a transmis intervenientei invitația de a studia dosarul format în cadrul C.N.S.C.

Ca urmare a studierii dosarului C.N.S.C. la data de 24.09.2019, prin adresa înregistrată la Consiliul sub nr. 37758/25.09.2019, SC .....SRL a formulat concluzii scrise și a transmis înscrisuri în dovedirea cheltuielilor de judecată în cuantum de 3.570 lei, reprezentând onorariu de avocat.

În cuprinsul documentului, intervenienta reia argumentele deja prezentate în cadrul cererii de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, iar în ceea ce privește cheltuielile de judecată solicitate, precizează cuantumul acestora, respectiv suma de ..... din 23.09.2019 și a extrasului de cont emis de .....

Suplimentar, în ceea ce privește excepția tardivității formulării contestației, intervenienta consideră că termenul de 10 zile de depunere a contestației se calculează în raport de adresa nr. 2.....27 din data de 29.08.2019, acesta începând să curgă la data de 30.08.2019 și s-a împlinit la data de 08.09.2019, conform modalității de calcul prevăzută de art. 5 din Legea nr. 101/2016, iar contestația a fost transmisă prin e-mail în data de 09.09.2019 - orele 20.00, astfel încât aceasta este tardiv formulată.

De asemenea, intervenienta invocă aplicabilitatea dispozițiilor art. 181-183 și art. 182 alin. (2) C. proc. civ., precum și dezlegarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție, prin Decizia nr. . (M. Of. nr. .), prin care instanța supremă a stabilit că „în interpretarea și aplicarea

dispozițiilor art. 182 și art. 183 din Codul de procedură civilă, actul de procedură transmis prin fax sau poștă electronică, în ultima zi a termenului care se socotește pe zile, după ora la care activitatea încetează la instanță, nu este socotit a fi depus în termen".

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, desfășurată online, pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ***„Furnizare, Mobilier medical pt. Extinderea – Modernizarea și Echiparea .....«.....»"***, cod CPV .....192000-2 Mobilier medical (Rev. 2), prin publicarea, ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, valoarea estimată a contractului este de 1.976.309,72 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire utilizat este „cel mai bun raport calitate - preț", având următorii factori de evaluare:

- prețul ofertei (componenta financiară), pondere 90%;
- garanție (componenta calitate), pondere 10%.

Contractul a fost împărțit pe patru loturi, respectiv:

- Lot 1 – Mobilier și Articole sanitare, cu o valoare estimată de 1.159.447,52 lei, fără TVA;
- Lot 2 - Mobilier medical și echipamente frigorifice medicale, cu o valoare estimată de 84.207,20 lei, fără TVA;
- Lot 3 - Canapele și scaune medicale, cu o valoare estimată de 588.504,00 lei, fără TVA;
- Lot 4 - Mobilier metalic, cu o valoare estimată de 144.151,00 lei, fără TVA.

Într-un prim ciclu procesual, în cadrul acestei proceduri de atribuire, în ceea ce privește lotul nr. 1, SC .....SRL a formulat contestația nr. 069/03.05.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 16195/03.05.2019, aceasta fiind soluționată prin decizia C.N.S.C. nr. .....din ....., după cum urmează:

„Respinge excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de SC .....SRL, cu sediul în (…), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., cu sediul (…) și anulează raportul procedurii nr. 12206/ 22.04.2019, precum și actele subsecvente acesteia, pentru lotul 1, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC .....SRL cu solicitarea de clarificări, conform celor precizate în motivare, pentru lotul 1, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Obligatorie".

Împotriva acestei decizii, ... a formulat plângere, care a fost respinsă, ca nefondată, de către . pronunțată în dosarul nr. ...../.

În executarea dispozitivului deciziei C.N.S.C., hotărâre rămasă definitivă prin menținerea ei de către ....., autoritatea contractantă a continuat procedura de atribuire, iar în raportul procedurii nr. 2.....03/29.08.2019 a consemnat faptul că, pentru lotul 1, au participat 4 operatori economici, dintre aceștia, numai 3 au îndeplinit condițiile de participare, respectiv: SC .... SRL, .

În același document, după aplicarea criteriului de atribuire, pentru lotul 1, se regăsește următorul clasament:

- locul 1: SC .....SRL, cu o propunere financiară de 840.110,00 lei, fără TVA, și un punctaj de 100,00;
- locul 2: SC .... SRL, cu o propunere financiară de 849.987,71 lei, fără TVA, și un punctaj de 98,95;
- locul 3: SC . SRL, având o propunere financiară de 978.573,00 lei, fără TVA, și un punctaj de 82,27.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Comunicarea rezultatului procedurii către contestatoare s-a efectuat cu adresa nr. 2.....27/29.08.2019, nemulțumită fiind de acest rezultat, SC .... SRL a formulat contestația din prezenta cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că SC .....SRL, a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, pentru lotul 1, a înaintat *cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante*, ca urmare a contestației aparținând SC .... SRL, demers ce a fost încunoştiinţat părţilor interesate (conform dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilităţii ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenţie sprijină apărările autorităţii contractante, în sensul menţinerii actualului rezultat al procedurii. În consecinţă, cererea de intervenţie în discuție îmbracă elementele unei cereri formulate în condiţiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, în temeiul art. 61 alin. (3), art. 63 și art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de această societate și urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei.

În considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", Consiliul are în vedere excepțiile tardivității contestației și a puterii de lucru judecat, invocate

de autoritatea contractantă și de către intervenientă, pe care le va respinge ca neîntemeiate.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că, în ceea ce privește excepția tardivității, actul atacat, la care se raportează contestatoarea, este adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. *2.....27/29.08.2019*, comunicată de către autoritatea contractantă în data de ***29.08.2019***, aspect confirmat de dovezile existente la dosarul cauzei, precum și raportat la afirmațiile atât ale contestatoarei, cât și ale autorității. Prin urmare, chiar dacă în data de 30.09.2019, autoritatea contractantă a comunicat îndreptarea unei erori referitoare la suma corectă licitată de SC .... SRL, la cererea acesteia din urmă, transmițând adresa nr. 2.....81/30.08.2019, Consiliul va ține seama de comunicarea din data de 29.08.2019.

Astfel, în data de ***09.09.2019***, conform dovezilor existente la dosarul cauzei, SC .... SRL a înaintat atât la CNSC, prin poștă - nr. AR09365526969, contestația înregistrată cu nr. 35517/ 11.09.2019, cât și la autoritatea contractantă, prin e-mail, fiind înregistrată la sediul acestei din urmă cu nr. 24375/10.09.2019.

Potrivit art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016*: „Autoritatea contractantă are obligaţia publicării unui anunţ de participare şi/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice: (...) b) 648.288 lei, pentru contractele de achiziţie publică/acordurile-cadru de produse şi de servicii”.*

Având în vedere că valoarea contractului de furnizare în cauză este de 1.976.309,72 lei, fără TVA, sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „*Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de*: *a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/ sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii”.*

Prin urmare, față de cele evocate, Consiliul constată că societatea contestatoare a respectat termenul legal de 10 zile de formulare a contestației, având în vedere că, în data de ***09.09.2019,*** aceasta a

transmis contestația atât către Consiliu, cât și către autoritatea contractantă, potrivit probelor existente la dosarul cauzei.

Astfel, raportat la prevederile art. 5 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare",

ultimul termen de înaintare a contestației a fost data de 09.09.2019, SC .... SRL încadrându-se în intervalul legal.

Referitor la excepția autorității de lucru judecat, Consiliul are în vedere faptul că această excepție există atunci când a doua cerere are acelaşi obiect, este întemeiată pe aceeaşi cauză şi este între aceleaşi părţi, făcută de ele şi în contra lor în aceeași calitate.

Prin urmare, pentru a se face vorbire de autoritate de lucru judecat, există obligativitatea îndeplinirii cerinţei triplei identităţi între cele două pricini, respectiv identitatea de obiect, părţi şi cauză, finalitatea urmărită privind autoritatea de lucru judecat fiind aceea de a se evita pronunţarea unor hotărâri judecătoreşti contradictorii.

Or, în cauza de faţă, având în vedere art. 430 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, este evident că această contestaţie în analiză este formulată împotriva unui act diferit al autorităţii contractante (raportul procedurii nr. 2.....03/29.08.2019 şi a adresei de comunicare a rezultatului procedurii *2.....27/29.08.2019*) decât actul atacat prin contestaţia asupra căreia Consiliul s-a pronunţat prin Decizia nr. 806/ C6/93 din ....., pe de o parte, iar pe de altă parte, contestația în cauză a fost înaintată de către SC .... SRL, pe când cea anterioară aparține unui alt ofertant - SC .....SRL, astfel că și această excepție va fi respinsă de către Consiliu și se va proceda la analiza pe fond a contestației.

Astfel, din analiza contestației, reiese că observațiile autoarei acesteia vizează modul în care autoritatea contractantă a decis declararea admisibilă a ofertei SC .....SRL și, ulterior, câștigătoare a acestei proceduri, dar nemulțumirea principală a SC .... SRL se referă la modul în care Consiliul a soluționat contestația anterioară prin Decizia CNSC nr. .....din ....., prezentând propria opinie în acest sens.

Referitor la criticile contestatoarei asupra modului de soluționare, de către Consiliu, a contestației nr. 069/03.05.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 16195/03.05.2019, formulată de SC .....SRL, Consiliul le va respinge ca inadmisibile.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele norme legale din Legea nr. 101/2016:

- art. 12 alin. (1): *„Consiliul este competent să soluţioneze contestaţiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare şi funcţionare aprobat potrivit art. 37 alin. (2);*

- art. 29 din Legea nr. 101/2019: *„Deciziile Consiliului privind soluţionarea contestaţiei pot fi atacate de către autoritatea contractantă şi/**sau de către orice persoană vătămată** de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanţa de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât şi de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate";*

- art. 30 alin. (3)din Legea nr. 101/2019: *„Plângerea se depune la instanţa judecătorească competentă";*

- art. 32 alin. (3): *„În situaţia formulării plângerilor, Consiliul nu are calitate de parte în proces."*

De asemenea, relevante sunt și dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stabilesc: *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestaţiei. Cererea de intervenţie depusă la Consiliu va fi comunicată şi celorlalte părţi ale cauzei în termen de două zile de la primire. În cazul procedurilor a căror iniţiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestaţiei."*

Or, în condițiile în care societatea contestatoare nu a acționat în sensul normele legale citate, este evident că, la acest moment, nu poate fi luată în considerare critică acesteia asupra modului în care Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. .....din .....

În ceea ce privește observațiile contestatoarei asupra faptului că autoritatea contractantă a solicitat clarificări și a acceptat depunerea

fișelor tehnice de către SC .....SRL, după respectiva solicitare, Consiliul nu le va reține ca întemeiate.

În pronunțarea asupra acestei cauze, Consiliul ține seama de prevederile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „*Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei*".

Astfel, în Decizia CNSC nr. .....din ..... se regăsesc următoarele precizări:

«(...) Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, înainte de a respinge, ca neconformă, oferta contestatoarei și pentru lotul 1, trebuia să solicite clarificări referitoare la fișele tehnice ale produselor pe care le-a ofertat.

Relevante sunt dispozițiile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora: „Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi 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", coroborate cu cele ale art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „În cazul în care informaţiile 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 ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei."

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca fiind întemeiată afirmația autorității contractante potrivit căreia „prin comisia de evaluare a ofertelor are dreptul, nu obligația de a solicita într-un anumit termen clarificări sau completări", deoarece aceasta are obligația de a efectuat toate demersurile necesare pentru respectarea dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv achiziționarea de bunuri în condiții de eficiență economică.

Necesitatea solicitării de lămuri, din partea autorității, se impune, deoarece, pe de o parte, contestatoarea a declarat că este producătorul mobilierului aferent lotului 1, iar pe de altă parte, că fișele tehnice vin în completarea informațiilor deja existente în cadrul formularului propunere tehnică, niciuna din ipoteze necreând vreun avantaj contestatoarei.

Prin urmare, lipsa unei sau a mai multor fișe tehnice, fie și „101 file" (așa cum susține autoritatea contractantă), în cazul de față, poate fi încadrată ca un viciu de formă, întrucât contestatoarea a menționat caracteristicile tehnice (lungime, lățime, înălțime, materiale, componente etc.) pentru aceste produse, fișele tehnice fiind cele care detaliază respectivele caracteristici, însoțite de desenele aferente, legiuitorul stabilind foarte clar, prin dispozițiile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, următoarele: (3) În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă

*acele erori sau **omisiuni** din cadrul unui document a căror corectare/**completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial 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 ceilalţi participanţi la procedura de atribuire."*

În concluzie, față de cele evocate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta contestatoarei ca neconformă pentru lotul 1, pentru motivul invocat în adresa de comunicare nr. 12318/23.04.2019, deoarece nu a efectuat demersurile necesare cu privire la fișele tehnice aferente produselor descrise de formularul propunere tehnică. (...)».

De reținut este faptul că decizia de mai sus a fost atacată cu plângere la ....., aceasta din urmă menținând decizia Consiliului, așa cum reiese din Decizia civilă nr. .....din 01.07.2019, respectiv:

«(...) Curtea reţine că sunt relevante următoarele prevederi normative: Art. 209 din Legea nr. 98/2016: (...)

Art. 134 alin. 1, 6 şi 7 din HG nr. 395/2016: (...)

Art. 135 din HG nr. 395/2016: (...)

Rezultă din prevederile de mai sus că pot fi încadrate în noţiunea de vicii de formă nu numai erorile cuprinse într-un document, astfel cum susţine în mod eronat petenta, ci şi lipsa unor documente din oferta tehnică a intimatei.

În acest sens, Curtea reţine că prevederea cuprinsă în art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 face referire expresă la „cazul în care lipsesc anumite documente", iar prevederea cuprinsă în art. 135 alin. 3 din HG nr. 395/2016 foloseşte atât noţiunea de corectare, cât şi cea de completare, din aceasta din urmă deducându-se implicit că pot fi încadrate în noţiunea de vicii de formă şi lipsa unor documente.

*Curtea mai reţine şi că **formularul de ofertă tehnică completat de către intimată conţinea toate detaliile tehnice ale produselor ofertate şi care prezentau relevanţă din perspectiva evaluării conformităţii acestora cu cerinţele tehnice din documentaţia de atribuire, astfel că acordarea posibilităţii intimatei de a depune fişele tehnice ale produselor ofertate are doar un rol de confirmare a ofertei,** fără ca intimata să poată modifica caracteristicile tehnice ale produselor ofertate sau să propună alte produse decât cele ofertate.*

În acest sens, Curtea mai reţine că cerinţa din caietul de sarcini menţionată la pct. IV.4.1 avea următorul conţinut: „Modul de prezentare al propunerii tehnice: Cerinţele impuse in Caietul de sarcini vor fi considerate obligatorii si minimale. In acest sens orice oferta de baza prezentata, care se abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luată în considerare, dar

numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale din caietul de sarcini. Ofertantul va completa tabelul cu specificaţiile tehnice, pentru fiecare produs in parte pe lot, din care sa reiasa corespondenta specificaţiilor tehnice solicitate prin caietul de sarcini cu cele ale produsului ofertant, insotit de fisa de la producător din care sa reiasa aceste caracteristici. Ofertantul prezintă „Declaraţie privind respectarea regulilor obligatorii referitoare la condiţiile de munca si de protecţia muncii. Se va completa formularul propunere tehnica din secţiunea formulare".

In caietul de sarcini, cerinţele privind calitatea produselor sunt menţionate, la pct. 13 şi sunt aceleaşi cu cele din formularul de ofertă tehnică completat de intimată.

Prin urmare, prin completarea formularului de ofertă tehnică, intimata a ofertat produsele cu specificaţiile tehnice solicitate de petentă prin fişa de date a achiziţiei şi caietul de sarcini, astfel că ***prin oferirea posibilităţii intimatei de a depune fişele tehnice ale produselor al căror producător este chiar intimata, nu i se acordă posibilitatea de a-şi modifica oferta, ci doar de a confirma faptul că produsele ofertate şi a căror detalii tehnice le-a precizat în ofertă respectă cerinţele impuse de autoritatea contractantă.***

Având în vedere că, în urma îndeplinirii de către petentă a obligaţiei impusă de CNSC de a solicita clarificări, intimata nu va putea să-şi modifice oferta, ci doar să depună fişele tehnice ale produselor ofertate şi pe care a omis să le depună împreună cu formularul de ofertă tehnică, ***Curtea apreciază că nu i se creează intimatei un avantaj evident în raport cu ceilalţi ofertanţi participanţi la procedură şi nu se încalcă principiul tratamentul egal prev. de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.***

Mai susţine petentă că nedepunerea fişelor tehnice ar echivala cu lipsa însăşi a propunerii tehnice, astfel că nu ar fi fost necesar a se solicita clarificări.

Susţinerea este neîntemeiată întrucât propunerea tehnică a intimatei este formulată prin completarea formularului de ofertă tehnică, iar fişele tehnice au doar rolul de a confirma că produsele ofertate respectă cerinţele tehnice de calitate prevăzute în documentaţia de atribuire.

Se mai susţine de către petentă că prin această solicitare de clarificări i se permite intimatei să reformuleze propunerea tehnică, ceea ce reprezintă o negociere a ofertei.

Şi această susţinere a petentei este neîntemeiată, întrucât prin solicitarea de clarificări i se permite petentei doar să confirme oferta iniţială prin depunerea fişelor tehnice ale produselor, iar, în situaţia în care intimata va proceda în modalitatea invocată de petentă, aceasta are posibilitatea de a face aplicarea prevederilor art. 134 alin. 6 din HG nr. 395/2016, nici CNSC şi

nici Curtea de faţă, nefiind învestiţi în cadrul procedural de faţă cu analiza situaţiei ipotetice invocată de autoritatea contractantă.

Pentru argumentul de mai sus, este nerelevantă şi susţinerea petentei întemeiată pe hotărârea CJUE din cauza C-223/16 care se referă la modificarea ofertei, ci nu la completarea unor documente cu rol de confirmare a ofertei tehnice.

În ceea ce priveşte invocarea de către petentă a răspunsului ANAP din avizul nr. 2666/…….20/05.03.2019, Curtea îl apreciază ca nerelevant întrucât se referă la aspecte diferite decât cele din speţa de faţă, şi anume la completarea unei oferte cu elemente privind garanţia produselor, neprecizate în ofertă, ci nu la confirmarea unor elemente ale ofertei tehnice*.*

Faţă de toate cele arătate mai sus, Curtea apreciază că Decizia CNSC contestată este legală şi temeinică, astfel că va respinge plângerea formulată de petentă ....., ca nefondată. (...)»

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia CNSC, astfel că, prin adresa nr. 19534/11.07.2019, a solicitat SC .....SRL fișele tehnice pentru produsele ofertate, aceasta din urmă conformându-se celor cerute de autoritate, respectivele fișe tehnice regăsindu-se la pag. 93-209.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul va respinge ca neîntemeiate alegațiile contestatoarei referitoare la modul în care autoritatea contractantă a solicitat și a acceptat fișele tehnice în discuție, deoarece, pe de o parte, aceste aspecte au fost tratate prin Decizia CNSC nr. .....din ....., rămasă definitivă ca urmare a Hotărârii Curții de Apel București nr. .....din 01.07.2019, iar pe de altă parte, autoritatea era obligată să respecte dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, citat anterior.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC .... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Va admite cererea de intervenție accesorie înaintată de SC .....SRL.

Însă, în ceea ce priveşte solicitarea intervenientei accesorii privind cheltuielile de judecată, Consiliul urmează a o respinge, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a câştigat, să îi

plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta.

Interventia este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Astfel, din analiza coroborată a dispoziţiilor Codului de procedură civilă referitoare la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reţine că, pentru acordarea cheltuielilor de judecată, nu este suficientă dobândirea calităţii de parte într-un proces, ci mai este necesar şi ca acea parte să câştige procesul, adică să obţină total sau în parte pretenţiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispoziţiile art. 453 coroborat cu art. 454 teza I Codul de procedură civilă fiind explicite în acest sens.

Or, din aceasta perspectivă, Consiliul reţine că intervenientul accesoriu, deşi devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, conform art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, totuşi acesta nu invocă o pretenţie proprie în proces pentru a deveni „parte care câştigă procesul”, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părţi, după cum rezultă din dispoziţiile art. 61 alin. (3) Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obţine condamnarea părţii care a căzut în pretenţii la plata cheltuielilor de judecată, doar partea în favoarea careia a intervenit şi care a obţinut pretenţiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, *„Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei. Cuantumul, detalierea şi documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunţarea deciziei de soluţionare a contestaţiei”*. Cum nu se poate stabili culpa procesuală a contestatoarei în raport cu intervenienta accesorie, întrucât aceasta sprijină doar apărarea uneia dintre părţi, nu este întemeiată cererea de acordare a cheltuielilor către această parte.

În acest sens a dispus şi Curtea de apel Suceava, prin Decizia nr. ., pronunţată în dosarul nr.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea intervenientei accesorii referitoare la acordarea cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante formulată de către SC .....SRL, cu sediul în .....

Respinge excepțiile invocate.

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

Admite cererea de intervenție accesorie aparținând SC .....SRL.

Respinge solicitarea intervenientei de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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