



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

I. Prin contestația nr. 1980/07.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45309/07.11.2019, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 60045/28.10.2019 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziția centralizată de incubatoare medicale pentru nou născuți”, se solicită anularea adresei nr. 60045/28.10.2019 privind comunicarea rezultatului procedurii, anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată admisibilă, însă clasată pe locul al doilea, a deciziei prin care oferta ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și a actelor subsecvente, anularea raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019 și a tuturor actelor subsecvente acestuia în ceea ce privește declararea conformității ofertei ..., efectuarea unei expertize tehnice, în temeiul art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile 330-339 din C. proc. civ., cu privire la produsul ofertat de către ..., respectiv incubatorul ..., prin punerea la dispoziție a acestuia de către ofertant, cu privire la îndeplinirea cerințelor detaliate la punctele 8 și 11 din contestație, aprobarea cererii formulate, în temeiul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, prin care se solicită depunerea de concluzii oral, în fața Consiliului, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei ..., de la etapa verificării conformității acesteia.

II. Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent din 07.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45432/08.11.2019, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 60046/28.10.2019 de comunicare a

rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019, emise de către aceeași autoritatea contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită anularea actelor contestate, a tuturor adreselor autorității contractante referitoare la procedura de atribuire comunicate celorlalți participanți, a solicitărilor de clarificări ale autorității contractante și a răspunsurilor participanților, ulterior încheierii etapei de licitație electronică și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul etapei de licitație electronică și refacerea clasamentelor aferente Lotului 1, Lotului 2, Lotului 3 și Lotului 7, în conformitate cu prețurile ofertate în cadrul licitației electronice desfășurată între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00 și cu respingerea ofertelor inacceptabile.

Prin adresa nr. 2031/13.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 46370/14.11.2019, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației ... ca lipsită de interes și, respectiv, ca nefondată, pentru lotul 2 și ca nefondată, pentru loturile 1, 3 și 7.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 18.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 47096/18.11.2019, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită, pentru lotul 2, respingerea contestației ... ca nefondată, menținerea deciziei autorității contractante și a tuturor actelor cu privire la declararea ofertei sale ca admisibilă, conformă și câștigătoare și cu menținerea contestatorului pe locul al doilea, precum și respingerea cererii contestatorului de efectuare a unei expertize tehnice cu privire la produsul oferat.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. 2389/2019 și nr. 2390/2019, contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45309/07.11.2019 și nr. 45432/08.11.2019, urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. 2389/2019.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică deciziei autorității contractante de declarare drept

câștigătoare a ofertei depusă de către ..., pentru lotul 2, oferta sa fiind declarată admisibilă, însă clasată pe locul al doilea.

Contestatorul face precizarea că, în cadrul procedurii de atribuire - lotul 2, a depus o ofertă admisibilă și competitivă, așa cum indică și autoritatea contractantă prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, în sensul că a îndeplinit toate cerințele impuse prin documentația de atribuire. Prin intermediul adresei nr. 60045/28.10.2019, a fost informat că oferta sa a fost declarată admisibilă, însă ocupă al doilea loc în clasament, cu o valoare unitară de 134.554,973822 lei fără TVA și o valoare maximă acord-cadru de 51.400.000,00 lei fără TVA, oferta câștigătoare fiind cea depusă de către ofertantul ..., având o valoare unitară de 79.730,00 lei fără TVA și o valoare maximă acord-cadru de 30.456.860, 00 lei fără TVA.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, la sediul autorității contractante, în data de 30.10.2019, contestatorul arată că aceasta nu a efectuat o evaluare temeinică a ofertei depusă de ... sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare, având în vedere că se impunea ca această ofertă să fie declarată neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016. În acest sens, Curtea de Apel Constanța, prin Sentința civilă nr. 150/CA, pronunțată în ședința publică din 17 iulie 2019 (pag. 28), reține că: *„Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare”*.

Cu titlu preliminar, trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare, modelul contractului, varianta actualizată, în urma contestației formulată anterior depunerii ofertelor, și-a consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Într-o astfel de situație, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a face dovada îndeplinirii cerințelor minime ale documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă, în aplicarea dispozițiilor art. 133 din H.G. nr. 395/2016, avea obligația să se asigure că astfel de cerințe sunt îndeplinite de participanți.

În continuare, contestatorul prezintă sinteza motivelor pe nelegalitate cu privire la evaluarea ofertei depusă de ...

În cele ce urmează, contestatorul procedează la prezentarea cerințelor minime din documentația de atribuire, pe care ofertantul ... nu le-a îndeplinit și pentru care apreciază că, autoritatea contractantă avea obligația de a declara oferta acestuia ca fiind neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

1. Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu prin acționarea unei singure comenzi:

Așa cum se poate constata, cerința indicată la punctul 1 este o cerință obligatorie, impusă de autoritatea contractantă prin documentație, respectiv la pag. 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2.

În acest context, se precizează faptul că produsul oferat de ..., pentru Lotul 2, este incubatorul ..., ale cărui instrucțiuni de utilizare se anexează la prezenta contestație.

Astfel, ofertantul ... nu îndeplinește această cerință minimă, deoarece în cazul incubatorului ..., pentru a face tranziția dintr-un mod în altul, este necesară acționarea a două comenzi: una de închidere/deschidere cupolă și a doua de poziționare a saltelei din poziția orizontală cea mai de jos (specifică modului incubator), în poziția orizontală cea mai de sus (specifică modului deschis). Se îngreunează astfel accesul de urgență la copil, practic, afectând siguranța pacientului, punând astfel în pericol termoreglarea, cât și diverse manevre vitale asupra copilului, așa cum rezultă, în mod evident, din cuprinsul instrucțiunilor de utilizare – pag. 51.

Dacă reglarea poziției saltelei nu este făcută, există riscul de distribuție inegală a căldurii, astfel cum este prezentat, din punct de vedere tehnic, la pag. 51 din Instrucțiuni.

Este indubitabil faptul că, produsul oferat de ... - ..., nu îndeplinește cerința tehnică indicată la punctul 1 și pune în pericol siguranța pacientului din cauza termoreglării ineficiente.

Așa cum se poate constata, în oferta tehnică depusă, ofertantul susține că îndeplinește prezenta cerință, indicând pag. 25 din Instrucțiunile de utilizare ..., pagină la care se regăsește secțiunea 3.1.1 Prezentare generală a modurilor de operare, în cadrul căreia se indică faptul că dispozitivul poate fi utilizat atât ca un incubator, cât și ca un încălzitor radiant.

Inclusiv din cuprinsul acestei secțiuni rezultă, în mod cert, că deschiderea sau închiderea capacului schimbă modul de operare. Astfel, incubatorul ..., nu îndeplinește această specificație tehnică, deoarece chiar dacă incubatorul deține cele două 2 moduri de operare, acesta nu deține și capacitatea ca trecerea de la un mod la celălalt să se efectueze printr-o singură comandă, așa cum impune autoritatea contractantă prin documentație.

Din toate argumentele prezentate, este indubitabil că, în mod eronat, oferta ... - ... a fost declarată ca fiind conformă, având în vedere că nu îndeplinește această cerință minimă impusă de însăși autoritatea contractantă.

2. Aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură:

Cerința indicată la punctul 2 este o cerință obligatorie, stabilită de autoritatea contractantă prin documentație, respectiv la pag. 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2. După publicarea documentației de atribuire, în termenul legal stabilit în fișa de date pentru solicitarea clarificărilor, potențialii ofertanți au formulat o serie de clarificări cu privire la documentația care viza lotul 2, inclusiv ofertantul ...

Cu privire la cerința respectivă, ofertantul ... a solicitat următoarele: *„Deoarece s-a solicitat buna vizualizare a pacientului și întrucât incubatorul pe care dorim să-l ofertăm este unul foarte modern, cu încălzire adaptativă radiantă și cu dirijare controlată a aerului în incintă, în așa fel încât să nu se*

formeze condens, iar aerul să circule controlat și dirijat, precum și din raționamente de igienizare, vă rugăm să eliminați această cerință, sau să acceptați varianta: Aparatul să fie dotat cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului. Acest sistem reprezintă un progres evident față de sistemul clasic cu pereți dubli”.

Așa cum rezultă din cuprinsul răspunsului consolidat (răspuns întrebare nr. 9), publicat în SEAP în data de 15.01.2019, autoritatea contractantă a menționat: *„Nu se acceptă solicitarea. Prin reformularea cerinței se limitează accesul altor participanți la licitație.”*

Cu toate acestea, ignorând cerințele impuse prin documentația de atribuire, confirmate prin clarificări, ... ofertează incubatorul ... care nu îndeplinește această cerință, acesta nefiind dotat cu panouri laterale prevăzute cu pereți dubli, consecința fiind pierderea căldurii.

În primul rând, contestatorul subliniază faptul că, autoritatea contractantă nu a formulat această cerință astfel încât să poată fi îndeplinită printr-o soluție echivalentă, deoarece, așa cum a reținut și Curtea de Apel București, prin Decizia Civilă nr. 64 din Ședința publică din 10.04.2019, pag. 5, în acest caz, *„nu pot fi reținute prevederile art. 156 din Legea 98/2016 pentru că în speță nu este vorba de norme tehnice, ori standarde la care a făcut trimitere în documentația de atribuire, ci despre cerințe tehnice pe care le-a precizat în concret fără nicio legătură cu reglementări de la nivel național ori al UE”*. În același sens, tot prin Decizia Civilă 64 din 10.04.2019 (pag. 5), instanța a reținut că: *„nu are nicio relevanță că produsul oferit de intimata intervenientă ar fi superior din punct de vedere tehnic celui oferit de către petentă, în condițiile în care acesta nu ar corespunde cerințelor tehnice indicate în documentația de atribuire, cerințe care nu au fost modificate și pentru care autoritatea contractantă nu a acceptat alte valori.*

De asemenea, faptul că necesitățile autorității contractante erau îndeplinite și dacă dimensiunile ecranului mesei ar fi fost altele, nu are relevanță, pentru că în speță nu ne aflăm în fața unei contestații cu privire la cerința impusă de autoritatea contractantă, ci dacă un produs este conform sau nu cerințelor impuse și care nu mai puteau fi modificate în această etapă a procedurii”.

Cu toate acestea, soluția prezentată de ... nu este nici măcar echivalentă și nici superioară specificației impuse care vizează ca aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli, întrucât pierderile de căldură sunt evidente, aspect confirmat printr-o simplă analiză tehnică a incubatorului ... oferat, pe care contestatorul o prezintă, succint, în cele ce urmează, astfel:

a. conform informațiilor existente la pag. 71 din Instrucțiuni, incubatorul oferat de ... folosește funcția ClearView pentru a reduce condensul din partea interioară a capacului;

b. potrivit conținutului pag. 20, paragraful 2.13.4 din Instrucțiuni, ... folosește un încălzitor prin convecție, în schimbul panourilor laterale duble. Astfel, conducta de aer cald trece prin canalele de aer ale clapetei de radiografie, iar încălzitorul convectiv direcționează aerul cald prin canalele de aer ale clapei de radiografie în compartimentul pacientului.

c. clapeta de radiografie, așa cum este prezentată în fig. 6, pag. 28 din Instrucțiuni, este situată în exteriorul echipamentului. Pentru utilizarea tăvii radiologice este necesară deschiderea de către utilizator a clapetei radiologice, așa cum se ilustrează, tehnic, la pag. 127 din Instrucțiuni.

d. consecința negativă a faptului că accesul la caseta radiologică se face fără deschiderea panourilor laterale ale incubatorului, este aceea că există riscul ca utilizatorul să omită închiderea clapetei sau să re poziționeze tava radiologică. Prin urmare, având în vedere, pe de-o parte, că aerul cald trece prin canalele de aer ale clapetei radiologice, așa cum s-a dovedit mai sus, dar și faptul că la pag. 21 din Instrucțiuni sunt prezentate avertizări privind hipotermia sau hipertermia, în cazul în care tava de saltea sau tava de radiografie sunt lăsate trase în afară sau orificiile de acces sau panourile de acces sunt lăsate deschise, varianta de a folosi încălzitor prin convecție și funcția Clear View este restrictivă pentru utilizator, putând folosi această funcție doar în anumite condiții, ci nu permanent.

e. implicațiile clinice ale lipsei capacității de a menține căldura, în orice circumstanțe, sunt vitale. Astfel, adulții și copiii își pot controla ușor temperatura corpului, în funcție de condițiile ambientale. Spre deosebire de aceștia, prematurii și nou născuții bolnavi, în special cei cu sechele neurologice severe, nu reușesc să se adapteze la modificările termice, prezentând hipotermie sau hipertermie, în mod frecvent. În consecință, modificările temperaturii corpului devin cei mai importanți factori în supraviețuirea nou născutului și în dezvoltarea sa normală, ele putând fi cauzate de boală sau pot, la rândul lor, cauza boala.

În plus, în cadrul ofertei tehnice depuse, în documentul „Tabel caiet de sarcini incubatoare”, pentru îndeplinirea acestei cerințe, ofertantul indică un document „Scrisoare către clienți”, care nu se regăsește în documentele suport transmise prin intermediul SEAP.

Totodată, se supune atenției Consiliului și informațiile cuprinse și la pag. 71 din Instrucțiuni, unde se regăsesc informații despre:

„6.5 Funcționarea ca incubator

Acest capitol descrie setarea pentru modurile și setările la funcționarea ca incubator.

6.5.1 Prezentare generală a funcționării ca incubator

Atunci când capacul este închis, dispozitivul este operat automat ca un incubator. Dispozitivul prezintă interfața utilizatorului pentru operarea ca incubator.

Fig. 35 Afișare standard la operarea incubatorului cu modul de temperatură a aerului activat.

6.5.1.1 Gestionarea condensului

Setările de umiditate ridicată pot determina aburirea în interiorul capacului. Pentru a limita aburii, funcția ClearView poate fi activată. În cazul în care butonul ClearView pornit este activat în bara de terapie, încălzitorul radiant funcționează la putere mică. Acest lucru se încălzește capacul, reducând aburirea”.

Astfel, contestatorul susține că, în cuprinsul paginii indicată anterior, nu se face vreo referire, nici măcar indirectă, la dotarea echipamentului cu pereți dubli și/sau la evitarea pierderilor de temperatură, ceea ce demonstrează, fără echivoc, neîndeplinirea cerinței minime obligatorii.

În procesul de evaluare tehnică, în urma solicitării de clarificări nr. 1, formulată de comisia de evaluare, ofertantul ..., pentru îndeplinirea acestei cerințe, explică că, datorită funcției suplimentare „*IncubWarmer - nu sunt necesari pereți dubli. Babyieo are conducte de aer dedicate pe ambele părți laterale. Viteza aerului este minimă pe pacientul care este pe saltea, dar microclimatul este stabil cu temperaturi până la 37°C și niveluri ridicate de umiditate peste 80%. Perdeaua de aer activată din conducte la deschiderea panourilor laterale și suplimentar aerul cald din coloana centrală, de la warmer, suplinesc pereții dubli ...*”, explicând și acționarea funcției Clearview (extras din oferta tehnică studiată la sediul autorității contractante, dar fără a pune la dispoziție materiale tehnice suplimentare care să probeze cele explicate).

Cu toate că ofertantul ... nu îndeplinește cerința tehnică indicată la punctul 2, comisia de evaluare, formată din experți tehnici, cu ignorarea documentației de atribuire, concluzionează în procesul-verbal de evaluare tehnică nr. 48157/27.08.2019 că ofertantul oferă o soluție echivalentă pentru îndeplinirea cerinței „Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”, cu toate că nu puteau fi reținute prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016 pentru că în speță nu este vorba de normetehnice ori standarde la care să fi făcut trimitere în documentația de atribuire, așa cum reține și Curtea de Apel București, în Decizia Civilă nr. 64 din Ședința publică din 10.04.2019.

În acest context, contestatorul reliefează și faptul că autoritatea contractantă încalcă astfel tratamentul egal și principiul transparenței, deoarece dacă aceasta ar fi precizat că acceptă și produse de tipul celor oferite de ..., atunci ar fi participat la procedură și alți ofertanți, care ar fi putut oferta produse cu alte specificații decât cele minime solicitate prin caietul de sarcini.

Din susținerile prezentate, este indubitabil că, în mod eronat, oferta ..., având inclus produsul ..., a fost declarată ca fiind conformă, având în vedere că nu îndeplinește această cerință minimă impusă de autoritatea contractantă și care nu mai poate fi modificată în această etapă a procedurii.

3. Aparatul trebuie să genereze o perdea de aer astfel încât să împiedice intrarea în incintă a aerului ambiental când ușile de acces sunt deschise:

Această cerință este obligatorie, stabilită de autoritatea contractantă prin documentație, respectiv la pag. 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2.

În concordanță cu informațiile existente la pag. 21 din Instrucțiuni, este evident că există atenționări privind hipo sau hipertermia atunci când orificiile de acces sau panourile laterale sunt lăsate deschise. În plus, atunci când tava de saltea este înclinată, căldura nu este distribuită uniform, așa cum rezultă din coroborarea informațiilor tehnice de la pag. 51 și 73 din Instrucțiuni.

Având în vedere cele prezentate, contestatorul solicită să se constate că incubatorul ... nu îndeplinește cerința tehnică în discuție, confirmând, încă o dată, faptul că pune în pericol termoreglarea, implicit siguranța pacientului și, cu privire la această cerință, în mod eronat, oferta ... a fost declarată ca fiind conformă.

4. Introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente trebuie să se facă fără deschiderea capacului astfel încât temperatura din interior să nu se modifice:

După cum se învederează din informațiile cuprinse la pag. 21 din Instrucțiuni, Secțiunea 2.14.5 Temperatura aerului în dispozitiv, la incubatorul ... *„tava de saltea sau tava de radiografie sunt lăsate trase în afară”*.

În acest sens, contestatorul precizează faptul că există riscul de a uita tava de radiografie deschisă, deoarece aceasta se află în afara compartimentului copilului și nu implică deschiderea pereților laterali.

Prin urmare, atunci când tava de radiografie este trasă, există atenționări de hiper sau hipotermie, așa cum se învederează din cuprinsul pag. 21 din Instrucțiuni și, în consecință, luând în considerare cele menționate mai sus, este indubitabil că, aceasta este a patra cerință pe care Incubatorul oferat, ..., nu o îndeplinește, punând în pericol termoreglarea și, implicit, siguranța pacientului. În mod similar, pentru îndeplinirea acestei cerințe, ... indică, în cadrul propunerii tehnice pag. 126-127 din Instrucțiuni.

Însă, așa cum se poate constata, la paginile indicate, este prezentată doar procedura efectuării radiografiilor, din care nu rezultă nimic legat de menținerea temperaturii din incinta incubatorului, ceea ce confirmă, încă o dată, că oferta depusă este neconformă.

5. Să fie dotat cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg:

Contestatorul supune atenției Consiliului, informațiile existente la pag. 8 din Instrucțiuni cap. 2.1 Domeniul de utilizare, unde se ilustrează faptul că *„dispozitivul oferă un mediu controlat termic pentru pacienții cu o greutate corporală de până la 5 kg (11 lbs) și o înălțime de până la 55 cm (22 in)”*. Cu alte cuvinte, prin neîndeplinirea acestei cerințe, se limitează tipul pacienților ce pot fi puși în incubator și cărora li se poate asigura un mediu controlat termic.

Luând în considerare cerința autorității contractante, conform căreia aparatul este destinat și pentru asigurarea unei temperaturi optime și pentru nou născuții la termen, de asemenea, este indubitabil că există o limitare în ceea ce privește ponderabilitatea nou născutului, astfel pacienții cu o greutate mai mare de 5 kg nu pot fi ajutați în termoreglare.

Din interpretarea gramaticală a cerinței *„Să fie dotat cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg”*, este evident faptul că autoritatea contractantă nu exclude categoria de pacienți cu o greutate mai mare de 5 kg.

Astfel, contestatorul conchide că soluția tehnică oferită de ... suplinește funcția de a menține temperatura în incubator numai în anumite condiții, limitând accesul pacienților mai mari de 5 kg sau cu o înălțime de 55 cm în incubator.

Totodată, acesta limitează utilizarea casetei radiologice sau translația saltelei în afara incubatorului (translația fiind necesară pentru efectuarea diverselor manevre necesare asupra nou născutului, fiind una din cerințele obligatorii impuse de autoritatea contractantă).

Având în vedere prezentarea anterioară, este indubitabil că, și cu privire la această cerință obligatorie, în mod eronat oferta ... - ... a fost declarată ca fiind conformă.

6. Incubatorul să fie dotat cu suport pentru monitor funcții vitale:

În mod similar cerințelor anterioare și cea indicată la punctul 6, este o cerință obligatorie, stabilită de autoritatea contractantă prin documentație, respectiv la pag. 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2.

Conform informațiilor existente la pag. 23 din Instrucțiuni, secțiunea 2.16 Instrucțiuni de siguranță pentru accesorii, pentru produsul ..., producătorul indică utilizarea numai a accesoriilor aprobate și indicate în declarația de conformitate.

Potrivit declarației de conformitate nr. MD106-011-1611-158-0 și MD106- 011-1611-158-0-ECA, lista accesoriilor aprobate pentru acest produs include:

Nr. Piesa	Nume produs	Nr. Piesa	Nume produs
2 M60000	... (SW1.01)	2 M60401	Clemă pentru șină GCX (set de 5)
2M60001	Dispozitiv de baza ...	2M60413	Filtru intrare aer
8411075	Suport furtun de ventilație	2M60773	Dispozitiv de apelare asistență cablu
2M21293	Cârlig	2M85446	Suport furtun de conectare
2M60170	Saltea încălzită pentru TN500	MX17015	Filtru de aer (20 bucăți)
2M60180	Braț gastroschizis, adițional	MX17018	Set tub alimentare (20 de bucăți)

Contestatorul supune atenției faptul că accesoriile solicitate în cuprinsul cerinței tehnice de la punctul 6 nu se regăsesc în lista aprobată de

Cu alte cuvinte, având în vedere că, pentru produsul oferat, ..., producătorul indică exclusiv, utilizarea accesoriilor aprobate și indicate în declarația de conformitate și luând în considerare că accesoriul suport pentru monitor funcții vitale nu se regăsește în lista accesoriilor aprobate prin declarația de conformitate nr. MD106-011-1611-158-0 și MD106-011-1611-158-0- ECA, în mod cert, ofertantul ... nu îndeplinește nici această cerință.

7. Incubatorul să fie dotat cu coș pentru accesorii:

În concordanță cu informațiile existente la pag. 23 din Instrucțiuni, secțiunea 2.16 Instrucțiuni de siguranță pentru accesorii, pentru produsul ..., producătorul indică utilizarea numai a accesoriilor aprobate și indicate în declarația de conformitate. Așa cum se poate constata din cuprinsul declarației de conformitate nr. MD106-011-1611-158-0 și MD106-011-1611-158- 0-ECA, lista accesoriilor aprobate pentru acest produs include, exclusiv, accesoriile prezentate la punctul nr. 6.

Contestatorul reiterează faptul că accesoriile solicitate în cuprinsul prezentei cerințe tehnice nu se regăsesc în lista aprobată de

Având în vedere că, pentru produsul oferat producătorul indică, exclusiv, utilizarea accesoriilor aprobate și indicate în declarația de conformitate și luând în considerare că accesoriul coș pentru accesorii nu se

regăsește în lista accesoriilor aprobate prin declarația de conformitate nr. MD106-011-1611-158-0 și MD106-011-1611-158-0-ECA, în mod indubitabil, contestatorul susține că ... nu îndeplinește nici prezenta cerință, motiv care se impune declararea ofertei ca fiind neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

8. Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut:

În mod similar cu cele prezentate la punctul 2, contestatorul precizează faptul că, după publicarea documenteției de atribuire, în termenul legal stabilit în fișa de date pentru solicitarea clarificărilor, potențialii ofertanți au formulat o serie de clarificări cu privire la documentația care viza lotul 2, inclusiv ofertantul ... uzitând de această posibilitate.

Astfel, cu privire la cerința indicată la punctul 8 *„Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut”*, ofertantul ... a solicitat următoarele: *„Pentru a preveni: riscul de detubare involuntară, obturarea orificiile pentru perdeaua de aer cald de către partea rotită a saltelei și scăderea temperaturii în incintă cu aproape 8 grade, precum și creșterea temperaturii aerului în zona de perdea de aer ce poate ajunge la peste 50 grade C, producătorul a ales ca salteaua să nu se rotească. Menționăm că salteaua poate fi și încălzită. De asemenea, întrucât incubatorul este hibrid, permite accesul la pacient atât pe deasupra, cât și pe părțile laterale ale aparatului. De aceea, solicităm să se modifice textul din caietul de sarcini din: «Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut», în «Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație pentru un acces ușor la nou-născut și opțional saltea încălzită»”.*

Așa cum rezultă din cuprinsul răspunsului consolidat (răspuns întrebare nr. 10), publicat în SEAP în data de 15.01.2019 de către autoritatea contractantă cu privire la această solicitare, a fost: *„Nu se acceptă solicitarea. Mișcarea de rotație este absolut necesară pentru abordul optim la nou-născut și pentru a mobiliza cât mai puțin prematurul.”*

Cu toate acestea, ignorând cerințele impuse prin documentația de atribuire, ... ofertează incubatorul ... care nu îndeplinește această cerință, acest produs permițând, exclusiv, mișcări de translație. Astfel, așa cum se învederează din informațiile cuprinse la pag. 55 din Instrucțiuni, salteaua și suportul produsului ...permite, exclusiv, mișcări de translație.

Potrivit solicitării de clarificare depuse de ofertantul ..., anterior depunerii ofertelor, acesta solicită autorității contractante eliminarea cerinței privind rotația saltelei și propune ca și soluție dotarea opțională a incubatorului cu saltea încălzită. În acest sens, contestatorul precizează faptul că soluția cu saltea încălzită propusă, la momentul solicitărilor de clarificări cu privire la documentație și neacceptată de autoritatea contractantă, este de asemenea limitativă clinic, existând riscul electrocutării în cazul în care sunt folosite echipamente de radiofrecvență, catetere endocardiale sau defibrilatoare, aspecte confirmate de informațiile cuprinse la pag. 22 și 104 din Instrucțiuni.

În plus, conform răspunsului consolidat (răspuns întrebare nr. 10), publicat în SEAP în data de 15.01.2019, autoritatea contractantă a respins solicitarea ofertantului de a elimina salteaua rotativă, cu motivarea că

mișcarea de rotație este absolut necesară pentru abordul optim la nou-născut și pentru a mobiliza cât mai puțin prematurul.

Având în vedere cele prezentate, contestatorul apreciază că este indubitabil că produsul oferat nu are saltea rotativă și nici nu prezintă o soluție echivalentă sau superioară. Se reliefează că salteaua încălzită este doar un mod suplimentar de încălzire a pacientului. Din punct de vedere clinic, lipsa saltelei rotative implică atingerea copilului, indiferent de ce proceduri medicale sunt necesare a fi efectuate asupra lui, de la cele mai simple până la cele mai complexe. De asemenea, atingerile prematurului pot afecta procesul de termoreglare datorită diferenței de temperatură dintre temperatura corpului copilului și temperatura mâinii utilizatorului. Sistemul soimatosensorial percepe temperatura, poziția corpului în spațiu, mișcarea și toate gradele de atingere, de la cele mai ușoare până la cele mai dureroase. Se dezvoltă înaintea tuturor celorlalte simțuri.

În mod similar cu cele detaliate la punctul 2 prezentat anterior, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu poate reține prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016, pentru că în speță nu este vorba de norme tehnice ori standarde la care să fi făcut trimitere în documentația de atribuire, așa cum reține și Curtea de Apel București, în Decizia Civilă nr. 64 din Ședința publică din 10.04.2019.

În acest context, contestatorul menționează că întreruperile în traiectoria normală a dezvoltării somatosenzoriale, inclusiv experiențele dureroase, pot afecta dezvoltarea socio-emoțională. Expunerea la proceduri dureroase poate afecta dezvoltarea creierului chiar și atunci când se folosesc sedative și analgezice.

Având în vedere detalierea efectuată anterior, faptul că produsul ... nu prezintă saltea rotativă, din punct de vedere clinic, este pusă în pericol siguranța pacientului.

De asemenea, contestatorul supune atenției răspunsul consolidat (răspuns întrebare nr. 10), publicat în SEAP în data de 15.01.2019, al autorității contractante cu privire la această solicitare, fiind: *„Nu se acceptă solicitarea. Mișcarea de rotație este absolut necesară pentru abordul optim la nou-născut și pentru a mobiliza cât mai puțin prematurul”*, care se menține pe parcursul procesului de evaluare, aspect confirmat chiar solicitarea de clarificare înaintată către ofertantul ..., la începutul lunii iulie 2019, întrucât în oferta sa inițială acesta a declarat, pentru susținerea îndeplinirii cerinței tehnice în discuție, următoarele: *„Pe parcursul dezvoltării produsului, s-a discutat cu grupul de clinicieni despre facilitarea unui acces ușor la nou-născut. Experții în neonatologie au solicitat cel mai ușor acces la copil, în special pentru intervențiile de intubare sau pentru plasarea unei linii centrale. ...oferă un acces foarte bun, deoarece toate panourile de acces lateral pot fi deschise, iar patul poate culisa afară.*

Utilizatorii clinici au confirmat faptul că ...oferă un acces excepțional de simplu și de rapid la copil pentru toate procedurile” (extras din oferta tehnică studiată de contestator la sediul ...în data de 30.10.2019), fără a depune vreun document tehnic care să probeze și să susțină îndeplinirea solicitării din caietul de sarcini, cerință minimă și obligatorie.

În urma solicitării de clarificări formulată de ..., ofertantul ... furnizează un răspuns identic și folosește aceleași argumente ca cele invocate anterior,

fără a proba îndeplinirea cerinței impuse prin documentație, care să demonstreze capacitatea echipamentului oferat de a asigura cerințele autorității contractante.

Cu toate că neîndeplinirea acestei cerințe era certă, totuși, cu încălcarea principiului tratamentului egal, favorizând astfel ofertantul, autoritatea contractantă formulează a 2-a solicitare de clarificări în cadrul etapei de evaluare tehnică, adresată ofertantului ... în data de 22.07.2019, în urma căreia acesta depune o declarație bilingvă a producătorului, conform căreia „salteaua incubatorului hibrid închis permite mișcări de rotație”, specificație pe care, în realitate nu o îndeplinește.

În acest context, contestatorul solicită Consiliului, în temeiul art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile 330-339 din C. proc. civ. efectuarea unei expertize tehnice a produsului oferat ..., prin punerea la dispoziție a acestuia de către ofertantul ...

Astfel, așa cum a stabilit și Curtea de Apel Timișoara prin Decizia civilă nr. 105 din 17 ianuarie 2018, din care se citează, principiul egalității de tratament al operatorilor economici trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin documentație și care nu au fost comunicate în termenul stabilit, în prezentul caz fiind solicitate două clarificări identice cu privire la același aspect.

9. Incubatorul să fie prevăzut cu polițe pentru susținerea diverselor accesorii/echipamente medicale:

În mod similar cu cele prezentate la punctele 6-7, inclusiv cerința indicată la prezentul punct, este o cerință obligatorie, stabilită de autoritatea contractantă prin documentație, respectiv la pag. 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2.

În concordanță cu informațiile existente la pag. 23 din Instrucțiuni, secțiunea 2.16 Instrucțiuni de siguranță pentru accesorii, pentru produsul ..., producătorul indică utilizarea numai a accesoriilor aprobate și indicate în declarația de conformitate. Așa cum se poate constata din cuprinsul declarației de conformitate nr. MD106-011-1611-158-0 și MD106-011-1611-158-0-ECA, lista accesoriilor aprobate pentru acest produs include exclusiv accesoriile prezentate la punctul nr. 6.

Contestatorul susține că accesoriile solicitate în cuprinsul prezentei cerințe tehnice nu se regăsesc în lista aprobată de ... și, având în vedere că, pentru produsul oferat, ..., producătorul menționează exclusiv utilizarea accesoriilor aprobate și indicate în declarația de conformitate și luând în considerare că accesoriile polițe pentru susținerea diverselor accesoriilor/echipamente medicale nu se regăsesc în declarația de conformitate nr. MD106-011-1611-158-0 și MD106-011-1611-158-0-ECA, în mod indubitabil, ofertantul ... nu îndeplinește nici prezenta cerință, motiv care se impune declararea acestei oferte ca fiind neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

10. Echipamentul să fie dotat cu un display touch screen intuitiv care să permită identificarea corectă și ușoară a parametrilor afișați:

Așa cum se poate constata, incubatorul ... este dotat cu ecran parțial tactil și, în acest sens, contestatorul indică pag. 32 din Instrucțiuni, de unde

rezultă că atât confirmarea, cât și setarea valorilor parametrilor setați tactil pe ecran se face prin folosirea unui buton rotativ. De asemenea, inclusiv accesul la meniu se face prin intermediul ecranului tactil, dar și a butonului rotativ, ceea ce demonstrează neconformitatea ofertei tehnice inclusiv și pentru această cerință, ofertantul ne reprezentând nici măcar o soluție echivalentă sau superioară.

Având în vedere prezentare anterioară, este indubitabil că, și cu privire la această cerință, în mod eronat și cu încălcarea prevederilor legale, oferta ..., a fost declarată ca fiind conformă.

11. Capacitatea încălzitorului minim 450 W:

Referitor la cerința indicată la punctul 11 - Capacitatea încălzitorului minim 450 W, contestatorul face precizarea că a fost solicitată următoarea clarificare: *„Producătorul consideră că nu are importanță clinică puterea încălzitorului, ci fluxul radiant pe suprafață. De aceea, vă rugăm să acceptați și varianta: «Fluxul radiant pe suprafață minim 10 mW/cm²»”.*

Așa cum rezultă din cuprinsul răspunsului consolidat (răspuns întrebare nr. 12), publicat în SEAP în data de 15.01.2019, răspunsul a fost: *„Nu se admite solicitarea, varianta propusă fiind limitativă.”*

Cu toate acestea, ignorând cerințele impuse prin documentația de atribuire, ... ofertează incubatorul ..., care nu îndeplinește această cerință, așa cum se prezintă în cele ce urmează.

În acest sens, contestatorul precizează că în Sistemul Internațional (SI), fluxul radiant se măsoară în W (sau J/s), reprezentând energia radiantă (J) emisă, reflectată, transmisă sau primită în unitatea de timp (/s). Densitatea de flux sau iradiantă (W/m²) reprezintă fluxul radiant (W) primit de o suprafață (m²). În cazul de față, convertit în mW/cm². Incubatorul oferat de ... are suprafața saltelei de 45 cm x 69 cm = 3105 cm² (450 mm x 690 mm pag. 195 din Instrucțiuni de utilizare ... IncuWarmer software 1.0n), iar puterea maximă la nivelul saltelei este 3105 cm² x 32 mW/cm² = 3105 x 32 mW = 99.360 mW = 99,36 W (pag. 197 din Instrucțiuni) - la putere de încălzire radiantă de 100% 32 mW/cm².

Prin urmare, suplimentarea încălzirii prin metoda cu saltea încălzită, nu este optimă pentru copiii ce necesită echipamente chirurgicale cu RF, catetere, de fibrilare, astfel se exclude această categorie de pacienți, făcând echipamentul limitat tehnic și clinic.

Mai mult, soluția constructivă cu saltea încălzită necesită, în permanență, o saltea încălzită de backup pentru cazurile în care aceasta se defectează, crescând costurile de exploatare. Nu se ține cont nici de cazuri de deteriorare parțială a saltelei, ceea ce poate genera un risc de electrocutare sau rănire, atât a pacientului, cât și a utilizatorului, așa cum rezultă din informațiile statuate la pag. 104 din Instrucțiuni.

Așa cum rezultă din cuprinsul răspunsului consolidat (răspuns întrebare nr. 12), publicat în SEAP în data de 15.01.2019, însăși autoritatea contractantă precizează faptul că *„fluxul radiant pe suprafața minim 10mW/cm² este o soluție limitativă”.*

Din argumentele prezentate anterior, reiese că incubatorul ... nu îndeplinește nici această cerință tehnică, oferind ca alternativă o soluție limitativă, din punct de vedere clinic, punând în pericol viața pacienților sau chiar a utilizatorilor.

Probarea îndeplinirii cerinței tehnice care vizează „Capacitatea încălzitorului minim 450 W”, nemodificată în urma solicitării de clarificări din perioada anterioară depunerii ofertelor, de către ofertantul ..., se face prin anexarea unei simple declarații a managerului de produs, din partea producătorului, regăsită în dosarul achiziției, depusă exclusiv în limba engleză. În acest document se precizează că încălzitorul are 2 elemente poziționate în coloana centrală a echipamentului, iar acestea la setare 100% ating un maxim de 610 W, cu descrierea modului de acționare automată când capacul este deschis.

Contestatorul face mențiunea că nu reiese capacitatea minimă, așa cum se solicită în caietul de sarcini, motiv pentru care solicită Consiliului, în mod similar ca la punctul 8, efectuarea unei expertize tehnice a produsului ofertat ...T1M500, prin punerea la dispoziție a acestuia de către ofertantul ... și prin numirea unui expert tehnic.

Din cele prezentate anterior, rezultă, fără echivoc, că ofertantul a cunoscut și a admis, încă de la momentul publicării documentației de atribuire, neconformitatea produsului ..., în raport cu cerințele ..., cu toate că aceste neconformități pot avea implicații grave în plan clinic.

Cu atât mai mult, contestatorul solicită să se constate că autoritatea contractantă nu a efectuat o evaluare temeinică a ofertei depusă de ... sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, având în vedere că aceasta a acceptat simple declarații ca dovezi pentru îndeplinirea specificațiilor minime obligatorii.

În aceste condiții, devin incidente în cauză prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin urmare oferta depusă de ... trebuia respinsă ca neconformă.

În continuare, contestatorul citează din jurisprudența relevantă (Decizia CNSC publicată în BO 2018_6110 pag. 10).

Toate aceste argumente fac dovada deplină a faptului că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertelor cu încălcarea legislației în vigoare, declarând oferta depusă de către ... ca fiind conformă, fără a ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire. Astfel, prin modul de evaluare a ofertei câștigătoare, pe care a declarat-o admisibilă în mod nelegal, comisia de evaluare a nesocotit grav imperativul respectării principiului tratamentului egal al ofertanților prevăzut de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, principiu statuat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene⁴. Potrivit instanței europene, acest principiu, care *„reprezintă esența normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, presupune ca ofertanții să se afle pe o poziție de egalitate, atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă.”*

Totodată, contestatorul supunem atenției Consiliului faptul că ultima procedură de achiziție națională privind dotarea cu incubatoare a fost organizată în urmă cu 12 ani, respectiv în anul 2007 și, în acest context, consideră că este imperios necesar ca echipamentele ce fac obiectul acordului cadru să respecte, în totalitate, specificațiile tehnice ce au fost impuse în conformitate cu necesitățile clinice ale specialiștilor în domeniul neonatologiei.

Concluzionând, ..., solicită C.N.S.C, pentru lotul 2, anularea adresei nr. 60045/28.10.2019 privind comunicarea rezultatului procedurii, anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată admisibilă, însă clasată pe locul al doilea, a deciziei prin care oferta ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și a actelor subsecvente, anularea raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019 și a tuturor actelor subsecvente acestuia în ceea ce privește declararea conformității ofertei ..., efectuarea unei expertize tehnice, în temeiul art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile 330-339 din C. proc. civ., cu privire la produsul ofertat de către ..., respectiv incubatorul ..., prin punerea la dispoziție a acestuia de către ofertant, cu privire la îndeplinirea cerințelor detaliate la punctele 8 și 11 din contestație, aprobarea cererii formulate, în temeiul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, prin care se solicită depunerea de concluzii oral, în fața Consiliului, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei ..., de la etapa verificării conformității acesteia, precum și studiul dosarului aflat pe rolul Consiliului și fotocopiarea documentelor necesare, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 64188/18.11.2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 47020/18.11.2019, ... solicită respingerea contestației ..., pentru lotul 2, ca nefondată, astfel:

1. Cu privire la cerința din caietul de sarcini: *„Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu prin acționarea unei singure comenzi.”*

În cadrul propunerii tehnice pentru lotul 2 - Incubator hibrid închis - deschis și pentru transport intraspitalicesc, ofertantul ... a depus, conform cerințelor autorității contractante, un tabel de concordanță, iar pentru cerința mai sus menționată, operatorul economic a indicat pag. 25 din manualul de operare transmis.

Astfel, în documentul transmis, la pag. 25, este specificat: *„Dispozitivul poate fi utilizat ca un incubator și ca un încălzitor radiant. Deschiderea sau închiderea capacului schimbă modul de operare”,* iar la pag. 27 se menționează: *„Capac - închide compartimentul pacientului. Poate fi deschis sau închis manual.”*

În plus, la pagina 53 se indică procedura de deschidere a capacului: *„Procedura: Pentru a deschide capacul, apucați mânerul din partea laterală și ridicați-l în față și în sus. Capacul se deplasează în sus.*

Pentru a închide capacul, trageți mânerul din partea laterală în jos. Dispozitivul închide capacul automat la sfârșitul cursei.”

Din cele de mai sus, se pot observa cu ușurință următoarele:

a. Trecerea de la incubator închis la încălzitor radiant se face automat, prin deschiderea capacului.

b. Pentru deschiderea capacului se utilizează o singură comandă, așa cum rezultă din descriere.

Celelalte manevre indicate de contestator ca fiind suplimentare, reprezintă operații de ajustare a poziției saltelei, care nu afectează și nu condiționează modul de operare al echipamentului, schimbarea între cele două moduri fiind deja efectuată prin deschiderea capacului. Acest lucru este dovedit chiar de producător care, în manual, la pag. 51: *„În timpul operării*

încălzitorului radiant, ... recomandă setarea la cea mai înaltă poziție pentru tava de saltea. Această poziție asigură încălzirea cea mai eficientă pentru pacient. Această poziție oferă, de asemenea, un acces bun la pacient.”

După cum se poate observa, setarea poziției saltelei reprezintă o recomandare și nu o condiție obligatorie pentru funcționarea echipamentului într-un mod sau altul (ca incubator închis sau ca încălzitor radiant).

Față de observația contestatorului, autoritatea contractantă mai arată că, fără a avea legătură cu modalitatea de funcționare a echipamentului (ca incubator închis sau ca încălzitor radiant), producătorul a inserat următoarea observație/precauție: *„În cazul în care tava de saltea este înclinată, căldura poate fi distribuită neuniform pe tava de saltea. În cazul în care tava de saltea este înclinată, asigurați-vă că pacientul este încălzit în mod adecvat.”*

În mod evident, introducerea acestei precauții are ca scop prevenirea utilizatorului echipamentului în ceea ce privește verificarea stării de încălzire a pacientului, însă această precauție nu înseamnă nicidecum că echipamentul încălzește neuniform sau că pune în pericol viața pacientului, așa după cum susține contestatorul.

În plus, operatorul economic a transmis documentul „Customer Letter ...Radiant Heater Power”, emis de producătorul echipamentului, în care se arată fără niciun dubiu: *„When the hood is open, the device is automatically operated as a radiant warmer. The patient is warmed by the radiant heater, which is located on the top of the main column. The radiant warmer consists of two heating elements to provide an even heat distribution over the mattress area.”*

Se poate observa cu ușurință din informațiile prezentate că simpla închidere sau deschidere a capacului determină în mod automat funcționarea ca incubator închis sau ca încălzitor radiant, fără a fi indicată vreo altă manevră suplimentară.

Se specifică, de asemenea, că echipamentul este dotat cu două elemente de încălzire, capabile să asigure o distribuție uniformă a căldurii pe întreaga suprafață a saltelei.

Având în vedere cele de mai sus și ținând cont de informațiile cuprinse în documentele care fac parte din propunerea tehnică depusă de ... pentru lotul 2, se poate constata că cerința cuprinsă în caietul de sarcini este îndeplinită în mod corespunzător, neexistând niciun motiv temeinic pentru ca propunerea tehnică să fie declarată neconformă.

2. Cu privire la neîndeplinirea cerinței: *„Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”* din caietul de sarcini.

Referitor la această cerință, în perioada premergătoare depunerii de oferte, operatorul economic ... a formulat următoarea solicitare de clarificări: *„Deoarece s-a solicitat buna vizualizare a pacientului, și, întrucât incubatorul pe care dorim să-l ofertăm este unul foarte modern, cu încălzire adaptivă radiantă și cu dirijare controlată a aerului în incintă, în așa fel încât să nu se formeze condens, iar aerul să circule controlat și dirijat, precum și din raționamente de igienizare, vă rugăm să eliminați această cerință, sau să acceptați varianta: «Aparatul să fie dotat cu sistemul ClearView (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului.»*

Acest sistem reprezintă un progres evident față de sistemul clasic cu pereți dubli.”

După cum se poate observa din modul de formulare a solicitării, operatorul economic a cerut fie eliminarea cerinței, fie reformularea acesteia cu trimitere doar la acele echipamente dotate cu tehnologia ClearView. În mod evident, cerința are ca obiectiv evitarea pierderilor de temperatură în interiorul echipamentului.

Solicitarea de clarificări formulată de operatorul economic ... nu a făcut nicio referire la acest aspect, motiv pentru care nu s-a acceptat nici eliminarea cerinței, dar nici reformularea acesteia așa după cum a fost solicitat, întrucât reformularea solicitată era de natură a limita competiția.

Din aceste motive, în cadrul răspunsului consolidat, la întrebarea nr. 9, s-a specificat: *„Nu se acceptă solicitarea. Prin reformularea cerinței se limitează accesul altor participanți la licitație.”*

Analizând propunerea tehnică depusă de ..., comisia de evaluare nu a regăsit în cadrul documentației nicio referire la modalitatea de îndeplinire a cerinței mai sus menționate, motiv pentru care, prin adresa nr. 38328/02.07.2019 a solicitat operatorului economic să clarifice modalitatea de îndeplinire a cerinței.

Operatorul economic a transmis răspunsul său, în termenul solicitat, prin postare în SEAP, semnat electronic, nr. 630/05.07.2019, înregistrat cu nr. 39563/08.07.2019, răspuns potrivit căruia echipamentul nu are pereți dubli, însă este dotat cu conducte de aer dedicate, pe ambele părți laterale, fiind demonstrată astfel îndeplinirea cerinței într-un mod echivalent, în cadrul răspunsului transmis, ... a comunicat următoarele: *„... dezvoltarea IncuWarmer ... a continuat linia îmbunătățirilor dispozitivelor ... de tratament prin căldură. Astfel, fără a fi necesari pereți dubli, ...are conducte de aer dedicate pe ambele părți laterale pentru a asigura fluxul de aer într-un mod sofisticat în compartimentul pacientului. Viteza aerului este minimă pe pacientul care este culcat pe saltea, dar microclimatul este stabil, chiar și la reglaje extreme ale incubatorului, cu temperatura aerului de peste 37°C și nivele ridicate de umiditate de 80% umiditate relativă sau mai mari, necesare pentru copiii prematuri, foarte mici.*

În plus, conductele de aer garantează o perdea stabilă de aer atunci când panourile laterale lungi sunt deschise. Concepția ...ca IncuWarmer, o combinație de incubator și încălzitor prin radiație, asigură un încălzitor prin radiație fix, deasupra incubatorului, încălzitorul prin radiație funcționează la o intensitate redusă și atunci când dispozitivul este utilizat ca incubator, aducând un aport suplimentar de căldură în porțiunea superioară a capacului.

Acesta reduce gradientul de temperatură pe capac, având ca rezultat scăderea condensului la reglaje de temperatură înalte și nivele ridicate de umiditate. Această funcție de ClearView mai poate fi denumită și «pereți dubli electronici», peretele dublu mecanic fiind înlocuit de încălzirea electronică a capacului. Astfel, concepția IncuWarmer ...rezolvă în mod optim evitarea pierderilor de căldură, dar și prevenirea infecțiilor, având un număr limitat de piese care trebuie demontate și curățate”.

Din răspunsul formulat de ... reiese fără dubiu că, prin soluția tehnică descrisă, este îndeplinit obiectivul de evitare a pierderilor de temperatură, fiind constituiți „pereți dubli electronici” care înlocuiesc pereții dubli mecanici.

Decizia Civilă nr. 64/10.04.2019 a Curții de Apel București, invocată de contestator, se referă la o speță diferită, în care, în opinia Curții, nu sunt aplicabile prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, datorită faptului că cerința care a făcut obiectul respectivei spețe se referea la dimensiuni clar stabilite prin caietul de sarcini al achiziției. De altfel, chiar în cuprinsul Deciziei Civile se specifică: *„nu are nicio relevanță că produsul oferit de intimata intervenientă ar fi superior din punct de vedere tehnic celui oferit de către petentă, în condițiile în care acesta nu ar corespunde cerințelor tehnice indicate în documentația de atribuire, cerințe care nu au fost modificate și pentru care autoritatea contractantă nu a acceptat alte valori.”*

Spre deosebire de speța care a făcut obiectul Deciziei Civile nr. 64/10.04.2019 a Curții de Apel București, în situația de față ... a demonstrat îndeplinirea în mod echivalent a cerinței din caietul de sarcini al achiziției. În ceea ce privește riscurile de hipotermie sau de hipertermie invocate de contestator, tocmai pentru a preîntâmpina astfel de situații, echipamentul este prevăzut cu o serie de alarme, enumerate în manual, la pag. 133, dintre care autoritatea contractantă menționează: *„Temperatura aerului este mare”, „Temperatura aerului este mică”, „Temperatura aerului este prea mare”*.

În plus, la pag. 131 din manual se menționează: *„Acest dispozitiv indică alarmele în mod vizual și acustic. Fiecare alarmă are o prioritate specifică, care indică nivelul de urgență. Condițiile de alarmă sunt monitorizate în mod automat.”*

De asemenea, referitor la aspectele legate de curățarea și dezinfectarea echipamentului, comisia de evaluare a constatat că, prin soluție tehnică propusă, se reduce semnificativ riscul apariției de infecții, în comparație cu dotarea cu pereți dubli mecanici, care sunt mult mai greu de curățat și dezinfectat.

Toate cele menționate mai sus arată că, prin soluția tehnică oferită, este îndeplinit în mod corespunzător obiectivul stabilit prin cerința din caietul de sarcini, și anume acela al evitării pierderilor de căldură.

3. Cu privire la neîndeplinirea cerinței din caietul de sarcini: *„Aparatul trebuie să genereze o perdea de aer astfel încât să împiedice intrarea în incintă a aerului ambiental când ușile de acces sunt deschise”*.

Referitor la modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, autoritatea contractantă face precizarea că ... a indicat cele cuprinse în manual, la pag. 54, unde producătorul a menționat: *„În cazul în care orificiile sau panourile de acces sunt deschise, o perdea de aer cald rămâne în loc, prevenind răcirea compartimentului pacientului.”* Referitor la cele comunicate de producător la pag. 21 din manual și invocate de contestator, se arată că, preventiv, a fost specificat: *„Următoarele situații pot duce la hipotermie sau hipertermie a pacientului:*

Orificiile de acces sau panourile de acces sunt lăsate deschise.

Tava de saltea sau tava de radiografie sunt lăsate trase în afară.

Deschideți numai temporar orificiile de acces sau panourile de acces și numai atâta timp cât este necesar.

Trageți numai temporar tava de saltea sau tava de radiografie și numai atâta timp cât este necesar.”

Așa după cum se poate observa, producătorul indică niște situații care pot conduce la hipotermie sau hipertermie, dar acest lucru nu înseamnă în mod automat că echipamentul nu este capabil să împiedice intrarea aerului ambiental în situația deschiderii ușilor de acces. Așa după cum chiar producătorul indică, echipamentul are posibilitatea de a crea o perdea de aer inclusive în situația în care panourile de acces sunt deschise.

Posibilitatea distribuției inegale de căldură, în situația înclinării tăvii saltelei, nu are nicio legătură cu perdeaua de aer pe care echipamentul o asigură, în concluzie operatorul economic a demonstrat, prin documentele prezentate, îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini.

4. Referitor la cerința *„Introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente trebuie să se facă fără deschiderea capacului astfel încât temperatura din interior să nu se modifice”*

Autoritatea contractantă precizează că, prin clarificarea postată în SEAP în data de 27.12.2018, această cerință a fost modificată, noul conținut fiind următorul: *„Introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente trebuie să se facă astfel încât temperatura din interior să nu se modifice”*.

Referitor la modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, ... a indicat manualul echipamentului, pag. 126 – 127, unde se poate observa că introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente sunt operațiuni care se fac fără a afecta incinta aparatului, fiind astfel înlăturată posibilitatea modificării temperaturii.

Așa după cum s-a arătat mai sus, avertizările prezentate la pag. 21 din manual și invocate de contestator vizează situații limită, de operare greșită a echipamentului, respectiv situația în care tava de radiografie este lăsată trasă afară. Tocmai pentru a preîntâmpina o astfel de situație, producătorul indică: *„Trageți numai temporar tava de saltea sau tava de radiografie și numai atâta timp cât este necesar.”*

Este evident că, în condițiile în care echipamentul oferat este capabil să asigure în mod automat reglarea temperaturii, operarea tăvii de radiografie în condiții normale nu este de natură a modifica temperatura din interior, în condiții normale de operare neexistând niciun pericol pentru pacient.

Se poate aprecia, așadar, din cele de mai sus, că cerința este îndeplinită în mod corespunzător.

5. Cu privire la cerința *„Să fie dotat cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg cu sensibilitate de maxim 10 grame”*

Referitor la modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, autoritatea contractantă precizează faptul că ... a indicat pag. 198 din manualul echipamentului, unde se specifică: *„Interval de măsurare (inel. tarare) - 200 până la 10000 g (0,44 lb până la 22 lb), Domeniul de afișare - 0 până la 10045 g (0 până la 22 lb 2 oz), Toleranță de măsurare - 0 până la 2500 g (0 până la 5,5 lb): 2,5 g (0,0055 lb) pentru sarcini peste 2500 g (5,5 până la 22*

lb): 5 g (0,011 lb)", de unde rezultă că echipamentul oferat este dotat cu un cântar care are specificații superioare celor solicitate.

Specificațiile cântarului, în această speță, nu au nicio legătură cu domeniul de utilizare al echipamentului descris, așa după cum arată contestatorul, la pag. 8 din manual, în plus, în specificațiile tehnice, autoritatea contractantă nu a indicat nicăieri dimensiunile sau greutatea maximă a pacienților.

Totuși, dat fiind faptul că incubatoarele care fac obiectul achiziției sunt destinate nou născuților, în special celor prematuri, comisia de evaluare a apreciat că echipamentul oferat de ... corespunde scopului pentru care este achiziționat, întrucât, din practica curentă, nou-născuții cu greutate mai mare de 5 kg nu necesită utilizarea incubatoarelor.

Dacă însă se face referire la nou-născuții prematuri, atunci experiența specialiștilor care fac parte din comisia de evaluare a ofertelor arată că aceștia nu ating în niciun caz greutăți mai mari de 5 kg și nici nu au înălțimi mai mari de 55 cm, ba, dimpotrivă, atât greutatea la naștere, cât și înălțimea lor sunt mult sub specificațiile echipamentului.

Din aceste motive, cerința referitoare la dotarea echipamentului cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg cu sensibilitate de maxim 10 grame este pe deplin îndeplinită.

Cu privire la punctele 6, 7 și 9 din contestația depusă de către ..., respectiv cu privire la dotarea echipamentului cu suport pentru monitor pentru funcții vitale, coș pentru accesorii și polițe pentru susținerea diverselor accesorii / echipamente medicale, autoritatea contractantă arată că ofertantul a indicat, în cuprinsul propunerii tehnice, următoarele:

- în ceea ce privește suportul pentru monitor pentru funcții vitale, a fost indicat manualul echipamentului pag. 42, cu specificația „în configurație”, fiind astfel subliniat faptul că suportul va fi livrat fără costuri, împreună cu echipamentul. De asemenea, la pag. 42 se arată că dispozitivul de bază dispune de șine pentru montarea accesoriilor, de exemplu, monitoare, seringi pompă, rafturi.

- în ceea ce privește coșul pentru accesorii, ofertantul a făcut trimitere la documentul Accessory catalogue pag. 317.

- în ceea ce privește polițele pentru susținerea diverselor accesorii / echipamente medicale, ofertantul a făcut trimitere la manualul echipamentului pag. 42, cu specificația „în configurație”, fiind astfel subliniat faptul că suportul va fi livrat fără costuri, împreună cu echipamentul. De asemenea, la pag. 42 se arată că dispozitivul de bază dispune de șine pentru montarea accesoriilor, de exemplu, monitoare, seringi pompă, rafturi.

Mai mult, având în vedere că toate aceste componente sunt produse de ... și în condițiile în care declarațiile de conformitate specificate de contestator sunt emise tot de ..., iar documentul Accessory catalogue cuprinde o gamă largă de accesorii pe care ... le comercializează, este greu de presupus că, însuși producătorul nu își aprobă, prin declarații de conformitate, accesoriile produse de el însuși.

Autoritatea contractantă apreciază că aspectele contestate cu referire la aceste accesorii sunt nefondate, iar cele susținute în contestație nu sunt de natură a demonstra neîndeplinirea cerințelor respective.

8. Cu privire la cerința „Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut”.

În cuprinsul propunerii tehnice transmise, ... a specificat următoarele: *„Pe parcursul dezvoltării produsului s-a discutat cu grupul de clinicieni despre facilitarea unui acces ușor la nou-născut. Experții în neonatologie au solicitat cel mai ușor acces la copil, în special pentru intervențiile de intubare sau pentru plasarea unei linii centrale. ...oferă un acces foarte bun, deoarece toate panourile de acces lateral pot fi deschise, iar patul poate culisa în afară. Utilizatorii clinici au confirmat faptul că ...oferă un acces excepțional de simplu și de rapid la copil, pentru toate procedurile.”*

De asemenea, ofertantul a indicat pag. 55 din manual și, întrucât la pagina indicată nu s-au regăsit decât informații referitoare la mișcarea de translație a saltelei și a suportului acesteia, prin adresa nr. 38328/02.07.2019 s-a solicitat operatorului economic să clarifice modalitatea de îndeplinire a cerinței.

Operatorul economic a transmis răspunsul său, în termenul solicitat, prin postare în SEAP, semnat electronic, nr. 630/05.07.2019, înregistrat cu nr. 39563/08.07.2019, răspuns potrivit căruia echipamentul oferă acces foarte bun la copil, prin deschiderea tuturor panourilor laterale.

Comisia de evaluare a apreciat răspunsul ca nefiind complet și de natură a clarifica în mod indubitabil posibilitatea ca salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de rotație, motiv pentru care, prin adresa nr. 41902/18.07.2019 s-a solicitat operatorului economic să comunice în mod clar și fără echivoc dacă salteaua și suportul acesteia permit mișcări de rotație. Operatorul economic a transmis răspunsul său, în termenul solicitat, prin postare în SEAP, semnat electronic, înregistrat cu nr. 43032/24.07.2019, prin care a comunicat că salteaua și suportul permit mișcări de rotație. În sprijinul celor afirmate, operatorul economic a atașat răspunsului său și o declarație a producătorului, datată 22.07.2019.

Autoritatea contractantă precizează că, prin transmiterea celei de-a doua solicitări de clarificări, nu a avut nicidecum intenția de a favoriza operatorul economic ..., ba, dimpotrivă, constatând că răspunsul la prima solicitare de clarificări nu a fost de natură a clarifica aspectele solicitate, prin adresa nr. 41902/18.07.2019 s-a solicitat operatorului economic să comunice în mod clar și fără echivoc dacă salteaua și suportul acesteia permit mișcări de rotație.

Totodată, autoritatea contractantă nu poate aprecia că, prin transmiterea celei de-a doua solicitări de clarificări, s-ar fi încălcat principiul transparenței, cu atât mai mult cu cât, după primirea răspunsurilor la mai multe solicitări de clarificări adresate ofertanților care au depus oferte și pentru celelalte loturi din cadrul achiziției, s-a constatat că au rămas o serie de aspecte neclarificate, motiv pentru care a fost transmis al doilea set de solicitări de clarificări.

Având la dispoziție răspunsurile formulate de ..., răspunsuri întărite de declarația producătorului mai sus menționată, potrivit căreia salteaua și suportul acesteia permit mișcarea de rotație, comisia de evaluare a constatat îndeplinirea în totalitate a cerinței respective.

10. Cu privire la cerința „Echipamentul să fie dotat cu un display touch screen intuitiv care să permită identificarea corectă și ușoară a parametrilor afișați”

Autoritatea contractantă menționează că în cuprinsul propunerii tehnice transmise, ... a indicat pag. 32 și 33 din manualul echipamentului, unde unitatea de afișare cuprinde un ecran tactil, folosit pentru operarea interfeței grafice a utilizatorului. Butonul la care face referire contestatorul asigură siguranța setărilor, acesta având, suplimentar, și funcția de confirmare a setărilor introduse. Mai mult, existența acestui buton elimină riscul modificării accidentale a setărilor, în situația atingerii ecranului tactil. De altfel, în practica curentă nu există noțiunea de „ecran parțial tactil”.

În plus, potrivit celor indicate la pag. 32 și 33, ecranul permite identificarea corectă și ușoară a parametrilor afișați, cerința fiind astfel îndeplinită.

11. Cu privire la cerința „Capacitatea încălzitorului minim 450W”

Autoritatea contractantă arată că în cuprinsul propunerii tehnice transmise, ... a atașat o declarație a producătorului, potrivit căreia capacitatea maximă a încălzitorului este de 610 W.

Având la dispoziție documentele prezentate, comisia de evaluare a constatat că cerința privind capacitatea minimă este îndeplinită, cu atât mai mult cu cât, prin caietul de sarcini nu a fost impusă o valoare maximă a acestei capacități.

În plus, la pag. 6 din manual se specifică: „În funcție de configurație, produsele și ecranul prezentat în acest document pot fi diferite de produsele reale de la fața locului”. Mai mult, pe ultima pagină a manualului, este menționat: „Aceste instrucțiuni de utilizare sunt furnizate numai pentru informarea clientului și sunt actualizate sau schimbate numai la solicitarea clientului.”

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea ca nefondată a contestației formulată de ...

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 18.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 47096/18.11.2019, ... a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită, pentru lotul 2, respingerea contestației ... ca nefondată, menținerea deciziei autorității contractante și a tuturor actelor cu privire la declararea ofertei sale ca admisibilă, conformă și câștigătoare și cu menținerea contestatorului pe locul al doilea, respingerea cererii contestatorului de efectuare a unei expertize tehnice cu privire la produsul ofertat, precum și admiterea cererii de a depune concluzii oral în fața Consiliului, în cazul în care cererea contestatorului cu acest obiect va fi admisă.

I. Situația de fapt.

Intervenientul arată că licitația electronică s-a desfășurat între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00. În conformitate cu raportul procedurii, în urma acestei etape s-a constatat următorul clasament al ofertanților participanți în cadrul Lotului 2: locul 1 – ... - valoare unitară 79.730,00 lei fără TVA, valoare maximă acord-cadru 30.456.860,00 lei fără TVA și locul 2 – ... - valoare unitară 134.554,973822 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru 51.400.000,00 lei fără TVA.

Prin adresa autorității contractante nr. 60046/28.10.2019, intervenientului i-a fost comunicat rezultatul procedurii de atribuire cu nominalizarea, pentru loturile contestate, a fiecărui câștigător, a prețului unitar al ofertei acestuia, precum și a valorii maxime a acordului-cadru.

Cu privire la lotul 2, intervenientului i-a fost adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, astfel cum a fost detaliată din punct de vedere financiar.

II. Asupra netemeinicii argumentelor aduse de contestator.

Contestatorul susține că, în urma studierii dosarului achiziției publice la sediul autorității contractante, a dedus că aceasta nu a efectuat o evaluare temeinică a ofertei intervenientului și că o astfel de evaluare ar fi impus respingerea respectivei oferte ca neconformă.

Sintetizând motivele de nelegalitate cu privire la această evaluare, contestatorul aduce următoarele argumente cu privire la specificațiile tehnice pe care le consideră nerespectate și pe care intervenientul le analizează în cele ce urmează:

1. Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu, prin acționarea unei singure comenzi.

Contestatorul subliniază că această condiție nu a fost respectată și că oferta intervenientului ar fi trebuit respinsă pentru că echipamentul propus presupune acționarea a două comenzi și nu a uneia singure, îngreunându-se astfel accesul copiilor și creându-se, pe cale de consecință, o stare de pericol la adresa siguranței pacientului.

Intervenientul solicită Consiliului să observe caracterul nefondat al acestei critici, întrucât în cazul incubatorului ... ofertat, tranziția dintr-un mod în altul se face prin acționarea unei singure comenzi de închidere/deschidere a cupolei, așa cum este descris în manual, pag. 76 (Capitolul 6.7: Tranziție, în care este descrisă tranziția între operarea ca incubator și operarea ca încălzitor radiant) și pe care o redă în continuare.

Astfel, produsul ofertat ... îndeplinește cerința tehnică indicată la punctul 1, asigurând totodată o termoreglare eficientă, nepunând în niciun moment în pericol siguranța pacientului. Reglarea temperaturii în timpul tranziției este descrisă în manualul produsului, la pag. 77, pe care, de asemenea, o redă, pentru ușurința urmăririi argumentului de utilizare.

2. Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură

Contestatorul învederează, în mod corect, că intervenientul a solicitat, după publicarea documentației de atribuire, o clarificare cu privire la această specificație tehnică, prin care s-a propus eliminarea mențiunii cu privire la pereții dubli, câtă vreme obiectivul urmărit de autoritatea contractantă este acela al evitării pierderilor de temperatură. În continuarea criticii sale, contestatorul detaliază aspectele tehnice care, în înțelegerea sa, conturează concluzia că echipamentul ofertat de intervenient generează pierdere de căldură, asupra căreia acesta detaliază, în același registru tehnic, argumentele pentru care soluția propusă este conformă cu cerințele caietului de sarcini.

Intervenientul arată, așadar, Consiliului că rațiunea existenței pereților dubli o reprezintă finalitatea acestora, respectiv minimizarea condensului

(prin menținerea unei temperaturi constante) și evitarea pierderilor de temperatură.

Însă, minimalizarea condensului și implicit păstrarea constantă a temperaturii se pot realiza prin diverse soluții tehnice, superioare sau echivalente celei cu pereții dubli.

Astfel, incubatorul ... propus, oferă o soluție superioară cu respectarea finalității urmărite care, fără a necesita pereți dubli mecanici, presupune conducte de aer dedicate pe ambele părți pentru a furniza un flux de aer în compartimentul pacientului. Aceste conducte de aer garantează o perdea de aer stabilă, atunci când panourile laterale sunt deschise.

Așa cum este specificat în scrisoarea redactată de producător în acest sens (anexa - CustomerletterDouble Wall), începând cu apariția, în 2001, a incubatorului „...” pentru nou-născuți, a fost îmbunătățită concepția canalelor de aer combinate cu încălzitorul prin convecție, prin renunțarea la pereții dubli. Utilizând un ventilator puternic, a devenit posibilă obținerea unui climat la fel de stabil ca în cazul pereților dubli. Perdelele de aer automate sunt activate la deschiderea panourilor laterale. Debitul continuu de aer reduce și condensul din incubator, datorat nivelelor ridicate de umiditate.

Pentru copiii prematuri foarte mici, pentru care sunt necesare, în incubator, temperaturi ale aerului de peste 37°C și umiditate mai mare de 80% - umiditate relativă, se poate plasa un perete dublu suplimentar pe porțiunea de capac a incubatorului „...”. Acesta rezolvă problema pierderilor prin radiație din incubator și menține climatul stabil chiar și pentru aceste reglaje extreme ale incubatorului.

Dezvoltarea „IncuWarmer ...” a continuat linia îmbunătățirilor dispozitivelor ... de tratament prin căldură. Urmând proiectul ..., fără a fi necesari pereți dubli, ...are conducte de aer dedicate pe ambele părți laterale pentru a asigura fluxul de aer într-un mod sofisticat în compartimentul pacientului. Viteza aerului este minimă pe pacientul care este culcat pe saltea, dar microclimatul este stabil, chiar și la reglaje extreme ale incubatorului cu temperatura aerului de peste 37°C și nivele ridicate de umiditate de 80% umiditate relativă sau mai mari, necesare pentru copiii născuți prematur, foarte mici.

În plus, conductele de aer garantează o perdea stabilă de aer atunci când panourile laterale lungi sunt deschise, astfel cum este descris în imaginea prezentată.

Concepția ...IncuWarmer, o combinație de incubator și încălzitor prin radiație, asigură un încălzitor prin radiație fix, deasupra incubatorului. Încălzitorul prin radiație funcționează la o intensitate redusă și atunci când dispozitivul este utilizat ca incubator, aducând un aport suplimentar de căldură în porțiunea superioară a capacului.

Acest lucru reduce gradientul de temperatură al carcusei, rezultând o reducere a condensului, în timp ce nivelurile de umiditate ridicate și temperaturile mai mari ale aerului sunt stabilite. Această funcție ClearView poate fi denumită și „pereți dubli electronici”, un perete dublu mecanic fiind înlocuit de încălzirea electronică a carcusei.

Astfel, față de incubatorul ..., IncuWarmer poate renunța complet la pereții dubli mecanici. Concepția IncuWarmer ...rezolvă în mod optim

termoreglarea, dar și prevenirea infecțiilor, având un număr limitat de piese care trebuie demontate și curățate.

3. Aparatul trebuie să genereze o perdea de aer astfel încât să împiedice intrarea în incintă a aerului ambiental când ușile de acces sunt deschise.

În privința acestui aspect, intervenientul precizează că se poate observa lipsa unui argument concret al contestatorului pentru care oferta ar fi inadmisibilă, acesta subliniind doar concluzia că oferta a fost declarată în mod netemeinic admisibilă.

Așa cum este specificat în scrisoarea redactată de producător în acest sens, (Customer letter Double Wall) și cum de altfel s-a precizat mai sus, echipamentul ofertat, ... presupune conducte de aer dedicate pe ambele părți, pentru a furniza un flux sofisticat de aer în compartimentul pacientului. Aceste conducte de aer garantează o perdea de aer stabilă, atunci când panourile laterale sunt deschise.

Referitor la modul inegal de distribuție a căldurii: acest lucru este valabil pentru toți producătorii, inclusiv pentru soluția oferită de contestator, din cauza diferențelor de temperatură în poziție înclinată. Standardele permit diferențe puțin mai mari atunci când salteaua este înclinată (nu poate depăși 1 °C în loc de 0,8 °C în poziție fixă). Așadar, inclusiv în IFU ... este inclus un mesaj de precauție similar.

4. Introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente trebuie să se facă fără deschiderea capacului astfel încât temperatura din interior să nu se modifice.

Cu privire la acest aspect, intervenientul menționează că respectivul contestator nu formulează nicio critică referitoare la neîndeplinirea condiției în sine, ci atrage atenția că există posibilitatea ca tava de saltea sau de radiografie pot fi uitate deschise. Așadar, nu se pune la îndoială că la dispozitivul ofertat de intervenient, introducerea sau înlăturarea casetei se face fără deschiderea capacului, astfel încât temperatura să se modifice, ci se invocă, neîntemeiat, un amănunt fără relevanță în raport de cerința menționată.

Pentru a răspunde totuși, inclusiv sub acest aspect, se arată că design-ul clapetei raze X și tava sunt proiectate astfel încât să minimizeze pierderile de căldură. Utilizarea corectă este descrisă clar în Instrucțiunile de folosire. (Manual ..., pag. 127). În cazul în care clapeta rămâne, în mod accidental, deschisă, alarma de temperatură va anunța utilizatorul și se redă, în imagine, structura incubatorului și detaliul referitor la tava solicitată. De altfel, echipamentul conține instrucțiuni cu privire la toate detaliile pe care utilizatorul trebuie să le aibă în vedere pentru evitarea unei erori în utilizare, astfel cum sunt redată în imaginea respectivă.

5. Să fie dotat cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg

Conform precizărilor contestatorului, concluzia neconformității ofertei intervenientului rezidă în faptul că „dispozitivul oferă un mediu reglat termic pentru pacienții cu o greutate corporală de până la 5 kg (11 lbs) și o înălțime de până la 55 cm (22 in)”.

Intervenientul arată că în specificațiile tehnice ale incubatorului se menționează că modelul ...permite terapia prin încălzire pentru pacienții mai

mari. Cântarul poate suporta greutatea pacienților de până la 10 kg (Manual ..., pag. 198, Date tehnice, cap. 14.4: „Intervalul de măsurare al cântarului: 200 - 10000 g”). De altfel, dimensiunea salteii cu 450 mm x 690 mm (17,72 in x 27,17 in) este una dintre cele mai mari din incubatoare. Toate aceste detalii au fost în mod corect observate de autoritatea contractantă la momentul evaluării tehnice și sunt confirmate de producător, astfel cum rezultă din Scrisoarea Producătorului anexată. Pe de altă parte, intervenientul amintește că greutate normală la nașterea la termen este în jur de 3 kg, fiind evident mai mică pentru copiii născuți prematur. Cu toate acestea, greutatea suportată conform scrisorii producătorului, precum și datelor tehnice este de 10 kg și nu de max. 7 kg, așa cum susține contestatorul.

6. Incubatorul să fie dotat cu suport pentru monitor funcții vitale

Nefiind necesar să abordeze mențiunile tehnice la care face referire contestatorul, fiind fără relevanță sub acest aspect, intervenientul arată că cerința este într-un total îndeplinită, așa cum rezultă din documentul de conformitate atașat, fiind prevăzut „suportul multifuncțional”, dar și în manualul de utilizare (pag. 57) în care se identifică, la punctul 5.1, zonele 1, 2 și 6, reprezentând șină suport pentru monitorul funcțiilor vitale.

De asemenea, în Lista de accesorii ... sunt prevăzute „Braț pivotant, șină verticală VESA, 200 și 300”, reprezentând suportul pentru montarea monitoarelor.

7. Incubatorul să fie dotat cu coș pentru accesorii

În aceeași măsură ca la punctul precedent, aluziile contestatorului sunt contrazise de documentul atașat și din care se poate lesne deduce că cerința este într-un total îndeplinită, fiind prevăzut „raftul suplimentar”.

De altfel, în manualul de utilizare (pag. 57) se identifică la punctul 5.1, zona 4, reprezentând sertar, ceea ce reprezintă tocmai dispozitivul pentru accesorii.

8. Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut

Intervenientul subliniază un aspect esențial, acela că salteaua rotativă este doar o modalitate de a oferi acces la pacient. Această soluție este însă una brevetată, astfel încât poate fi oferită de un singur producător. Intervenientul a conceput o soluție care oferă acces excelent la pacient, fără riscurile suplimentare pe care le implică o saltea rotativă și pe care contestatorul le detaliază în precizările sale referitoare la solicitarea de clarificări formulate după publicarea documentației de atribuire. Aceste riscuri sunt descrise în mod clar ca avertisment în documentația GE.

Practic, toate saltelele și, implicit și pacientul pot fi roțiți de către personalul de specialitate din spital, asigurând astfel abordul optim la nou născut, dar și mobilizarea minimă a prematurului.

În plus, având salteaua încălzită, ...oferă căldură conductivă în toate scenariile, fiind exclus riscul electrocutării.

Și în acest caz, autoritatea contractantă a avut în vedere, la momentul evaluării tehnice, în mod corect, finalitatea practică urmărită, și anume accesul optim la nou născut, constatând că soluția ofertată de intervenient este una care asigură standardele cele mai înalte și oferă accesul optim la pacient în condiții de securitate crescută. Câtă vreme obiectivul avut în

vedere este satisfăcut, declararea ofertei ...ca neconformă, sub acest aspect, ar fi o soluție care ar favoriza doar un producător.

Totodată, intervenientul subliniază încă o dată că ... deține un patent cu privire la această funcționalitate, ceea ce limitează posibilitatea altor producători de a oferi incubatoare cu acest parametru. De altfel, includerea, între specificațiile tehnice, a unor cerințe care se referă la brevete, este nelegală dacă aceasta nu este justificată de obiectul contractului - art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Ipoteza permisă de legiuitor în care, între specificațiile tehnice, pot fi precizate cerințe legate de un brevet, reprezintă o situație excepțională, respectiv atunci când nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului - art. 156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, ceea ce nu este cazul în speța de față, autoritatea contractantă menționând care este scopul urmărit, anume acela al unui acces ușor la pacient.

Mai mult, din experiența practică a medicilor neonatologi, necesitatea de a roti nou-născutul cu 360° este foarte scăzută. Opțiunea majorității producătorilor este aceea ca tava/suportul saltelei să rămână imobil(ă) pentru a preveni riscul unei debutării involuntare în timpul rotației. De asemenea, în ipoteza unui incubator staționar, cum sunt cele pe care autoritatea contractantă intenționează să le achiziționeze în urma acestei proceduri de atribuire, acesta permite accesul la noul-născut deopotrivă pe părțile laterale și pe deasupra. Totodată, salteaua, nefiind fixată de suport, poate fi rotită fără nicio dificultate de către personalul medical dacă survine o situație în care această manevră este necesară. Așadar se oferă o mobilitate maximă, fapt pentru care intervenientul consideră corectă, proporțională și legală decizia autorității contractante de a nu-i declara inadmisibilă oferta sub acest aspect.

9. Incubatorul să fie prevăzut cu polițe pentru susținerea diverselor accesorii/echipamente medicale

Sub acest aspect, contestatorul face din nou inventarul accesoriilor aprobate pentru incubatorul ofertat de intervenient și deduce, pe cale de interpretare, că cerința nu este îndeplinită. Concluzia contestatorului este contrazisă de manualul de utilizare (pag. 57), în care se identifică la punctul 5.1, zonele 1, 2 și 6, polițele pe care se pot monta diversele accesorii sau dispozitive medicale, reprezentând sertar, ceea ce reprezintă tocmai dispozitivul pentru accesorii.

10. Echipamentul să fie dotat cu un display touch screen intuitiv care să permită identificarea corectă și ușoară a parametrilor afișați

Incubatorul ... este echipat cu un ecran tactil intuitiv de 10,4", care permite identificarea ușoară a tuturor parametrilor. Afișajul este structurat clar în valori setate și măsurate. Codul de culori oferă suport suplimentar pentru interacțiunea intuitivă a utilizatorului. Butonul rotativ face parte din interfața intuitivă a utilizatorului și asigură clar deciziile și setările. ...folosește sistemul „atinge-rotește-confirmă" utilizat cu succes dovedit la o gamă largă (mii de produse ...), inclusiv ventilatoare pentru neonatologie și adulți, precum și stații de lucru pentru anestezie.

Contestatorul admite de altfel că ecranul produsului ...este unul de tip touch-screen, însă consideră că, butonul rotativ suplimentar la care se face referire, constituie un amănunt care ar fi trebuit să ducă la respingerea

ofertei ca neconformă. Or, este neechivoc faptul că intervenientul a respectat condiția minimală solicitată, dotarea incubatorului cu un mecanism suplimentar care facilitează utilizarea acestuia, neputând să constituie un motiv de respingere ca inadmisibilă a ofertei.

11. Capacitatea încălzitorului minim 450 W

Se învederează sub acest aspect că soluția ofertată și analizată de autoritatea contractantă în cadrul etapei evaluării tehnice satisface cerința minimală pre-publicată, astfel cum rezultă din descrierea de mai jos și din scrisoarea producătorului „Capacitatea încălzitorului”.

Atunci când este deschis capacul protector, dispozitivul funcționează în mod automat ca un încălzitor radiant. Pacientul este încălzit de încălzitorul radiant, care este amplasat în partea superioară a coloanei principale. Încălzitorul radiant este compus din două elemente de încălzire, pentru a furniza o distribuire uniformă a căldurii, de-a lungul zonei saltelei. Când încălzitorul radiant este setat la 100%, puterea maximă totală a elementelor de încălzire este 610W.

III. Asupra cererii de administrare a probei cu expertiza tehnică

Contestatorul solicită efectuarea unei expertize tehnice cu privire la îndeplinirea condiției nr. 8 din cele expuse în cadrul contestației, anume cea care impune ca Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut, întemeindu-se pe dispozițiile codului de procedură civilă.

Pe de altă parte, art. 330-339 din codul de procedură civilă, invocate ca temei de drept de către contestator, prevăd cadrul procedural și condițiile privind efectuarea expertizei, în legătură cu care intervenientul își exprimă opinia că nu sunt întru totul compatibile cu procedura de soluționare a contestației de către C.N.S.C.

Este drept că Legea nr. 101/2016 prevede că pot fi administrate orice mijloace de probă permise de lege, fără să facă însă referire la acestea. Totuși, reglementarea mijlocului de probă cu expertiză, în condițiile codului de procedură civilă, nu se suprapune cu dezideratele desfășurării procedurii de soluționare în fața Consiliului, care este ținut de respectarea unor termene imperative și se evocă prevederile art. 15. alin. (1) și art. 24 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Administrarea acestui mijloc de probă în fața Consiliului ar face imposibilă respectarea obligației de soluționare în termen a contestației, având în vedere posibilele incidente procedurale referitoare la expert sau la cererile ulterioare ale părților legate de raportul de expertiză.

Dincolo de problema admisibilității probei, în cazul de față nu se dovedește că expertiza ar fi utilă soluționării cauzei, asupra mobilității produsului ofertat de intervenient, existând suficiente date în cadrul documentației depuse. Raportul de expertiză nu ar face altceva decât să întârzie soluționarea cauzei și finalizarea procedurii de achiziție prin încheierea contractului, pentru a constata, în final, că specificațiile tehnice propuse satisfac nevoia de mobilitate a incubatorului. Așa cum s-a arătat, acesta permite atât mișcări de translație, cât și de rotație, fiind prevăzut cu 3 zone de abord al pacientului, în condiții maxime de securitate, existând declarații ale producătorului și documente descriptive ale funcționalității produsului care au format decizia autorității contractante de a califica oferta ca admisibilă.

Pentru aceste motive, intervenientul solicită Consiliului respingerea ca inadmisibilă, și în subsidiar, ca lipsită de utilitate, a cererii de administrare a mijlocului de probă cu expertiza tehnică, în condițiile codului de procedură civilă.

IV. Concluzii

Concluzionând, ... solicită Consiliului, pentru lotul 2, respingerea contestației ... ca nefondată, menținerea deciziei autorității contractante și a tuturor actelor cu privire la declararea ofertei sale ca admisibilă, conformă și câștigătoare și cu menținerea contestatorului pe locul al doilea, precum și respingerea cererii contestatorului de efectuare a unei expertize tehnice cu privire la produsul oferat.

Prin adresa nr. 2105/26.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 48469/26.11.2019, ... transmite concluzii scrise, întocmite în urma studierii dosarului achiziției publice constituit la CNSC, privind soluționarea contestației sale și a cererii de intervenție formulată de ..., prin care arată următoarele:

Sinteza motivelor de nelegalitate cu privire la evaluarea ofertei depusă de ...

În continuare, contestatorul procedează la prezentarea succintă a motivelor de nelegalitate identificate cu privire la oferta depusă de ... și pentru care apreciază că autoritatea contractantă avea obligația legală de a declara oferta acestuia ca fiind neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, astfel:

1) Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu prin acționarea unei singure comenzi

Atât din cuprinsul punctului de vedere al autorității contractante, cât și din cererea de intervenție, rezultă că ambele entități fac raportare strict la modul în care poate fi urcată sau coborâtă cupola echipamentului care, într-adevăr, poate fi realizată printr-o singură comandă/acțiune.

Cerința din documentația de atribuire impusă de autoritatea contractantă și obligatorie pentru toți participanții, este aceea de a dovedi faptul că, selectarea modului de funcționare închis sau deschis se face prin acționarea unei singure comenzi. Cu alte cuvinte, simpla închidere sau deschidere a cupolei NU garantează funcționarea în parametrii de siguranță specifici modului de funcționare selectat, astfel cum însuși producătorul menționează în Instrucțiunile de utilizare ... (document anexat contestației), unde prezintă note de PRECAUȚIE privind distribuția inegală a căldurii în cazul în care tava de saltea este înclinată sau salteaua nu se află la cea mai înaltă poziție în mod încălzitor, indicând pașii ce trebuie urmați pentru a preveni această distribuție inegală a căldurii ce ar putea pune în pericol siguranța și evoluția favorabilă a pacientului, având chiar posibile cauze majore cum ar fi decesul acestuia.

Un alt aspect de care trebuie să se țină cont este faptul că, distanța dintre încălzitor și bebeluș are impact asupra temperaturii prematurului, deoarece iradierea este invers proporțională cu pătratul distanței de la sursă, de exemplu: un obiect (de aceeași dimensiune) de două ori mai departe, primește doar un sfert de energie.

Prin urmare, ajustarea înălțimii saltelei NU este o etapă neglijabilă, mai ales dacă producătorul recomandă acest lucru prin instrucțiunile de utilizare.

În timp ce un bebeluș prematur se află în incubator, capacul trebuie deschis doar în cazurile necesare, de exemplu condiții care pot pune viața în pericol, sau introducerea liniilor IV etc., în aceste cazuri, fiecare secundă de întârziere a tratamentului contează sau nu oferă pacientului un nivel adecvat de încălzire, poate pune în pericol pacientul.

Interpretarea autorității contractante potrivit căreia manevrele indicate de ... precum și de producătorul ... la pag. 51, ar fi acțiuni suplimentare ce nu afectează și nu condiționează modul de operare a echipamentului, este complet eronată, conducând către un act medical inadecvat, ce nu ține cont de siguranța pacientului.

Tocmai recomandările ... menționate în Instrucțiuni de utilizare (pag. 51), sunt făcute pentru a obține o performanță garantată la standardele de concepție ale echipamentului și, în consecință trebuie respectate. Ignorarea avertismentelor și recomandărilor producătorului conduc către o utilizare defectuoasă a echipamentului, iar scopul terapeutic al acestuia nu este atins.

Contestatorul reiterează faptul că, în oferta tehnică depusă, ofertantul susține că îndeplinește prezenta cerință, indicând pag. 25 din Instrucțiunile de utilizare ..., pagină la care se regăsește secțiunea 3.1.1 Prezentare generală a modurilor de operare, în cadrul căreia se indică faptul că dispozitivul poate fi utilizat atât ca un incubator, cât și ca un încălzitor radiant.

În concluzie, este indubitabil că, pentru a activa echipamentul în oricare din cele două moduri de funcționare sunt necesare 2 comenzi: una de ridicare/coborâre a cupolei, iar cealaltă de ajustare a poziției tăvii saltelei, astfel cerința tehnică solicitată nu este îndeplinită de

În continuare, contestatorul inserează recomandările fundamentale din Instrucțiunile de utilizare (pag. 51).

Din toate argumentele prezentate, este indubitabil că, în mod eronat, oferta ... - ... a fost declarată ca fiind conformă, având în vedere că nu îndeplinește această cerință minimă, obligatorie, impusă de însăși autoritatea contractantă, care vizează faptul ca aparatul să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis.

2) Aparatul să fie dotat cu panouri cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură

Contestatorul evidențiază faptul că, deși autoritatea contractantă nu a acceptat solicitarea de clarificări de a reformula această cerință, cu toate acestea, ignorând această exigență impusă prin documentația de atribuire, confirmată prin clarificări, ... ofertează incubatorul ... care nu îndeplinește această cerință, acest incubator nefiind dotat cu panouri laterale prevăzute cu pereți dubli, consecința fiind pierderea căldurii.

Faptul că incubatorul ... ofertat nu îndeplinește această cerință este confirmat chiar de ... prin cererea de intervenție (pag. 6/15).

Cu toate că, deși, din înscrisurile aflate la dosarul achiziției publice se observă că ... a recunoscut, în urma solicitării de clarificare primită în data de 02.07.2019, în procesul de evaluare, că produsul ofertat ...nu dispune de panouri laterale cu pereți dubli, cu toate acestea, în mod nelegal, autoritatea contractantă declară respectiva ofertă ca fiind conformă. Soluția propusă de

acesta este de a utiliza funcția ClearView cu rol de a reduce condensul din partea interioară a capacului, conform informațiilor indicate Instrucțiuni (pag. 71). Tot la această pagină este menționat faptul că, în mod similar, funcția ClearView poate fi folosită pentru LIMITAREA aburirii în interiorul capacului.

Contestatorul reliefează că, în toate aceste specificații tehnice privind rolul ClearView, se menționează că această funcție are impact doar asupra capacului incubatorului, neglijându-se pereții laterali ai incubatorului, pereți ce se află în imediata vecinătate a copilului, spre deosebire de capacul incubatorului.

De asemenea, un alt aspect important este faptul că pereții laterali ai incubatorului pot suferi modificări termice cauzate de prezența în apropierea incubatorului a unor surse de căldură diferite, provenite de la diverse echipamente medicale sau surse de încălzire naturală sau artificială. În aceste condiții, au loc schimburi termice ce pot provoca condens, respectiv instabilitate termică. Prin urmare, această instabilitate termică, precum și prezența condensului, reprezintă principalii factori de stres termic ce pot cauza hipo sau hipertermii. În acest sens, contestatorul inserează o serie de informații fundamentale, existente la pag. 71 din Instrucțiuni.

În plus, dacă utilizatorul dorește utilizarea unei huse pentru incubator în scopul reducerii zgomotelor ambientale sau asigurării microclimatului zi/noapte și a temperaturii constante, conform informațiilor din documentul colecția Ghiduri clinice pentru neonatologică Ghidul 11/Revizia 1, 24.07.2010 (pag. 10) - anexat, prin utilizarea funcției ClearView acest lucru nu poate fi făcut, deoarece plasarea husei pe capac conduce la blocarea trecerii căldurii de la încălzitorul radiant.

Astfel, în baza celor menționate, se reiterează faptul că, această cerință tehnică menționată în caietul de sarcini nu este îndeplinită de către produsul oferit de ..., respectiv ..., Cu alte cuvinte, funcția ClearView nu poate fi considerată sau numită „pereți dubli electronici”, deoarece se referă, exclusiv, la capacul incubatorului.

Folosirea incubatoarelor cu pereți dubli este menționată inclusiv în Ghidurile clinice pentru neonatologie emise de ..., Colegiul Medicilor și Asociația de Neonatologie din România.

Contestatorul susține că ..., în mod nelegal, încearcă să poziționeze ClearView ca o soluție echivalentă sau superioară, dar, în continuare se va proceda la probarea faptului că solicitarea autorității contractante nu este îndeplinită, iar funcția descrisă de acest ofertant, din punct de vedere al termoreglării pacientului, nu este echivalentă cu solicitarea din caietul de sarcini. Funcția ClearView NU este un progres comparativ cu sistemul clasic cu pereți dubli, afirmație conturată în cele ce urmează.

Cochrane Review a finalizat în 2007 și actualizat ultima dată în 2009, o meta-analiză a avantajelor incubatoarelor cu pereți dubli față de incubatoare cu pereți simpli. Actualizarea din 2009 a scos în evidență că nu s-au făcut studii suplimentare în acest domeniu. Astfel, revizuirea a stabilit că incubatoarele cu pereți dubli sunt superioare incubatoarelor cu pereți simpli pentru caracteristica scăderii pierderilor de căldură, scăderea pierderilor de căldură radiante și reducerea consumului de oxigen (studiu: Laroia N, Phelps D, Roy J. Incubator cu pereți dubli față de perete unic pentru reducerea pierderilor de căldură la sugari cu greutate foarte mică la naștere la

incubatoare (2009 Review). Baza de date Cochrane de evaluări sistematice. 2007; 2007 (2).

Chiar și propriul calculator online al echilibrului de căldură al lui ... confirmă această susținere, pierderea de căldura la un echipament dotat cu ClearView fiind evidentă, comparativ cu cea a unui echipament dotat cu pereți dubli. În acest sens, pe site-ul <https://legacy.draeger.com/US/heat-balance/index.jsp> este prezentată o simulare între ..., ce este dotat cu aceeași funcție ClearView și ... dotat cu pereți dubli.

Prin urmare, susținerilor ... privind echivalența și/sau superioritatea trebuie să aibă la bază nu răspunsuri diverse, presupuneri, ci studii, dovezi clinice care să demonstreze că funcția ClearView este echivalentă cu peretele dublu.

În scopul demonstrării faptului că funcția ofertată de ... nu este echivalentă cu solicitarea „pereți dubli” contestatorul anexează o comparație realizată pentru uz intern de către ..., document pe care îl indică ca fiind confidențial și din care rezultă indubitabil, acest lucru.

Referitor la faptul că autoritatea contractantă consideră că riscurile de hipotermie sau de hipertermie pot fi preîntâmpinate prin alarmele pe care echipamentul ... le activează atunci când depistează modificări ale temperaturii aerului - conform pag. 131 și 133 din Instrucțiuni, contestatorul reiterează că alarma are o toleranță pentru temperatura setată, iar pentru echipamentul ofertat de ... aceasta este de 1°C, ceea ce înseamnă că atunci când semnalul de alarmă s-a activat, bebelușul a fost deja răcit / încălzit față de temperatura setată, lucru deosebit de periculos în sensul celor prezentate anterior cu privire la importanța menținerii unui microclimat optim pentru pacient.

Temerile autorității contractante referitoare la curățarea și dezinfectarea echipamentului nu sunt fundamentate decât pe declarațiile ofertantului ..., însă nu iau în calcul nici propria cerința stabilită, nici existența unor dovezi științifice prin care se demonstrează și se susține că dotarea echipamentului cu pereți dubli nu crește riscul de infecții, însă solicitarea în discuție privind dotarea cu panouri laterale cu pereți dubli este perfect susținută de normativele legale în vigoare privind îngrijirea neonatală, documente în elaborarea cărora însăși specialiștii autorității contractante au participat.

... concluzionează ca soluția oferită de ... nu este nici superioară, nici echivalentă.

În acest context, contestatorul reliefează și faptul că autoritatea contractantă încalcă astfel tratamentul egal și principiul transparenței, deoarece dacă ar fi precizat că acceptă și produse de tipul celor oferite de ..., atunci ar fi participat la procedură și alți ofertanți care ar fi putut oferta produse cu alte specificații decât cele minime solicitate prin caietul de sarcini.

Cu toate că ofertantul ... nu îndeplinește cerința tehnică indicată la punctul 2, comisia de evaluare, formată din experți tehnici, cu ignorarea documentației de atribuire, concluzionează în procesul-verbal de evaluare tehnică nr. 48157/27.08.2019 că ofertantul oferă o soluție echivalentă pentru îndeplinirea cerinței „*Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură*”, cu toate că nu putea reținute

prevederile art. 156 din Legea 98/2016, pentru că în speță nu este vorba de norme tehnice ori standarde la care să fi făcut trimitere în documentația de atribuire, așa cum reține și Curtea de Apel București, în Decizia Civilă nr. 64 din Ședința publică din 10.04.2019.

3) Aparatul trebuie să genereze o perdea de aer astfel încât să împiedice intrarea în incintă a aerului ambiental când ușile de acces sunt deschise

În acest sens, cerința autorității contractante este ca aparatul să genereze o perdea de aer atunci când ușile de acces sunt deschise.

Astfel cum se prezintă la pag. 21 din Instrucțiuni, există situații ce conduc la hipo sau hipertermie, mai ales atunci când panourile de acces sau orificiile sunt lăsate deschise. Deschiderea acestora se face în scopul realizării diferitelor intervenții asupra copilului (chirurgicale, intubare, etc..), intervenții ce pot avea o durată mai mare de timp. În acest caz, ..., nu poate asigura stabilitatea termică atunci când este necesară deschiderea panourilor/ușilor de acces. Neluarea în considerare a acestor aspecte ce au un impact major asupra siguranței nou născutului conduce către o neglijență majoră în actul medical.

Mai mult, faptul ca ...nu îndeplinește cerința tehnică și anume că nu generează perdea de aer atunci când panourile/ușile de acces sunt deschise, rezultă, în mod evident din documentul emis de U.S. FOOD & DRUG ADMINISTRATION în data de 22.02.2019 (anexat). Potrivit acestuia a fost dezvoltată o funcție specială „TouchTime”, care poate fi folosită pentru a stabili temperatura în compartimentul pacientului atunci când ușile de acces sunt deschise (pag. 2-2). Este indubitabil că această funcție nu este disponibilă pe modelul oferit de ... în cadrul acestei licitații.

În concluzie, folosirea ...atunci când panourile de acces sunt deschise, conduce către un risc major de instabilitate termică asupra nou născutului, risc ce poate fi fatal în cazul acestora.

În mod similar, cerința indicată la punctul 3 este o cerință obligatorie, stabilită de autoritatea contractantă prin documentație, respectiv la pag. 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2.

Contestatorul concluzionează că, și cu privire la această cerință, în mod eronat și cu încălcarea legislației, oferta ... - ... a fost declarată ca fiind conformă.

4) Introducerea și înlăturarea casetei radio transparente trebuie să se facă fără deschiderea capacului astfel încât temperatura din interior să nu se modifice

Cerința autorității contractante este ca, în momentul în care tava radiologică se înlătură, temperatura din interior să nu se modifice.

Astfel, în Instrucțiunile anexate contestației, pag. 21, producătorul menționează, în mod direct, fără a lăsa loc de interpretare că, în situația în care tava de radiografie este trasă/înlăturată poate conduce la hipo sau hipertermia pacientului. Însuși producătorul nu garantează nemodificarea temperaturii din interior, în situația înlăturării tăvii radiologice. Argumentele tehnice suplimentare aduse de ... nu conduc la îndeplinirea cerinței tehnice. Dacă nu este asigurată temperatura din microclimat, se produc fluctuații de temperatură și, fără a asigura a temperatura stabilă nou născutului, se pune în pericol siguranța și viața acestuia.

De asemenea în susținerea neconformității, contestatorul invocă același document emis de ... în data de 22.02.2019 (anexat).

5) Să fie dotat cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg

Contestatorul reiterează rolul incubatorului hibrid și anume acela de a asigura, în primul rând, termoreglarea nou născutului. Având în vedere scopul incubatorului, precum și cerința tehnică de a fi dotat cu cântar cu domeniu de măsură 300 g-7 kg, este evident faptul că cele două cerințe, precum și restul cerințelor din caietul de sarcini trebuie să conlucreze și anume, în cazul de față, dacă copilul are 7 kg, să poată fi pus în incubator dacă există probleme privind termoreglarea.

Dacă autoritatea contractantă ar fi considerat ca, în cazurile copiilor cu o greutate de la 5 la 7 kg, aceștia nu au dreptul de a beneficia de asistență clinică specializată, în cazul în care există deficiențe de termoreglare, atunci aceasta ar fi trebuit să formuleze cerința astfel încât cântarul să funcționeze în domeniul 300 gr - 5 kg sau ar fi solicitat un cântar independent pentru această categorie de pacienți.

Contestatorul consideră că ...poate fi utilizat doar la categoria de pacienți cu o greutate aflată în intervalul 300 gr – 5 kg, iar ce depășește această greutate nu poate beneficia de un mediu controlat termic, conform informațiilor din Instrucțiuni, existente la pag. 8.

6) Incubatorul să fie dotat cu suport pentru monitor funcții vitale

Din mențiunile ..., precum și din susținerile ..., se constată faptul că, în manualul tehnic indicat de ambele entități este prezentată șina laterală a incubatorului. Faptul că incubatorul prezintă șina laterală, nu înseamnă că, un monitor de pacient poate fi pus pe aceasta șina, fără a exista un mijloc de fixare al acestuia.

Cerința autorității contractante a fost formulată în mod clar, impunând ca, incubatorul să fie dotat cu SUPORT pentru monitor.

Contestatorul arată că ... oferă în propunerea tehnică doar o componentă a unui sistem de fixare, ce nu poate, în mod independent, să susțină monitorul de funcții vitale.

De asemenea, la pag. 42 din Instrucțiuni, nu este prezentat așa cum constată ..., suportul de monitor, mențiunea fiind: „*Șine pentru montarea accesoriilor, de exemplu, monitoare, seringi pompă, rafturi*” și, în consecință nu se menționează raftul sau suportul de monitor, ca variante alternative.

În consecință, acesta nu este inclus de către ... în configurația standard sau opțională, astfel cum rezultă din pag. 42 din Instrucțiuni.

7) Incubatorul să fie dotat cu coș pentru accesorii

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă reține faptul că oferta ... îndeplinește această cerință făcând trimitere pentru la pag. 317 din Accessorry Catalogue, în cuprinsul căreia se prezintă existența unor coșuri ce pot fi fixate pe perete și nu pe șina laterală a incubatorului.

Susținerea contestatorului poate fi observată cu ușurință și din poza exemplificată la punctul B pag. 317 Accessorry Catalogue, în continuare procedând la redarea grafică a acesteia.

În opinia ..., conformitatea cerinței este dovedită prin informațiile existente la pag. 57 din Instrucțiuni și Anexa 5 Declarație de conformitate.

Declarația de conformitate indicată de ... în cererea de intervenție, are data emiterii 16.08.2019, dată ulterioară depunerii ofertelor și, în plus, în mod contrar, se evidențiază că documentul depus inițial de acesta, având data emiterii 22.11.2016, nu certifică existența raftului suplimentar.

Contestatorul consideră faptul că ... a modificat documentația tehnică depusă inițial, la momentul depunerii ofertelor, doar în scopul de a dovedi, fictiv, că îndeplinește această cerință.

De asemenea, ... efectuează o nouă trimitere tehnică la Anexa 6 în care se prezintă pag. 57 din Instrucțiuni, unde este prezentat sertarul. Este indubitabil că acest ofertant consideră o echivalență între sertar și coș pentru accesorii, deși aceste două componente fac parte din cerințe diferite și trebuie să existe individual, ci nu doar una dintre ele, deoarece nu sunt prevăzute ca cerințe alternative, acestea fiind accesorii ce trebuie prezentate cumulativ.

Contestatorul apreciază că, în procesul de evaluare, luarea în considerare a sertarului ca reprezentând coș accesorii denaturează concurența dintre operatori în sensul că ... a oferat cu bună credință și a cotate acest accesoriu conform cerințelor din caietul de sarcini.

Echivalarea celor două componente, în una singură, în favoarea ..., constituie favorizarea ofertantului, atât din punct de vedere tehnic, cât și din punct de vedere economic. ... nu îndeplinește nici prezenta cerință, motiv care se impune declararea ofertei acestuia ca fiind neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

8) Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut

Contestatorul menționează că, în punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, aceasta face referire la informațiile cuprinse la pag. 55 din Instrucțiuni, pagină la care se menționează, în mod clar, doar proprietatea de translație a saltelei, astfel cum a constatat însuși

În urma solicitărilor de clarificări, repetate, transmise de autoritatea contractantă către ..., cu privire la mișcarea de rotație a saltelei și suportului acesteia, acesta din urmă a depus o declarație a producătorului prin care confirmă mișcarea de rotație a saltelei (Declarație a managerului de marketing Tilo Stutz din data de 22.07.2019), dar nu și a suportului saltelei, așa cum solicită autoritatea contractantă în solicitare de clarificări nr. 41902/18.07.2019.

Această declarație a producătorului nu este confirmată de un document tehnic și nici nu se află menționată în Manualul de utilizare, deși în momentul în care această caracteristică ar fi disponibilă pentru produsul ..., aceasta ar fi trebuit detaliată în cadrul Instrucțiunilor.

Contestatorul consideră că această declarație nu poate fi luată în calcul, mai ales că, în cererea de intervenție, ... susține că salteaua rotativă este un brevet, dar în același timp susțin că toate saltele pot fi rotite. Cerința a fost ca salteaua și suportul acesteia să se rotească, ci nu să se rotească o saltea în aer, cu tot cu pacient.

Interpretarea ... privind utilitatea saltelei rotative depășește limitele sale în ceea ce privește modul de desfășurare a actului medical de către specialiștii în acest domeniu, ce dețin diplome de practicare a acestei meserii,

având în vedere că nu a contestat această cerință în etapa publicării documentației de atribuire.

9) Incubatorul să fie prevăzut cu polițe pentru susținerea diverselor accesorii / echipamente medicale

Contestatorul arată că la pag. 57 din Instrucțiuni, așa cum prezintă ... în cererea de intervenție, sunt prezentate doar șinele laterale ale incubatorului și nu sunt menționate polițele. După cum se observă și din definiție, susținerea este confirmată, că polița reprezintă un suport pe care se țin diferite obiecte. În cazul șinelor laterale, acestea nu pot ține, independent, obiectele, fiind necesar un mijloc de fixare pe acestea.

... consideră o echivalență între sertar și polițe pentru susținerea diverselor accesorii/echipamente medicale, deși aceste două componente fac parte din cerințe diferite și trebuie să existe individual fiecare dintre ele.

Luarea în considerare a sertarului ca reprezentând drept poliță denaturează concurența dintre operatori și favorizează oferta ... în sensul că ... a oferat cu bună credință și a considerat acest accesoriu conform cerințelor din caietul de sarcini. Echivalarea celor două componente, în una singură, în favoarea ... constituie favorizarea ofertantului și încălcarea principiilor achizițiilor publice.

În plus, autoritatea contractantă a evaluat conformitatea cerinței făcând referire la pag. 42 din Instrucțiuni, pagină la care sunt prezentate doar șinele pentru montarea rafturilor, însă nu și rafturile și se citează pagina respectivă din Instrucțiuni.

10) Echipamentul să fie dotat cu un display touch screen intuitiv care să permită identificarea corectă și ușoară a parametrilor afișați

Această cerință este interpretată atât de către autoritatea contractantă, cât și de ... în mod eronat, într-o manieră ce conduce spre acceptarea ca fiind conformă a unei soluții parțiale, ce crește timpul de reacție al personalului ce operează acest display semi-touch screen, prin operațiuni de apăsare în vederea selectării, de rotire în vederea confirmării selecției și de apăsare a butonului pentru acceptarea operațiunii setate. Mai mult, prin atingerea unui element suplimentar (butonul) crește riscul de contaminare, lucru amintit atât de autoritatea contractantă, cât și de ofertantul ... în cazul solicitării dotării echipamentului cu panouri laterale cu pereți dubli, dar neluat în calcul în procesul de evaluare, în mod corelat și cu privire la această cerință.

11) Capacitatea încălzitorului minim 450 W

Din înscrisurile existente la dosarul achiziției publice, faptul că aceasta a considerat conformă cerința prin raportarea la o valoare maximă pe care ... a susținut-o printr-o declarație tehnică, și anume maxim 610W (Declarație dată de Managerul de produs ... la data de 28.02.2019).

Așa cum se poate constata, autoritatea contractantă a omis, în evaluarea conformității cerinței, faptul că solicitarea a fost pentru o valoare minimă garantată, respectiv: minim 450W.

Faptul că ... susține în declarația tehnică că poate asigura o capacitate de maxim 610 W, acest lucru nu înseamnă, implicit, că poate susține și capacitatea minimă cerută de 450W, de exemplu la treapta cea mai de jos de setare. Mai mult, în Instrucțiuni, pag. 197 este prezentat fluxul radiant pe suprafață și, în urma aplicării formulelor fizice, cunoscând suprafața saltelei,

precum și fluxul radiant maxim, contestatorul a determinat capacitatea maximă a încălzitorului și anume 99,36 W, valoare care se situează sub maximul transmis de ...

Contestatorul prezintă, în continuare, în mod detaliat, formula de calcul și precizează că susținerea ... ar fi trebuit să se bazeze pe explicarea conceptului de putere și capacitate, pe relaționarea dintre ele și pe oferirea formulei de calcul ce a determinat valoarea de maxim 610W, valoare pe care și-a însușit-o în declarație.

De subliniat este și faptul că, toate declarațiile oferite de ... ca și suport în susținerea ofertei tehnice depuse, sunt semnate de manageri de produs, de marketing, poziții care nu au legătura directă cu producția echipamentelor și nu pot confirma funcții/specificații tehnice/tehnologice cu impact major în realitatea clinică a utilizării produsului, mai ales că acestea au fost date pentru caracteristici ce nu rezultă din documentele depuse inițial ca și suport al ofertei tehnice, ci au fost folosite ca și documente ce vin să adauge, în mod evident, caracteristici produsului ofertat în ideea modificării lui în sensul îndeplinirii tuturor caracteristicilor minimale și obligatorii solicitate prin caietul de sarcini pe care ofertantul ... a avut ocazia înainte de depunerea ofertei să îl conteste, dar nefăcând acest demers, a acceptat și a ales să demonstreze conformitatea produsului ofertat întocmai cu cerințele autorității contractante.

... concluzionează faptul că autoritatea contractantă a evaluat superficial, confundând, în mod voit sau nevoit, cerințele tehnice impuse, procedând astfel la favorizarea ofertantului ..., însă această evaluare superficială poate avea un impact major asupra siguranței nou-născuților.

În aceste condiții, devin incidente în cauză prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin urmare oferta depusă de ... trebuia respinsă ca neconformă.

Toate aceste argumente fac dovada deplină a faptului că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertelor cu încălcarea legislației în vigoare, declarând oferta depusă de către ... ca fiind conformă, fără a ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire. Astfel, prin modul de evaluare a ofertei câștigătoare pe care a declarat-o admisibilă în mod nelegal, comisia de evaluare a nesocotit grav imperativul respectării principiului tratamentului egal al ofertanților prevăzut de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, principiu statuat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Cu privire la solicitarea ca documentele anexate prezentelor Concluzii să rămână confidențiale, contestatorul arată că aceasta se bazează pe dispozițiile art. 57, art. 217 alin. (5) și (6), art. 129 alin. (1) și (2) și art. 123 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, contestatorul evidențiază faptul că Răspunsul transmis de AADR indică modalitatea în care acesta licitează în cadrul procedurilor care implică licitația electronică, iar dezvăluirea poate crea semnificative prejudicii comerciale, aceste informații bazându-se, în mod particular, pe secrete tehnice ale societății.

În stabilirea acestei finalități, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și

procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii. Astfel, după cum s-a arătat mai sus, se solicită să nu i se permită societății contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale.

În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, Decizia Consiliului publicată în B02018JS924, precum și considerentele Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T- 532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă.

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret. Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia - Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T- 353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Concluzionând, ... solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

II. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică decizia autorității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei sale pentru loturile 1, 3 și 7, ca ulterior, respectivele oferte să nu mai fie câștigătoare.

Contestatorul face o precizare prealabilă, în ceea ce privește Lotul 2, învederând faptul că nu solicită refacerea clasamentului final, în sensul în care oferta sa nu va mai fi clasată pe locul I, deoarece nu are interes în a formula o astfel de solicitare. Ceea ce se solicită, cu privire la Lotul 2, este ca, la refacerea clasamentului pentru acest lot, în măsura în care oferta ... va rezulta că este inacceptabilă, să fie respinsă în consecință.

Contestatorul face precizarea că licitația electronică s-a desfășurat între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00, în conformitate cu raportul

procedurii, în urma acesteia rezultând, cu privire la loturile în legătură cu care formulează prezenta contestație, următoarele clasamente:

LOT 1 - Incubator închis standard / Nr. crt.	Ofertant	Prețul ofertat	Clasa ment
1	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 20.209,30 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 3.476.000,00 lei fără TVA	I
2	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 26.613,60 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 4.577.539,00 lei fără TVA	II
3	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 33.055,23256 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 5.685.500,00 lei fără TVA	III
4	SC ... S.R.L.	valoare unitară: 34.767,44 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 5.980.000,00 lei fără TVA	IV
5	...	valoare unitară: 35.175,00 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 6.050.100,00 lei fără TVA	V
6	...	valoare unitară: 63.953,4884 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 11.000.000,00 lei fără TVA	VI

LOT 2 - Incubator hibrid închis – deschis și pt. transport intraspital icesc / Nr. crt.	Ofertant	Prețul ofertat	Clasa ment
1	...	valoare unitară: 79.730,00 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 20.456.860,00 lei fără TVA	I
2	...	valoare unitară: 134.554,973822 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 51.400.000,00 lei fără TVA	II

LOT 3 Incubator deschis standard / Nr. crt.	Ofertant	Prețul ofertat	Clasam ent
1	...	valoare unitară: 18.543,68933 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 1.910.000,00 lei fără TVA	I
2	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 18.932,04 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 1.950.000,00 lei fără TVA	II

3	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 21.040,7767 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 2.167.200,00 lei fără TVA	III
4	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 23.003,00 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 2.369.309,00 lei fără TVA	IV
5	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 23.194,17 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 2.389.000,00 lei fără TVA	V
6	...	valoare unitară: 23.450,00 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 2.415.350,00 lei fără TVA	VI
7	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 34.081,25 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 3.510.368,75 lei fără TVA	VII

LOT 7 Incubator deschis tip masă de reanimare / Nr. crt.	Ofertant	Prețul ofertat	Clasament
1	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 39.117,64 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 5.985.000,00 lei fără TVA	I
2	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 39.215,69 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 6.000.000,00 lei fără TVA	II
3	...	valoare unitară: 46.900,00 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 7.175.700,00 lei fără TVA	III
4	S.C. ... S.R.L.	valoare unitară: 50.038,22 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 7.655.847,95 lei fără TVA	IV
5	...	valoare unitară: 65.228,75817 lei fără TVA, valoare maximă acord cadru: 9.980.000,00 lei fără TVA	V

Contestatorul precizează că prin adresa nr. 60046/28.10.2019, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, cu nominalizarea, pentru loturile contestate, a fiecărui câștigător, a prețului unitar al ofertei acestuia, precum și a valorii maxime a acordului-cadru.

Cu privire la temeinicia contestației, ... face următoarele aprecieri:

- clasamentele rezultate în urma licitației electronice, precum și propunerile financiare nu au fost întocmite în conformitate cu prețul unitar fără TVA/bucată ofertat de participanți în cadrul licitației electronice, ci ca urmare a prețului unitar fără TVA/bucată ofertat de participanți ulterior finalizării licitației electronice;

- în situația în care clasamentele rezultate în urma licitației electronice, precum și propunerile financiare ar fi fost întocmite pe baza prețurilor unitare fără TVA/bucată ofertate de fiecare participant în cadrul licitației electronice, pentru fiecare dintre loturile contestate contestatorul ar fi fost clasat pe primul loc, iar ofertele tuturor celorlalți participanți ar fi fost posibil să fie

respinse ca inacceptabile în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016;

- ulterior finalizării etapei de licitație electronică, autoritatea contractantă a solicitat clarificări referitoare și la alte aspecte decât justificarea prețului neobișnuit de scăzut;

- autoritatea contractantă a stabilit clasamentele finale pe baza unor comunicări care au semnificația unor noi oferte făcute ulterior finalizării licitației deschise, deși avea obligația de a întocmi aceste clasamente fie pe baza ofertei făcute în cadrul licitației electronice, fie pe baza ofertei depuse anterior în cadrul procedurii de atribuire.

În continuare, contestatorul susține că actele contestate au fost întocmite de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispozițiilor art. art. 121 alin. (4), art. 122 alin. (2) și (3), art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, pe care le citează.

În mod consecutiv și necesar, nerespectarea dispozițiilor legale ante referite, a determinat încălcarea, de către autoritatea contractantă, a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică reglementate de dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a), b), d) din Legea nr. 98/2016, respectiv: nediscriminarea; tratamentul egal și transparența.

1. Nelegalitatea actelor contestate din perspectiva încălcării dispozițiilor art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016

În cadrul etapei licitației electronice, fiecare participant a avut la dispoziție, în timp real, informații privind numărul de participanți, precum și cel mai scăzut preț ofertat. Ca atare, conform informațiilor furnizate de SEAP, la sfârșitul licitației electronice, în ceea ce privește Lotul 1, 2, 3 și 7, prețul unitar fără TVA/bucată ofertat de contestator reprezenta cea mai bună ofertă. Pe cale de consecință, acesta ar fi trebuit să fie clasată, și pentru Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7, pe primul loc.

Cu toate acestea, așa cum rezultă din raportul procedurii, ulterior încheierii etapei licitației deschise, autoritatea contractantă a solicitat clarificări de la ofertanți. Prin răspunsul la solicitările de clarificări, ofertanții și-au modificat prețul unitar fără TVA/bucată ofertat în cadrul licitației electronice, împrejurare ce a condus la clasarea acestora, în ceea ce privește Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7, pe poziții superioare contestatorului.

... precizează că, în situația în care autoritatea contractantă ar fi realizat clasamentele în funcție de prețul unitar fără TVA/bucată ofertat de participanți în cadrul licitației deschise, aceasta ar fi trebuit să fie clasată pe locul I și în clasamentul aferent Lotului 1, Lotului 3 și Lotului 7. Aceasta, deoarece ofertele tuturor celorlalți ofertanți pentru cele patru loturi contestate, adică prețul unitar fără TVA/bucată, ofertat în etapa licitației electronice, depășea valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare.

În consecință, contestatorul consideră că ofertele tuturor celorlalți participanți la licitația deschisă ar fi trebuit respinse, ca inadmisibile, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, situație în care acesta trebuia să fie clasat, în toate cele 4 loturi în chestiune, iar nu doar în Lotul 2, pe locul I.

2. Nelegalitatea actelor contestate din perspectiva încălcării dispozițiilor art. 121 alin. (4) și a dispozițiilor art. 122 alin. (3) și (4) din H.G. nr. 395/2016

Așa cum rezultă din dosarul achiziției publice, contestatorul arată că ofertele celorlalți ofertanți participanți, făcute în cadrul licitației electronice, au fost mai mari decât cele făcute, anterior, în cadrul propunerilor financiare. Ca atare, aceste oferte nu trebuiau luate în considerare, deoarece dispozițiile legale impun ca ofertele făcute în cadrul licitației electronice nu pot decât să îmbunătățească ofertele depuse anterior organizării acestei etape - art. 121 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

Totodată, în temeiul dispozițiilor 122 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă, după finalizarea licitației electronice:

- avea dreptul de a solicita clarificări doar cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut oferat;
- avea obligația de a nu lua în considerare nicio modificare a acestuia.

Astfel, din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 122 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, în ipoteza în care un ofertant își modifică, în cadrul licitației electronice, elemente ale ofertei care fac obiectul procesului repetitiv, autoritatea contractantă avea obligația de a lua în considerare, la stabilirea clasamentului final, oferta depusă de acesta în cadrul licitației electronice.

Însă, autoritatea contractantă, ulterior finalizării licitației electronice:

- a solicitat clarificări cu privire nu doar la justificarea prețului neobișnuit de scăzut, ci și cu privire la noile prețuri ofertate în cadrul licitației electronice și recalibrarea ofertei în funcție de acestea, deși aceste prețuri nu reprezentau o îmbunătățire a ofertei depuse de participanți anterior licitației electronice, fiind, în fapt, o înrăutățire, semnificativă, a acesteia;
- a întocmit clasamentele finale pentru fiecare lot, în baza altor oferte decât cele depuse în cadrul licitației electronice și care modificau ofertele anterioare ale participanților.

3. Nelegalitatea actelor contestate din perspectiva încălcării principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică: nediscriminarea; tratamentul egal și transparența

Urmarea încălcării dispozițiilor legale indicate mai sus, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a asigurat cadrul legal necesar pentru achiziționarea bunurilor ce îi sunt necesare, în sensul în care etapa licitației electronice a fost organizată prin încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică:

- nediscriminarea - deoarece autoritatea contractantă, prin modalitatea în care a întocmit clasamentele finale, ca urmare a finalizării licitației electronice, a favorizat concurenții, pe care i-a clasat prin raportare la o ofertă ulterioară celei făcute în cadrul licitației electronice;

- tratamentul egal - fiindcă autoritatea contractantă a oferit celorlalți participanți la procedura de atribuire condiții mai bune decât cele pe care le impune legea, denaturând astfel concurența și, deși ... ar fi trebuit să fie clasată pe locul I în clasamentul fiecăruia dintre loturile contestate, a fost declarat câștigător doar la Lotul 2;

- transparența - deoarece, deși la finalizarea licitației electronice a rezultat că ... are oferta cea mai bună și pentru Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7, în

clasamentele finale a fost clasat sub ofertanții pe care în depășise în cadrul licitației electronice și ale căror oferte ar fi trebuit respinse ca inacceptabile.

Pe cale de consecință, în etapa licitației electronice nu s-a asigurat promovarea concurenței între operatorii economici, deoarece clasamentele finale au fost întocmite cu ignorarea prețurilor ofertate în cadrul licitației electronice, prin luarea în considerare a unor prețuri ofertate ulterior, prețuri la care contestatorul nu s-a putut raporta în vederea calibrării ofertei în cadrul licitației electronice desfășurate între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. anularea actelor contestate, a tuturor adreselor autorității contractante referitoare la procedura de atribuire comunicate celorlalți participanți, a solicitărilor de clarificări ale autorității contractante și a răspunsurilor participanților, ulterior încheierii etapei de licitație electronică și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul etapei de licitație electronică și refacerea clasamentelor aferente Lotului 1, Lotului 2, Lotului 3 și Lotului 7, în conformitate cu prețurile ofertate în cadrul licitației electronice desfășurată între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00 și cu respingerea ofertelor inacceptabile, precum și accesul la documentele dosarului achiziției publice.

Prin punctul de vedere nr. 64188/18.11.2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 47020/18.11.2019, ... solicită respingerea contestației ..., pentru loturile 1, 3 și 7, ca nefondată, astfel:

Prin fișa de date a achiziției, la punctul IV.4.2, autoritatea contractantă a comunicat tuturor operatorilor economici interesați: *„Evaluarea ofertelor se va face în funcție de cel mai mic preț/bucată ofertat pentru fiecare lot în parte în cadrul licitației electronice”*. De asemenea, tot în fișa de date a achiziției, la punctul IV.1.6 - Informații despre licitația electronică, autoritatea contractantă a comunicat ofertanților: *„Elementul care va face obiectul procesului repetitiv este prețul unitar fără TVA/bucată. Procesul repetitiv va avea loc prin intermediul SEAP (www.e-licitatie.ro). În timpul licitației electronice, operatorul SEAP va pune la dispoziția ofertanților informații privind numărul de participanți care licitează electronic, precum și cel mai scăzut preț”*.

Licitatia electronică s-a desfășurat într-o singură rundă și a avut loc între 16.09.2019, ora 16,00 și 17.09.2019, ora 16,00.

Autoritatea contractantă precizează că platforma SICAP, după configurarea licitației electronice, afișează în mod automat operatorilor economici o instrucțiune potrivit căreia, în cadrul acestei faze, se va licita prețul raportat la valoarea totală a achiziției. Acest mesaj este unul care apare pe pagina pe care operatorii economici o pot vizualiza în SICAP, el nefiind inserat de autoritatea contractantă. De altfel, autoritatea contractantă, la momentul definirii licitației electronice în SICAP, nu are nicio posibilitate a de publica instrucțiuni suplimentare pentru ofertanți.

După încheierea licitației electronice, în vederea comparării ofertelor și pentru stabilirea clasamentului pentru fiecare lot în parte, prin adresa nr. 52067/18.09.2019, autoritatea contractantă a solicitat tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire, retransmiterea formularelor

de ofertă, însoțite de centralizatoarele de prețuri, refăcute conform prețurilor ofertate în cadrul licitației electronice.

Astfel, operatorii au transmis, prin postare în SICAP, semnate electronic, propunerile financiare refăcute, însoțite de centralizatoarele de preț, documente care cuprind atât prețul unitar ofertat, cât și prețul total, raportat la valoarea maximă estimată pentru fiecare lot în parte și, în baza răspunsurilor primite, a fost alcătuit clasamentul pentru fiecare lot în parte și a fost aplicat criteriul de atribuire, fiind astfel stabiliți câștigătorii pentru fiecare lot în parte. După cum se poate observa din cele relatate mai sus, autoritatea contractantă nu a încălcat în niciun fel principiul tratamentului egal, după cum susține contestatorul, întrucât, după finalizarea licitației electronice, aceasta a transmis adresa mai sus menționată tuturor operatorilor economici, indiferent de modul în care aceștia au ofertat, respectiv raportat la valoarea totală a fiecărui lot în parte sau raportat la valoarea unitară.

De asemenea, din analiza propunerilor financiare transmise după finalizarea licitației electronice, nu a rezultat faptul că vreunul dintre operatorii economici participanți la procedură și-ar fi schimbat propunerea financiară față de cea depusă inițial. Din acest motiv, autoritatea contractantă apreciază că nu sunt aplicabile prevederile art. 137 alin. (1) și alin. (2), lit. f) din H.G. nr. 395/2016, așa după cum susține contestatorul.

În plus, analizând prețurile ofertate în cadrul licitației electronice, comisia de evaluare a constatat o îmbunătățire semnificativă a acestora, neexistând niciun moment premisa încălcării prevederilor art. 121 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, după cum susține contestatorul. Mai mult, deși nu specifică acest lucru în contestația formulată, ... a comunicat autorității contractante, prin răspunsul la adresa nr. 52067/18.09.2019 mai sus menționată, faptul că, datorită unor dificultăți de natură tehnică, pentru lotul 4 nu a putut încărca prețul pe care ar fi dorit să îl oferteze, motiv pentru care s-a solicitat acestui operator economic, prin adresa nr. 53943/30.09.2019, să confirme că prețul unitar al produsului ofertat este 10.000.000,00 lei, iar în situația în care prețul este diferit, să retransmită formularul de ofertă, însoțit de centralizatorul de prețuri, corectate corespunzător. Operatorul economic ... a transmis răspunsul său, prin postare în SEAP, semnat electronic, prin care a confirmat că prețul unitar al produsului ofertat la lotul 4 - Incubator deschis performant este de 10.000.000,00 lei, ceea ce a condus la respingerea ofertei acestuia ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016.

Concluzionând, ... solicită respingerea ca nefondată a contestației formulate de ... și să dispună menținerea celor comunicate de autoritatea contractantă prin adresele transmise operatorilor economici participanți la procedura de atribuire.

Prin adresa nr. 2031/13.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 46370/14.11.2019, ... a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației ... ca lipsită de interes și, respectiv, ca nefondată, pentru lotul 2 și ca nefondată, pentru loturile 1, 3 și 7.

I. Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție

Intervenientul face precizarea că, în cadrul procedurii de atribuire, a depus oferta admisibilă, sens în care potrivit raportului procedurii de atribuire, înregistrat cu nr. SP13726/28.10.2019, precum și a adresei nr. 60045/28.10.2019 privind comunicarea rezultatului procedurii, oferta sa s-a clasat astfel: lotul 1 - ofertă admisibilă, aflată în clasament pe locul VI, lotul 2 - ofertă admisibilă, aflată în clasament pe locul II, lotul 3 - ofertă admisibilă, aflată în clasament pe locul I și lotul 7 - ofertă admisibilă, aflată în clasament pe locul V.

La data de 08.11.2019, intervenientul a luat cunoștință despre publicarea în SEAP a contestației formulată de către ofertantul ..., prin care se critică rezultatul procedurii din perspectiva modalității de încheiere a etapei de licitație electronică, solicitând reevaluarea ofertelor depuse în cadrul etapei de licitație electronică și refacerea clasamentelor aferente loturilor 1, 2, 3 și 7, în conformitate cu prețurile licate de ofertanți în cadrul licitației electronice, desfășurată pe platforma SICAP în intervalul 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00 și, prin urmare, respingerea ofertelor inacceptabile.

Potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, iar conform art. 61 alin. (1) din C.proc.civ și, prin urmare, este indubitabil faptul că, în calitate de ofertant ale cărui oferte au fost declarate admisibile pentru loturile 1, 2, 3 și 7, intervenientul justifică un interes real și deplin pentru ca rezultatul procedurii să fie menținut.

Cu atât mai mult, se subliniază și faptul că, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în reglementarea CEDO (art. 6 alin. 1), instituie cadrul legal prin care intervenientul poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Astfel, ... solicită să se constate că, interesul său în formularea cererii de intervenție este născut și actual, având în vedere că acesta, la momentul de față este ofertant admisibil pe loturile 1, 2 și 7 și ofertant admisibil și câștigător pe lotul 3, prin urmare, având în vedere toate aceste considerente, solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și introducerea sa, în calitate de Intervenient, în dosarul CNSC nr. 2390/2019 - C7, având ca obiect contestația formulată de ...

II. Excepția lipsei de interes cu privire la lotul 2

Așa cum rezultă din cuprinsul raportului procedurii de atribuire și după cum confirmă și contestatorul la pag. 2 din contestație, oferta depună de ... a fost declarată admisibilă, însă necâștigătoare. În același sens, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că, ofertantul declarat câștigător pentru lotul 2 este însuși contestatorul, ...

În considerarea celor de mai sus, intervenientul învederează că, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, persoana care se consideră vătămată este definită ca fiind orice operator economic care îndeplinește, cumulativ, următoarele condiții:

- are sau a avut un interes în legătura cu o procedura de atribuire; și
- a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori

ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

În același sens, în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (1) C. proc. civ., interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Prin urmare, interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească printre altele, următoarele cerințe:

- să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare să aparțină celui care recurge la acțiune;
- să fie născut și actual, să existe în momentul în care este formulată cererea, sens în care reglementează dispozițiile art. 33 teza I, NCPC.

Intervenientul evocă Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura Werner Hackermiiller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH fur den Donauraum AG (WED), a Curții de Justiție a Comunităților Europene.

Astfel, în condițiile în care folosul practic urmărit de ..., în cadrul procedurii este determinat de atribuirea acordului-cadru cu privire la lotul 2, ci nu cel menționat în cuprinsul contestației, respectiv de refacere a clasamentelor, autoarea contestației nu mai îndeplinește condițiile legale pentru a fi considerată persoană vătămată, aspect pentru care se impune admiterea excepției cu privire la lotul 2, astfel cum a fost formulată și, în consecință, respingerea contestației ca fiind lipsită de interes.

III. Cu privire la respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată, cu privire la lotul 1, lotul 2, lotul 3 și lotul 7

Intervenientul susține că, în mod eronat, ... se limitează, exclusiv, la indicarea prevederilor din fișa de date a achiziției, în condițiile în care conform informațiilor publicate pe site-ul SICAP la data desfășurării licitației electronice, valoarea de referință indicată de autoritatea contractantă era valoarea totală (valoarea financiară) a fiecărui lot.

Așadar, se subliniază faptul că, indiferent de prevederile cuprinse în fișa de date, potrivit informațiilor indicate de autoritatea contractantă la data la care a început licitația electronică, respectiv 16.09.2019, ora 16:00, rezultă, fără putință de tăgadă faptul că, licitația electronică viza valoarea totală a achiziției, ci nu prețul unitar, așa cum susține contestatorul.

Susținerea intervenientului în acest sens, este confirmată de însuși răspunsul transmis de contestator cu privire la lotul 4, înregistrat de către ... cu nr. 923/25.09.2019 și la ... cu nr. 53393/25.09.2019 și indicat în raportul procedurii, prin care acesta a specificat că pe acest lot nu a reușit să introducă prețul final pe bucată, aceasta rămânând la valoarea totală de 10.000.000 lei. Cu alte cuvinte, indiferent de prevederile din fișa de date, toți operatorii economici, inclusiv contestatorul, participanți la etapa de licitație electronică au fost puși în situația de a respecta cerințele, foarte clare, existe pe platforma SICAP și anume de a oferi valoarea totală a achiziției (oferta financiară), ci nu prețul pentru un anumit produs din pachet sau un preț unitar.

Prin urmare, în această etapă, toți participanții, inclusiv ..., până în ultimele 10 secunde din intervalul alocat licitației electronice, au ofertat

prețul reprezentând valoarea totală (valoarea financiară) a fiecărui lot, ci nu prețul unitar.

În acest sens, intervenientul supune analizei Consiliului faptul că, doar contestatorul și-a schimbat, în ultimele 10 secunde, modul de ofertare, introducând valoarea unitară (preț unitar/bucată), ci și nu valoarea totală a lotului, aspect confirmat prin răspunsul transmis de aceasta cu privire la lotul 4, înregistrat de către ... cu nr. 923/25.09.2019 și la ... cu nr. 53393/25.09.2019 și indicat în Raportul procedurii, prin care acesta a specificat că pe acest lot nu a reușit să introducă prețul final pe bucată, aceasta rămânând la valoarea totală de 10.000.000 lei.

În probarea susținerii potrivit căreia doar contestatorul și-a schimbat, în ultimele 10 secunde, modul de ofertare, introducând valoarea unitară/bucată, ci nu valoarea totală a lotului, intervenientul arată că a formulat și o adresă către Agenția pentru Agenda Digitală a României (A.A.D.R.) prin care solicită transmiterea, cu celeritate, a raportului de activitate al procesului de licitație electronică sus amintită, pentru toate loturile (loturile 1, 2, 3, 4, 5, 6 și 7). În acest sens, se menționează faptul că, va depune la prezentul dosar și răspunsul de la A.A.D.R., în momentul în care va intra în posesia acestuia.

Afirmația ..., potrivit căreia autoritatea contractantă a stabilit clasamentele finale pe baza unor comunicări care au semnificația unor noi oferte făcute ulterior finalizării licitației deschise, deși avea obligația de a întocmi aceste clasamente fie pe baza ofertei făcute în cadrul licitației electronice, fie pe baza ofertei depuse anterior în cadrul procedurii de atribuire, este eronată, așa cum intervenientul prezintă în cele ce urmează.

În primul rând, intervenientul invocă, cu titlu de practică judiciară, decizia CNSC nr. 324/C10/52 din 06.03.2019, pronunțată în soluționarea unei contestații formulată tot cu privire la o procedură organizată de ..., în legătură cu o situația identică privind derularea licitației electronice, Consiliul reținând la pag. 52/54 următoarele aspecte relevante: *„Consiliul constata că autoritatea contractantă a acceptat și ofertele conținând, contrar prevederilor documentației, prețuri totale depuse de ofertantul ... această decizie fiind luată pentru asigurarea posibilității comparării tuturor ofertelor admisibile, în deplină respectare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică”*.

În al doilea rând, așa cum rezultă din fișa de date a achiziției, secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, evaluarea ofertelor se va face în funcție de cel mai mic preț/bucată ofertat pentru fiecare lot în parte în cadrul licitației electronice.

Prin urmare, așa cum rezultă din cuprinsul raportului procedurii, autoritatea contractantă a efectuat evaluarea ofertelor, în mod corect, în funcție de cei mai mic preț/bucată ofertat pentru fiecare lot în parte în cadrul licitației electronice.

În mod similar cu situația dedusă judecății pentru care s-a pronunțat Decizia CNSC nr. 324/C10/52 din 06.03.2019 și în prezentul caz, având în vedere că potrivit informațiilor indicate de autoritatea contractantă la data la care a început licitația electronică, respectiv 16.09.2019, ora 16:00, rezultă, fără putință de tăgadă faptul că, licitația electronică viza valoarea totală a achiziției, ci nu prețul unitar, intervenientul apreciază că, ..., de bună

credință, a solicitat tuturor operatorilor economici, inclusiv contestatorului, să depună ofertele financiare conform prețurilor ofertate în cadrul etapei de licitație electronică și să justifice prețul neobișnuit de scăzut.

În acest context, ofertanții au dat curs solicitărilor de clarificări și au transmis ofertele financiare refăcute conform etapei de licitație electronică, fără a depăși valoarea estimată și fără a-și modifica ofertele financiare, așa cum susține, în mod eronat, contestatorul, procedând la indicarea, pentru fiecare lot, atât a valorii totală (valorii financiară) a fiecărui lot, cât și a prețului final pe bucată. Astfel, nu ne aflăm în situația reglementată de art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, de a depăși valoarea estimată.

Singurul ofertant care se află în ipoteza descrisă de art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 este însăși contestatorul, cu privire la lotul 4, care confirmă prin răspunsul la clarificări, înregistrat cu nr. 923/25.09.2019 și la ... cu nr. 53393/25.09.2019 și indicat în raportul procedurii, că pe acest lot nu a reușit să introducă prețul final pe bucată, aceasta rămânând la valoarea de 10.000.000 lei/buc, oferta acestuia fiind respinsă ca inacceptabilă.

Cu privire la critica privind modul de ofertare și a modului de desfășurare a procedurii de licitație electronică, intervenientul învederează, în susținerea deciziei autorității contractante și a ofertei depuse, faptul că, prin desfășurarea întregii proceduri de licitație electronică, ... a dorit să asigure eficiența cheltuirii banilor pentru achiziția cu produse/echipamente performante și calitative, conforme cu cerințele impuse prin caietul de sarcini la prețuri cât mai avantajoase.

Totodată, intervenientul apreciază că autoritatea contractantă a fost de bună credință și a respectat toate dispozițiile legale aplicabile licitației electronice, astfel, având în vedere, pe de-o parte, prevederile cuprinse în fișa de date a achiziției, iar, pe de altă parte, informațiile indicate de aceasta în SICAP, la data la care a început licitația electronică, respectiv 16.09.2019, ora 16:00, rezultă, fără putință de tăgadă faptul că, solicitările de clarificări cu privire la indicarea, pentru fiecare lot, atât a valorii totală (valorii financiară) a fiecărui lot, cât și a prețului final pe bucată adresate tuturor ofertanților erau imperios necesare, asigurând astfel o concurență reală între ofertanți, cu respectarea principiile achizițiilor publice. De asemenea, indiferent de modalitatea de ofertare (preț unitar/valoare totală), ofertele puteau fi comparate în sensul realizării clasamentului și determinării ofertei câștigătoare.

În acest sens, intervenientul citează din jurisprudența aferentă, respectiv decizia civilă nr. 105 din 17 ianuarie 2018 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara (pag. 22), decizia nr. 392 din 17 februarie 2016, pronunțată de Curtea de Apel Bacău și decizia civilă nr. 3450 din 19 decembrie 2011, pronunțată de Curtea de Apel București.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea cererii de intervenție, așa cum a fost formulată și respingerea contestației formulată de ...

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 20.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 47439/20.11.2019, ... transmite întâmpinare, prin care solicită respingerea, ca netemeinică, a cererii de intervenție formulată de către ..., în considerarea următoarelor motive:

1. Netemeinicia excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației în ceea ce privește Lotul 2

În esență, ... argumentează că ... nu are interes în formularea contestației cu privire la Lotul 2, deoarece a fost clasată pe prima poziție în clasamentul final întocmit ca urmare a licitației electronice și, în consecință, nu justifică un folos practic în a dori refacerea clasamentului pentru lotul în chestiune.

Așa cum rezultă din raportul procedurii, pentru Lotul 2, au fost declarate admisibile doar 2 oferte, ... și ..., oferta intervenientului fiind clasată pe locul 2. Prin contestația formulată, în ceea ce privește Lotul 2, ... urmărește refacerea clasamentului în sensul în care va rămâne clasată pe primul loc, însă oferta ... va fi respinsă ca inacceptabilă.

Prin contestația ce constituie obiectul dosarului nr. 2389/C7/2019, aflat pe rolul Consiliului, ... a solicitat, cu privire la Lotul 2, între altele: (i) anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare; (ii) anularea raportului procedurii în ceea ce privește declararea conformității ofertei ...; (iii) obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale de la etapa verificării conformității acesteia. Prin contestația sa, ... urmărește ca oferta ... să fie declarată neconformă și, în consecință, contestatorul să rămână singurul ofertant pentru Lotul 2 și, ca atare, câștigător.

Chestiune esențială: interesul ... în formularea contestației trebuie analizat prin raportare la existența contestației ... Altfel spus, tocmai pentru că ..., prin contestația proprie, urmărește să obțină declararea ofertei ... ca neconformă și, deci, să fie clasată pe locul 1 în clasamentul final al Lotului 2, ... arată că are interes, la rândul său, să formuleze contestația prin care să urmărească declararea ofertei ... ca inacceptabilă.

În concret, interesul ... este condiționat de existența contestației ... și de posibilitatea soluționării acesteia în mod favorabil intervenientei, în sensul în care:

- Consiliul respinge contestația ..., ipoteză în care, într-adevăr, ... nu mai are interes să susțină contestația pentru Lotul 2, deoarece este câștigătoarea licitației electronice pentru acesta;

- Consiliul va admite contestația ... și va respinge oferta ... referitoare la Lotul 2, ca neconformă. În această ipoteză, dacă nu ar exista contestația formulată de ..., ... ar fi ofertantul care, pentru Lotul 2 va fi clasat pe locul 1, urmând a îi fi atribuit acordul-cadru. Însă, în această ipoteză, în situația în care și contestația ... va fi admisă, cu consecința declarării ca inacceptabilă a ofertei ..., pentru Lotul 2 nu va mai exista nici un ofertant, iar autoritatea contractantă trebuie să reia procedura de atribuire cu privire la acest lot, ... având interes să participe după reluarea procedurii.

Prin urmare, interesul pe care ... îl urmărește prin contestația privitoare la Lotul 2 este acela că, în ipoteza admiterii contestației ..., acesta să aibă posibilitatea de a obține declararea ofertei intervenientei pe acest lot ca fiind inacceptabilă și, deci, să poată participa la procedura de atribuire pentru Lotul 2 în eventualitatea în care autoritatea contractantă va dispune reluarea acesteia.

Mai departe, ... arată că interesul său rezultă chiar din decizia CJUE invocată de către intervenient (Hotărârea CJUE din 19.06.2003, cauza C-

249/01 Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BiG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)), din care citează.

În consecință, ... consideră că este o persoană vătămată în sensul definit de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în sensul că are interes în legătură cu procedura de atribuire, nefiind exclusă din aceasta, însă având, totodată, interes, ca oferta ... să fie exclusă.

2. Netemeinicia argumentelor ... prin care solicită respingerea, ca netemeinică, a contestației ... referitoare la Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7

2.1. Netemeinicia argumentului ... referitoare la preeminența informațiilor din SEAP în detrimentul informațiilor din fișa de date a achiziției

Argumentul este dezvoltat de intervenient la pct. II din cererea de intervenție (pag. 6, paragrafele 1, și 4) și, în conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016 și cu Secțiunea IV.1.1 b) din fișa de date a achiziției, procedura aleasă a fost licitația deschisă (care s-a desfășurat între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00). Conform Secțiunii IV. 1.6 din fișa de date, licitația electronică urma să se desfășoare într-o singură rundă, fără pas de licitare, iar elementul care urma să facă obiectul procesului repetitiv era prețul unitar fără TVA/bucată. Procesul repetitiv a avut loc prin intermediul SEAP iar în timpul licitației electronice, fiecăruia dintre participanți i-au fost puse la dispoziție informații privind numărul de participanți, precum și cel mai scăzut preț ofertat.

În considerarea caracterului imperativ al informațiilor și cerințelor din fișa de date (parte a documentației de atribuire), rezultă că toți participanții la licitația electronică ar fi trebuit să liciteze în funcție de cerințele impuse prin aceasta, independent de împrejurări exterioare, cum ar fi informațiile publicate pe site-ul SICAP.

În consecință, în măsura în care unii dintre participanții la etapa licitației electronice au ofertat valoarea totală pentru fiecare lot, aceștia au încălcat, în mod culpabil, prevederile fișei de date a achiziției, împrejurare de natură a își produce efectele juridice negative în raport cu aceștia, iar nu cu participanții care au respectat întocmai informațiile/cerințele din fișa de date.

2.2. Lipsa de relevanță a împrejurării că, pentru Lotul 4, s-a licitat valoarea totală a Lotului, iar nu prețul unitar. Această împrejurare de fapt validează, contrar celor afirmate de intervenient, susținerile contestatorului

Intervenientul afirmă că împrejurarea, recunoscută de ... că, în cadrul licitației electronice pentru Lotul 4, a licitat valoarea totală, iar nu prețul unitar, este de natură a valida teza că, în cadrul licitației electronice, se impunea raportarea la valoarea totală a lotului, iar nu la prețul unitar. Susținerile sunt netemeinice. Astfel, împrejurarea că, în cadrul licitației electronice, s-a ofertat, pentru Lotul 4, valoarea totală, iar nu prețul unitar, reprezintă o nerespectare a cerințelor/informațiilor din fișa de date, care nu poate fi imputată decât ... Prin răspunsul dat la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă, ... și-a asumat încălcarea cerințelor din fișa de date și a arătat că: *„din păcate, la lotul 4 nu am reușit să introducem prețul final pe bucată, el rămânând la valoarea de 10.000.000 lei”*.

Totodată, și afirmația intervenientului (pag. 6, alin. 5 din cererea de intervenție): *„prin urmare, în această etapă toți participanții, inclusiv ..., până în ultimele 10 secunde din intervalul alocat licitației electronice, au*

oferat prețul reprezentând valoarea totală (valoarea financiară) a fiecărui lot, ci nu prețul unitar”, este lipsită de relevanță din perspectiva celor susținute, respectiv că participanții la licitația electronică au oferat corect valoarea totală pe lot, iar nu prețul unitar. Aceasta deoarece:

- în primul rând, o astfel de conduită, de a licita în funcție de strategia adoptată de fiecare ofertant, oricând până la încheierea licitației electronice, este perfect legală și ține de esența chiar a etapei licitației electronice;

- în al doilea rând, această împrejurare nu face decât proba unei bune strategii adoptate în cadrul licitației electronice, strategie care, prin raportare la ofertele depuse de ceilalți participanți în cadrul licitației electronice, considerate, conform fișei de date, ca prețul unitar, ar fi trebuit să determine clasarea sa pe primul loc în clasament și pentru Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7.

2.3. Netemeinicia argumentelor ... referitoare la corecta stabilire a clasamentelor finale pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7

În esență, argumentul ... (pag. 7-9 din cererea de intervenție) este similar cu cel invocat de autoritatea contractantă prin punctul de vedere asupra contestației și poate fi rezumat astfel: deși în cadrul licitației electronice participanții au oferat valoarea totală pentru fiecare lot, clasamentele au fost întocmite în funcție de prețul unitar rezultat din centralizatorul de prețuri transmis de participanți, ulterior încheierii licitației electronice, și determinat în funcție de valoarea totală a fiecărui lot.

Ca atare, susține atât ..., cât și autoritatea contractantă, clasamentele au fost întocmite tot prin raportare la prețul unitar, dar nu cel oferat în cadrul licitației electronice, ci cel care a fost determinat ulterior, pe baza valorii totale oferate împărțită la numărul de produse ce urmau a fi furnizate pentru fiecare lot.

Astfel, contestatorul subliniază însă o chestiune esențială: scopul licitației electronice este acela ca toți participanții să aibă posibilitatea de a oferta, concomitent și în timp real, un preț cât mai mic în funcție de informațiile furnizate, pe toată durata licitației electronice, referitoare la numărul de participanți, precum și la cel mai scăzut preț oferat.

Cu alte cuvinte, în etapa licitației electronice concurența între participanți a fost distorsionată, deoarece unii participanți au oferat valoarea totală pe lot în loc de prețul unitar, în mod concret, în cazul său, pentru Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7, la încheierea licitației electronice, prețul unitar pe care l-a oferat era cel mai scăzut în raport cu prețurile oferate de ceilalți participanți (care, în mod eronat, cu încălcarea cerințelor din fișa de date, au oferat valoarea totală pe lot). Însă, după răspunsurile oferite de ceilalți participanți la solicitările de clarificări, după încheierea licitației electronice, prețul unitar oferat de ... nu a mai fost prețul cel mai scăzut. Consecutiv, întocmirea clasamentelor finale pentru fiecare lot, prin raportare la prețul unitar oferat de ... în cadrul licitației electronice și prețurile unitare ale celorlalți participanți, așa cu rezultă acestea din centralizatoarele de prețuri transmise autorității contractante după finalizarea etapei licitației electronice:

- reprezintă încălcarea dispozițiilor art. dispozițiilor art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, deoarece autoritatea contractantă ar fi trebuit să respingă, ca inacceptabile, ofertele care depășeau valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare;

- reprezintă încălcarea dispozițiilor art. 122 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 deoarece:

- ofertele celorlalți ofertanți participanți, făcute în cadrul licitației electronice, au fost mai mari decât cele făcute, anterior, în cadrul propunerilor financiare. Ca atare, aceste oferte nu trebuiau luate în considerare, deoarece dispozițiile legale impun ca ofertele făcute în cadrul licitației electronice nu pot decât să îmbunătățească ofertele depuse anterior organizării acestei etape (art. 121 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016);

- per a contrario, în ipoteza în care un ofertant își modifică, în cadrul licitației electronice, elemente ale ofertei care fac obiectul procesului repetitiv, autoritatea contractantă avea obligația de a lua în considerare, la stabilirea clasamentului final, oferta depusă de acesta în cadrul licitației electronice,

conduc la concluzia că autoritatea contractantă nu a asigurat cadrul legal necesar pentru achiziționarea bunurilor ce îi sunt necesare, în sensul în care etapa licitației electronice a fost organizată prin încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică: nediscriminarea, tratamentul egal și transparența.

Din cele de mai sus, rezultă, cu claritate, netemeinicia susținerilor ... (pag. 9 paragraful 1 din cererea de intervenție), deoarece dispozițiile art. 122 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 395/2016 impun, imperativ, că singurele clarificări pe care autoritatea contractantă are dreptul de a le mai solicita cu privire la prețul final rezultat în urma licitației electronice pot să fie doar în legătură cu justificarea prețului neobișnuit de scăzut ofertat și ofertele nu au putut fi comparate efectiv, deoarece prețul unitar ofertat de ... în cadrul etapei licitației electronice a fost comparat cu prețul unitar ofertat de către ceilalți participanți după finalizarea etapei licitației electronice (mai exact, prețul unitar care a rezultat din centralizatoarele de prețuri depuse de participanți ca răspuns la solicitările de clarificări ale autorității contractante).

În sensul aspectelor de mai sus, în susținerea argumentelor este și practica invocată de intervenient (Decizia civilă nr. 105 din 17 ianuarie 2018 pronunțată de către Curtea de Apel Timișoara).

Astfel, în acest caz:

- ofertarea, în cadrul etapei licitației electronice, a valorii totale pentru fiecare lot, deși în fișa de date era menționat, neechivoc, că elementul care urma să facă obiectul procesului repetitiv era prețul unitar fără TVA/bucată, nu este o eroare materială, ci reprezintă încălcarea prevederilor din documentația de atribuire;

- clarificările oferite de participanți, ulterior finalizării etapei licitației electronice, reprezintă depunerea unei noi oferte, Este așa, în mod neîndoielnic, în considerarea faptului că prețurile unitare ofertate de ... în cadrul licitației electronice au fost comparate nu cu prețurile unitare ofertate de ceilalți participanți în aceeași etapă, ci cu cele care au rezultat din centralizatoarele de prețuri transmise către autoritatea contractantă după finalizarea licitației electronice. În mod neechivoc, această împrejurare conduce la distorsionarea concurenței în cadrul procedurii de atribuire, deoarece ... a fost privată, nelegal, de posibilitatea de a oferta, în timp real în cadrul licitației electronice, un preț mai scăzut decât cel pe care

participanții l-au ofertat prin centralizatoarele de preț, după finalizarea licitației electronice.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea, ca netemeinică, a cererii de intervenție voluntară formulată de către ...

Totodată, se solicită încuviințarea probei cu înscrisuri, considerându-se că se impune transmiterea unei adrese către Agenția pentru Agenda Digitală a României prin care Consiliul să solicite acesteia transmiterea următoarelor înscrisuri: (i) desfășurătorul fazei finale de licitație electronice privind prețurile ofertate de către participanții pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7 și (ii) raportul de activitate al licitației electronice, pentru toate cele 7 (șapte) loturi în care a fost divizat obiectul acordului-cadru al procedurii de atribuire.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 26.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 48422/26.11.2019, ... transmite *Note scrise*, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice la sediul Consiliului și prin care evocă următoarele:

Chestiuni prealabile:

Contestatorul apreciază că din dosarul achiziției transmis de către autoritatea contractantă lipsesc înscrisuri esențiale pentru soluționarea prezentei cauze. Aceste înscrisuri, pe care acesta le-a studiat la sediul autorității contractante, în dosarul de achiziție, dar pentru care nu a avut permisiunea de a le fotocopiază, sunt:

- extrasele electronice din SEAP referitoare la clasamentele finale pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7. Conform acestor extrase electronice, pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7, prima poziție în clasamentul final, după finalizarea etapei licitației electronice, era ocupată de contestator, al cărei preț ofertat era mult mai mic decât prețul ofertat de participantul de pe locul 2;

- solicitările de clarificări formulate de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 52067/18.09.2019, transmisă după finalizarea etapei licitației electronice și răspunsurile ofertanților la aceasta. În dosarul achiziției publice se regăsesc doar solicitările de clarificări adresate ... și contestatorului, precum și răspunsul la aceasta, toate referitoare la Lotul 2 (vol. 5, filele 172-176 și filele 341-343). Însă, din perspectiva susținerilor sale, referitoare la întocmirea clasamentelor finale prin raportare la prețul unitar ofertat de participanții la licitația electronică prin centralizatoarele de prețuri transmise autorității contractante ca răspuns la solicitarea de clarificări din data de 18.09.2019, ... consideră că se impune ca soluționarea prezentei cauze să se facă după ce aceste înscrisuri vor fi depuse la dosar (solicitățile de clarificări și răspunsul ofertanților la acestea în legătură cu Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7).

Prezentelor Note scrise, contestatorul anexează desfășurătorul fazei finale a licitației electronice referitor strict la modul cum acesta a ofertat în cadrul Lotului 1, Lotului 2, Lotului 3, Lotului 4 și Lotului 7. Desfășurătorul i-a fost comunicat, la cerere, de către Agenția pentru Agenda Digitală a României (AADR), contestatorul solicitând informații și cu referire la modalitatea de ofertate a celorlalți participanți în cadrul licitației electronice, însă AADR a comunicat că: „operatorul SEAP nu vă poate furniza informații despre denumirea și oferta depusă de ceilalți participanți la procedura de achiziție publică deoarece aceste informații țin de strategia economică a

fiecărui operator economic în parte și de poziționarea concurențială a acestuia pe piață”.

Acesta este motivul pentru care, prin întâmpinarea formulată la contestația ..., contestatorul a arătat că se impune ca AADR, la solicitarea Consiliului, să transmită, la dosarul cauzei, înscrisurile la care a făcut referire. Ca atare se impune transmiterea unei adrese către Agenția pentru Agenda Digitală a României prin care Consiliul să solicite acesteia transmiterea următoarelor înscrisuri: (i) desfășurătorul fazei finale de licitație electronice privind prețurile ofertate de către participanții pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7; (ii) raportul de activitate al licitației electronice, pentru toate cele 7 (șapte) loturi în care a fost divizat obiectul acordului-cadru al procedurii de atribuire.

În ceea ce privește contestația sa referitoare la Lotul 2, ... învederează că nu solicită Consiliului refacerea clasamentului final în sensul în care oferta sa nu va mai fi clasată pe locul I, deoarece nu are interes în a formula o astfel de solicitare. Ceea ce solicită, cu privire la Lotul 2, este ca, la refacerea clasamentului pentru acest lot, în măsura în care oferta ... va rezulta că este inacceptabilă, să fie respinsă în consecință.

În ipoteza în care Consiliul urmează va admite cererea ... de a pune concluzii orale, contestatorul solicită, pentru egalitate de tratament, ca și acestuia să i se permită formularea de concluzii orale.

1. Temeinicia contestației

1.1. Nelegalitatea actelor contestate din perspectiva încălcării dispozițiilor art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016

Contestatorul susține că raportul procedurii, precum și adresa autorității contractante nr. 60046/28.10.2019 sunt nelegale, deoarece ofertele celorlalți participanți în etapa licitației electronice, clasați după acesta în clasamentul final pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7, se impunea a fi respinse ca inacceptabile în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016.

În concret, conform clasamentelor finale, așa cum rezultă acestea din extrasele SEAP din dosarul achiziției pe care îl deține autoritatea contractantă:

▫ Pentru Lotul 1, clasamentul rezultat după finalizarea licitației electronice, a fost:

Locul 1 – oferta ...: 35.175 lei preț unitar, fără TVA;

Locul 2 – oferta ...: 3.476.000 lei preț unitar, fără TVA.

Însă, având în vedere că, în conformitate cu Secțiunea II.2.4 Lotul 1 din anunțul de participare, cantitatea maximă estimată pentru acest lot, este de 172 de incubatoare, rezultă că prețul total al acordului-cadru, ofertat de către ..., era de 597.872.000 lei. Acest preț însă excedează valorii totale estimate, de 11.777.270 lei (conform Secțiunii II.2.6 Lotul 1 din anunțul de participare).

În consecință, oferta participantului clasat pe locul II în clasamentul final al Lotului 1 trebuia respinsă ca inacceptabilă (consecutiv, și cele ale participanților următori, dat fiind că și acestea depășeau valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare).

▫ Pentru Lotul 2, clasamentul rezultat după finalizarea licitației electronice, a fost:

Locul 1 – oferta ...: 79.730 lei preț unitar, fără TVA;

Locul 2 – oferta ...: 51.400.000 lei preț unitar, fără TVA.

Însă, având în vedere că, în conformitate cu Secțiunea II.2.4 Lotul 2 din anunțul de participare, cantitatea maximă estimată pentru acest lot, este de 382 de incubatoare, rezultă că prețul total al acordului-cadru, oferat de către ..., era de 19.634.800.000 lei. Acest preț însă excedează valorii totale estimate, de 51.570.000 lei (conform Secțiunii II.2.6 Lotul 2 din anunțul de participare).

În consecință, oferta ..., participant clasat pe locul II în clasamentul final al Lotului 2, trebuia respinsă ca inacceptabilă.

Mai mult, se remarcă faptul că prețul oferat de către ..., după finalizarea etapei licitației electronice, a fost de 134.554,973822 lei preț unitar, fără TVA. Însă, în conformitate cu Secțiunea IV.4.2 pct. 2 din fișa de date „prețul unitar fără TVA / bucată va fi calculat la două zecimale”. Din această perspectivă, prin raportare la dispozițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, oferta ... este neconformă având în vedere că nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, prețul oferat fiind cu șase zecimale, în loc de două.

Faptul că prețul unitar fără TVA / bucată al ... pentru Lotul 2 a fost oferat după finalizarea etapei licitației electronice, rezultă din următoarele:

- conform extraselor electronice din SEAP, la finalizarea etapei licitației electronice, pentru Lotul 2: (i) prețul cel mai scăzut oferat a fost cel al contestatorului, respectiv 79.730 lei preț unitar, fără TVA; (ii) următorul preț a fost cel al ..., respectiv de 51.400.000 lei preț unitar, fără TVA;

- ulterior, prin centralizatorul de prețuri anexat răspunsului ... la solicitarea de clarificări (adresa nr. 365/25.09.2019 – filele 172-175 dosar CNSC, vol. 5) prețul unitar fără TVA oferat a fost de 134.554,973822 lei. Acesta a rezultat, în mod eronat, din împărțirea prețului unitar fără TVA oferat de către ... în cadrul licitației electronice (51.400.000 lei), la numărul maxim de incubatoare ce urmau a fi furnizate pentru Lotul 2 (382). Însă, eroarea este evidentă, deoarece prețul unitar fără TVA oferat de ... în cadrul licitației electronice ar fi trebuit, pentru a determina valoarea totală pentru Lotul 2, înmulțit cu numărul maxim de incubatoare (382). Astfel, rezulta, fără echivoc, că oferta ... era inacceptabilă deoarece prețul total al acordului-cadru era de 19.634.800.000 lei. Acest preț însă excedează valorii totale estimate, de 51.570.000 lei (conform Secțiunii II.2.6 Lotul 2 din anunțul de participare).

▫ Pentru Lotul 3, clasamentul rezultat după finalizarea licitației electronice, a fost:

Locul 1 – oferta ...: 23.450 lei preț unitar, fără TVA;

Locul 2 – oferta ...: 1.910.000 lei preț unitar, fără TVA.

Însă, având în vedere că, în conformitate cu Secțiunea II.2.4 Lotul 3 din anunțul de participare, cantitatea maximă estimată pentru acest lot, este de 183 de incubatoare, rezultă că prețul total al acordului-cadru, oferat de către ..., era de 349.530.000 lei. Acest preț însă excedează valorii totale estimate, de 5.785.166,67 lei (conform Secțiunii II.2.6 Lotul 3 din anunțul de participare).

În consecință, oferta ..., participant clasat pe locul II în clasamentul final al Lotului 3, trebuia respinsă ca inacceptabilă (consecutiv, și cele ale

participanților următori, dat fiind că și acestea depășeau valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare).

De altfel, se observă și la acest punct că, după finalizarea etapei licitației electronice și ulterior solicitării de clarificări, ... a oferat prețul unitar de 18.543,68933 lei, fără TVA prin răspunsul transmis la solicitarea de clarificări (Raportul Procedurii Secțiunea 3.2.6 – Desfășurarea licitației electronice). Astfel, oferta ... este neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 deoarece nu respectă cerințele din fișa de date (Secțiunea IV.4.2 pct. 2), prețul unitar fără TVA / bucată fiind calculat cu 5 zecimale, în loc de două.

▫ Pentru Lotul 7, clasamentul rezultat după finalizarea licitației electronice, a fost:

Locul 1 – oferta ...: 46.900 lei preț unitar, fără TVA;

Locul 2 – oferta ...: 5.985.000 lei preț unitar, fără TVA.

Însă, având în vedere că, în conformitate cu Secțiunea II.2.4 Lotul 7 din anunțul de participare, cantitatea maximă estimată pentru acest lot, este de 153 de incubatoare, rezultă că prețul total al acordului-cadru, oferat de către ..., era de 915.705.000 lei. Acest preț însă excedează valorii totale estimate, de 13.066.200 lei (conform Secțiunii II.2.6 Lotul 7 din anunțul de participare).

În consecință, oferta ..., participant clasat pe locul II în clasamentul final al Lotului 7, trebuia respinsă ca inacceptabilă (consecutiv, și cele ale participanților următori, dat fiind că și acestea depășeau valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare).

1.2. Nelegalitatea actelor contestate din perspectiva încălcării dispozițiilor art. 121 alin. (4) și a dispozițiilor art. 122 alin. (3) și (4) din H.G. nr. 395/2016

Așa cum a arătat la pct. 1.1 de mai sus, și așa cum rezultă din extrasele electronice din SEAP referitoare la clasamentele finale pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7, ofertele celorlalți ofertanți participanți, făcute în cadrul licitației electronice, au fost mai mari decât cele făcute, anterior, în cadrul propunerilor financiare. Însă, autoritatea contractantă avea obligația să ignore aceste oferte în temeiul dispozițiilor art. 121 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

Mai mult, după finalizarea etapei licitației electronice, autoritatea contractantă avea dreptul de a solicita doar clarificări cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut oferat de către participanți, în conformitate cu dispozițiile art. 122 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Totodată, acest preț oferat în cadrul licitației electronice, nu poate fi modificat.

În orice caz, interpretând *per a contrario* dispozițiile art. 122 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, la întocmirea clasamentelor finale, autoritatea contractantă ar fi trebuit să se raporteze, în ceea ce privește Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7, doar la prețurile oferate în cadrul etapei de licitație electronică. Dacă ar fi procedat conform dispozițiilor legale, în clasamentele finale și pentru Lotul 1, Lotul 3 și Lotul 7, contestatorul s-ar fi clasat pe primul loc, având în vedere că prețul unitar oferat a fost prețul cel mai scăzut.

Autoritatea contractantă însă a procedat nelegal și, după finalizarea etapei licitației electronice:

- a solicitat clarificări cu privire nu doar la justificarea prețului neobișnuit de scăzut, ci și cu privire la noile prețuri ofertate în cadrul licitației electronice și recalibrarea ofertei în funcție de acestea. Aceasta în contextul în care: (i) aceste prețuri nu reprezentau o îmbunătățire a ofertei depuse de participanți anterior licitației electronice, ci, în fapt, fiind o înrăutățire, semnificativă, a acesteia; (ii) prin raportare la prețurile ofertate de concurenții contestatorului, oferta acestora trebuia respinsă ca inacceptabilă deoarece depășea valoarea estimată a acordului-cadru, așa cum era aceasta indicată în anunțul de participare.

- a întocmit clasamentele finale pentru fiecare lot în baza altor oferte referitoare la prețul unitar, fără TVA decât cele depuse în cadrul licitației electronice și care modificau ofertele anterioare ale participanților.

1.3. Încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică. Distorsionarea concurenței în cadrul etapei licitației electronice

Toate aspectele de mai sus întemeiază concluzia că autoritatea contractantă nu a asigurat cadrul legal necesar pentru achiziționarea bunurilor ce îi sunt necesare, în sensul în care etapa licitației electronice a fost organizată prin încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică: nediscriminarea, tratamentul egal și transparența.

Mai mult, esențial de remarcat este împrejurarea că, în etapa licitației electronice, concurența între participanți a fost distorsionată. Astfel, contestatorul arată că a fost în imposibilitate să oferteze, pentru Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7 un preț unitar mai mic decât cel al participanților clasați ulterior pe locul I, deoarece:

- informațiile furnizate de SEAP, în timp real, în etapa licitației electronice, referitoare la numărul de participanți și la prețul cel mai scăzut ofertat, erau că se ofertase, pentru cele 4 loturi, prețul unitar cel mai scăzut. Ca atare, contestatorul nu avea interes să oferteze un preț unitar și mai scăzut;

- prețul unitar ofertat de contestator în cadrul licitației electronice a fost comparat nu cu prețul unitar ofertat de concurenți în cadrul acestei etape, ci cu prețul unitar ofertat de concurenți prin centralizatoarele de prețuri transmise de aceștia autorității contractante, ulterior finalizării licitației electronice. În consecință, rațiunea însăși a licitației electronice, aceea de a oferta, în timp real, în concurență directă, un preț cât mai scăzut, a fost infirmată, dat fiind că acesta nu putea să se raporteze la concurenți, decât la prețurile ofertate de aceștia în cadrul licitației electronice. Și, prin raportare la aceste prețuri, a ofertat prețul unitar cel mai scăzut. În nici un caz contestatorul nu se putea raporta la alte prețuri decât cele ofertate de concurenți în cadrul licitației electronice. Însă, prin raportare la aceste prețuri unitare ofertate de concurenți, ar fi trebuit să fie clasat pe locul I în toate cele 4 loturi anterior menționate.

2. Temeinicia cererii sale de intervenție voluntară

În ceea ce privește cererea de intervenție voluntară formulată de ... în cadrul dosarului nr. 2389/2019, acesta arată că se limitează a face trimitere, fără a le relua, la argumentele invocate prin cererea depusă în data de 18.11.2019.

3. Netemeinicia cererii de intervenție formulată de către ... Se justifică interes în formularea contestației

Pe fondul cererii de intervenție a ..., contestatorul face trimitere la argumentele invocate prin întâmpinarea depusă de acesta, în data de 19.11.2019, în dosarul nr. 2390/2019, pe care nu le va relua. La acest punct, face următoarele mențiuni referitoare la interesul său în a formula contestația cu privire la clasamentul final pentru Lotul 2.

Astfel, prin contestație, cu referire la Lotul 2, acesta nu a solicitat refacerea clasamentului final în sensul în care oferta sa să nu mai fie clasată pe locul I. Doar o astfel de cerere ar fi fost lipsită de interes. Ceea ce a solicitat Consiliului, cu referire la Lotul 2, a fost ca acesta să oblige autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse în cadrul etapei de licitație electronică și să refacă clasamentul aferent Lotului 2 în conformitate cu prețurile licitate de ofertați în cadrul licitației electronice desfășurată între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00, respingând ofertele inacceptabile.

Interesul ... în a obține refacerea clasamentului pe Lotul 2, trebuie analizat prin raportare la existența contestației ..., care urmărește să obțină declararea ofertei criticate ca neconformă și, deci, oferta ... să fie clasată pe locul 1 în clasamentul final al Lotului 2. În mod similar, ... are interes, la rândul său, să formuleze contestația prin care să urmărească declararea ofertei ..., pentru Lotul 2, ca inacceptabilă și, în consecință respingerea acesteia ca atare.

În consecință, ... precizează că are calitatea de persoană vătămată în sensul reglementat de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, deoarece nu a fost exclus, în mod definitiv, din procedura de atribuire și există riscul să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, respectiv întocmirea clasamentului final aferent Lotului 2 fără a respinge, ca inacceptabilă, oferta ... Prejudiciul pe care îl riscă, trebuie considerat, așa cum a argumentat mai sus, prin raportare la ipoteza admiterii contestației ..., împrejurare în care, dacă oferta acesteia pentru Lotul 2 nu va fi respinsă ca inacceptabilă, ... va fi în imposibilitatea absolută de a își putea fi atribuit acordul-cadru pentru acest lot.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C., În ceea ce privește contestația sa, admiterea acesteia și anularea actelor contestate (raportul procedurii și adresa autorității contractante nr. 60046/28.10.2019), a tuturor adreselor autorității contractante referitoare la procedura de atribuire comunicate celorlalți participanți, a solicitărilor de clarificări ale autorității contractante și a răspunsurilor la aceste solicitări de clarificări oferite de participanți ulterior încheierii etapei de licitație electronică, precum și a tuturor actelor subsecvente celor a căror anulare o solicită, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul etapei de licitație electronică și refacerea clasamentelor aferente Lotului 1, Lotului 2, Lotului 3 și Lotului 7 în conformitate cu prețurile licitate de ofertați în cadrul licitației electronice desfășurată între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00 și cu respingerea ofertelor inacceptabile, iar în ceea ce privește cererea de intervenție formulată de aceasta, solicită admiterea acesteia și, în consecință respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată, menținerea deciziei autorității contractante și a tuturor actelor cu privire la declararea ofertei sale

ca admisibilă, conformă și câștigătoare, menținerea deciziei autorității contractante și a tuturor actelor cu privire la clasarea ofertei ... pe locul al doilea, respingerea cererii ... de efectuare a unei expertize tehnice cu privire la produsul ofertat de ..., admiterea cererii sale de a pune concluzii oral în față Consiliului, în cazul în care cererea ... cu acest obiect va fi admisă. În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de către ..., contestatorul solicită respingerea acesteia, ca netemeinică.

Prin adresa nr. 2104/26.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 48466/26.11.2019, ... transmite concluzii scrise, întocmite în urma studierii dosarului achiziției publice constituit la C.N.S.C., privind soluționarea contestației formulată de ... și a cererii de intervenție formulată de acesta, precum și a transmiterii punctului de vedere de către autoritatea contractantă, înregistrat cu nr. 64188/18.11.2019 și a întâmpinării depusă de ... în data de 20.11.2019, prin care solicită admiterea cererii sale de intervenție formulată în dosarul 2390/2019 - C7, respingerea contestației formulată de ..., în principal, ca fiind lipsită de interes, iar, în subsidiar, ca nefondată, cu privire la Lotul 2, precum și respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată, cu privire la Lotul 1, Lotul 2, Lotul 3 și Lotul 7, pentru următoarele motive:

... arată că, în ceea ce privește Lotul 2, în condițiile în care folosul practic urmărit de ... în cadrul procedurii este determinat de atribuirea acordului-cadru cu privire la Lotul 2, ci nu cel menționat în cuprinsul contestației, respectiv de refacere a clasamentelor, autoarea contestației, în mod indubitabil, nu îndeplinește condițiile legale pentru a fi considerată persoana vătămată, aspect pentru care se apreciază că se impune admiterea excepției cu privire la Lotul 2, astfel cum a fost formulată și, în consecință, respingerea contestației ca fiind lipsită de interes cu privire la acest lot.

Așa cum a precizat în cuprinsul contestației, ... susține că ... se limitează, exclusiv, la indicarea prevederilor din fișa date a achiziției, în condițiile în care conform informațiilor publicate pe site-ul SICAP la data desfășurării licitației electronice, valoarea de referință indicată era valoarea totală (valoarea financiară) a fiecărui lot.

Însăși autoritatea contractantă confirmă prin punctul de vedere înregistrat cu nr. 64188/18.11.2019 (pag. 9), că în SICAP, potrivit informațiilor afișate, în cadrul acestei etape se solicita licitarea prețului raportat la valoarea totală a achiziției. Cu alte cuvinte, indiferent de prevederile cuprinse în fișa de date a achiziției, potrivit informațiilor indicate în SICAP la data la care a început licitația electronică, respectiv 16.09.2019, ora 16:00, rezultă, fără putință de tăgadă faptul că, licitația electronică viza valoarea totală a achiziției, ci nu prețul unitar, așa cum susține ...

În consecință, indiferent de prevederile din fișa de date, toți operatorii economici, inclusiv ..., participanți la etapa de licitație electronică, au fost puși în situația de a respecta cerințele, foarte clare, existente pe platforma SICAP și anume de a ofera „valoarea totală a achiziției (oferta financiară)”, ci nu prețul unitar.

Afirmația contestatorului în acest sens, este confirmată de însuși răspunsul transmis de ... cu privire la lotul 4, înregistrat de aceasta cu nr. 923/25.09.2019 și la autoritatea contractantă cu nr. 53393/25.09.2019 și indicat în raportul procedurii, prin care acesta a specificat că pe acest lot nu a

reușit să introducă prețul final pe bucată, aceasta rămând la valoarea totală de 10.000.000 lei, acest fapt fiind evidențiat și de autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis (pag. 10). Prin urmare, în această etapă, toți participanții, inclusiv ..., până în ultimele 10 secunde din intervalul alocat licitației electronice, au oferat prețul reprezentând valoarea totală (valoarea financiară) a fiecărui lot, ci nu prețul unitar.

În acest sens, contestatorul supune analizei Consiliului faptul că, doar ... și-a schimbat, în ultimele 10 secunde, modul de ofertare, introducând valoarea unitară (preț unitar/bucată), ci și nu valoarea totală a lotului, aspect confirmat și prin răspunsul transmis de Agenția pentru Agenda Digitală a României (A.A.D.R.), înregistrat cu nr. 44613/15.11.2019, care prezintă desfășurătorul fazei finale de licitație electronică pentru toate loturile, pe care ... îl transmite, spre analiză, exclusiv, Consiliului (anexat) și îl marchează ca fiind confidențial, pentru motivele pe care le detaliază în cele ce urmează.

Temeiul legal al încadrării răspunsului transmis de Agenția pentru Agenda Digitală a României (A.A.D.R.), înregistrat cu nr. 44613/15.11.2019, care prezintă desfășurătorul fazei finale de licitație electronică pentru toate loturile ca fiind confidențial, se bazează pe dispozițiile art. 57, art. 217 alin. (5) și (6), art. 129 alin. (1) și (2) și art. 123 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, ... evidențiază faptul că răspunsul transmis de AADR indică modalitatea în care acesta licitează în cadrul procedurilor care implică licitația electronică, iar dezvăluirea poate crea semnificative prejudicii comerciale, aceste informații bazându-se, în mod particular, pe secrete tehnice ale societății.

În stabilirea acestei finalități, ... solicită Consiliului să aibă în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii. Astfel, după cum s-a arătat mai sus, se solicită să nu i se permită ... să studieze documentele declarate confidențiale.

În sprijinul acestei aprecieri, ... evocă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, decizia Consiliului publicată în B02018_6924, precum considerentele Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe T-339/10 și T- 532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător.

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o

valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret. Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia - Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T- 353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

De asemenea, ... reiterează ideea potrivit căreia afirmația ... potrivit căreia autoritatea contractantă a stabilit clasamentele finale pe baza unor comunicări care au semnificația unor noi oferte făcute ulterior finalizării licitației deschise, deși avea obligația de a întocmi aceste clasamente fie pe baza ofertei făcute în cadrul licitației electronice, fie pe baza ofertei depuse anterior în cadrul procedurii de atribuire, este eronată, având în vedere că evaluarea ofertelor s-a făcut în funcție de cel mai mic preț/bucată ofertat pentru fiecare lot în parte în cadrul licitației electronice.

... evidențiază că autoritatea contractantă a fost de bună credință și a respectat toate dispozițiile legale aplicabile licitației electronice, astfel, având în vedere, pe de-o parte, prevederile cuprinse în fișa de date a achiziției, iar, pe de altă parte, informațiile indicate, la data la care a început licitația electronică, respectiv 16.09.2019, ora 16:00, rezultă, fără putință de tăgadă faptul că, solicitările de clarificări cu privire la indicarea, pentru fiecare lot, atât a valorii totale (valorii financiare) a fiecărui lot, cât și a prețului final pe bucată adresate tuturor ofertanților erau imperios necesare, asigurând astfel o concurență reală între ofertanți, cu respectarea principiilor achizițiilor publice. De asemenea, se reliefează faptul că, indiferent de modalitatea de ofertare (preț unitar/valoare totală), ofertele puteau fi comparate în sensul realizării clasamentului și determinării ofertei câștigătoare.

Totodată, în prezentul caz, ... consideră relevantă și practica CNSC reținută în decizia nr. 324/C10/52 din 06.03.2019, pronunțată în soluționarea unei contestații formulată tot cu privire la o procedură organizată de ..., în legătură cu o situația identică privind derularea licitației electronice, Consiliul subliniind la pag. 52/54 următoarele aspecte relevante: „*Consiliul constată că autoritatea contractantă a acceptat și ofertele conținând, contrar prevederilor documentației, prețuri totale depuse de ofertantul ... această decizie fiind luată pentru asigurarea posibilității comparării tuturor ofertelor admisibile, în deplină respectare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică*”.

În mod similar cu situația dedusă judecății pentru care s-a pronunțat decizia C.N.S.C. nr. 324/C10/52 din 06.03.2019 și în prezentul caz, având în vedere că potrivit informațiilor indicate în SICAP la data la care a început licitația electronică, respectiv 16.09.2019, ora 16:00, rezultă, fără putință de tăgadă faptul că, licitația electronică viza valoarea totală a achiziției, ci nu

prețul unitar, ... apreciază că ..., de bună credință, a solicitat tuturor operatorilor economici, inclusiv ... să depună ofertele financiare conform prețurilor ofertate în cadrul etapei de licitație electronică și să justifice prețul neobișnuit de scăzut.

În acest context, ... evidențiază faptul că, ulterior licitației electronice, însăși ... a transmis autorității contractante formularul de ofertă, indicând valoarea financiară totală, ci nu prețul unitar.

Având în vedere cele prezentate, ... solicită C.N.S.C să constate că, în prezentul caz, nu au fost încălcate principiile achizițiilor publice și să admită cererea sa de intervenție, așa cum a fost formulată și să dispună respingerea contestației formulată de ...

... anexează răspunsul transmis de Agenția pentru Agenda Digitală a României (A.A.D.R.), înregistrat cu nr. 44613/15.11.2019, indicat ca fiind confidențial.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziția centralizată de incubatoare medicale pentru nou născuți”, cod CPV 33152000-0 – Incubatoare (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*prețul cel mai scăzut*”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este cuprins între 12.892.500,00 și 51.570.000,00 lei, fără TVA (pentru lotul 2).

Prin procesul-verbal nr. 18405/29.03.2019, de evaluare a garanției de participare, a informațiilor DUAЕ, s-a consemnat faptul că 3 operatori economici au depus oferte, pentru lotul 2, dintre aceștia fiind ... și ..., contestatorii din prezenta cauză.

Astfel cum este precizat în raportul procedurii nr. SP13726/28.10.2019, oferta depusă de ... a fost declarată câștigătoare, pentru lotul 2, cu o valoare unitară de 79.730,00 lei fără TVA și o valoare maximă acord-cadru de 30.456.860,00 lei fără TVA iar oferta depusă de către ... a fost declarată admisibilă dar, în urma aplicării criteriului de atribuire s-a situat pe locul 2, ofertantul din urmă formulând contestația nr. 1980/07.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45309/07.11.2019, respectiv critici legate, în mod exclusiv, de conținutul ofertei desemnată câștigătoare în cadrul lotului 2, ... apreciind că, oferta depusă de către ... trebuia respinsă, ca neconformă, în condițiile în care produsul propus nu a îndeplinit cerințele minime obligatorii impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, caietul de sarcini.

Totodată, în ceea ce privește loturile 1, 3 și 7, Consiliul punctează faptul că ofertele depuse de către ... au fost declarate admisibile, dar necâștigătoare (la lotul 1-oferta ... s-a situat pe locul 5; la lotul 3-oferta ... s-a situat pe locul 6 iar la lotul 7- oferta ... s-a situat pe locul 3), prin contestația fără număr de înregistrare la emitent din 07.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45432/08.11.2019, ... solicitând anularea tuturor adreselor autorității contractante referitoare la procedura de atribuire comunicate celorlalți participanți, aferente loturilor 1, 3 și 7, a solicitărilor de clarificări și

a răspunsurilor participanților, ulterior încheierii etapei de licitație electronică și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul etapei de licitație electronică și refacerea clasamentelor aferente loturilor 1, 2, 3 și 7, în conformitate cu prețurile oferite în cadrul licitației electronice desfășurată între 16.09.2019, ora 16:00 și 17.09.2019, ora 16:00 și cu respingerea ofertelor inacceptabile.

Procedând la analiza cauzelor constituite ca urmare a celor două contestații menționate anterior, Consiliul constată că acestea vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, loturile 1, 2, 3 și 7, iar verificarea aspectelor criticate se va efectua în ordinea înregistrării contestațiilor pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Totodată, Consiliul are în vedere că după depunerea contestației nr. 1980/07.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45309/07.11.2019, ... a formulat cerere de intervenție ..., prin care a solicitat pentru lotul 2, respingerea contestației ... ca nefondată, menținerea deciziei autorității contractante și a tuturor actelor cu privire la declararea ofertei sale ca admisibilă, conformă și câștigătoare și cu menținerea contestatorului pe locul al doilea, precum și respingerea cererii contestatorului de efectuare a unei expertize tehnice cu privire la produsul oferit.

De asemenea, se are în vedere că după depunerea contestației fără număr de înregistrare la emitent din 07.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45432/08.11.2019, formulată de către ..., a formulat cerere de intervenție voluntară în interes propriu ..., prin care a solicitat admiterea acesteia și respingerea contestației nr. 45432/08.11.2019.

Cu privire la admiterea în principiu a cererilor de intervenție formulate atât de către ... cât și de către ..., având în vedere faptul că interesul acestor ofertanți este evident, întrucât sunt oferte declarate câștigătoare/admisibile, Consiliul le va admite în principiu și, în condițiile în care intervențiile vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., le califică drept cereri de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

În conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, Consiliul va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45432/08.11.2019, pentru lotul 2, excepție invocată de către ...

În ceea ce privește excepția invocată de către intervenientul ..., față de contestația formulată de către ..., **pentru lotul 2**, Consiliul are în vedere faptul că, în urma verificării aspectelor contestate de ..., se reține că oferta depusă de acesta, pentru lotul 2, a fost declarată **câștigătoare** de către autoritatea contractantă.

În aceste condiții, raportat la cele menționate anterior, din care reiese fără putere de tăgadă caracterul de ofertă câștigătoare, stabilit definitiv în sarcina ofertei depusă de către ..., pentru lotul 2, ținând seama totodată și de criticile aduse de către acest ofertant prin prezenta contestație, ce vizează, în mod exclusiv, cealaltă ofertă din procedură, respectiv cea depusă de către ... pentru lotul 2 și pentru loturile 1, 3 și 7, Consiliul va proceda, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, citat anterior, la verificarea

interesului legitim al contestatorului în formularea acestor critici, pentru lotul 2, ținând seama, totodată, de excepția lipsei de interes invocată de către ...

În acest sens, Consiliul va lua în considerare dispozițiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. 1 lit. f) din Legea nr. 101/2016, în conformitate cu care:

- art. 2: (1) *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”*

- art. 3 alin. (1) *„f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.”

Totodată, Consiliul apreciază că sunt relevante, în cauză, dispozițiile art. 32 alin. (1) din Cod de procedură civilă, care dispune că: *„Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia (...) d) justifică un interes” și dispozițiile art. 33 din Cod procedură civilă, care prevăd că: „Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual (...).”*

Din dispozițiile legale invocate, rezultă că persoana care se adresează Consiliului cu o contestație, pentru a avea calitatea de persoană vătămată, trebuie să aibă un interes legitim în legătură cu procedura de achiziție publică, față de un act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, iar interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În acest sens, Consiliul reține în soluționare faptul că, deși autoritatea contractantă a adus la cunoștință ofertantului ... faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare, pentru lotul 2, potrivit adresei nr. 60046/28.10.2019, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, prin contestația formulată acesta a adus critici inclusiv cu privire la acest lot.

Mai mult, Consiliul constată că însăși contestatorul ... a ținut să-și invoce propria *lipsă de interes* în ceea ce privește criticile sale, aduse în referire la lotul 2, relevantă în acest sens fiind și mențiunea *„Precizare prealabilă”* din conținutul contestației nr. 45432/08.11.2019, conform căreia acesta a precizat că nu solicită refacerea clasamentului final pentru lotul 2 *„deoarece nu avem interes în a formula o astfel de solicitare.”*

Prin urmare, în contextul de fapt și de drept expus anterior, se constată că ... nu a demonstrat calitatea de *persoană vătămată* raportat la actele atacate, respectiv adresa nr. 60046/28.10.2019, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, astfel cum prevăd dispozițiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Relevante în acest sens sunt și susținerile intervenientului ..., exprimate în cererii sale de intervenție, conform cărora *„în condițiile în care folosul practic urmărit de ..., în cadrul procedurii este determinat de atribuirea acordului-cadru cu privire la lotul 2, ci nu cel menționat în cuprinsul contestației, respectiv de refacere a clasamentelor, autoarea contestației nu mai îndeplinește condițiile legale pentru a*

fi considerată persoană vătămată, aspect pentru care se impune admiterea excepției cu privire la lotul 2, astfel cum a fost formulată și, în consecință, respingerea contestației ca fiind lipsită de interes”.

Față de cele de mai sus, constatând că nu este îndeplinită una dintre condițiile de admisibilitate a unei contestații, respectiv *interesul legitim* în formularea acesteia, conform dispozițiilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, deși demersurile Consiliului au fost în sensul solicitării contestatorului a justificării acestui interes în promovarea contestației, în referire la lotul 2, în temeiul art. 26 alin. (6) din lege, Consiliul admite excepția lipsei de interes în formularea contestației de către ..., invocată de către intervenientul ..., în ceea ce privește criticile referitoare la lotul 2.

Pe cale de consecință, pentru toate considerentele anterioare, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor respinge criticile formulate de către ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., în referire la lotul 2, ca lipsite de interes.

Pe fondul cauzei, procedând la soluționarea contestației nr. 1980/07.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45309/07.11.2019, formulată de către ..., în referire la conținutul ofertei desemnată câștigătoare în cadrul lotului 2, depusă de către ..., Consiliul constată caracterul întemeiat, în parte, al criticilor aduse de către contestator, respectiv doar în ceea ce privește aspectul legat de neîndeplinirea de către produsul ofertat de către ... a cerinței prevăzută în documentația de atribuire, la pagina 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: *Specificații tehnice - Lot 2*, conform căreia *„aparatură să fie dotată cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, restul criticilor aduse de către ... fiind nefondate.

Așadar, procedând la verificarea aspectelor sesizate, în referire la cerința prevăzută în documentația de atribuire, la pagina 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: *Specificații tehnice - Lot 2*, conform căreia *„aparatură să fie dotată cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, Consiliul constată caracterul întemeiat al criticii aduse de către ..., în referire la produsul oferta de către ..., a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare a lotului 2, motiv pentru care va admite această critică și va dispune obligarea ... la reevaluarea ofertei depusă de către ..., pentru lotul 2.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul apreciază că se impun a fi punctate următoarele informații concludente în cauză, și anume:

Obiectul prezentei achiziții publice vizează achiziționarea de către ... de echipamente medicale necesare îngrijirii pacientului critic neonatal, scopul achiziției constituindu-l achiziționarea echipamentelor în numele și pentru unitățile sanitare care acordă asistență tehnică nou-născuților, în caietul de sarcini fiind menționat, în mod expres, că *„Echipamentele medicale oferite trebuie să îndeplinească condițiile de calitate menționate în prezentul caiet de sarcini”*.

Totodată, se are în vedere faptul că în documentația de atribuire, la capitolul *„Specificații tehnice”*, Lot 2 *„Incubator hibrid închis-deschis și pentru transport intraspitalicesc”* au fost menționate în mod expres o serie de caracteristici tehnice minime **obligatorii**, printre acestea fiind și cele referitoare la faptul că *„aparatură să fie dotată cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*.

De asemenea, prezintă relevanță mențiunea din documentația de atribuire, de la cap. IV „Procedura”, „IV.4.1. Modul de prezentare al propunerii tehnice”, conform căreia „Ofertanții au obligația de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini”.

În acest context, Consiliul are în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a furnizat toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, precizând, în mod clar, obligația ofertanților de a prezenta produse cu anumite specificații tehnice, inclusiv ca „*aparatul să fie dotat cu capac cu **pereti dubli** pentru evitarea pierderilor de temperatură*”.

Raportat la acest aspect, Consiliul constată că prevederile documentației de atribuire anterior citate nu au făcut obiectul vreunei contestații, astfel că prevederile acestora și-au consolidat caracterul obligatoriu atât pentru ofertanți care, potrivit dispozițiilor art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cât și pentru comisia de evaluare care, în conformitate cu art. 133 alin. (1) și (2) din același act normativ, are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, în condițiile în care propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

Prin urmare, se reține că prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor sectoriale, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în

documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Prin urmare, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a verificat oferta prezentată de ..., Consiliul constată caracterul defectuos al verificării efectuate de comisia de evaluare și a deciziei luate de aceasta, sesizând că aspectele criticate de contestator în prezenta cauză au făcut obiectul unor solicitări de clarificări atât anterior depunerii ofertelor, cât și în etapa de evaluare a acestora, iar răspunsurile formulate de ofertantul ... au fost analizate și verificate de către comisia de evaluare, în mod nelegal și cu nerespectarea propriilor condiții impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, în soluționare urmând a fi redată aspecte relevante din înscrisurile existente la dosarul achiziției publice, care relevă evaluarea efectuată.

În acest sens, se reține că la demararea procedurii de atribuire în cauză, autoritatea contractantă a publicat documentația de atribuire, caietul sarcini, care conținea, printre alte cerințe minime obligatorii, pentru lotul 2 *„Incubator hibrid închis-deschis și pentru transport intra-spitalicesc”* și următoarea specificație tehnică *„Aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că în răspuns consolidat la documentație emis de autoritatea contractantă, în referire la *„Întrebarea nr. 9-Lot 2. Incubator hibrid închis - deschis și pentru transport intra-spitalicesc”*, referitor la cerința tehnică: *«Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură»*.

Solicitare: Deoarece s-a solicitat buna vizualizare a pacientului, și, întrucât incubatorul pe care dorim să-l ofertăm este unul foarte modern, cu încălzire adaptativă radiantă și cu dirijare controlată a aerului în incintă, în așa fel încât să nu se formeze condens, iar aerul să circule controlat și dirijat, precum și din raționamente de igienizare, vă rugăm să eliminați această cerință, sau să acceptați varianta: «Aparatul să fie dotat cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului». Acest sistem reprezintă un progres evident față de sistemul clasic cu pereți dubli.”, ... a dat următorul răspuns *„Răspuns întrebare nr. 9*

Nu se acceptă solicitarea. Prin reformularea cerinței se limitează accesul altor participanți la licitație.

Așadar, era fără putință de tăgadă că produsul oferit în cadrul lotului 2, de oricare operator economic participant la procedura de atribuire, trebuia să îndeplinească **inclusiv** cerința ca *«Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură»*, în condițiile în care autoritatea contractantă a refuzat, pe de-o parte, eliminarea cerinței în discuție, astfel cum s-a arătat anterior iar, pe de altă parte, nu a reformulat cerința, prin acceptarea variantei ca *«Aparatul să fie dotat cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului»*, motivat de faptul că, printr-un astfel de demers s-ar limita accesul altor participanți la procedură.

Cu toate acestea, încălcându-și propria cerință din documentația de atribuire, redată anterior în considerente, precum și propriul răspuns la solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată, prin care a subliniat că **nu acceptă** reformularea cerinței și nici nu a precizat, în mod expres, pentru a fi cunoscut de orice operator economic interesat, ca ar accepta și produse cu specificații tehnice echivalente (în speță, *aparate dotate cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului*), Consiliul constată că ... a procedat contrar și prin demersul său de a accepta produsul propus de ... aceasta și-a încălcat propriile reguli impuse, inclusiv principiul tratamentului egal între operatorii economici, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

În acest sens, se are în vedere faptul că ... nu a formulat cerința în discuție astfel încât aceasta să poată fi îndeplinită printr-o soluție echivalentă, drept pentru care Consiliul nu poate să primească argumentul adus de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 64188/18.11.2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 47020/18.11.2019, conform căruia *„din răspunsul formulat de ... reiese fără dubiu că, prin soluția tehnică descrisă, este îndeplinit obiectivul de evitare a pierderilor de temperatură, fiind constituiți „pereți dubli electronici” care înlocuiesc pereții dubli mecanici”* și că soluția tehnică ar fi echivalentă celei solicitate prin documentația de atribuire, în condițiile în care, pe de-o parte, această abordare ar fi contrară propriei cerințe impuse de însăși autoritatea iar, pe de altă parte, în condițiile în care, prin acceptarea acestei soluții tehnice, autoritatea contractantă l-ar favoriza pe ofertantul ... în detrimentul celorlalți ofertanți care au propus produse care îndeplinesc specificațiile tehnice impuse prin documentația de atribuire.

Relevante sub acest aspect sunt și susținerile contestatorului conform cărora *„așa cum a reținut și Curtea de Apel București, prin Decizia Civilă nr. 64 din Ședința publică din 10.04.2019, pag. 5, în acest caz, „nu pot fi reținute prevederile art. 156 din Legea 98/2016 pentru că în speță nu este vorba de norme tehnice, ori standarde la care a făcut trimitere în documentația de atribuire, ci despre cerințe tehnice pe care le-a precizat în concret fără nicio legătură cu reglementări de la nivel național ori al UE”*. În același sens, tot prin Decizia Civilă 64 din 10.04.2019 (pag. 5), instanța a reținut că: *„nu are nicio relevanță că produsul oferit de intimata intervenientă ar fi superior din punct de vedere tehnic celui oferit de către petentă, în condițiile în care acesta nu ar corespunde cerințelor tehnice indicate în documentația de atribuire, cerințe care nu au fost modificate și pentru care autoritatea contractantă nu a acceptat alte valori*.

De asemenea, faptul că necesitățile autorității contractante erau îndeplinite și dacă dimensiunile ecranului mesei ar fi fost altele, nu are relevanță, pentru că în

speță nu ne aflăm în fața unei contestații cu privire la cerința impusă de autoritatea contractantă, ci dacă un produs este conform sau nu cerințelor impuse și care nu mai puteau fi modificate în această etapă a procedurii”.

Verificând propunerea tehnică a ofertantului ..., Consiliul reține că acesta a propus autorității contractante incubatorul ..., aparat care folosește funcția *ClearView* pentru a reduce condensul din partea interioară a capacului, relevante în acest sens fiind informațiile existente la pagina 71 din Manualul produsului (*Instrucțiuni*).

Totodată, la pagina 20, paragraful 2.13.4 din *Instrucțiuni*, se regăsește informația conform căreia produsul în cauză folosește un încălzitor prin convecție, în schimbul *panourilor laterale duble*, cum s-a impus prin documentație.

Lăsând la o parte aspectul tehnic explicat de contestator (*conducta de aer cald trece prin canalele de aer ale clapetei de radiografie, iar încălzitorul convectiv direcționează aerul cald prin canalele de aer ale clapei de radiografie în compartimentul pacientului. Clapeta de radiografie este situată în exteriorul echipamentului. Pentru utilizarea tăvii radiologice este necesară deschiderea de către utilizator a clapetei radiologice, așa cum se ilustrează, tehnic, la pag. 127 din Instrucțiuni, consecința negativă a faptului că accesul la caseta radiologică se face fără deschiderea panourilor laterale ale incubatorului fiind aceea că există riscul ca utilizatorul să omită închiderea clapetei sau să re poziționeze tava radiologică. În aceste condiții, varianta de a folosi încălzitor prin convecție și funcția Clear View este restrictivă pentru utilizator, putând folosi această funcție doar în anumite condiții, nu permanent iar implicațiile clinice ale lipsei capacității de a menține căldura, în orice circumstanțe fiind vitale.*), raportându-se strict la specificația tehnică minimă impusă de autoritatea contractantă, Consiliul constată că din informațiile conținute în *Instrucțiunea* depusă de către ..., echipamentul propus de acest ofertant nu este dotat cu pereți dubli, ceea ce conducea, în mod corect și legal, la constatarea acestei neconformități din partea comisiei de evaluare, respectiv la constatarea neîndeplinirii cerinței minime obligatorii.

Cu toate acestea, Consiliul constată că, ulterior demersului legal efectuat de comisia de evaluare, de a solicita clarificări ofertantului ... sub acest aspect, solicitare cu următorul conținut (*solicitare autoritatea contractantă nr. 38328/02.07.2019 LOT 2*):

„[...] Vă rugăm să indicați modalitatea concretă de îndeplinire a cerinței Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură [...]”, la care ofertantul în cauză a răspuns după cu urmează (adresa nr. 630/05.07.2019): „[...] 3. Referitor la îndeplinirea cerinței Aparatul sa fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatura, dezvoltarea IncuWarmer „...” a continuat linia îmbunătățirilor dispozitivelor Dräger de tratament prin căldură Astfel, fără a fi necesari pereți dubli, ...are conducte de aer dedicate pe ambele părți laterale pentru a asigura fluxul de aer într-un mod sofisticat în compartimentul pacientului. Viteza aerului este minimă pe pacientul care este culcat pe saltea, dar microclimatul este stabil, chiar și la reglaje extreme ale incubatorului cu temperatura aerului de peste 37°C și nivele ridicate de umiditate de 80% umiditate relativă sau mai mari, necesare pentru copiii prematuri, foarte mici. În plus, conductele de aer garantează o perdea stabilă de aer atunci când panourile laterale lungi sunt deschise. Concepția ...ca IncuWarmer, o combinație de incubator și încălzitor prin radiație, asigură un încălzitor prin radiație fix, deasupra incubatorului. încălzitorul prin radiație funcționează la o intensitate redusă și atunci când dispozitivul este utilizat ca incubator, aducând un aport suplimentar de căldură în porțiunea superioară a

capacului. Acesta reduce gradientul de temperatură pe capac, având ca rezultat scăderea condensului la reglaje de temperaturi înalte și nivele ridicate de umiditate. Această funcție de „ClearView” mai poate fi denumită și „pereți dubli electronici”, peretele dublu mecanic fiind înlocuit de încălzirea electronică a capacului. Astfel, concepția IncuWarmer ...rezolvă în mod optim evitarea pierderilor de căldură, dar și prevenirea infecțiilor, având un număr limitat de piese care trebuie demontate și curățate. (Atașat Scrisoare către client- pereți dubli).[...], autoritatea contractantă nu a constatat, cum era firesc, neconformitatea produsului, ci a apreciat că „ofertantul oferă o soluție echivalentă pentru îndeplinirea cerinței „Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură” (a se vedea mențiunea din procesul-verbal de evaluare tehnică nr. 48157/27.08.2019).

Or, în condițiile în care, așa cum s-a arătat anterior, autoritatea contractantă a refuzat atât eliminarea cerinței în discuție, cât și reformularea acesteia, prin acceptarea *eventuală* și a unei variante echivalente, indicată de operatorul economic care a adresat solicitarea de clarificări, și anume ca «Aparatul să fie dotat cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului», maniera în care comisia de evaluare a verificat propunerea tehnică a ofertantului ... sub acest aspect, a fost una defectuoasă, cu încălcarea atribuțiilor legale care îi impuneau „verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini” (art. 127 alin. 1 lit. f din HG nr. 395/2016) și a principiului tratamentului egal al ofertanților, prevăzut de art. 2 alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, este de semnalat și faptul că însuși ... a fost cel care a adresat autorității contractante solicitarea de clarificări la documentația de atribuire și a solicitat acceptarea variantei de *aparate dotate cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului*), solicitare ce nu a fost acceptată și, cu toate acestea, a oferat un astfel de aparat, asumându-și riscul respingerii ofertei, ca neconformă, cum era legal să se procedeze de către

Cu toate acestea, încălcându-și propria cerință din documentația de atribuire, redată anterior în considerente, precum și propriul răspuns la solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată, prin care a subliniat că nu acceptă reformularea cerinței și nici nu a precizat, în mod expres, pentru a fi cunoscut de orice operator economic interesat, ca ar accepta și produse cu specificații tehnice echivalente (în speță, aparate dotate cu sistemul ClearWiew (Electronic Double Walls) - încălzitor radiant activ în funcția de operare a incubatorului), Consiliul constată că ... a procedat contrar și prin demersul său de a accepta produsul propus de ... autoritatea contractantă și-a încălcat propriile reguli impuse, inclusiv principiul tratamentului egal între operatorii economici, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Nu pot fi tăgăduite considerațiile aduse atât de către autoritatea contractantă, cât și de către intervenientul ... legate de echivalența produsului oferat, ba chiar și de caracterul superior al acestuia, cele două părți menționate aducând argumente în acest sens pe parcursul soluționării contestației.

Însă, prin raportare la legislația incidentă în domeniul achizițiilor publice, care instituie regulile clare ce stau la baza derulării procedurilor de

achiziție publică, autoritatea contractantă nu se putea abate de la acestea și de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire, o astfel de manieră fiind contrară legislației și principiilor ce guvernează achizițiile, prin acceptarea unui produs care nu îndeplinește **toate cerințele minime obligatorii** impuse prin caietul de sarcini, ... încălcând principiul tratamentului egal între ofertanți și favorizându-l pe ofertantul ...

Într-o atare situație, pentru argumentele aduse anterior, Consiliul nu poate accepta susținerea intervenientului conform căreia „*incubatorul ... propus oferă o soluție superioară cu respectarea finalității urmărite*” și nici pe cea a autorității contractante conform căreia „*din răspunsul formulat de ... reiese fără dubiu că, prin soluția tehnică descrisă, este îndeplinit obiectivul de evitare a pierderilor de temperatură, fiind constituiți „pereți dubli electronici care înlocuiesc pereții dubli mecanici” în condițiile în care, prin documentația de atribuire, s-a impus respectarea cerinței minime obligatorii ca produsul oferat de operatorii economici „să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*”.

Pentru toate aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite în parte contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., în referire la produsul oferat de către ..., a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare a lotului 2, motiv pentru care va admite această critică.

Obligă autoritatea contractantă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, lot 2, prin reevaluarea ofertei depusă de către ..., pentru considerentele din motivare.

În ceea ce privește celelalte critici aduse de către ..., în referire la pretinsa neconformitate a ofertei depusă de către ..., pentru lotul 2, efectuând verificarea propunerii tehnice a ..., documentele suport depuse de acesta de la producătorul aparatului oferat și modul în care comisia de evaluare a efectuat verificarea ofertei, Consiliul constată că evaluarea a fost corectă, motiv pentru care respinge criticile, ca nefondate, pentru considerentele prezentate în continuare.

Referitor la cerința din caietul de sarcini: „*Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu prin acționarea unei singure comenzi*”, contrar susținerilor contestatorului ..., Consiliul constată că, în cadrul propunerii tehnice, ofertantul ... a depus un tabel de concordanță, iar pentru cerința în discuție, operatorul economic a indicat pagina 25 din manualul de operare transmis.

Verificând documentul indicat, Consiliul constată că, într-adevăr, la pagina 25, este specificat în mod indubitabil faptul că: „*Dispozitivul poate fi utilizat ca un incubator și ca un încălzitor radiant. Deschiderea sau închiderea capacului schimbă modul de operare*”, iar la pagina 27: „*Capac - închide compartimentul pacientului. Poate fi deschis sau închis manual.*”

Mai mult, se are în vedere că în document se menționează și procedura de deschidere a capacului: „*Procedura: Pentru a deschide capacul, apucați mânerul din partea laterală și ridicați-l în față și în sus. Capacul se deplasează în sus.*”

Pentru a închide capacul, trageți mânerul din partea laterală în jos. Dispozitivul închide capacul automat la sfârșitul cursei” (a se vedea pagina 53).

Concluzionând, raportat la cele constatate, Consiliul respinge susținerile contestatorului referitoare la presupusa neconformitate a aparatului sub aspectul neîndeplinirii cerinței *„Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu prin acționarea unei singure comenzi”*, reținându-se atât faptul că trecerea de la incubator închis la încălzitor radiant se face automat, prin deschiderea capacului, iar pentru deschiderea capacului se utilizează o singură comandă.

Operațiunile indicate de contestator ca fiind suplimentare, reprezintă operații de ajustare a poziției saltelei, care nu afectează și nu condiționează modul de operare al echipamentului, schimbarea între cele două moduri fiind deja efectuată prin deschiderea capacului, cum corect punctează și autoritatea contractantă și intervenientul, relevante fiind și precizările din manual, în care, la pagina 51, prevede că: *„În timpul operării încălzitorului radiant, ... recomandă setarea la cea mai înaltă poziție pentru tava de saltea. Această poziție asigură încălzirea cea mai eficientă pentru pacient. Această poziție oferă, de asemenea, un acces bun la pacient.”*

Având în vedere aspectele învederate, susținute de documentele suport emise de producător, Consiliul constată netemeinicia susținerilor contestatorului sub aspectul pretensei neconformități a ofertei depusă de către ... în referire la cerința *„Aparatul trebuie să poată fi folosit în două moduri, unul închis (incubator) și unul deschis. Selectarea modului să se facă cât mai simplu prin acționarea unei singure comenzi”*, motiv pentru care respinge această critică, ca nefondată.

Aceleași concluzii de respingere a criticilor aduse de ... sunt și în ceea ce privește aspectele referitoare la pretinsa neîndeplinire a cerinței din caietul de sarcini: *„Aparatul trebuie să genereze o perdea de aer astfel încât să împiedice intrarea în incintă a aerului ambiental când ușile de acces sunt deschise”*, Consiliul constatând contrariul, respectiv faptul că în manualul depus de ofertantul în discuție, pentru aparatul ofertat, la pagina 54, producătorul a menționat: *„În cazul în care orificiile sau panourile de acces sunt deschise, o perdea de aer cald rămâne în loc, prevenind răcirea compartimentului pacientului.”*

Aspectele precizate de contestator sunt menționate chiar de producătorul la pagina 21 din *Manual*, unde este specificat: *„Următoarele situații pot duce la hipotermie sau hipertermie a pacientului:*

Orificiile de acces sau panourile de acces sunt lăsate deschise.

Tava de saltea sau tava de radiografie sunt lăsate trase în afară.

Deschideți numai temporar orificiile de acces sau panourile de acces și numai atâta timp cât este necesar.

Trageți numai temporar tava de saltea sau tava de radiografie și numai atâta timp cât este necesar.”

Astfel, aspectele semnalate de contestator nu coincid cu situațiile de excepție indicate de producător care, oricum, nu au nicio legătură cu *perdeaua de aer pe care echipamentul o asigură*, astfel încât critica adusă sub acest aspect, se respinge, ca nefondată.

Soluția respingerii criticii, ca nefondată, este aceeași și în referire la cerința *„Introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente trebuie să se facă fără deschiderea capacului astfel încât temperatura din interior să nu se modifice”*, astfel cum aceasta a fost modificată prin clarificarea postată în SEAP în data de 27.12.2018, noul conținut fiind *„Introducerea și înlăturarea casetei*

radiotransparente trebuie să se facă astfel încât temperatura din interior să nu se modifice”, Consiliul constatând că în manualul echipamentului, la paginile 126 – 127, se arată că introducerea și înlăturarea casetei radiotransparente sunt operațiuni care se fac fără a afecta incinta aparatului, fiind astfel înlăturată posibilitatea modificării temperaturii.

În mod similar, Consiliul reține argumentele autorității contractante care arată că avertizările prezentate la pagina 21 din manual și invocate de contestator vizează situații limită, de operare greșită a echipamentului, respectiv situația în care tava de radiografie este lăsată trasă afară. Tocmai pentru a preîntâmpina o astfel de situație, producătorul indică: „Trageți numai temporar tava de saltea sau tava de radiografie și numai atâta timp cât este necesar.”

Este evident că, în condițiile în care echipamentul oferat este capabil să asigure în mod automat reglarea temperaturii, operarea tăvii de radiografie în condiții normale nu este de natură a modifica temperatura din interior, în condiții normale de operare neexistând niciun pericol pentru pacient.

Totodată, sunt relevante și argumentele intervenientului ... care punctează faptul că respectivul contestator nu formulează nicio critică referitoare la neîndeplinirea condiției în sine, ci atrage atenția că există posibilitatea ca tava de saltea sau de radiografie pot fi uitate deschise. Așadar, nu se pune la îndoială că la dispozitivul oferat de intervenient, introducerea sau înlăturarea casetei se face fără deschiderea capacului, astfel încât temperatura să se modifice, ci se invocă, neîntemeiat, un amănunt fără relevanță în raport de cerința menționată.

Concluzionând, pentru considerentele anterioare, Consiliul respinge critica formulată de ... , ca nefondată.

În ceea ce privește cerința „Să fie dotat cu cântar încorporat cu increment de maxim 10 grame și interval de măsurare de minim 300 g - 7 kg cu sensibilitate de maxim 10 grame”, Consiliul constată îndeplinită cerința de către aparatul propus de ..., criticile contestatorului fiind nefondate, în condițiile în care se constată că, în mod corect, comisia de evaluare a verificat îndeplinirea cerinței și a constatat că la pagina 198 din manualul echipamentului, s-a specificat: „Interval de măsurare (inel. tarare) - 200 până la 10000 g (0,44 lb până la 22 lb), Domeniul de afișare - 0 până la 10045 g (0 până la 22 lb 2 oz), Toleranță de măsurare - 0 până la 2500 g (0 până la 5,5 lb): 2,5 g (0,0055 lb) pentru sarcini peste 2500 g (5,5 până la 22 lb): 5 g (0,011 lb)”, rezultând astfel că echipamentul oferat este dotat cu cântar, nefiind relevante aspectele punctate de contestator legate de domeniul de utilizare al echipamentului descris și nici cele legate de dimensiunile sau greutatea maximă a pacienților, în condițiile în care acestea nu au constituit cerințe minime obligatorii și nu au fost prevăzute în documentația de atribuire.

Aceleași considerații sunt avute în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește criticile formulate de către ... la punctele 6, 7 și 9 din contestație, respectiv cu privire la dotarea echipamentului cu suport pentru monitor pentru funcții vitale, coș pentru accesorii și polițe pentru susținerea diverselor accesorii/echipamente medicale, în condițiile în care ofertantul ... a propus aceste accesorii în propunerea sa tehnică iar în manualul echipamentului, la pagina 42, este menționată specificația „în configurație”, precum și mențiunea dispozitivul de bază dispune de șine pentru montarea accesoriilor, de exemplu, monitoare, seringi pompă, rafturi.

Pe de altă parte, Consiliul nu poate lua în considerare argumentul adus atât de către autoritatea contractantă, cât și de către intervenientul ...,

conform căruia aceste accesorii vor fi livrate fără costuri suplimentare, în condițiile în care aceste accesorii nu erau opționale, ci obligatorii.

Motivul care nu poate conduce la constatarea neconformității ofertei, cum solicită contestatorul, îl constituie faptul că aceste accesorii se regăsesc ofertate de către ... în propunerea sa tehnică și reprezintă accesorii care pot fi dispuse de producător pe șinele dispozitivului ofertat.

Un argument pertinent este adus și de cele două părți (autoritate și intervenient) atunci când se arată că *toate aceste componente sunt produse de ... și în condițiile în care declarațiile de conformitate specificate de contestator sunt emise tot de ..., iar documentul Accessory catalogue cuprinde o gamă largă de accesorii pe care ... le comercializează, este greu de presupus că, însuși producătorul nu își aprobă, prin declarații de conformitate, accesorii produse de el însuși.*

Concluzionând, asupra aspectelor în discuție, Consiliul respinge criticile formulate de către ..., ca nefondate.

Referitor la cerința „*Salteaua și suportul acesteia să permită mișcări de translație și de rotație pentru un acces ușor la nou-născut*”, Consiliul constată caracterul nefondat al criticii, motiv pentru care o respinge ca atare, în condițiile în care constată ca fiind îndeplinită cerința de către ... rezultată în urma verificării propunerii tehnice a acestuia, când a constatat că acesta a menționat că: „*Pe parcursul dezvoltării produsului s-a discutat cu grupul de clinicieni despre facilitarea unui acces ușor la nou-născut. Experții în neonatologie au solicitat cel mai ușor acces la copil, în special pentru intervențiile de intubare sau pentru plasarea unei linii centrale. ...oferă un acces foarte bun, deoarece toate panourile de acces lateral pot fi deschise, iar patul poate culisa în afară. Utilizatorii clinici au confirmat faptul că ...oferă un acces excepțional de simplu și de rapid la copil, pentru toate procedurile*”, iar în urma clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 38328/02.07.2019 și nr. 41902/18.07.2019 ofertantul a clarificat modalitatea de îndeplinire a cerinței (adresa nr. 43032/24.07.2019) în sensul că *salteaua și suportul permit mișcări de rotație*, atașând răspunsului său și o declarație a producătorului, datată 22.07.2019.

Aspectul punctat de contestator, cum că prin cea de-a doua solicitare de clarificări, autoritatea l-a favorizat pe ofertantul ... nu poate fi primit de către Consiliu, nefiind relevant numărul solicitărilor de clarificări ci verificarea temeinică a unei oferte, pentru clarificarea tuturor aspectelor în divergență.

Cu privire la cerința „*Echipamentul să fie dotat cu un display touch screen intuitiv care să permită identificarea corectă și ușoară a parametrilor afișați*”, Consiliul constată că în mod corect comisia de evaluare a considerat cerința îndeplinită în condițiile în care, în cuprinsul propunerii sale tehnice, ... a indicat paginile 32 și 33 din manualul echipamentului, unde unitatea de afișare cuprinde un ecran tactil, folosit pentru operarea interfeței grafice a utilizatorului, iar butonul la care face referire contestatorul asigură siguranța setărilor, acesta având, *suplimentar*, și funcția de confirmare a setărilor introduse.

În aceste condiții, Consiliul respinge critica adusă de către ..., ca nefondată.

Ultima critică vizează presupusa neîndeplinire de către ... a cerinței „*Capacitatea încălzitorului minim 450W*”, critica fiind nefondată, în condițiile în care, verificând aspectul criticat, Consiliul constată că în cuprinsul propunerii

tehnice ... a atașat o declarație a producătorului, potrivit căreia capacitatea maximă a încălzitorului este de 610 W, motiv pentru care respinge critica adusă, ca fiind nefondată.

Aspectul este avut în vedere cu atât mai mult cu cât prin caietul de sarcini autoritatea contractantă nu a impus o valoare maximă a acestei capacități, relevante în acest sens fiind și argumentele intervenientului care face trimitere la scrisoarea producătorului „Capacitatea încălzitorului”, unde se descrie procedeul, și anume *„Atunci când este deschis capacul protector, dispozitivul funcționează în mod automat ca un încălzitor radiant. Pacientul este încălzit de încălzitorul radiant, care este amplasat în partea superioară a coloanei principale. Încălzitorul radiant este compus din două elemente de încălzire, pentru a furniza o distribuire uniformă a căldurii, de-a lungul zonei saltelei. Când încălzitorul radiant este setat la 100%, puterea maximă totală a elementelor de încălzire este 610W.”*

Într-o atare situație, fiind suficiente documente relevante și pertinente care au stat la baza verificării aspectelor criticate, Consiliul determină că cererea contestatorului ..., de administrare a probei cu expertiza tehnică, nu este întemeiată, motiv pentru care o respinge, în speță neimpunându-se administrarea unei astfel de probe și nici susținerea de concluzii orale în fata Consiliului, probatoriul scris fiind suficient.

Concluzionând, asupra tuturor aspectelor analizate și verificate anterior, Consiliul constată că argumentele aduse de contestator în referire la modul de evaluare a ofertei depusă de către ... sunt întemeiate în parte, și anume doar în ceea ce privește aspectul legat de neîndeplinirea de către produsul oferat de ... a cerinței prevăzută în documentația de atribuire, la pagina 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2, conform căreia *„aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, restul criticilor aduse de către ... fiind nefondate.

În aceste condiții, se impune obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de către ... în ceea ce privește aspectul legat de neîndeplinirea de către produsul oferat de ... a cerinței prevăzută în documentația de atribuire, la pagina 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2, conform căreia *„aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, ... fiind obligat ca la reevaluarea ofertei să țină seama de propria cerință impusă prin documentația de atribuire și de constatările și concluziile la care a ajuns Consiliul în urma verificărilor efectuate.

Pentru toate aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite în parte contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., în ceea ce privește aspectul legat de neîndeplinirea de către produsul oferat de ... a cerinței prevăzută în documentația de atribuire, la pagina 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2, conform căreia *„aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*.

Anulează în parte procesul verbal nr. 48157/27.08.2019, de evaluare a propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, respectiv mențiunile referitoare la oferta depusă de către ... pentru lotul 2.

Anulează în parte raportul procedurii nr. 56735/14.10.2019, respectiv mențiunile referitoare la oferta depusă de către ... pentru lotul 2, precum și toate actele subsecvente acestuia, pentru lotul 2.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, lot 2, prin reevaluarea ofertei depusă de către ..., pentru considerentele din motivare.

Respinge celelalte critici formulate de către ..., ca nefondate.

Data fiind soluția pe fondul cauzei și impunându-se reluarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertei sale, Consiliul respinge cererea de intervenție formulată de către ..., ca nefondată.

Analizând cea de-a doua contestație, formulată de către ..., Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul loturilor 1, 3 și 7, contestatorul criticând decizia autorității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei sale pentru loturile 1, 3 și 7, ca ulterior, respectivele oferte să nu mai fie câștigătoare.

De asemenea, legat de lotul 2, cu privire la care ... precizează faptul că nu solicită *„refacerea clasamentului final, în sensul în care oferta sa nu va mai fi clasată pe locul I, deoarece nu are interes în a formula o astfel de solicitare. Ceea ce se solicită, cu privire la Lotul 2, este ca, la refacerea clasamentului pentru acest lot, în măsura în care oferta ... va rezulta că este inacceptabilă, să fie respinsă în consecință”*, Consiliul s-a pronunțat anterior, cu ocazia soluționării excepției lipsei de interes, invocată de intervenientul ..., excepție pe care a admis-o, consecința fiind respingerea criticilor formulate de către ..., în referire la lotul 2, ca fiind lipsite de interes.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul punctează faptul că a dat curs solicitării contestatorului ..., de acces la documentele aflate la dosarul achiziției publice, singura excepție constând în lipsa accesului la documentul depus de către ..., prin adresa nr. 2104/26.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 48466/26.11.2019, respectiv la *anexa* documentului amintit, declarată confidențială de către ofertantul ..., întrucât conținea informații legate de desfășurătorul fazei finale de licitație electronică, mai concret prețurile propuse de acesta pentru toate loturile.

Or, lipsa accesului la acest document este un demers justificat, ce se încadrează în prevederile art. 57, art. 271 alin. (5) și (6), art. 129 alin. (1) și (2) și art. 123 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, motiv pentru care Consiliul nu a dat curs cererii.

Procedând la verificarea aspectelor sesizate de către ..., în ceea ce privește loturile 1, 3 și 7, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor, consecința fiind respingerea acestora.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul consideră că este oportună prezentarea succintă a modului de derulare a procedurii de atribuire în cauză, punctând faptul că aceasta a presupus o etapă de licitație electronică, relevante în acest sens fiind mențiunile din documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, unde la punctul IV.4.2, a prevăzut că: *„Evaluarea ofertelor se va face în funcție de cel mai mic preț/bucată ofertat pentru fiecare lot în parte în cadrul licitației electronice”* iar la punctul IV.1.6-*„Informații despre licitația electronică”*, a stipulat că: *„Elementul care va face obiectul procesului repetitiv este prețul unitar fără TVA/bucată. Procesul repetitiv va avea loc prin intermediul SEAP (www.e-licitatie.ro). În timpul licitației electronice, operatorul SEAP va pune*

la dispoziția ofertanților informații privind numărul de participanți care licitează electronic, precum și cel mai scăzut preț”.

Totodată, Consiliul reține în soluționare că etapa de licitație electronică s-a desfășurat într-o singură rundă și a avut loc între 16.09.2019, ora 16,00 și 17.09.2019, ora 16,00.

Raportat la criticile aduse de contestator, critici care se referă, în concret, la faptul că, în opinia sa, în urma licitației electronice, clasamentele rezultate, precum și propunerile financiare nu au fost întocmite în conformitate cu *prețul unitar fără TVA/bucată* ofertat de participanți în cadrul licitației electronice, ci ca urmare a prețului unitar fără TVA/bucată ofertat de participanți ulterior finalizării licitației electronice, ... susținând, de asemenea, că autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertanților referitoare și la alte aspecte decât justificarea prețului neobișnuit de scăzut și a stabilit clasamentele finale pe baza unor comunicări care au semnificația unor *noi oferte* făcute ulterior finalizării licitației deschise, deși avea obligația de a întocmi aceste clasamente fie pe baza ofertei făcute în cadrul licitației electronice, fie pe baza ofertei depuse anterior în cadrul procedurii de atribuire, Consiliul constată netemeinicia acestora.

De asemenea, este de subliniat corespondența foarte amplă pe care au înțeles să o practice cele trei părți litigante (contestator, autoritatea contractantă și intervenientul) de-a lungul procedurii contencioase, corespondență pe care Consiliul a redat-o anterior în considerente, deși, în esență, speța de față se referă, în mod concret, la aspectele punctate anterior.

Luând în considerare cele consemnate mai sus, prin raportare la modul de derulare a procedurii de atribuire, precizat, în mod clar, de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și ținând seama de prevederile legale incidente în materia achizițiilor publice, Consiliul determină că membrii comisiei de evaluare au analizat cu rigurozitate prețurile rezultate în urma derulării etapei de licitație electronică și prin demersul de a solicita clarificări ofertanților, aceștia și-au îndeplinit în mod legal și corect atribuțiile prevăzute la art. 127 și următoarele din HG nr. 395/2016, rezultatul evaluării aferent loturilor 1, 3 și 7 fiind unul legal, motiv pentru care îl va menține ca atare.

În acest sens, în ceea ce privește procedura de derulare a licitației electronice (conform *Manualului de utilizare SICAP*), Consiliul are în vedere că platforma SICAP afișează în mod automat operatorilor economici o instrucțiune potrivit căreia, în cadrul etapei de licitație electronică, se va licita prețul raportat **la valoarea totală a achiziției**, mesajul fiind unul care apare pe pagina pe care operatorii economici o pot vizualiza în SICAP, el nefiind inserat de autoritatea contractantă.

Mai mult, se reține în soluționare că ulterior licitației electronice, comisia de evaluare a transmis adresa nr. 52067/18.09.2019 tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire, solicitându-se acestora retransmiterea formularelor de ofertă, însoțite de centralizatoarele de prețuri, refăcute conform prețurilor ofertate în cadrul licitației electronice, demersul fiind unul legal, cu scopul comparării ofertelor și pentru stabilirea clasamentului pentru fiecare lot în parte.

Ulterior transmiterii de către operatorii participanți la loturile 1, 3 și 7, prin postare în SICAP, semnate electronic, a propunerilor financiare refăcute, însoțite de centralizatoarele de preț, documente care cuprindeau atât prețul unitar ofertat, cât și prețul total, raportat la valoarea maximă estimată pentru fiecare lot în parte și, în baza răspunsurilor primite, comisia de evaluare a stabilit clasamentul pentru fiecare lot în parte și a aplicat criteriul de atribuire, fiind astfel stabiliți câștigătorii pentru fiecare lot în parte.

Mai mult, se are în vedere faptul că în etapa de licitație electronică, toți participanții, inclusiv ..., au ofertat prețul reprezentând valoarea totală (valoarea financiară) a fiecărui lot, iar nu prețul unitar, cum eronat susține contestatorul.

Raportat la cele punctate anterior și la criticile aduse de contestator, conform cărora, prin demersul său, autoritatea contractantă ar fi stabilit clasamentele finale pe baza unor comunicări care au semnificația *unor noi oferte* elaborate ulterior finalizării licitației deschise, deși avea obligația de a întocmi aceste clasamente fie pe baza ofertei din cadrul licitației electronice, fie pe baza ofertei depuse anterior în cadrul procedurii de atribuire, Consiliul determină caracterul nefondat al criticilor aduse de către ... în condițiile în care, în urma analizării propunerilor financiare transmise *după* finalizarea licitației electronice, nu a rezultat faptul că vreunul dintre operatorii economici participanți la procedură și-ar fi schimbat propunerea financiară față de cea depusă inițial.

Așadar, susținerea contestatorului conform căreia ofertele celorlalți ofertanți participanți, elaborate în cadrul licitației electronice, au fost mai mari decât cele elaborate, anterior, în cadrul propunerilor financiare, ca atare, aceste oferte nu trebuiau luate în considerare, deoarece dispozițiile legale impun ca ofertele elaborate din cadrul licitației electronice nu pot decât să îmbunătățească ofertele depuse anterior organizării acestei etape (art. 121 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016), este neîntemeiată.

Sub acest aspect, prezintă relevanță și jurisprudența Consiliului în spețe similare, de punctat fiind considerentele Deciziei nr. 324/C10/52 din 06.03.2019, conform căreia „*Consiliul apreciază că susținerile contestatorului sunt fundamental eronate, deoarece ofertantul SC (...) SRL a respectat cu rigurozitate regulamentul stabilit pentru desfășurarea fazei de licitație electronică prevăzut atât în anunțul de participare cât și în fișa de date a achiziției, la secțiunea IV.1.6 „Informații privind licitația electronică”, unde s-a precizat: „Elementul care va face obiectul procesului repetitiv este **prețul unitar fără TVA/bucata**. Procesul repetitiv va avea loc prin intermediul SEAP (www.e-licitatie.ro)*”.

Prin urmare, prezentarea prețurilor unitare în cadrul licitației electronice (și nu a prețurilor totale) de către ofertantul SC (...) SRL atât la lotul 12 cât și la lotul 40 a fost în totală concordanță cu regula stabilită.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a acceptat și ofertele conținând, contrar prevederilor documentației, prețuri totale depuse de ofertantul SC (...) SRL, această decizie fiind luată pentru asigurarea posibilității comparării tuturor ofertelor admisibile, în deplina respectare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Constatând că ofertantul SC (...) SRL a procedat riguros corect în cazul licitației electronice iar oferta sa financiară nu a fost modificată, Consiliul va respinge și aceasta critica formulată de contestatorul SC (...) SRL.”

Prin urmare, efectuarea de către autoritatea contractantă a evaluării ofertelor în funcție de *cei mai mic preț/bucată ofertat* pentru fiecare lot în

parte în cadrul licitației electronice, a fost legală, criticile contestatorului sub acest aspect fiind neîntemeiate.

Așadar, concluzionând, prin raportare la informațiilor precizate de ... în documentația de atribuire (ce au fost redactate anterior în considerente), rezultă că licitația electronică viza *valoarea totală a achiziției*, iar nu prețul unitar, iar solicitarea adresată de comisia de evaluare tuturor operatorilor economici, inclusiv contestatorului, de a depune ofertele financiare conform prețurilor ofertate în cadrul etapei de licitație electronică și de a justifica prețul neobișnuit de scăzut, a fost un demers legal, transmiterea de către aceștia din urmă a ofertelor financiare refăcute conform etapei de licitație electronică, fără depășirea valorii estimate și fără modificarea ofertelor financiare, fiind corectă și acceptată, în mod legal, de autoritatea contractantă.

Într-o atare situație, pentru toate considerentele anterioare, constatându-se că evaluarea efectuată de către comisia de evaluare în referire la loturile 1, 3 și 7, a fost legală, prin raportare la cerințele impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, Consiliul o va menține ca atare, motiv pentru care în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul respinge contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată, pentru loturile 1, 3 și 7.

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pe fondul cauzei, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de către ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes în formularea contestației de către ..., invocată de către intervenientul ..., pentru lotul 2.

Admite în parte contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., în ceea ce privește aspectul legat de neîndeplinirea de către produsul ofertat de ... a cerinței prevăzută în documentația de atribuire, la pagina 3 din caietul de sarcini, Secțiunea: Specificații tehnice - Lot 2, conform căreia „*aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură*”.

Anulează în parte, procesul verbal nr. 48157/27.08.2019, de evaluare a propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, respectiv mențiunile referitoare la oferta depusă de către ... pentru lotul 2.

Anulează în parte raportul procedurii nr. 56735/14.10.2019, respectiv mențiunile referitoare la oferta depusă de către ... pentru lotul 2, precum și toate actele subsecvente acestuia, pentru lotul 2.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, lot 2, prin reevaluarea ofertei depusă de către ..., pentru considerentele din motivare.

Respinge celelalte critici formulate de către ..., ca nefondate.

Respinge cererea de intervenție formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., ca nefondată.

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca lipsită de interes, pentru lotul 2 și ca nefondată, pentru loturile 1, 3 și 7.

Admite cererea de intervenție formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., cu privire la contestația ... fără număr de înregistrare la emitent din 07.11.2019.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 85 (optzecișicinci) pagini.