



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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: ...

Prin contestația nr. 2194/15.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 44955/15.10.2020, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 2719/07.10.2020 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 2646/29.09.2020, 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, pentru lotul 2, admiterea contestației, anularea procedurii de atribuire, anularea raportului procedurii nr. 2646/29.089.2020 și anularea tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestuia și anularea tuturor actelor subsecvente acestuia, anularea adresei nr. 2719/07.10.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale tehnice, cu respectarea prevederilor legale, precum și obligarea autorității contractante la luarea tuturor măsurilor necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu indicarea operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 46729/27.10.2020, ..., 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 accesorie, prin care solicită admiterea acesteia, introducerea sa în calitate de intervenient accesoriu în cadrul dosarului respectiv și respingerea contestației ..., urmând a fi menținut rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul 2.

Contestația și cererea 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.

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

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

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 neconformă.

I. Scurtă prezentare a situației de fapt

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură de achiziție publică pentru achiziția centralizată de incubatoare medicale pentru nou născuți, conform anunțului de participare nr. ... publicat la data de 09.10.2018. În cadrul procedurii de achiziție au fost formulate mai multe contestații, atât în privința documentației de atribuire, cât și împotriva rezultatului procedurii și, în continuare, contestatorul redă succesiunea cronologică a acestora, cu indicarea aspectelor relevante pentru soluționarea contestației:

Prin contestația din 22.10.2018, formulată de unul dintre participanții la procedură, cu privire la documentația de atribuire, s-a solicitat, printre altele, modificarea cerinței tehnice din *„Aparatul să fie dotat cu capac cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”* în *„Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*.

În urma Deciziei CNSC nr. 3122/C9/3172/17.12.2018, în cuprinsul căreia se arată că autoritatea contractantă a decis modificarea caietului de sarcini, iar în privința cerinței mai sus enunțate, a decis reformularea caietului de sarcini astfel: *„Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, autoritatea a publicat în SEAP, la data de 27.12.2018, clarificarea ce include cerința din caietul de sarcini reformulată conform celor de mai sus.

La data de 21.01.2019, s-a formulat o nouă contestație la documentația de atribuire, care privește cerințe tehnice nerelevante pentru cauza de față, în urma soluționării căreia autoritatea contractantă a publicat răspunsul consolidat la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici ca urmare a deciziei CNSC nr. 235/C9/84/18.02.2019 6 și a menținut cerințele anterioare, inclusiv cea referitoare la dotarea cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

După depunerea ofertelor, achizitorul a solicitat, susține contestatorul, prin adresa nr. 32328/02.07.2019, clarificări, și anume: *„Pentru 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 aceasta solicitare, contestatorul arată că a răspuns prin răspunsul din 05.07.2019, atașând scrisoarea de la producător emisă la data de 19.05.2017, care conține o detaliere a modalității concrete în care produsul ofertat de societatea sa, ..., corespunde cerințelor privind existența pereților dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

Prin adresa nr. 60046/28.10.2019, autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție, în privința lotului 2, oferta ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare. Conform Raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019, comisia de licitație, în urma evaluării ofertelor tehnice, a constatat că oferta sa îndeplinește în integralitate cerințele din caietul de sarcini, fiind astfel declarată conformă.

Rezultatul procedurii a fost contestat de ofertantul declarat necâștigător, ..., iar Contestația formulată de acesta a fost soluționată prin Decizia CNSC nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, conform căreia CNSC a obligat autoritatea contractantă să reevalueze oferta tehnică a ... doar în ceea ce privește îndeplinirea cerinței referitoare la existența panourilor laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

Relevant pentru soluționarea contestației de față este punctul de vedere prezentat chiar de autoritatea contractantă anterior emiterii Deciziei CNSC mai sus-menționate, în cadrul căruia explică din perspectiva tehnică care au fost argumentele pe baza cărora evaluase și declarase oferta sa ca fiind conformă, inclusiv din perspectiva îndeplinirii cerinței referitoare la existența pereților laterali dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

Împotriva Deciziei CNSC mai sus-menționate, ... a formulat plângere, soluționată de Curtea de Apel București prin Decizia nr. 349/16.03.2020, conform căreia instanța a obligat autoritatea contractantă să reevalueze exclusiv din punct de vedere tehnic oferta sa, doar în ce privește îndeplinirea cerinței ca produsul oferat să fie dotat cu pereți laterali dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură – *„tocmai acest lucru urmează a fi stabilit de autoritatea contractantă în reevaluarea ofertei petenții impusă prin decizia CNSC”, și anume să verifice dacă „produsul său respectă cerința impusă de autoritatea contractantă astfel cum a fost clarificată, respectiv ca aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”.*

După pronunțarea hotărârii instanței de judecată, autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa nr. 14902/23.03.2020, prelungirea valabilității ofertei depuse de ... până la data de 30.06.2020. După aceasta dată, autoritatea contractantă nu a mai solicitat prelungirea ofertei sale, dar a continuat procedura și a reevaluat ofertele, în mod nelegal.

La data de 05.10.2020, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii nr. 2646/29.089.2020, întocmit în urma reevaluării ofertelor, care conține următoarea cronologie a faptelor:

I. Evaluarea propunerilor tehnice: s-a finalizat la data de 20.07.2020, oferta subscrisei fiind declarată, de data acesta, neconformă.

După evaluarea propunerii tehnice, autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilității ofertei exclusiv de la ..., la data de 24.08.2020, prin adresa nr. 2329/24.08.2020, menționată în raportul procedurii, prelungirea s-a solicitat până la data de 15.09.2020.

II. Evaluarea propunerii financiare a ofertantului ... s-a finalizat la data de 10.09.2020.

Etapa de licitație electronică s-a derulat între 16.09.2020, ora 16.00 și 17.09.2020, ora 16.00. Raportul procedurii atacat în prezenta contestație a fost publicat în SEAP la data de 05.10.2020.

I. Motive privind anularea procedurii de atribuire pentru lotul 2

În cazul de față, contestatorul apreciază că situația procedurii se află în ipoteza prevăzută de art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și alin. (2) și art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, după epuizarea tuturor căilor de atac analizate mai sus, autoritatea a solicitat o singură dată prelungirea valabilității ofertelor, prin adresa din 23.03.2020 și doar până la data de 30.06.2020. Plecând de la premisa pe care contestatorul arată că și-o asumă ca fiind corectă - aceea ca ambii ofertanți au beneficiat de tratament egal din partea autorității contractante și că li s-a solicitat în același timp și pentru aceeași perioadă prelungirea valabilității acestora, rezultă că ambele oferte au expirat și au încetat să producă efecte juridice la data de 30.06.2020.

Cum procedura de achiziție nu a fost suspendată, autoritatea contractantă avea obligația continuării ei și finalizării evaluării ofertelor, de aceea avea obligația de a solicita prelungirea ofertelor celor doi ofertanți rămași în procedură în interiorul perioadei de valabilitate.

Fără să îndeplinească această obligație și fără să verifice dacă ofertele rămase în această etapă sunt admisibile din perspectiva cerințelor de formă, autoritatea a trecut la etapa de evaluare a propunerilor tehnice pe care a finalizat-o la data de 20.07.2020, concluzionând că oferta contestatorului este, de data acesta, neconformă.

După evaluarea propunerii tehnice, autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilității ofertei exclusiv de la ..., la data de 24.08.2020, prin adresa nr. 2329/24.08.2020, menționată în raportul procedurii, după aproape două luni de la expirarea valabilității acesteia. Se consideră că o astfel de solicitare exclusivistă încalcă vădit principiile transparenței, nediscriminării, al tratamentului egal și legalității procedurii. În acest mod, a fost repusă în termen, în mod artificial, o singură ofertă, cea cu prețul cel mai mare, adică oferta care avea potențialul de fi declarată necâștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire - prețul cel mai scăzut.

Totodată, contestatorul apreciază că s-au încălcat principiile nediscriminării, tratamentului egal și legalității, prin solicitarea prelungirii ofertei exclusiv de la ofertantul ...

Astfel, autoritatea contractantă a încălcat astfel prevederile art. 124 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, conform căruia autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire.

Conform aceluiași articol, prelungirea valabilității ofertei trebuie cerută tuturor ofertanților în perioada de valabilitate a acestora. O ofertă a cărei perioadă de valabilitate a expirat este, din punct de vedere al legislației achizițiilor publice, inacceptabilă.

Contestatorul evocă jurisprudența CNSC (Decizia nr. 570/C4/484/16.03.2017) și arată că aceeași opinie a fost exprimată și de ANAP în punctul de vedere transmis în speța similară., din care citează întrebarea și răspunsul aferent.

Prin urmare, ofertanților trebuie să li se ceară prelungirea valabilității ofertelor pentru a putea avea oferte acceptabile. Ceea ce nu s-a întâmplat, toate ofertele fiind inacceptabile ca urmare a omisiunii autorității contractante.

Astfel, contestatorul susține că legalitatea și logica procedurii de atribuire au fost grav afectate de această omisiune a autorității contractante de a solicita prelungirea ofertelor și de decizia acesteia de a evalua oferte expirate, astfel singura soluție posibilă în prezent este anularea procedurii conform art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

2. Motive referitoare la conformitatea ofertei contestatorului și la evaluarea greșită și nelegală a acesteia

În ipoteza în care Consiliul va trece peste argumentele de mai sus și / sau dacă va decide că este posibilă evaluarea tehnică a ofertelor depuse de contestator și de ..., solicită să se dispună obligarea autorității la reevaluarea ofertei sale tehnice, în condițiile Legii nr. 98/2016, având în vedere că oferta sa tehnică este conformă, după cum se arată în continuare.

Atât Consiliul (Decizia CNSC nr. 2179/C71238912390/03.12.2019), cât și Curtea de Apel (Decizia nr. 349/16.03.2020), au decis că în cauza de față singura în măsură să reevalueze ofertele din perspectiva tehnică a dotării cu pereți laterali dubli este autoritatea contractantă, în raport de cerința din caietul de sarcini.

Revine autorității contractante obligația de a face o evaluare tehnică reală a aparatului ofertat de contestator, nu doar la nivel descriptiv, teoretic, ci în raport de tehnologia disponibilă la data depunerii ofertelor și de specificul aparatului în discuție - un incubator destinat transportului nou-născuților în mediul intra spitalicesc.

Contestatorul susține că, în niciun caz, autoritatea contractantă nu avea sarcina să interpreteze decizia de obligare la reevaluare ca pe o obligare la schimbarea automată și radicală a concluziilor asupra ofertei sale. Autoritatea contractantă nu era obligată să decidă automat că oferta conformă, trebuie declarată acum neconformă, ci doar să o reevalueze, putând, în urma unei reevaluări corecte, să ajungă la aceeași concluzie - că oferta este conformă.

Conform raportului procedurii atacat, contestatorul înțelege că oferta sa a fost declarată ca neconformă pentru neîndeplinirea cerinței ca aparatul să fie dotat cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură. Din raportul procedurii reiese că autoritatea contractantă a interpretat greșit decizia instanței și nu a mai procedat la o evaluare a cerinței sus-enunțate, ci s-a limitat la a califica, fără motivare sau justificare, că aceasta nu este îndeplinită. Această schimbare de abordare este nu doar lipsită de justificare, dar și de logică, având în vedere că, anterior, aceeași autoritate a analizat din punct de vedere tehnic oferta sa, inclusiv din perspectiva acestei cerințe, și a considerat-o conformă.

Contestatorul amintește că încă din etapa solicitărilor de clarificări la documentație, acesta (potențial ofertant la acel moment) a solicitat clarificări și a cerut eliminarea cerinței pereților dubli de sticlă și înlocuirea ei cu cerința „Sistem Clear Wiew” - Electronic Double Walls (pereți dubli electronici) și a explicat pe larg caracteristicile tehnice ale unui astfel de aparat, care permit nu doar evitarea pierderilor de căldură, ci și buna vizualizare a pacientului, deci are elemente de progres tehnologic evident. Autoritatea contractantă a respins atunci solicitarea (prin răspunsul consolidat ref. întrebarea 9 - publicat în SEAP la data de 15.09.2018), dar cu motivarea că reformularea cerinței ar fi limitat accesul altor participanți.

Prin prisma legii, contestatorul precizează că înțelege respingerea solicitării sale de clarificare, dar tot prin prisma legii, nu înțelege respingerea ofertei propriu-zise, declararea ei ca neconformă și limitarea accesului aparatelor performate, deși îndeplinesc cerințele autorității în cel mai mic detaliu, chiar într-o formă îmbunătățită și eficientă, fiind dotate cu Sistem Clear Wiew- Electronic Double Walls (pereți dubli electronici).

Produsul oferat are așadar pereți dubli - electronici și îndeplinește cerința din caietul de sarcini, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă nu a cerut prin niciun fel de document (caiet de sarcini, clarificări etc.) un anume material sau o anume soluție tehnică din care să fie realizați acești pereți dubli.

Totodată, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a neglijat obligația de consultare a pieței prevăzută de Legea nr. 98/2016 - art.139 (care i-ar fi permis să înțeleagă mai bine propriul necesar și caracteristicile pieței), apoi a neglijat documentația de atribuire, caietul de sarcini întocmit, soluțiile și raționamentele proprii făcute în etapa solicitărilor de clarificări, a reevaluat oferta eronat, parțial prin neînțelegerea sau abandonarea pe parcurs a cerințelor autorității însăși, prin neînțelegerea ofertei tehnice (ce privește un aparat care îndeplinea cerințele tehnice, cu tehnologie avansată) fără a solicita minime clarificări și mai ales fără a clarifica semnificația sintagmelor „clear view” – „vizualizare clară” și „electronic double walls” – „pereți dubli electronici”.

Contestatorul subliniază că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 49 din Legea nr. 98/2016 și a nesocotit prevederile art. 3 lit. z) și art. 155 alin. (1), alin. (2) și alin. (6) din același act normativ.

În temeiul art. 330 Cod procedură civilă, contestatorul solicită admiterea probei cu expertiză tehnică de specialitate (tehnică medicală) având ca principal obiectiv lămurirea următorului aspect de fapt: incubator cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură este și un incubator precum cel oferat de acesta.

Totodată, contestatorul solicită ca autoritatea contractantă să dea curs art. 9 din Legea nr. 101/2016.

Concluzionând, ... solicită, pentru lotul 2, admiterea contestației, anularea procedurii de atribuire, anularea raportului procedurii nr. 2646/29.089.2020 și anularea tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestuia și anularea tuturor actelor subsecvente acestuia, anularea adresei nr. 2719/07.10.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale tehnice, cu respectarea prevederilor legale, obligarea autorității contractante la luarea tuturor măsurilor necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu indicarea operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă, precum și punerea la dispoziție a dosarului achiziției publice.

Prin punctul de vedere nr. 2055/21.10.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 45834/21.10.2020, ... solicită respingerea contestației ..., pentru lotul 2, ca nefondată, astfel:

Urmare a întocmirii raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019 și a comunicării rezultatului procedurii, operatorul economic ... a formulat contestația nr. 1980/07.11.2019, înregistrată la ... cu nr. 62235/07.11.2019, nr. dosar CNSC 2389/2019.

Prin Decizia nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, înregistrată la ... cu nr. 68900/09.12.2019, CNSC a admis, în parte, contestația formulată de ... și a dispus anularea în parte a procesului-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.

De asemenea, prin aceeași Decizie, Consiliul a dispus anularea raportului 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.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a obligat ... la reluarea procedurii de atribuire, lot 2, prin reevaluarea ofertei depusă de către ..., pentru considerentele din motivare.

Prin referatul nr. 69750/11.12.2019, a fost aprobată anularea în parte a procesului-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, precum și a raportului 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.

Ulterior comunicării Deciziei nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019 de către CNSC, operatorul economic ... a formulat plângere la Curtea de Apel București împotriva acestei decizii.

Curtea de Apel București a pronunțat Decizia civilă nr. 349/16.03.2020, definitivă, prin care a respins contestația formulată de operatorul economic ... ca neîntemeiată și a menținut, în rest, decizia contestată.

Referitor la afirmațiile din contestația nr. 2194/15.10.2020, înregistrată la ... cu nr. 2808/15.10.2020, înregistrată la CNSC cu nr. 44955/15.10.2020, nr. dosar CNSC 2256/2020, autoritatea contractantă arată următoarele:

Procedura de atribuire la care se referă contestatorul reprezintă, de fapt, punerea în aplicare a măsurilor dispuse prin Decizia CNSC nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, precum și prin Decizia Civilă nr. 349/16.03.2020 pronunțată de Curtea de Apel și nu o procedură nouă. Pe de altă parte, cele două instanțe s-au pronunțat asupra aspectelor de natură tehnică cuprinse în oferta depusă de către ..., motiv pentru care se solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată, luând în considerare autoritatea de lucru judecat.

Cu privire la afirmația contestatarii potrivit căreia autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilității ofertei doar până la data de 30.06.2020, se arată că, prin adresa nr. 1622/26.06.2020, postată în SEAP, ... a solicitat acesteia prelungirea valabilității ofertei până la data de 20.07.2020. Contestatorul a răspuns solicitării autorității contractante, prin postarea în SEAP a adresei nr. 421/29.06.2020, prin care aceasta a comunicat acordul său privind prelungirea valabilității ofertei până la data de 20.07.2020.

În data de 20.07.2020, în perioada de valabilitate a ofertei, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei depusă pentru lotul 2 de către ...

Luând în considerare propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii, răspunsurile la solicitările de clarificări transmise acestui operator economic, răspunsul consolidat publicat în perioada premergătoare depunerii de oferte și având în vedere cele cuprinse în motivarea Deciziei CNSC nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, precum și în motivarea Deciziei Civile nr. 349/16.03.2020 pronunțată de Curtea de Apel, comisia de evaluare a constatat că echipamentul ofertat de operatorul economic ... nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini: *„Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, oferta depusă de acest operator economic fiind respinsă ca neconformă.

Ulterior respingerii ofertei, potrivit celor menționate mai sus, autoritatea contractantă nu a mai solicitat contestatorului prelungirea valabilității ofertei.

Autoritatea contractantă face precizarea că platforma SEAP, după finalizarea evaluării propunerilor tehnice și trecerea procedurii în etapa de evaluare a propunerilor financiare, nu mai permite autorității contractante vizualizarea operatorilor economici ale căror oferte au fost respinse ca neconforme. În aceste condiții, și ținând cont de faptul că procedura de achiziție este exclusiv online, autoritatea contractantă nu mai are posibilitatea de a transmite, prin intermediul platformei SEAP, solicitări către operatorii economici ale căror oferte au fost respinse. Pe de altă parte, odată respinsă oferta, nu mai există motive pentru care autoritatea contractantă să solicite prelungirea valabilității acesteia.

Se poate constata, așadar, că afirmațiile contestatorului cu privire la nerespectarea principiului tratamentului egal nu sunt fondate, cu atât mai mult cu cât, în cuprinsul contestației depuse, acesta nu face nicio referire nici la solicitarea nr. 1622/26.06.2020 trimisă de autoritatea contractantă și nici la răspunsul nr. 421/29.06.2020 pe care acesta însăși l-a transmis autorității contractante.

Referitor la respingerea propunerii tehnice depusă de operatorul economic ..., autoritatea contractantă face următoarele precizări:

În perioada premergătoare depunerii de oferte, ... 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 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 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.»*

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

Potrivit Deciziei CNSC nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019: *„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 luată 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 [...]"

„Cu toate acestea, încălcându-și propria cerință din documentația de atribuire, redată anterior, precum și propriul răspuns la solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată, [...], Consiliul constată că ... a procedat contrar și prin demersul său de a accepta produsul propus de ... acesta 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 CNSC cu nr. 47020/18.11.2019, [...], și că soluția tehnică ar fi echivalentă celei solicitate prin documentația de atribuire, în condițiile pentru care, pe de o parte, această abordare ar fi contrară propriei cerințe impusă de însăși autoritatea contractantă, 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.”

„Lăsând la o parte aspectul tehnic explicat de contestator [...], 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.”

De asemenea, în motivarea Deciziei Civile nr. 349/16.03.2020 pronunțată de Curtea de Apel, se arată: „În orice evaluare trebuie pornit de la ceea ce se înțelege în mod obișnuit printr-un anumit termen, cuvânt, specificație.

Conform DEX, prin „perete” se înțelege „element de construcție făcut din diferite materiale, care limitează, separă sau izolează încăperile unei clădiri între ele și de exterior și care susține planșeurile, etajele, acoperișul” sau „element de construcție așezat vertical (sau puțin înclinat) făcut din zidărie, din lemn, din piatră, etc., care limitează, separă sau izolează încăperile...”.

Accepțiunea obținută este, prin urmare, aceea că peretele este un element material.

[...] Dacă am accepta susținerea petenții ar însemna că produsul să nu aibă nici un perete, așa după cum îl definește aceasta, mecanic, ceea ce în mod evident este o aberație (un incubator fără pereți laterali fizici ci doar cu pereți electronici).

[...] Prin urmare se constată legală și temeinică decizia CNSC în privința admiterii în parte a contestației formulată de către ..., a anulării

procesului verbal nr. 48157/27.08.2019 și raportului procedurii nr. 56735/14.10.2019 referitoare la oferta depusă de către ... pentru lotul 2 și toate actele subsecvente, precum și la obligarea autorității contractante de a reevalua oferta ... pentru lotul 2."

Luând în considerare toate documentele depuse în cadrul procedurii de achiziție, pentru lotul 2, ținând cont de motivările mai sus menționate, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea propunerii tehnice depusă de operatorul economic ...

Urmare a reanalizării tuturor documentelor, comisia de evaluare a concluzionat că echipamentul ofertat de ... nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini: *„Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură”*, oferta depusă de acest operator economic fiind respinsă ca neconformă, fiind întocmit și semnat procesul-verbal nr. 1921/20.07.2020.

Din motivele invocate mai sus, ... solicită C.N.S.C. să aibă în vedere că aspectele legate de propunerea tehnică depusă de ... au făcut obiectul unor contestații anterioare, asupra cărora s-au pronunțat atât Consiliul, prin Decizia nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, cât și Curtea de Apel București, prin Decizia Civilă nr. 349/16.03.2020, definitivă și, pe cale de consecință, să respingă ca nefondată contestația formulată de ...

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 46729/27.10.2020, ..., a formulat cerere de intervenție accesorie, prin care solicită admiterea acesteia, introducerea sa în calitate de intervenient accesoriu în cadrul dosarului respectiv și respingerea contestației ..., urmând a fi menținut rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul 2.

I. Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție

Împotriva rezultatului inițial al procedurii de atribuire aferent lotului 2 *„Incubator hibrid închis-deschis și transport intra spitalicesc”*, intervenientul arată că a formulat contestație prin care a criticat oferta ..., care a fost declarată câștigătoare în prima etapă a evaluării.

Prin Decizia nr. 2179/C7/2389/2390 din 03.12.2019, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a admis în parte contestația formulată de către ..., în ceea ce privește aspectul legat de neîndeplinirea de către produsul ofertat de ... a cerinței prevăzută în documentația de atribuire la pag. 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”*. Această constatare a Consiliului a fost confirmată de Curtea de apel București prin Decizia nr. 349 din 16 martie 2020.

În aplicarea acestor decizii, ... a dispus reevaluarea ofertelor, sens în care a elaborat raportul procedurii de atribuire nr. 2646/29.08.2020 potrivit căruia oferta depusă de ... a fost respinsă ca fiind neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 2719/07.10.2020, autoritatea contractantă a comunicat că oferta ... este declarată câștigătoare.

Împotriva rezultatului reevaluării ofertelor, ... a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze.

În acest context, intervenientul evocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) din C.proc.civ. și precizează că justifică un interes deplin pentru ca actele autorității contractante să fie menținute.

În condițiile în care interesul său în cadrul procedurii de atribuire este constituit de folosul practic al obținerii contractului, folos care este realizabil prin menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante, este evident că, în cadrul cauzei deduse soluționării de către Consiliu, poate justifica un interes real pentru a formula prezenta cerere de intervenție.

Cu atât mai mult, se subliniază și 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 a drepturilor ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Având în vedere toate aceste considerente, ... solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și introducerea sa, în calitate de intervenient, în dosarul CNSC având ca obiect contestația formulată de ...

II. Motivele de respingere a contestației formulate

Precum se va demonstra în continuare, intervenientul apreciază că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru a fi dispusă anularea procedurii de atribuire. În ceea ce privește neconformitatea ofertei depuse de ..., aceasta a fost constatată cu autoritate de lucru judecat în litigiul privind primul rezultat al procedurii.

1. Neconformitatea propunerii tehnice a ofertantului contestator. Autoritatea de lucru judecat.

Cu titlu preliminar, intervenientul arată că oferta societății contestatoare este neconformă, fiind reținut cu autoritate de lucru judecat că ... nu îndeplinește cerința caietului de sarcini conform căreia aparatul să fie dotat cu panouri cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

În susținerea acestei afirmații, se citează pasajele relevante din Decizia CNSC nr. 2179/C7/2389/2390 din 03.12.2019 la care s-a făcut referire în descrierea situației de fapt.

Aceste considerente obligatorii ale Deciziei CNSC au fost confirmate și de către instanța de control judiciar care, în soluționarea căii de atac împotriva respectivei decizii, prin Hotărârea nr. 349 din 16 martie 2020 a reținut neconformitatea vădită a ofertei depuse de ..., din care intervenientul citează.

Raportat la aceste considerente obligatorii ale deciziilor pronunțate de către Consiliu, respectiv de Curtea de apel București, este fără dubiu că nu mai pot fi repuse în discuție aspectele învederate în cuprinsul contestației în ceea ce privește pretinsa conformitate a ofertei ..., în contextul în care s-a statuat definitiv inadmisibilitatea respectivei oferte. Astfel, în deciziile invocate anterior, din cuprinsul cărora s-au extras pasajele relevante, se regăsesc considerente obligatorii care combat argumentele invocate de către contestator, precum modalitatea de interpretare a cerinței, pretinsa posibilitate a demonstrării prin echivalent a acesteia, etc.

În acest context, în cazul în care ar fi admise criticile contestatorului împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, s-ar nesocoti în mod flagrant

autoritatea de lucru judecat a deciziilor pronunțate în litigiul privind primul rezultat al procedurii de atribuire, fiind astfel incidente dispozițiile art. 431 alin. (2) C.proc.civ. conform cărora *„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*

În continuare, intervenientul evocă art. 431 alin. (2) C.proc.civ., Decizia civilă nr. 1777/2015 a Înaltei Curții de Casație și Justiție, Decizia nr. 1200/27.11.2019 a Curții de Apel București,

În concluzie, având în vedere aspectele de neconformitate statuate definitiv și sub puterea lucrului judecat prin decizie CNSC și hotărâre a Curții de Apel București, se impune menținerea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei societății contestatoare.

2. Menținerea procedurii de atribuire

Conștientă fiind de inadmisibilitatea vădită a ofertei sale, contestatorul încearcă să obțină anularea procedurii de atribuire, pe motiv că ar fi fost încălcat principiul tratamentului egal în ceea ce privește prelungirea valabilității ofertelor depuse.

Astfel cum intervenientul demonstrează în continuare, nu sunt îndeplinite în speță condițiile legale pentru a fi dispusă măsura severă a anulării procedurii de atribuire și citează prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și (2) din Legea nr. 98/2016, din care rezultă că autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire exclusiv în situația în care este imposibilă remedierea unor eventuale grave încălcări ale legislației achizițiilor publice.

În cauză, se invocă cu acest titlu pretinsa nerespectare de către autoritatea contractantă a dispozițiilor privind prelungirea valabilității ofertelor. Astfel, contestatorul susține că nu mai poate fi continuată procedura de atribuire în condițiile în care ... ar fi realizat respectivul demers doar în raport cu oferta ...

Astfel, intervenientul arată că argumentarea contestației se întemeiază pe o eronată interpretare de către concurentă a dispozițiilor legale și a scopului edictării acestora și citează dispozițiile art. 124 alin. (3) și art. 137 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016.

În ceea ce privește oferta depusă de intervenient și declarată câștigătoare în etapa de reevaluare dispusă de CNSC și Curtea de apel București, astfel cum reiese din dosarul achiziției publice și în contra susținerilor contestatorului, aceasta a fost permanent valabilă și este și în prezent, fiind prelungită în mod corespunzător înainte de expirare fiecărei perioade de valabilitate. În acest context, sunt lipsite de orice relevanță juridică și argumentativă susținerile contestatorului, precum și jurisprudența invocată în sensul imposibilității prelungirii valabilității unei oferte după expirarea acesteia.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. introducerea sa în calitate de intervenient accesoriu în cadrul dosarului respectiv, respingerea contestației ..., urmând a fi menținut rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul 2, precum și studierea dosarului achiziției publice și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr. 2228/29.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 47356/29.10.2020, ... transmite note scrise, rezultate din studierea

dosarului achiziției publice din data de 28.09.2020 și prin care precizează unele aspecte pentru facilitarea soluționării contestației, astfel:

Prin solicitarea prelungirii valabilității ofertei și garanției de participare nr. 1622/26.06.2020 trimisă de autoritatea contractantă către contestator și separat către ofertantul ..., s-a solicitat ofertanților *„prelungirea valabilității ofertei până la data de 20.07.2020 și prelungirea termenului de valabilitate al scrisorii bancare de garanție de participare până la data de 30.06.2020”*.

Pe de-o parte, contestatorul s-a conformat solicitării, după cum rezultă din răspunsul acestuia nr. 421/29.06.2020 și a prelungit valabilitatea ofertei până la termenul indicat și a precizat că garanția fusese deja prelungită până la data de 30.06.2020, dovada existând la aceasta încă de la 31.03.2020.

Contestatorul subliniază că mențiunile autorității contractante privind termenele de valabilitate a ofertelor și a garanției „până la 20.07.2020”, respectiv „până la 30.06.2020”, nu au fost completate de autoritatea contractantă (nici de ofertanți) cu mențiunea expresă „inclusiv”. De aceea, se consideră că la momentul 30.06.2020 și la momentul 20.07.2020, nu ne mai aflăm în prezența unei oferte valabile, respectiv a unei garanții valabile, acestea fiind deja expirate. Reevaluarea ofertei contestatorului începând cu 30.06.2020 echivalează cu reevaluarea unei oferte expirate, aspect nepermis de lege și cauzat de lipsa de diligență a autorității contractante.

Pe de altă parte, în mod diferit de cele solicitate de autoritatea contractantă și de răspunsul contestatorului, ... a prelungit și oferta, dar și garanția de participare până la data de 20.07.2020. De asemenea, reevaluarea ofertei ... începând cu 20.07.2020 echivalează cu reevaluarea unei oferte expirate, aspect nepermis de lege și cauzat de lipsa de diligență a autorității contractante.

Este lipsit de sens a susține că tot contestatorul este cel în culpă pentru expirarea ofertei sau a garanției sale, cum încearcă să susțină autoritatea contractantă. Contestatorul arată că s-a conformat întocmai solicitărilor impuse de autoritatea contractantă însăși, ca ofertant care nu are și nu poate avea atribuții în planificarea și organizarea sau reorganizarea procedurilor de atribuire la nivelul autorităților contractante.

A considera că suntem în prezența unei autorități de lucru judecat cu privire la vreunul dintre obiectele contestației, înseamnă a denatura adevărul, a atribui CNSC și Curții de Apel competențe nepermise de lege - precum aceea de a face evaluări tehnice, de a se substitui experților tehnici.

Contestatorul amintește că prin decizia anterioară, CNSC a stabilit *„reluarea evaluării propunerii tehnice pentru lotul 2 - referitor la modalitatea de îndeplinire a cerinței «Aparatul să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de căldură»”*. Așadar, CNSC a cerut autorității reevaluarea pe un anumit aspect, CNSC nu a impus autorității o opinie tehnică și nici declararea ofertei ca neconformă pentru acest aspect.

Chiar dacă autoritatea de lucru judecat vizează și considerentele pe care decizia CNSC și Curții de Apel se sprijină, totuși referirile și motivările din decizia CNSC și a Curții de Apel cu privire la propunerea tehnică a ofertei contestatorului trebuie privite strict prin prisma atribuțiilor legale ale fiecărei instituții - a CNSC de a veghea la respectarea legii în materia procedurilor de atribuire, respectiv a instanței de judecată de a asigura un dublu control

din perspectiva legalității. O dovadă clară că CNSC și instanța nu au analizat ele însele din perspectivă tehnică oferta, o fac chiar referirile din Decizia CNSC doar la o Instrucțiune a producătorului, iar referirile instanței judecătorești la accețiunea generală a termenului de „pereți”.

Nu poate avea autoritate de lucru judecat și nici putere de lucru judecat un element netranșat până acum de CSNC sau de instanță sub nicio formă.

Așa cum s-a menționat și în cuprinsul contestației, problematica, obiectul și cauza actualei contestări a declarării ofertei ca neconformă este generată de nerespectarea de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind obligația de evaluare corectă și responsabilă și de declarare drept conformă a unei oferte care îndeplinește întocmai cerințele minime.

Contestatorul amintește că la momentul la care a solicitat clarificări și modificarea cerinței, autoritatea contractantă a respins atunci solicitarea sa (prin Răspunsul consolidat ref. întrebarea 9 - publicat în SEAP la data de 15.09.2018), dar cu motivarea că reformularea cerinței ar fi limitat accesul altor participanți.

Autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentație și un anumit proces sau metodă de fabricație sau alte procese specifice cu privire la cerința pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură. Cerințele tehnice pe care le solicitase prin documentație erau cerințe minime, chiar acesta era și raționamentul pentru care aceasta, prin Răspunsul consolidat ref. întrebarea 9 - publicat în SEAP la data de 15.09.2018, respinsese solicitarea contestatorului de clarificare și modificare a documentației, motivând că reformularea cerinței ar fi limitat accesul altor participanți, dar autoritatea nu a inclus în răspuns că o astfel de variantă nu ar fi permisă, ci doar că nu o poate impune tuturor ca singura/unica variantă acceptată. Orice interdicție ar fi trebuit precizată expres, câtă vreme autoritatea nu a interzis, atunci evident varianta era permisă.

Subliniem că potrivit Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 - art. 133 (2), cerințele solicitate ofertei tehnice erau CERINȚE MINIME - (I) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

Concluzionând, ... menționează că își menține cele exprimate prin contestația inițială, notele anterioare, inclusiv susținerile referitoare la anularea procedurii, conformitatea ofertei sale și respingerea excepției autorității de lucru judecat.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu cu nr. 47329/29.10.2020, ... transmite concluzii scrise după studierea dosarului achiziției publice și prin care sintetizează motivele de respingere a contestației formulate de ... și reiterează cererea de menținere ca legale și temeinice a actelor contestate.

Cu titlu prealabil, ... arată că susține excepția autorității de lucru judecat, invocată din oficiu de către Consiliu, excepție la care s-a făcut referire în cuprinsul cererii de intervenție.

Contrar afirmațiilor formulate de către contestator, în contextul în care s-a statuat definitiv inadmisibilitatea ofertei sale prin Decizia CNSC nr. 2179/C7/2389/2390 din 03.12.2019, respectiv prin Hotărârea nr. 349 din 16 martie 2020 a Curții de apel București, nu mai este permisă verificarea

conformității respectivei oferte din perspectiva neîndeplinirii cerinței privind dotarea produsului ofertat panouri cu pereți dubli.

Fără a relua *in extenso* considerentele obligatorii ale deciziilor anterior menționate, intervenientul citează exclusiv considerentul relevant din hotărârea instanței de control judiciar: „[...] în mod corect CNSC a reținut neîndeplinirea unei cerințe impuse de către autoritatea contractantă în privința produsului ofertat de petentă care avea sistemul Clear View [...]”. Această concluzie reprezintă confirmarea neconformității ofertei constatată anterior de CNSC, care a precizat foarte clar în decizia pronunțată: „[...] raportându-se strict la specificația tehnică minimă impusă de autoritatea contractantă, [...] Consiliul constată că 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”.

Contrar susținerilor contestatorului, reevaluarea dispusă de CNSC și menținută de către instanță nu a implicat o reverificare a modului de îndeplinire a cerinței privind dotarea aparatului cu pereți dubli, nerespectarea acesteia fiind constatată indubitabil.

Astfel cum a rezultat din studiul dosarului achiziției publice, data adoptării deciziei de respingere a ofertei ... a fost 20.07.2020, decizia fiind materializată prin elaborarea procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, document înregistrat sub nr. 1921/20.07.2020. Prin urmare, astfel cum corect a reliefat și autoritatea contractantă în punctul de vedere la contestație, respectiva ofertă a fost evaluată și respinsă în perioada de valabilitate. În contextul adoptării acestei decizii, prin punerea în executare a unor hotărâri obligatorii ale organismelor de remedii, nu se impunea o eventuală solicitare de prelungire a valabilității ofertei respinse. Practic, ca urmare a constatării în mod definitiv și irevocabil a neconformității ofertei ... de către CNSC și instanța de judecată, acest operator economic poate fi considerat că nu mai este implicat în procedura de atribuire decât în mod formal, nemaiavând dreptul la atribuirea contractului de achiziție publică. Prin urmare, astfel cum s-a arătat și în cuprinsul intervenției, lipsa demersului formal de solicitare a prelungirii valabilității ofertei societății contestatoare nu poate produce consecințe juridice și nu determină încălcarea principiului tratamentului egal raportat la inadmisibilitatea vădită și la imposibilitatea de reevaluare a ofertei respective. În acest context, prin raportare la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și f) din Legea nr. 101/2016, poate fi pus în discuție inclusiv interesul ... de a invoca o pretinsă nelegalitate a omisiunii comisiei de evaluare de a solicita prelungirea ofertei inadmisibile, nefiind demonstrată o vătămare efectivă suferită de contestatoare.

În concluzie, pentru considerentele prezentate, ... solicită C.N.S.C respingerea contestației ..., pentru lotul 2, în principal pe calea excepției autorității de lucru judecat și, în subsidiar, ca nefondată.

Prin adresele nr. 46727/2256/C7/26.10.2020 și nr. 46278/2256/C7/26.10.2020, Consiliu a solicitat contestatorului și autorității contractante, în considerarea prevederilor art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să

transmite punctul de vedere cu privire la excepția autorității de lucru judecat în formularea contestației, pentru lotul 2, invocată din oficiu, având în vedere decizia C.N.S.C. nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, care a fost menținută de către Curtea de Apel București prin Hotărârea nr. 349/16.03.2020.

Prin adresa nr. 2222/28.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 47020/28.10.2020, ... transmite răspunsul său la solicitarea Consiliului privind excepția autorității de lucru judecat, prin care solicită respingerea acesteia, nefiind întrunite condițiile prevăzute de lege pentru a fi în situația unei autorități de lucru judecat.

Contestatorul menționează că invocarea unei astfel de excepții ar putea avea legătură doar cu cel de-al doilea argument din contestație - cel referitor la neconformitatea ofertei tehnice. Autoritatea de lucru judecat nu poate avea incidență cu privire contestația în ansamblul său și nici cu criticile și argumentele sale privind faptul că procedura și reevaluarea au vizat oferte expirate, privind lipsa de transparență și încălcarea principiului tratamentului egal, etc., aspecte care generează obligația de anulare a procedurii.

Totodată, contestatorul apreciază că, în cazul de față, dezbaterea și analiza unei excepții privind autoritatea de lucru judecat sunt strict legate de analiza fondului cauzei, a probelor și a tuturor aspectelor învederate de părți.

Plecând de la prevederile art. 430 și 431 din Codul de procedură civilă, decizia CNSC adusă în discuție are autoritate de lucru judecat doar cu privire la chestiunile efectiv tranșate și nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect.

Aspectele contestate acum nu au fost efectiv tranșate niciodată de CNSC sau Curtea de Apel:

- prin Decizia CNSC nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, CNSC a obligat autoritatea contractantă să reevalueze oferta tehnică a contestatorului doar în ceea ce privește îndeplinirea cerinței referitoare la existența panourilor laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

- mențiunile din Decizia CNSC și Decizia Curții de Apel București nu pot fi interpretate în sensul în care cele două autorități ar fi evaluat ele însele oferta sau ar fi oferit îndrumări tehnice cu privire la evaluarea ofertei, în locul autorității contractante, pentru că nici CNSC, nici Curtea de Apel București nu au această competență legală și nu se pot substitui comisiei de evaluare a autorității contractante și nici autorității înseși, care își stabilește propriul necesar de servicii și produse și care se presupune că a stabilit și cunoaște elementele tehnice cerute ofertelor prin caietul de sarcini.

Nu există autoritate de lucru judecat în ceea ce privește evaluarea ofertei tehnice a contestatorului, pentru că argumentele aduse prin contestația ce face obiectul prezentului dosar, argumentele privind conformitatea ofertei sale și evaluarea greșită și nelegală vizează aspecte noi, atât din punct de vedere temporal, cât și faptic, nesupuse până acum

controlului CNSC și instanței cu privire la procedura de licitație în cauză, lot 2 - etapa reevaluării după rămânerea definitivă a Deciziei CNSC.

Se contestă, printre altele, inclusiv modul de punere în aplicare de către autoritatea contractantă a deciziei CNSC menținută de instanță, care a manifestat incoerență în procesul de reevaluare prin raportare la evaluarea inițială și nu a asigurat condițiile prealabile reevaluării legale și corecte a ofertei, astfel:

- pe de-o parte, autoritatea contractantă a precizat în cadrul dosarului anterior, soluționat CNSC prin Decizia 2179, în punctul de vedere prezentat chiar de aceasta, din perspectiva tehnică care au fost argumentele pe baza cărora evaluase și declarase oferta sa ca fiind conformă, inclusiv din perspectiva îndeplinirii cerinței referitoare la existența pereților laterali dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură.

- pe de altă parte, în încercarea autorității de a reevalua oferta ca urmare a Deciziei CNSC, aceasta a procedat la mai multe noi erori, mai grave decât cele comise inițial, încălcând reguli și principii esențiale în materia achizițiilor publice, dar și reguli de logică și minimă previzibilitate.

- din simpla parcurgere a Deciziei CNSC și a Curții de Apel, rezultă în mod clar că autoritatea contractantă era obligată să reevalueze, nu doar să aplice formal și parțial Decizia CNSC. În niciun caz, nu îi era îngăduit să reevalueze oferte care nu mai erau valabile și să reevalueze incorect și nelegal, pentru a exclude ofertanți din procedură și pentru a crea o impresie de aplicare a legii și Deciziei CNSC.

- autoritatea contractantă a omis să pună în executare tocmai esența Deciziei CNSC, aceea că se impuneau măsuri de remediere și continuarea procedurii. Or, autoritatea contractantă a procedat total diferit, s-a adâncit în erorile de procedură și de evaluare și a interpretat decizia de obligare la reevaluare ca pe o obligare la schimbarea automată și radicală a concluziilor sale asupra ofertei contestatorului. O astfel de interpretare este excesivă, contrară legii și scopului general al legii de remediere.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu și-a conformat conduita și nu a dat curs obligativității Deciziei CNSC, prevăzute de art. 28 din Legea nr. 101/2016 și citează prevederile art. 26 (10¹) și art. 34 alin. (6) din același act normativ.

Dacă autoritatea contractantă considera că decizia CNSC cuprinde aspecte neclare sau incomplete, atunci avea posibilitatea să solicite lămurirea sau completarea deciziei CNSC, în temeiul art. 28 alin. (2) din Legea nr. 101/2016. La fel, în caz de dubiu, avea posibilitatea de a solicita lămurirea deciziei Curții de Apel care a menținut decizia CNSC, nu de a-și schimba automat, formal și radical perspectiva asupra propriilor cerințe din caietul de sarcini. Or, înseși etapele procedurii de atribuire derulate după decizia CNSC rămasă definitivă sunt viciate. Mai mult, contestatorul opinează că, în ceea ce privește remediile și căile de atac în materia procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, autoritatea de lucru judecat trebuie privită și prin prisma scopului art. 1 alin. (3) din Legea nr 101/2016.

Câtă vreme scopul legii nu a fost asigurat și s-au produs noi acte, operațiuni și omisiuni prin nerespectări ale dispozițiilor legale de către

autoritate, este evident că nu avem nici un fel de autoritate de lucru judecat.

Așadar, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nesocotește însuși scopul menționat mai sus și cuprinsul deciziei C.N.S.C., care se desprind din art. 1 alin. (3) menționat mai sus și art. 27 din Legea nr. 101/2016.

Pe principiul obligativității deciziei CNSC, pe cel al puterii de lucru judecat desprins din art. 431 alin. (2) din Codul de procedură civilă *„Oricare dintre părți poate opune lucrul judecat anterior într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționare acestuia din urmă”* și pe principiul legalității se întemeiază, printre altele, și contestatorul, atunci când contestă noile omisiuni și acțiuni incorecte și nelegale ale autorității contractante, pentru că acesta se aștepta cu bună-credință la remedii reale și la lipsa oricăror erori ceea ce privește reevaluarea organizată și efectuată de autoritatea contractantă după rămânerea definitivă a deciziei anterioare a CNSC.

Concluzionând, ... precizează că își menține integral cele exprimate prin contestația inițială, inclusiv susținerile referitoare la anularea procedurii și conformitatea ofertei sale.

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. ... din 13.10.2018.

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 ..., contestatorul din prezenta cauză.

Astfel cum este precizat în raportul procedurii nr. 2646/29.09.2020, oferta depusă de ... a fost declarată câștigătoare, pentru lotul 2, cu o valoare unitară de 134.554,973822 fără TVA și o valoare maximă acord-cadru de 54.400.000,00 lei fără TVA.

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, admiterea acesteia, introducerea sa în calitate de intervenient accesoriu în cadrul dosarului respectiv și respingerea contestației ..., urmând a fi menținut rezultatul procedurii de atribuire, pentru lotul 2.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de către ..., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant este evident, întrucât este ofertă declarată câștigătoare/admisibilă, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere 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 autorității de lucru judecat în soluționarea contestației formulată de către ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45432/08.11.2019, pentru lotul 2, excepție invocată din oficiu, de către autoritatea contractantă și de către intervenientul ...

Preliminar, Consiliul are în vedere că în prezenta procedură de atribuire, anterior, a mai fost pronunțată Decizia nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, prin care contestația nr. 1980/07.11.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45309/07.11.2019, formulată de către ..., împotriva adresei nr. 60045/28.10.2019 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. SP13726/28.10.2019, a fost admisă în parte, 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*”.

Împotriva acestei Decizii, a fiind formulată plângere de către ofertantul ... iar prin Decizia Civilă nr. 349/16.03.2020, pronunțată în dosarul nr. 7238/2/2019, Curtea de Apel București a respins, ca nefondată, plângerea ... formulată împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, în contradictoriu cu ... și ...

Astfel, în ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat, invocată atât din oficiu, cât și de către autoritatea contractantă și de către intervenientul ..., Consiliul are în vedere prevederile art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de Procedură Civilă potrivit căroră „*(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.*

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și

c

e pe care acesta se sprijină, i c p

litigioasă”, precum și pe cele ale art. 431 alin. (1) din același act normativ, conform căroră „*nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect*”.

Prin urmare, pentru a exista putere de lucru judecat dedus într-un proces din hotărârea pronunțată într-un proces anterior, potrivit articolului menționat, trebuie să existe triplă identitate de părți, de obiect și de cauză.

Raportat la aceste aspecte, Consiliul reține că, anterior, în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică a fost emisă Decizia C.N.S.C. nr. 2179/C7/2389/2390/03.12.2019, în cuprinsul căreia s-au precizat următoarele: „*Consiliul constată caracterul întemeiat, în parte, al criticilor aduse de către contestator, respectiv doar în ceea ce privește aspectul legat de*

neîndeplini

r

e

a de către produsul oferat de către ... 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.

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 „aparatul să fie dotat 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 Ministerului Sănătății 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 „aparatul să fie dotat 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 **pereți 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 acesteia 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 ofertat 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 ClearView (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 ClearView (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 Babyleo TN500, 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 „Babyleo TN500” a continuat linia îmbunătățirilor dispozitivelor Drâger de tratament prin căldură Astfel, fără a fi necesari pereți dubli, Babyleo 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 Babyleo 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 Babyleo 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 ofertat 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 ClearView (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 Babyleo TN500 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.”

Astfel, prin raportare la cele menționate în cuprinsul deciziei anterior emise de C.N.S.C. în prezenta procedură de atribuire și solicitările formulate de contestatorul ... în prezenta cauză, Consiliul constată că în ceea ce privește identitatea de părți, ... a fost parte atât în cauza ce a făcut obiectul dosarului soluționat prin decizia nr. 2179/C7/2349/2390/ din 03.12.2019 în calitate de intervenient, cât și în prezenta cauză, dedusă soluționării, în care sunt supuse analizei motivele care au stat la baza deciziei de respingere ca neconformă a ofertei prezentată de contestator.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere că a avea „aceiași calitate” în ambele cereri, așa cum este prevăzut la art. 431 alin. (1) din Codul de procedură civilă, înseamnă a figura în procese în calitate de titular de drepturi, prin calitate înțelegându-se aici poziția lor în nume propriu sau intervenient în proces. Altfel spus, este avută în vedere identitatea juridică a părților, iar nu identitatea lor fizică, nefiind obligatoriu ca o parte să aibă în ambele procese calitatea de reclamant, iar cealaltă parte calitatea de pârât. Astfel, dacă în ambele procese participă aceleași persoane, ca titulare ale drepturilor, va fi *identitate de părți*, chiar dacă în cadrul proceselor sunt inversate calitățile părților.

În ceea ce privește *identitatea de obiect*, Consiliul are în vedere că în literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același. De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de

obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Cauza este fundamentul raportului juridic dedus soluționării, temeiul juridic al cererii. Ea nu se confundă cu cauza acțiunii și nici cu mijloacele de probă. Nu se poate păstra aceeași cauză și prezenta alte dovezi.

Se reține că scopul final urmărit de contestatorul din prezenta cauză, care are ca obiect soluționarea propriei contestații, este același cu cel din precedentul dosar care a avut ca obiect soluționarea contestației formulate de ..., și anume anularea raportului procedurii și reevaluarea de către autoritatea contractantă a ofertei depusă de ..., **motivată de aceleași aspecte.**

Prin urmare, constatând existența triplei identități de părți, obiect și cauză, Consiliul urmează să respingă susținerile contestatorului ... referitoare la nelegalitatea declarării ofertei sale ca neconformă, motivat de faptul că prin soluția tehnică descrisă în oferta sa, nu 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 ofertat de operatorii economici „*să fie dotat cu panouri laterale cu pereți dubli pentru evitarea pierderilor de temperatură*”.

Așadar, reluarea de către ..., în prezenta cauză, a argumentelor legate de presupusa conformitate a produsului ofertat de societatea sa, în cadrul procedurii de atribuire, nu poate fi primită de către Consiliu, în condițiile în care, astfel cum s-a redat anterior în considerente, **aceste chestiuni au fost tranșate anterior, în mod definitiv**, având autoritate de lucru judecat, argumentele regăsindu-se în considerentele Deciziei nr. 2179/C7/2349/2390 din 03.12.2019, menținută de instanța de control, prin Decizia Civilă nr. 349/16.03.2020, pronunțată în dosarul nr. 7238/2/2019.

Susținerile contestatorului conform cărora autoritatea contractantă trebuia să reevalueze oferta sa, prin solicitarea de clarificări prin care societatea sa putea demonstra conformitatea ofertei sale, iar nu să aplice întocmai ce a dispus CNSC și Curtea de Apel București, sunt netemeinice, în condițiile în care, conform celor punctate anterior și în baza competențelor legale, atât Consiliul cât și instanța de judecată pot dispune măsuri de remediere pe care o achizitoare este obligată să le pună în executare.

Or, în condițiile în care, în speța ce a constituit obiectul dosarelor nr. 2349/2390 și în care s-a emis Decizia nr. 2179/C7/2349/2390 din 03.12.2019, Consiliul a verificat propunerea tehnică depusă de către ... și a constatat modalitatea defectuoasă în care autoritatea contractantă a evaluat această ofertă și a dispus obligarea achizitoarei la reevaluarea acesteia, cu luarea în considerare a analizei și concluziilor menționate în Decizie, singura manieră în care achizitoarea putea proceda era întocmai celor dispuse de Consiliu și de instanța de judecată, care a menținut decizia CNSC.

Mai mult, este relevantă în acest sens și motivarea instanței de judecată, Consiliul reținând faptul că în considerentele Deciziei civile nr. 349/16.03.2020, Curtea de Apel București a apreciat, printre altele, că „(...) : „În orice evaluare trebuie pornit de la ceea ce se înțelege în mod obișnuit printr-un anumit termen, cuvânt, specificație.

Conform DEX, prin „perete” se înțelege „element de construcție făcut din diferite materiale, care limitează, separă sau izolează încăperile unei clădiri între ele și de exterior și care susține planșeurile, etajele, acoperișul” sau „element de construcție așezat vertical (sau puțin înclinat) făcut din zidărie, din lemn, din piatră, etc., care limitează, separă sau izolează încăperile...”.

Accepțiunea obținută este, prin urmare, aceea că peretele este un element material.

[...] Dacă am accepta susținerea petenții ar însemna că produsul să nu aibă nici un perete, așa după cum îl definește aceasta, mecanic, ceea ce în mod evident este o aberație (un incubator fără pereți laterali fizici ci doar cu pereți electronici).

[...] Prin urmare se constată legală și temeinică decizia CNSC în privința admiterii în parte a contestației formulată de către ..., a anulării procesului verbal nr. 48157/27.08.2019 și raportului procedurii nr. 56735/14.10.2019 referitoare la oferta depusă de către ... pentru lotul 2 și toate actele subsecvente, precum și la obligarea autorității contractante de a reevalua oferta ... pentru lotul 2.”

Prin urmare, constatând că asupra neconformității ofertei prezentate de ... s-a pronunțat anterior în cadrul procedurii de atribuire prin Decizia nr. 2179/C7/2389/2390 din 03.12.2019, rămasă definitivă, astfel că atât dispozitivul cât și considerentele avute în vedere în cadrul respectivei decizii se bucură de autoritate de lucru judecat, Consiliul nu va mai analiza criticile formulate de contestatorul din prezenta cauză referitoare la motivele care au stat la baza deciziei de respingere ale ofertei sale pentru lotul 2, aceste critici vizând aspecte de neconformitate ale ofertei sale, ce sunt *identice* cu cele analizate anterior de Consiliu, motiv pentru care admite excepția autorității de lucru judecat, invocată atât de către autoritatea contractantă ... cât și de către intervenientul ...

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția autorității de lucru judecat în formularea contestației de către ..., invocată din oficiu, de către autoritatea contractantă și de către intervenientul ..., pentru lotul 2.

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 ..., pentru autoritate de lucru judecat, pentru lotul 2.

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 ... nr. 2194/15.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 44955/15.10.2020.

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 practicaua Deciziei,
Consilier ...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 28 (douăzecișiopt) pagini