CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația nr. 2973/04.08.2017, transmisă inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 32566/07.08.2017 și respectiv, sub nr. 32682/07.08.2017, SC ... SRL, cu sediul social în municipiul ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ... în calitate de administrator, a contestat Procesul-verbal nr. 1/19.06.2017, adresa nr. 9180/22.06.2017 și Raportul procedurii nr. 6784/11.05.2017, documente emise în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de furnizare având ca obiect „Sistem analitic pentru determinarea reziduurilor de pesticide din alimente de origine nonanimală”, cod CPV 38000000-5 (Rev.2), iniţiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat Consiliului următoarele:

- să constate faptul că propunerea tehnică prezentată de ofertantul SC ...SRL nu a fost elaborată cu respectarea tuturor cerințelor minime și obligatorii stabilite prin documentația de atribuire;
- să ia act de împrejurarea că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea improprie a ofertei prezentată de SC ...SRL apreciind fără niciun fundament că oferta depusă de aceasta poate fi declarată admisibilă;
- să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei prezentate de SC ...SRL, cu respectarea riguroasă a cerințelor stabilite prin documentația de atribuire;

- să oblige autoritatea contractantă la anularea tuturor actelor administrative prin care s-a reținut caracterul admisibil al ofertei depuse de SC ...SRL.

SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., având adresa de corespondență în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de Director general, a depus cererea de intervenție nr. 18987/18.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 34303/18.08.2017, în cauza ce formează obiectul Dosarului nr. 2782/2017, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca nefondată, menținerea, ca temeinic și legal, a procesului verbal nr. 1/19.06.2017, precum și continuarea procedurii de evaluare a ofertelor de la faza evaluării propunerilor financiare a ofertelor declarate admisibile după finalizarea etapei de evaluare a propunerilor tehnice.

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

În susținerea contestației sale, contestatoarea SC ... SRL critică faptul că oferta SC ...SRL nu îndeplinește specificațiile tehnice de performanță stabilite prin documentația de atribuire, potrivit cărora autoritatea contractantă a stabilit că ofertanții au obligația de a elabora propunerea tehnică astfel încât să răspundă punctual și în totalitate la caracteristicile principale stabilite prin documentația de atribuire și, totodată, aceștia vor face dovada conformității propunerii tehnice cu aceste specificații prin evidențierea în documentația tehnică a producătorului declarat, astfel încât comisia de evaluare să o poată identifica drept criteriu îndeplinit.

Procedând la analiza dosarului achiziției publice pus la dispoziție de C.N.S.C. în data de 12.07.2017, contestatoarea observă că echipamentul ofertat de SC ...SRL aferent poziției 7 – Aparat de producere a apei ultrapure este modelul SARTORIUS ARIUM PRO VF, care nu corespunde integral specificațiilor tehnice solicitate, în ceea ce privește următoarele cerințe din caietul de sarcini:

- „Echipamentul să fie compact și să producă apă ultrapură tip I, la cerere din apa de rețea, conform standardelor internaționale în vigoare: ISO 3696-BS3997, ASTM, CAP, NCCLS; EuPh, USP /.../. Sistemul să se alimenteze direct la rețeaua de apă potabilă, fără a fi nevoie de tanc de stocare";

- „Apa ultrapură tip I – să fie obținută prin procedeul de schimb ionic și fotooxidare; calitatea acesteia să fie conformă cu EuPh, USP – 18.2 Megaohm.cm @25Celsius, TOC <5ppb, lipsită de bacterii, pirogeni - RNases (< 1 pg/mL) și DNases (< 5 pg/mL). /.../ Cartușul de ultrafiltrare să asigure o apă lipsită de bacterii, pirogeni - RNases (< 1 pg/mL) and DNases (< 5 pg/mL), să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem".

O altă critică a contestatoarei vizează faptul că SC ...SRL a furnizat un răspuns neconcludent la solicitările de clarificări formulate de autoritatea contractantă și, totodată, prin intermediul aceluiași răspuns și-a modificat nepermis conținutul propunerii tehnice. În acest sens, contestatoarea arată că în urma solicitărilor de clarificări cu privire la calificarea personalului care va implementa metodele de analiză pentru determinarea reziduurilor de pesticide din alimente de origine nonanimală pentru cele două tehnici analitice – LC/MS-MS și GC/MS-MS, ofertantul a furnizat un răspuns neconcludent sub două aspecte:

- nu a făcut dovada că dispune de personal propriu calificat, așa cum s-a solicitat prin întrebarea de clarificare;

- din analiza răspunsului rezultă că acesta va realiza activitatea de implementare a metodelor de analiză pentru determinarea reziduurilor de pesticide din alimente de origine nonanimală pentru cele două tehnici analitice – LC/MS-MS și GC/MS-MS – prin intermediul a doi operatori economici care nu au fost declarați subcontractanți de specialitate și pentru care nu au fost prezentate DUAE în ofertă.

Contestatoarea susține că singurele documente prezentate de către SC ...SRL sunt niște angajamente ale unor societăți care declară că vor sprijini ofertantul pentru desfășurarea unor activități în cadrul contractului prin personalul propriu, din conținutul cărora rezultă că, în fapt, nu ofertantul ... va realiza activitățile privind implementarea metodelor de analiză ci societățile ...SRL și ... Plus SRL prin personal propriu calificat.

Totodată, SC ... SRL face precizarea că prin mențiunea că cele două societăți vor asigura implementarea tehnicilor de analiză prin personal propriu, SC ...SRL modifică, în opinia contestatoarei, conținutul propunerii tehnice, în contextul în care cele două societăți nu au fost declarate subcontractanți de specialitate. Prin urmare, contestatoarea consideră că membrii comisiei de evaluare trebuiau să facă aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea învederează și faptul că, prin adresa nr. 18911/14.07.2017, SC ...SRL susține că, în fapt, SC ...SRL și SC ... Plus SRL ar avea calitatea de „furnizori”, în înțelesul prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016. Cu privire la acest aspect, ... admite că activitatea de implementare a metodelor de analiză pentru determinarea reziduurilor de pesticide se va realiza de către experții societăților SC ...SRL și SC ... Plus SRL, societăți care și-au exprimat susținerea față de ... pentru prestarea acestei activități, ori, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic care îndeplinește activități ce fac parte din obiectul contractului de achiziție publică are calitatea de subcontractant.

SC ... SRL solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, SC ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 33181/2782 C5/09.08.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ... înaintarea documentelor necesare soluționării contestației, respectiv cele întocmite/primite ulterior deciziei CNSC nr. ...din data de 03.08.2017, oferta depusă de SC ...SRL, precum și dovada comunicării punctului de vedere către contestatoare.

În vederea soluţionării contestaţiei, Consiliul, prin adresa nr. 33183/2782 C5/09.08.2017, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei SC ... SRL actul/actele atacat/atacate, din care să reiasă data luării acestuia/acestora la cunoştinţă. Totodată, Consiliul i-a adus la cunoștință contestatoarei prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precizând că, ulterior primirii din partea autorităţii contractante a documentelor necesare, va fi informată asupra datei în care le poate consulta precum şi cu privire la termenul pentru depunerea eventualelor concluzii scrise.

Contestatoarea SC ... SRL a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 33183/2782 C5/09.08.2017, prin adresa nr. 3051/11.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 33703/11.08.2017, prin care a subliniat că societatea sa a formulat contestație împotriva Procesului-verbal nr. 1/19.06.2017, adresei nr. 9180/22.06.2017 și Raportului procedurii nr. 6784/11.05.2017, acte de care a luat la cunoștință în data de 12.07.2017, în momentul studierii dosarului achiziției publice la sediul CNSC.

Prin adresa nr. 12.594/16.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 34169/17.08.2017, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestația formulată de SC ... SRL, însoțit de documentele necesare soluționării acesteia.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă invocă excepţia lipsei de interes a SC ... SRL în formularea contestaţiei.

Astfel, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că în cadrul procedurii de atribuire au depus oferte SC ... SRL şi SC ...SRL, ambele fiind declarate admisibile, fiind stabilit ca ofertant câştigător SC ... SRL. În urma comunicării rezultatului, SC ...SRL a transmis notificarea prealabilă nr. 7544/25.05.2017, în urma căreia s-a hotărât să fie adoptate măsuri de remediere, în sensul solicitării ambilor ofertanţi clarificări referitoare la îndeplinirea condiţiilor tehnice minime impuse prin caietul de sarcini. Autoritatea contractantă arată că după verificarea răspunsurilor la clarificări şi a evaluării tehnice, oferta SC ... SRL a fost respinsă, întrucât „Cartuşul de ultrafiltrare Biopak (...) nu are posibilitatea de sanitizare periodică deoarece cartuşul de ultrafiltrare Biopak este validat doar pentru o perioadă de 90 de zile după care este necesară schimbarea acestuia, generând costuri suplimentare după perioada de garanţie. Nu este încorporat în sistem - cartuşul este o consumabilă a sistemului şi nu o parte integrantă a acestuia”.

Referitor la respingerea ofertei ca neconformă pentru motivul menţionat mai sus, autoritatea contractantă informează că acesta a făcut obiectul dosarului nr. 2447/2017, iar prin Decizia Consiliului nr. ...din

data de 03.08.2017, s-a respins ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL, menţinând oferta acesteia ca neconformă.

Astfel, autoritatea contractantă invocă dispoziţiile art. 2 alin. (1) şi (2) şi cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, precum și cele ale art. 32 alin. (1) din Noul cod de procedură civilă.

În continuare, autoritatea contractantă face trimitere și la art. 33 din Noul cod de procedură civilă, potrivit căruia interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să îndeplinească cerinţele prevăzute expres, respectiv:

- să fie legitim, astfel că Legea nr. 98/2016 dă dreptul oricărui operator economic să participe la procedura de atribuire şi impune, corelativ, în sarcina autorităţii contractante obligaţia de a respecta prevederile legale şi principiile achiziţiilor publice în procesul de evaluare. Referitor la aceste obligaţii instituite şi în sarcina sa, autoritatea contractantă arată că, aşa cum rezultă din procesele-verbale de evaluare cât şi din raportul procedurii, aceste obligaţii nu au fost încălcate;

- să fie personal și direct. Ţinând cont de rezultatul evaluării ofertelor în care oferta contestatoarei a fost declarată neconformă, autoritatea contractantă consideră că nu se justifică interesul personal, atribuirea contractului către aceasta fiind exclusă, având în vedere oferta tehnică;

- să fie determinat. Se arată în acest sens că în prezenta cauză, având în vedere caracterul neconform al ofertei, nu poate fi vorba de atribuirea către acesta a contractului de achiziţie ce face obiectul procedurii, chiar în eventualitatea admiterii contestaţiei;

- să fie născut şi actual. Un interes eventual, ca şi un interes care a trecut nu poate fi luat în considerare, susține autoritatea contractantă.

Având în vedere cele mai sus precizate, autoritatea contractantă apreciază că interesul contestatoarei nu este unul legitim, născut şi actual, dar nici unul personal şi direct, de vreme ce propunerea tehnică a acesteia a fost declarată neconformă şi menţinută de către Consiliu prin Decizia nr. ...din data de 03.08.2017, concret, chiar și în cazul în care contestaţia ar fi admisă, nu i-ar produce contestatoarei vreun folos practic, oferta acesteia rămânând în continuare neconformă şi deci, în imposibilitatea de a i se atribui contractul.

Având în vedere documentele depuse în procedură de către SC ...SRL, marcate „CONFIDENŢIAL”, Consiliul, prin adresa nr. 34269/2782 C5/17.08.2017, în conformitate cu dispoziţiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, a solicitat SC ...SRL să comunice temeiului juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menţionate ca fiind „confidenţiale”, să justifice această încadrare şi să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidenţial al documentelor, conform dispoziţiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 18987/18.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 34303/ 18.08.2017, în cauza ce formează obiectul Dosarului nr. 2782/2017,

formulată de SC ...SRL, prin care s-a solicitat respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca nefondată, menținerea, ca temeinic și legal, a procesului verbal nr. 1/19.06.2017, precum și continuarea procedurii de evaluare a ofertelor de la faza evaluării propunerilor financiare a ofertelor declarate admisibile după finalizarea etapei de evaluare a propunerilor tehnice.

Intervenienta invocă lipsa calității procesuale a contestatoarei, în sensul că aceasta nu mai are calitate de persoană care se consideră vătămată, fiind exclusă din procedură, deoarece nu mai îndeplinește condiția pct. ii) al art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, întrucât nu există premisa că aceasta a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu ca o consecință a declarării propunerii tehnice a SC ...SRL ca fiind conformă.

Pe fondul cauzei, intervenienta arată că produsul ofertat de societatea sa este proprietatea Sartorius, iar la solicitarea de clarificări a autorității contractante a depus cu adresa nr. 18788/07.06.2017, clarificări asupra ofertei aparatului său, a retransmis formularul nr. 7 la care a atașat scrisoarea de informare SC ... SRL și scrisoarea de autorizare emisă de Sartorius.

Față de cele prezentate, SC ...SRL solicită admiterea cererii sale de intervenție.

Intervenienta SC ...SRL a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 34269/2782 C5/17.08.2017, prin adresa nr. 18988/18.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 34481/18.08.2017, prin care a arătat că a depus, odată cu oferta, Declaraţia nr. 18636/ 04.04.2017.

Privitor la caracterul confidenţial al documentelor transmise către autoritatea contractanta cu adresa nr. 18788/07.06.2017, intervenienta face precizarea că aceasta reprezintă răspunsul său la solicitarea de clarificări pe care autoritatea contractantă i-a transmis-o în cadrul etapei de evaluare a propunerilor tehnice, prin care a adus precizări și completări la propunerea tehnică depusă în procedură.

Intervenienta învederează că temeiul juridic al încadrării acestor documente în categoria „confidenţial” rezidă din acordurile comerciale preliminare încheiate cu reprezentanţii regionali ai producătorilor echipamentelor ofertate, acorduri prin care, în schimbul exclusivităţii susţinerii cu oferte de preț ale echipamentelor și cu resurse logistice pentru asigurarea serviciilor conexe furnizării echipamentelor, s-a obligat în a păstra confidenţialitatea asupra a tot ce înseamnă conceptul de produs.

Atașat acestui înscris, intervenienta depune declarații de confidențialitate de la producători.

Prin adresele nr. 34577/2782 C5/21.08.2017 și nr. 34578/2782 C5/21.08.2017, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

Prin adresa nr. 34666/2782 C5/21.08.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ... să facă dovada comunicării (prin fax sau e-

mail) a punctului de vedere nr. 12.594/16.08.2017, către intervenienta SC ...SRL.

De asemenea, prin adresa nr. 34668/2782 C5/21.08.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită susținerile sale cu privire la excepția lipsei de interes a SC ... SRL, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 12.594/16.08.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 34169/17.08.2017.

De asemenea, Consiliul a solicitat să precizeze dacă împotriva deciziei Consiliului nr. 1977/C5/2125/2447/25.07.2017, a formulat plângere la instanța de judecată, respectiv Curtea de Apel Constanța, iar în caz afirmativ să transmită dovezi în acest sens.

Susțineri referitoare la excepția lipsei de interes a SC ... SRL au fost solicitate de către Consiliu și intervenientei SC ...SRL, prin adresa nr. 34678/2782 C5/21.08.2017.

Contestatoarea SC ... SRL a răspuns la solicitările Consiliului nr. 34578/2782 C5/21.08.2017 și nr. 34668/2782 C5/21.08.2017, prin adresa nr. 3199/22.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 35031/22.08.20217.

În ceea ce privește excepţiile lipsei de interes şi a lipsei calităţii procesuale invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 12.594/16.08.2017 şi de SC ... ...SRL prin cererea de intervenţie nr. 18987/18.08.2017, contestatoarea subliniază că interesul său de a formula contestaţie rezidă în vicierea gravă a modului de desfăşurare a procedurii de atribuire prin încălcarea principiului tratamentului egal, mai precis prin eliminarea, din procesul de evaluare a ofertelor, a acelor elemente care privesc ordinea publică/interesul general şi care atrag inclusiv nulitatea absolută a contractului.

Contestatoarea invocă dispozițiile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. a) și lit. f) din Legea nr. 101/2016 și cele ale art. 33 din Codul de procedură civilă, din care rezultă că societatea sa are calitate de persoană vătămată, fiind întrunite condiţiile prescrise de lege. Mai precis, contestatoarea arată că în cadrul contestaţiei a arătat că ofertantul ... intenţionează să subcontracteze părţi din contractul de achiziţie publică către societăţi care nu au fost declarate în ofertă şi pentru care nu au fost depuse DUAE şi implicit pentru care nu a făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare.

De asemenea, contestatoarea face trimitere și la dispozițiile art. 58 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, prin urmare, dacă astfel de probleme pot fi puse în discuţie de orice persoană interesată chiar şi după încheierea contractului, cu atât mai mult nu există niciun motiv pentru a nu permite unui participant la procedură să pună în discuţie aceste probleme înainte de încheierea contractului, existând nu doar un interes privat al participantului, dar şi un interes public ce trebuie ocrotit, iar pentru ocrotirea acestuia este necesar să existe o cale efectivă prin intermediul căreia să se aducă în faţa organului administrativ jurisdicţional astfel de cereri. În caz contrar, presupusele drepturi de

contestare a deciziilor de atribuire a contractelor de achiziţie sunt pur iluzorii, susține contestatoarea.

Se mai arată că procesul de evaluare este unul viciat prin încălcarea unor reguli care privesc ordinea publică/interesul general, prin urmare acest aspect conferindu-i dreptul de a promova contestația în discuție.

În continuare, contestatoarea face trimitere la dispozițiile art. 1.188 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 1.196 alin. (1) și cele ale art. 1247 Cod civil și precizează că asigurarea unui tratament egal operatorilor economici prin evaluarea unitară a ofertelor serveşte interesului general/ordinii publice şi, prin urmare, orice persoană interesată poate invoca nulitatea actelor administrative emise de autorităţile contractante cu încălcarea legii.

În ceea ce privește cererea de intervenție, contestatoarea reiterează susținerile sale din contestație.

Prin adresa nr. 19001/22.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 35043/22.08.2017, intervenienta SC ...SRL a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 34678/2782 C5/21.08.2017, prin care a comunicat faptul că este de acord cu excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 35263/2782 C5/23.08.2017, Consiliul a invitat contestatoarea SC ... SRL la data de 25.08.2017, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

Contestatoarea SC ... SRL a comunicat, prin adresa nr. 3296/28.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 35923/28.08.2017, concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, prin care a reiterat o parte din susținerile din cererea sa introductivă, concluzionând că prin documentele prezentate în ofertă, SC ...SRL a speculat o informație generală din documentația tehnică a produsului ofertat și a prezentat comisiei de evaluare o situație de fapt, care nu corespunde realității.

Ultimul document atașat la dosarul cauzei îl reprezintă adresa nr. 13453/29.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 36173/29.08.2017, transmisă de către autoritatea contractantă, prin care a adus la cunoștință stadiul procedurii de atribuire.

La dosarul nr. 2782/2017 care formează obiectul prezentei cauze, au fost atașate dosarele nr. 2125/2017 și nr. 2447/2017, conexate, soluționate prin Decizia Consiliului nr. ..., emisă în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin contestația care formează obiectul prezentului dosar, SC ... SRL a solicitat „acces la dosarul cauzei”.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul reține că SC ...SRL, a transmis autorității contractante, la depunerea ofertelor, conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Declarația de confidențialitate nr. 18636/04.04.2017 referitoare la documentele

aflate în cadrul propunerii tehnice (inclusiv prospecte, pliante, declarații de la producător etc.).

Prin decizia CNSC nr. ..., Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei SC ... SRL, care, la acel moment, a solicitat acces la dosarul cauzei, toate documentele aflate la dosar, mai puțin propunerea tehnică a SC ...SRL, precum și răspunsul la clarificări nr. 18788/07.06.2017 al acestui ofertant, care se referă de asemenea, la propunerea tehnică.

Pentru a decide astfel, Consiliul a apreciat ca fiind relevante mijloacele de probă depuse de către SC ...SRL, respectiv Declaraţiile emise de ...SRL (reprezentant al producătorului SARTORIUS), ... PLUS (distribuitor autoriza al AB SCIEX) și ...(reprezentant ...), documente care probează existența unor clauze de confidențialitate între ofertant, pe de parte și, SARTORIUS, AB SCIEX și ..., pe de altă parte, referitoare la caracteristicile tehnice, funcționale și de calitate ale echipamentelor ofertate.

În consecință, în raport de cele mai sus menționate, Consiliul a permis contestatoarei SC ... SRL, care a solicitat și în prezenta cauză, acces la dosarul cauzei, să studieze la sediul CNSC în data de 25.08.2017, toate documentele aflate la dosarul cauzei mai puțin propunerea tehnică a SC ...SRL, precum și răspunsul la clarificări nr. 18788/07.06.2017 al acestui ofertant, care se referă de asemenea, la propunerea tehnică.

La dosarul cauzei, SC ...SRL a depus cererea de intervenţie nr. 18987/18.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 34303/18.08.2017 intitulată „Cerere de intervenție accesorie” prin care sprijină poziţia autorităţii contractante, fără a solicita desfiinţarea vreunui act emis de aceasta. Prin cererea de intervenție formulată, SC ...SRL solicită Consiliului să mențină ca legal și temeinic „actul administrativ al autorității contractante prin care propunerea sa tehnică (...) a fost declarată ca fiind conformă, precum și toate celelalte acte administrative subsecvente acestuia” și să dispună „continuarea procedurii de evaluare de la faza evaluării propunerilor financiare a ofertelor declarate admisibile după finalizarea etapei de evaluare a propunerilor tehnice”.

În raport de dispoziţiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestaţie. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestaţie”* şi având în vedere faptul că la data de 08.08.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestaţia formulată de

SC ... SRL care formează obiectul prezentului dosar, Consiliul constată că cererea de intervenţie este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispoziţiile art. 17 alin. (3) şi art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 şi 67 din Cod proc.civ. dar şi faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC ...SRL, are calitatea de ofertant iar cererea sa priveşte menţinerea deciziei autorității contractante prin care propunerea sa tehnică a fost declarată conformă, Consiliul admite în principiu cererea de intervenţie formulată de SC ...SRL.

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de atribuire, prin „licitaţie deschisă” on-line, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de furnizare având ca obiect „Furnizare sistem analitic pentru determinarea reziduurilor de pesticide din alimente de origine nonanimală”, cod CPV 38000000-5 (Rev.2) prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. 171361/12.11.2016, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la data de 15.12.2016 ora 16:00 (decalat ulterior la data de 05.04.2017 prin Anunțul de tip erată nr. 102401/21.03.2017 la anunțul de participare nr. 171361/12.11.2016), criteriul de atribuire stabilit „preţul cel mai scăzut” şi o valoare estimată de 4.161.667 RON fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire în cauză au depus oferte doi operatori economici (SC ...SRL și SC ... SRL) aşa cum rezultă din Procesul-verbal nr. 1 al ședinței comisiei de evaluare a ofertelor încheiat la data de 07.04.2017.

În cadrul procedurii de atribuire în cauză, SC ... SRL a mai depus două contestații [una formulată împotriva solicitării de clarificări nr. 7916/31.05.2017 a autorității contractante (dosar nr. 2125/2017) iar cealaltă, formulată împotriva adresei nr. 9160/22.06.2017 reprezentând comunicarea etapei de evaluare a propunerii tehnice (dosar nr. 2447/2017)], ambele soluționate prin decizia CNSC nr. ...din data de 03.08.2017, prin care Consiliul a admis contestația formulată de SC ... SRL care a format obiectul dosarului nr. 2125/2017 și a anulat, în parte, cererea de clarificări nr. 7916/31.05.2017, pe care autoritatea contractantă i-a transmis-o contestatoarei, însă a respins, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL împotriva comunicării rezultatului etapei de evaluare a propunerii tehnice, care a format obiectul dosarului nr. 2447/2017.

Relevante în soluționarea prezentei cauze, sunt următoarele considerente din decizia CNSC nr. ...din data de 03.08.2017, referitoare la contestația nr. 18936/24.07.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 30245/24.07.2017, formulată de SC ... SRL care a format obiectul dosarului nr. 2447/2017.

<<Analizând conținutul acestei contestații, Consiliul constată că în cuprinsul acesteia SC ... SRL critică rezultatul evaluării tehnice prin care oferta acesteia a fost respinsă pentru două motive și anume:
- „Cartușul de ultrafiltrare Biopak asigură o apă lipsită de bacterii, pirogeni-RNases and Dnases; Nu are posibilitatea de sanitizare periodică deoarece cartuşul de ultrafiltrare Biopak este validat doar pentru o perioadă de 90 zile după care este necesară schimbarea acestuia, generând costuri suplimentare după perioada de garanţie. Nu este încorporat în sistem – cartușul este o consumabilă a sitemului, nu o parte integrantă a acestuia";
- „Nu au depus documente care să dovedească faptul că, din punct de vedere a resurselor, ofertantul dispune de personal calificat, capabil să implementeze tehnicile de lucru pe echipamentele ofertate, respectiv LC/MS-MS și GC/MS-MS (CV-uri, certificate de calificare pentru domeniu de interes, contracte de muncă sau documente echivalente)".

Criticile contestatoarei vizează următoarele aspecte:
- sistemul ofertat de societatea sa „satisface într-un mod echivalent cerinţele funcţionale şi de performanţă impuse de autoritatea contractantă, asigurând realizarea corectă şi precisă a determinărilor solicitate prin documentaţia de atribuire";
- în cadrul contestației, SC ... SRL formulează critici cu privire la oferta depusă de ofertantul SC ...SRL, neformulând o solicitare adresată Consiliului în legătură cu oferta acestui operator economic, aceste critici neregăsindu-se nici în cadrul notificării prealabile nr. 2505/03.07.2017;
- în legătură cu al doilea motiv de respingere a ofertei sale, SC ... SRL menționează că acest motiv de respingere se bazează pe aspectele criticate în cadrul contestației care formează obiectul dosarului nr. 2125/2017, iar în conformitate cu principiul „accesorium sequitur principale", rezultă că legalitatea deciziei adoptată de către autoritatea contractantă depinde de soluţia ce va fi pronunţată de CNSC în dosarul nr. 2125/2017;
- pe cale de consecință, în soluționarea criticilor referitoare la cel de-al motiv de respingere a ofertei sale, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere aspectele expuse în cadrul contestaţiei ce face obiectul dosarului nr. 2125/2017.

(...)

Pe fondul cauzei, Consiliul procedează la analiza primului motiv care a determinat autoritatea contractantă să respingă oferta contestatoarei, și anume: „Cartușul de ultrafiltrare Biopak asigură o apă lipsită de bacterii, pirogeni-RNases and Dnases; Nu are posibilitatea de sanitizare periodică deoarece cartuşul de ultrafiltrare Biopak este validat doar pentru o perioadă de 90 zile după care este necesară schimbarea acestuia, generând costuri suplimentare după perioada de garanţie. Nu este încorporat în sistem – cartușul este o consumabilă a sistemului, nu o parte integrantă a acestuia".

Verificând prevederile Caietului de sarcini, Consiliul reține că, în ceea ce „Aparatul de producere a apei ultrapure", autoritatea contractantă a menționat următoarea specificație tehnică: „Cartușul de ultrafiltrare să asigure o apă lipsită de bacterii, pirogeni - RNases (< 1 pg/mL) and DNases (< 5 pg/mL), ***să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem****".*

Verificând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin adresa nr. 7916/31.05.2017, autoritatea contractantă i-a solicitat SC ... SRL să clarifice, mai multe aspecte, printre care și următoarele:

„Având în vedere situația creată prin depunerea în data de 25.05.2017 a notificării prealabile înregistrate la sediul instituției noastre cu nr. 7544, vă rugăm să transmiteți până la data de 08.06.2017, inclusiv, la adresa de e-mail: office-constanta@ansvsa.ro și/sau la nr. fax: 0241-682119, în atenția Dr. Lipoveanu Daniela - preşedinte comisie de evaluare, următoarele documente și clarificări:

- Pentru a nu mai exista dubii referitoare la îndeplinirea condițiilor tehnice minime impuse prin caietul de sarcini, vă rugăm să ne retransmiteți în limba română oferta tehnică depusă pentru aparatul de producere a apei ultrapure, ce se regăsește în caietul de sarcini la punctul I.7 - Echipamente pentru procesarea probelor. Din ofertă să reiasă explicit următoarele :

(...)

- *Cartuşul de ultrafiltrare să asigure o apă lipsită de bacterii, pirogeni - RNases(<1 pg/mL) and DNases (<5 pg/mL), să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem. (...)".*

La această solicitare de clarificări, ofertanta contestatoare a răspuns prin adresa nr. 2172/08.06.2017, înregistrată la ... sub nr. 8300/08.06.2017, în cuprinsul căreia, în referire la aspectul care trebuia clarificat a precizat următoarele, în cadrul răspunsului 3:

„Referitor la solicitarea adresată, facem precizarea că subscrisa am ofertat un sistem ce cuprinde cartuşul de ultrafiltrare Biopak iar acesta NU necesită sanitizarea periodică. În fapt, acest tip de cartuş asigură o apa conform cerinţelor şi este validat pe o perioadă de 90 de zile.

Practic, validarea cartuşului confirmă că prin utilizarea acestuia este garantată calitatea apei ultra pure pe o perioadă de minimum 90 de zile. Mai mult, filtrul Biopak poate fi utilizat şi pentru o perioadă mai mare de 90 de zile dacă utilizatorul îşi validează propria perioadă (de până la maximum 1 an) prin teste adecvate. Facem precizarea că în preţul ofertei este inclusă şi furnizarea filtrelor Biopack pe întreaga durată de garanţie acordată sistemului ofertat, în funcţie, necesităţile autorităţii contractante.

Utilizarea filtrului Biopak reprezintă soluţia optimă pentru a nu impurifica apa cu alte substanţe utilizate în procesul de sanitizare, iar subscrisa am ofertat sistemul într-o asemenea configuraţie tocmai pentru ca utilizatorul să poată obţine rezultate cât mai bune.

În trecut, producătorul Merck a dezvoltate diverse modele (de ex. MilliQ Biocel) dotate cu cartuş de ultrafiltrare care necesită sanitizare. Pe de altă parte, sanitizarea se realizează cu baze puternice de tip NaOH - hidroxid de sodiu şi implică perioade de clătire de cca. 4 ore. În experienţa practică s-a constatat că acest mod de ultrafiltrare a apei nu este unul avantajos pentru utilizator şi s-a optat pentru ultrafiltrarea cu filtre de tip Biopak care asigură avantaje utilizatorului dintre care enumerăm următoarele: uşurinţa în mentenanţă (întreţinerea) sistemelor; o garanţie mai mare a calităţii apei produse; sunt reduse deşeurile chimice; este asigurată o flexibilitate mai mare în aplicaţii.

În consecinţă, se constată că şi în acest caz specificaţia tehnică este îndeplinită într-un mod echivalent şi, mai mult, prin utilizarea filtrului Biopak

este garantată o calitate a apei pure mai ridicată. În aceste condiţii, afirmăm, fără să greşim, că sistemul ofertat este unul superior faţă de specificaţiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini.

De asemenea, costurile de întreţinere în cazul utilizării unui filtru tip Biopack nu diferă faţă de costurile de întreţinere ale unui sistem dotat cu filtru care se sanitizează. Modulul de ultrafiltrare are o durată de viaţă estimată de aproximativ 2 ani (în funcţie de cantitatea de apă procesată) iar prin sanitizare membrana acestuia se deteriorează fiind necesară înlocuirea de către personalul de service. În acelaşi sens, ca urmare a procesului de sanitizare există riscul impurificării cartuşelor cu răşini şi anularea capacităţii de retenţie ionică iar modificarea acestor părţi componente presupune efectuarea unor costuri importante.

Pe de altă parte, schimbarea filtrelor Biopack se realizează cu uşurinţă, fără a fi necesară intervenţia unor persoane specializate în acest sens iar utilizarea acestora nu afectează alte elemente componente ale sistemului ca în cazul filtrelor ce necesită sanitizare.

Mai mult, învederăm autorităţii contractante că pentru aplicaţiile solicitate LC/MS-MS şi GC/MS- MS NU este recomandată utilizarea filtrelor de ultrafiltrare şi mai ales filtrele care trebuie sanitizate şi pot genera ioni de Na, K.

Filtrul de ultrafiltrare reţine endotoxine şi alte proteine însă, în timp, poate elibera substanţe organice cu moleculă mică care aduc erori şi greutate în citirea cromatogramelor, scad timpul de viaţă al coloanelor, generează backpressure mare, încarcă linia de bază, generează picuri fantomă etc. În plus, ionii remanenţi la sanitizare înlocuiesc hidrogenul la ionizare iar citirea devine greoaie producându-se erori de analiză cu identificarea eronată a analitului de interes, raportarea fiind masa moleculară/sarcina.

Mai facem precizarea că toate filtrele cu care este dotat sistemul sunt integrate în acesta şi, de asemenea, se impune a fi reţinut că Q POD-ul permite montarea în serie a filtrelor finale ex Biopak+Millipak prin kitul EDSKIT001".

Anexat acestui răspuns, SC ... SRL a transmis autorității contractante și adresa nr. 389/06.06.2017 emisă de ... SRL, în cuprinsul căruia, se regăsesc următoarele aspecte relevante în analiza motivului pentru care oferta depusă de contestatoare a fost declarată neconformă potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016:

„Cartuşul de ultrafiltrare - Biopak - asigură o apa conform cerinţelor și este validat pe o perioada de 90 zile. Validarea pe această perioadă se traduce prin asigurarea/garantarea apei ultrapure de calitate PCR (conform cerinţe-lipsita de bacterii, pirogeni - RNAses< 1pg/mL; DNAses<5pg/mL) pe o perioadă minimă de 90 zile. Filtrul poate fi menținut fără a fi schimbat o perioadă mai mare de timp dacă clientul își validează perioada (până la max. 1 lan) prin teste adecvate. Filtru Biopak nu necesită sanitizare și deci, nu se sanitizează - aceasta este soluţia optimă pentru a nu impurifica apa cu alte substanțe. Referinţa: Broşura Biopak http:// www.merckmillipore.com /DE/en/product/Biopak-Polisher, MM NF-C8121. Costurile de întreținere nu sunt influențate major în cazul utilizării unui filtru tip Biopak comparativ cu modul de ultrafiltrare. Modulul de ultrafiltrare are o durată de viață estimată de cca 2 ani, membrana deteriorându-se în urma sanitizărilor repetate; pentru

schimbarea acestuia se impune prezența ing service autorizat. Un alt risc posibil în cazul sanitizărilor este impurificarea cartuşelor cu răşini și anularea capacității de retenție ionică.

Nota Bene: Merck(Millipore) utiliza pe vechile sisteme - ex MilliQ Biocel - un cartuş de ultrafiitrare încorporat în sistem, care necesită sanitizare - sanitizarea se face cu baze puternice tip NaOH (hidroxid de sodiu) și implică perioade de clătire de cca 4ore. Motivele pentru care s-a renunţat la acest modul de ultrafiltrare sunt: uşurinţa în mentenanță (întreţinerea) sistemelor, garantarea calității apei produse, reducerea deşeurilor chimice, flexibilitate în aplicaţii. Așa cum am menționat anterior (în răspunsul la solicitarea nr. 2), filtrul Millipak se poate monta în serie, după filtru Biopak ambele fiind integrate în sistemul ofertat.

Alte specificații: Pentru aplicaţiile solicitate LC/MS-MS şi GC/MS- MS nu recomandăm filtru Biopak – sau orice filtru de ultrafiltrare, mai ales unul care trebuie sanitizat și poate genera ioni de Na, K.

Filtrul de ultrafiltrare reţine endotoxine şi alte proteine însă, în timp, poate elibera substanţe organice cu moleculă mică care aduc erori şi greutate în citirea cromatogramelor, scade timpul de viaţă al coloanelor, generează backpressure mare, linie de bază încărcată, picuri fantomă etc. În plus, ionii remanenţi la sanitizare substituie hidrogenul la ionizare și citirea devine greoaie (erori de analiză cu identificarea eronată a analitului de interes, raportarea fiind în intensitate versus masă moleculară/ sarcină)".

Verificând propunerea tehnică a contestatoarei, Consiliul constată că aceasta a ofertat pentru „Aparatul de producere a apei ultrapure", solicitat prin caietul de sarcini, produsul Milli-Q Integral 5 + Q-pod + accesorii, care aparține producătorului Merck KGaA.

Aparatul ofertat de contestatoare nu are prin conceptul său constructiv cartușul încorporat și nici nu poate fi sanitizat, deși prin caietul de sarcini s-au solicitat următoarele: „Cartușul de ultrafiltrare (...) ***să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem****".*

Așa cum însăși autoarea contestației precizează, aceasta a ofertat „un sistem ce cuprinde cartușul de ultrafiltrare Biopak iar acesta nu necesită sanitizare periodică. În fapt, acest tip de cartuş asigură o apă conform cerinţelor şi este validat pe o perioadă de 90 de zile. Practic, validarea cartuşului confirmă că prin utilizarea acestuia este garantată calitatea apei ultra pure pe o perioadă de minimum 90 de zile. Mai mult, filtrul BioPak poate fi utilizat şi pentru o perioadă mai mare de 90 de zile dacă utilizatorul îşi validează propria perioadă (de până la maximum 1 an) prin teste adecvate. De asemenea, în preţul ofertei subscrisa am inclus şi furnizarea filtrelor Biopack pe întreaga durată de garanţie acordată sistemului ofertat".

Așa cum rezultă din Broșura cartușului ultrafiltrare ofertat Biopak ofertat de contestatoare, acest cartuș este de unică folosință care nu necesită întreținere, oferind garanția rezultatelor „în cadrul specificațiilor pentru o utilizare minimă de 90 de zile".

Analizând în mod comparativ specificația tehnică menționată de către autoritatea contractantă în caietul de sarcini „Cartușul de ultrafiltrare (...) ***să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem****" și modul în care contestatoarea a înțeles să dovedească îndeplinirea acestei cerințe prin ofertarea unui cartuș de ultrafiltare „validat pe o perioadă de 90*

de zile" și care nu este încorporat în sistem, nefiind o parte integrantă a acestuia ci o consumabilă a sistemului, Consiliul apreciază că, în fapt, SC ... SRL a prezentat o ofertă alternativă la prevederile caietului de sarcini pe care autoritatea contractantă nu o poate lua în considerare.

Raportat la constatările anterioare, Consiliul constată incidența în cauză a următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016, legislație aplicabilă în prezenta procedură de atribuire:

„Art. 162. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a permite sau solicita ofertanţilor să depună oferte alternative numai dacă a precizat explicit în anunţul de participare că permite sau solicită depunerea de oferte alternative.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă nu a precizat explicit că permite sau solicită depunerea de oferte alternative conform dispoziţiilor alin. (1), autoritatea contractantă nu are dreptul de a lua în considerare ofertele alternative.

(3) Ofertele alternative trebuie să fie în legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru.

(4) Autoritatea contractantă care permite sau solicită depunerea de oferte alternative are obligaţia de a preciza în documentele achiziţiei cerinţele minime obligatorii pe care acestea trebuie să le respecte şi orice alte cerinţe specifice pentru prezentarea ofertelor alternative, în special dacă ofertele alternative pot fi depuse numai în cazul în care a fost depusă şi o ofertă care nu este o ofertă alternativă".

Analizând Fișa de date a achiziției, Consiliul reține că în cuprinsul acestuia, la punctul II.1.9), sunt menționate următoarele informații relevante în analizarea acestui motiv de respingere a ofertei contestatoarei: „Vor fi acceptate variante: Nu".

În consecință, autoritatea contractantă nu a permis ofertanților depunerea de oferte alternative, prin urmare nu ar fi putut să ia în considerare o astfel de ofertă.

Pe de altă parte, în condițiile în care, prin caietul de sarcini autoritatea contractantă a solicitat, în ceea ce privește „Cartușul de ultrafiltrare (...) ***să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem****", Consiliul apreciază că propunerea tehnică a contestatoarei nu respectă prevederile Caietului de sarcini, în aceste condiții neputând fi reținute susținerile acesteia.*

De asemenea, Consiliul apreciază că prin acceptarea ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă ar încălca prevederile documentației de atribuire, precum și principiul tratamentului egal și al transparenței stipulate de legislația în vigoare.

Prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de către ofertați în termenele legale avute la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta propunerea tehnică în conformitate cu cerințele stabilite în caietul de sarcini, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea propunerilor tehnice prin raportare la cerințele expres stabilite în caietul de sarcini.

Potrivit art. 123 alin. (1) în HG nr. 395/2016, „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)".

Consiliul apreciază că în situația în care autoarea contestației aprecia că cerința în discuție din caietul de sarcini este restrictivă, avea posibilitatea de a contesta prevederile documentației de atribuire și solicita modificarea specificației tehnice, cu respectarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. a) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Criticarea documentației de atribuire apare ca fiind tardivă în actualul stadiu al procedurii de atribuire.

Deşi art. 249 C.proc.civ. stipulează că: „Cel ce face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege", regulă exprimată prin adagiul „actori incubit onus probandi" (reclamantului îi incumbă sarcina probei), autoarea contestației nu a făcut dovada că produsul ofertat de aceasta îndeplinește cerința din caietul de sarcini în discuție.

Susținerile părților referitoare la costurile de întreținere ale sistemului dotat cu un filtru de tipul celui ofertat de contestatoare – Biopack și ale sistemului dotat cu un filtru încorporat care se sanitizează, Consiliul le apreciază ca fiind nerelevante față de prevederile caietului de sarcini prin care autoritatea contractantă și-a exprimat în mod clar nevoia, și anume: „Cartușul de ultrafiltrare (...) ***să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem****".*

Aceeași este concluzia Consiliului și cu privire la susținerile contestatoarei referitoare la faptul că în prețul ofertei a inclus și furnizarea filtrelor Biopack pe întreaga durată de garanție acordată sistemului ofertat.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la faptul că sistemul ofertat de aceasta satisface într-un mod echivalent cerințele funcționale și de performanță impuse de autoritatea contractantă raportat, SC ... SRL invocând și următoarea prevedere a caietului de sarcini „Specificatiile tehnice cuprinse în acest caiet de sarcini sunt cerinte minimale si trebuiesc îndeplinite în acest sens sau în mecanisme echivalente ce îndeplinesc în mod minimal cerintele si functionalitãtile specificate", Consiliul apreciază că, în speță, raportat la cerința în discuție - „Cartușul (...) să asigure o apă lipsită de bacterii, pirogeni - RNases (< 1 pg/mL) and DNases (< 5 pg/mL), ***să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem****", s-ar fi putut vorbi despre o echivalență doar în situația în care specificația nu ar fi conținut și sintagma finală a acesteia, respectiv „să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem".*

Astfel, dacă cerința autorității contractante ar fi fost doar – „Cartușul (...) să asigure o apă lipsită de bacterii, pirogeni - RNases (< 1 pg/mL) and DNases (< 5 pg/mL)" în mod clar orice cartuș care asigura o apă lipsită de bacterii, identic cum s-a solicitat în caietul de sarcini, ar fi putut fi acceptat. Or, prin inserarea specificației tehnice „să aibă posibilitate de sanitizare periodică și să fie încorporat în sistem", aceasta a devenit obligatorie nerespectarea ei ducând la aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Sub acest aspect, Consiliul nu poate reține „concluzia" contestatoarei referitoare la faptul că „definirea specificațiilor tehnice incluse în caietul de sarcini are rolul de a permite ofertanților să determine obiectul contractului și să identifice care este necesitatea autorității contractante prin realizarea achiziției", o astfel de abordare conducând la concluzia că specificațiile tehnice ar fi „orientative", ceea ce contravine legislației în vigoare.

Conform art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 „Caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante".

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la faptul că „utilizarea unui echipament ce include un cartuș de ultrafiltrare Biopak aduce beneficii considerabile față de utilizarea unui echipament care include filtrul încorporat fix", Consiliul le apreciază ca fiind nerelevante față de specificația clară a caietului de sarcini.

În consecință, Consiliul apreciază ca fiind legală decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei pentru primul motiv enunțat în cadrul actului atacat.

Faţă de cele constate cu privire la primul motiv de respingere a ofertei contestatoarei, văzând caracterul neconform pentru motivul analizat anterior, Consiliul nu va mai proceda la analiza celuilalt motiv care a determinat autoritatea contractantă să respingă oferta contestatoarei deoarece concluziile anterioare au fost suficiente pentru a-şi forma convingerea în ceea ce priveşte corectitudinea deciziei autorităţii contractante de a respinge oferta depusă de contestatoare.

Prin urmare, Consiliul nu va mai analiza cealaltă critică formulată de contestatoare cu privire la respingerea ofertei sale. Admiterea acestei critici nu este de natură să înlăture caracterul neconform al ofertei contestatoarei.

În ceea ce priveşte criticile autoarei contestaţiei referitoare la faptul că sistemul de apă ofertat de SC ...SRL nu îndeplinește unele din specificațiile tehnice solicitate prin documentația de atribuire, Consiliul le va respinge ca inadmisibile având în vedere faptul că în cadrul adresei nr. 2505/03.07.2017, reprezentând notificarea prealabilă, întocmită în conformitate cu dispoziţiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, nu se regăsesc şi aceste pretinse încălcări ale legislaţiei privind achiziţiile publice, în aceste condiţii scopul procedurii prealabile şi în consecinţă scopul legii nefiind realizat pentru toate criticile invocate în contestaţie, respectiv pentru criticile autoarei contestaţiei referitoare la faptul că sistemul de apă ofertat de SC ...SRL nu îndeplinește unele din specificațiile tehnice solicitate prin documentația de atribuire.

Legea nr. 101/2016 stipulează, pe de o parte, la art. 6 alin. (1) lit. a) obligaţia contestatoarei de a transmite autorităţii contractante o notificare, conform dispoziţiilor art. 6 alin. (1) lit. a), în termen de „a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii", iar pe de altă parte, obligaţia acesteia de a transmite autorităţii contractante o contestaţie, în cadrul termenului legal de contestare, stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Aşa cum rezultă din conţinutul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de

notificare prealabilă, sintagma „se poate face numai după", utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

Instituirea procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ are un dublu scop: dă posibilitatea autorităţii contractante să-şi repare ea însăşi eventualele greşeli, asigurându-se astfel o cale mai rapidă de restabilire a legalităţii şi protejează operatorul economic, acesta având posibilitatea de a obţine anularea actului printr-o procedură administrativă, simplă şi rapidă.

Consiliul apreciază că scopul legii nu a fost atins în cauză, în ceea ce priveşte criticile autoarei contestaţiei referitoare la faptul că sistemul de apă ofertat de SC ...SRL nu îndeplinește unele din specificațiile tehnice solicitate prin documentația de atribuire, în condiţiile în care aceasta critică nu se regăseşte în notificarea prealabilă nr. 2505/03.07.2017 pe care contestatoarea i-a transmis-o autorităţii contractante.

Astfel, Consiliul apreciază că se impune să existe identitate de motive între notificarea prealabilă şi contestaţie, pentru a se atinge scopul instituirii procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ. Numai astfel autoritatea contractantă poate examina în cunoştinţă de cauză pretenţiile solicitantului, în condiţiile legii, înainte de a fi sesizat Consiliul.

Având în vedere cele mai sus menţionate, Consiliul va respinge ca fiind inadmisibile criticile autoarei contestaţiei referitoare la faptul că sistemul de apă ofertat de SC ...SRL nu îndeplinește unele din specificațiile tehnice solicitate prin documentația de atribuire.

În ceea ce privește criticile formulate de intervenienta SC ...SRL cu privire la faptul că aparatul de producere a apei pure ofertat de contestatoare mai prezintă alte neconformități în raport cu cerințele caietului de sarcini, Consiliul le va respinge ca inadmisibile, având în vedere că în conformitate cu art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „Consiliul este competent să soluţioneze contestaţiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare şi funcţionare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)", susținerile intervenientei urmând a fi analizate în raport de solicitările contestatoarei, respectiv criticile acesteia cu privire la actul atacat>>.

Decizia CNSC nr. ...din data de 03.08.2017, primită de către SC ... SRL la data de 07.08.2017 (așa cum rezultă din confirmarea de primire aflată la dosarul cauzei), prin care Consiliul a apreciat ca fiind legală decizia autorității contractante de a respinge oferta acestui operator economic, nu a fost atacată cu plângere de către SC ... SRL, așa cum rezultă din adresa contestatoarei nr. 3199/22.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 3199/22.08.2017.

În consecință, în prezent decizia CNSC nr. ...din data de 03.08.2017 se bucură de autoritatea de lucru judecat, conform dispozițiilor art. 430 Cod proc. civ., fiind definitivă și executorie.

Analizând susținerile contestatoarei, Consiliul reține următoarele împrejurări de fapt care au condus la depunerea prezentei contestații de către SC ... SRL:

În cadrul dosarelor nr. 2125/2017 și 2447/2017, soluționate prin decizia CNSC nr. ...din data de 03.08.2017, contestatoarea SC ... SRL a solicitat acces la dosarul cauzei. Prin adresa nr. 28103/2125 C5/11.07.2017, Consiliul a invitat SC ... SRL să studieze dosarul cauzei la sediul său la data de 12.07.2017, ocazie cu care contestatoarea susține că a luat la cunoștință despre deciziile nelegale ale autorității contractante cu privire la modul de evaluare a ofertei depusă de SC ...SRL „astfel cum au fost materializate în Raportul procedurii de atribuire, procesul verbal nr. 1/19.06.2017 și în adresa nr. 9180/22.06.2017”.

În temeiul dispoziţiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL a transmis autorității contractante, notificarea prealabilă nr. 2805/24.07.2017, în cuprinsul căreia a criticat oferta depusă de SC ...SRL care „conține elemente evidente de neconformitate, atât din punctul de vedere al performanței echipamentului ofertat cât și din punctul de vedere al modului în care a fost elaborată oferta”.

La această notificare prealabilă, autoritatea contractantă nu a formulat niciun răspuns în cadrul termenului stipulat de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Fiind nemulțumită, SC ... SRL a transmis Consiliului, la data de 04.08.2017, prin mijloace electronice (e-mail), contestația nr. 2973/04.08.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 32566/07.08.2017, prin care a solicitat reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL și obligarea autorității contractante la anularea tuturor actelor administrative prin care s-a reținut caracterul admisibil al ofertei depusă de SC ...SRL.

În cadrul adresei nr. 3051/11.08.2017, SC ... SRL a indicat următoarele acte administrative care fac obiectul contestației:

- „Procesul-verbal nr. 1/19.06.2017 prin care autoritatea contractantă a reținut faptul că ...SRL a răspuns corespunzător la clarificările solicitate prin adresa nr. 7917/31.05.2017, stabilind conformitatea propunerii tehnice a acestuia”;
- „Adresa nr. 9180/22.06.2017 prin care autoritatea contractantă a solicitat ...SRL documentele suport aferente DUAE, oferta sa fiind stabilită admisibilă din punctul de vedere al corespondenței propunerii tehnice cu cerințele minime ale caietului de sarcini”;
- „Raportul procedurii de atribuire nr. 6784/11.05.2017 prin care s-a stabilit admisibilitatea ofertei prezentate de ...SRL”.

În ceea ce privește Raportul procedurii nr. 6784/11.05.2017, Consiliul constată că prin acest document membrii Comisiei de evaluare au declarat ambele oferte admisibile și, aplicând criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” au stabilit ca ofertant câștigător pe SC ... SRL cu o valoare a propunerii financiare de 3.938.545,00 lei fără TVA, pe locul 2, poziționându-se oferta depusă de SC ...SRL cu o valoare a propunerii financiare de 4.045.350 lei. Prin adresele nr. 6974/15.05.2017 și nr. 6975/15.05.2017, autoritatea contractantă a comunicat SC ...SRL și SC ... SRL rezultatul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește Raportul procedurii nr. 6784/11.05.2017, Consiliul constată că acest document a fost anulat implicit de către membrii Comisiei de evaluare având în vedere că SC ...SRL a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 7544/25.05.2017 prin care a solicitat să se „revină" asupra aprobării Raportului procedurii și să se dispună o reevaluare a ofertelor „în conformitate cu cerințele și etapele/fazele dispuse de legislația în materia achizițiilor publice și în concordanță cu documentația de atribuire", iar autoritatea contractantă a înțeles să dispună măsuri de remediere întrucât prin adresele nr. 7916/31.05.2017 și nr. 7917/31.05.2017, a procedat la reevaluarea ofertelor transmițând celor doi ofertanți SC ... SRL și SC ...SRL solicitări de clarificări identice.

Prin procesul-verbal nr. 1 „al ședinței de reevaluare după primirea răspunsurilor la solicitările de clarificări, ca măsură de remediere în urma primirii unei notificări prealabile" încheiat la data de 19.06.2017, membrii Comisiei de evaluare au declarat oferta contestatoarei SC ... SRL ca neconformă potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, iar oferta depusă de SC ...SRL a fost declarată conformă.

Prin adresa nr. 9180/22.06.2017, membrii Comisiei de evaluare au solicitat SC ...SRL să transmită documentele suport aferente DUAE.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată de către autoritatea contractantă privind lipsa de interes a contestatoarei motivată pe considerentul că „interesul contestatorului nu este unul legitim, născut și actual, dar niciunul personal și direct, de vreme ce oferta tehnică a acestuia a fost declarată neconformă de către comisia de evaluare și menținută ca neconformă și de către CNSC prin decizia nr. ...din 03.08.2017. Concret, chiar dacă contestația ar fi admisă nu i-ar produce vreun folos practic contestatorului, oferta acestuia rămânând în continuare neconformă și deci, în imposibilitatea de a i se atribui contractul".

Autoritatea contractantă a invocat această excepție prin punctul de vedere nr. 12.594/16.08.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 34169/ 17.08.2017.

De asemenea, prin cererea de intervenţie nr. 18987/18.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 34303/18.08.2017, SC ...a invocat excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei întrucât SC ... SRL nu mai are calitatea de persoană vătămată fiind exclusă din procedură, deoarece nu mai îndeplinește condiția stipulată la punctul ii) din art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 întrucât „nu există premisa că aceasta a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu ca o consecință a declarării de către comisia de evaluare a propunerii tehnice a (...) SC ...ca fiind conformă și admisă în etapa următoare de evaluare a ofertelor".

Analizând toate documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul constată că, oferta depusă de contestatoare a fost respinsă, în mod definitiv, ca neconformă potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr.

395/2016, singura ofertă declarată admisibilă, respectiv cea depusă de SC ...SRL.

Astfel, verificând interesul contestatoarei în promovarea prezentei contestații, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”*;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia *„În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

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

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

- art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achizițiilor publice, potrivit căruia *„Se consideră că ofertanții interesați dacă nu au fost încă excluși definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluționarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac”,* se modifică Directiva 89/665/CEE și Directiva 92/13/CEE.

Aşadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Deşi nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi **actual.**

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa analizată, Consiliul constată că prezenta contestaţie nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

În consecinţă, având în vedere că:

- oferta depusă de SC ... (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, iar această decizie a autorității contractante a fost apreciată de Consiliul ca fiind legală și temeinică prin decizia nr. ...din 03.08.2017;

- SC ... SRL nu a înțeles să atace cu plângere, în cadrul termenului legal, decizia CNSC nr. ...din 03.08.2017, în prezent aceasta bucurându-se de autoritate de lucru judecat conform dispozițiilor art. 430 Cod proc. civ., fiind definitivă și executorie;

- obiectul prezentei contestații îl constituie reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL și obligarea autorității contractante la anularea tuturor actelor administrative prin care s-a reținut caracterul admisibil al ofertei depusă de SC ...SRL și nu anularea procedurii de atribuire (contestatoarea nu a formulat un astfel de capăt de cerere), Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes **actual** în contestarea ofertei depusă de SC ...SRL, de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire.

Consiliul constată că şi în ipoteza în care s-ar admite contestaţia, contestatoarea nu ar obţine niciun folos practic şi **actual** dat fiind că soluţia ar avea drept consecinţă anularea, în parte, a Procesului verbal nr. 1/19.06.2016, respectiv a mențiunilor prin care oferta depusă de SC ...SRL a fost declarată conformă, prin urmare nu anularea procedurii de atribuire, deoarece conform principiului disponibilității, limitele contestaţiei au fost determinate de contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispoziţiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.*

Completul de soluţionare este ţinut de contestaţia primită, neputându-şi depăşi limitele deoarece obligaţia sa este de a se pronunţa numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanţia aplicării principiului disponibilităţii.

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

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod definitiv respinsă și nesolicitând anularea procedurii de atribuire prin prezenta contestație, SC ...SRL nu are, în legătură cu această procedură, interesul legitim necesar deținerii

calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul nu poate reține susținerile contestatoarei referitoare la respingerea excepției invocate de către autoritatea contractantă și intervenientă deoarece aceasta nu demonstrează faptul că interesul său în contestarea ofertei depusă de SC ...SRL este unul **actual.**

În aceste condiții, Consiliul stabileşte că, în cauza supusă soluţionării, SC ...SRL nu deţine calitatea de persoană vătămată în înţelesul legii, motiv pentru care Consiliul va admite excepţia invocată de autoritatea contractantă şi va respinge contestaţia ca lipsită de interes.

În sensul celor mai sus precizate, s-a pronunțat și Curtea de Apel Brașov – Secția Contencios Administrativ și Fiscal prin decizia nr. 251/R/2017 din data de 10.03.2017, pronunțată în dosarul nr. 92/64/2017.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă privind lipsa de interes a contestatoarei în promovarea contestației și va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă privind lipsa de interes a contestatoarei în promovarea contestației și respinge ca lipsită de interes contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Admite cererea de intervenție formulată de ...SRL.

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

PREŞEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conţine 25 pagini.