

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

DECIZIE

Nr. 330/C1/3390

Data: 14.02.2022

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 67592/27.12.2021, formulată de SC SRL cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată convențional prin avocat, formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 1863 publicat în SEAP la data de 16.12.2021 emis de către, cu sediul în, B-dul Basarabia, nr. 49-51, sector 2, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Furnizare, transport, instalare, punere în funcțiune, instruire utilizare și service în garanție - Echipamente medicale pentru dotarea” cod CPV 33100000-1, Lot 5 – Aparat de Hemodiafiltrare – Aparat CRRT, s-a solicitat:

A. În principal:

1. anularea deciziilor autorității contractante, prin care oferta SC SRL a fost declarată neconformă, pentru lotul 5, inclusiv anularea Raportului procedurii nr. 1863/16.12.2021 (în partea privind admisibilitatea ofertei, pentru lotul 5), precum și anularea tuturor actelor subsecvente.

2. Anularea deciziilor autorității contractante, prin care oferta SC SRL a fost declarată admisibilă, pentru lotul 5, inclusiv anularea Raportului procedurii nr. 1863/16.12.2021 (în partea privind admisibilitatea ofertei SC SRL, pentru lotul 5), precum și anularea tuturor actelor subsecvente.

B. În subsidiar și în măsura respingerii capătului 1 principal, cumulat cu admiterea capătului 2 principal, solicită anularea procedurii de atribuire aferente lotului 5, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

SC SRL cu adresa de corespondență în, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de

înregistrare, reprezentată legal prin administrator, formulează prin adresa nr. 1/27.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 4645/27.01.2022, cerere de intervenție voluntară, solicitând respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și nefondată.

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

Prioritar, contestatorul face referire la nepublicarea în SEAP a contestației SC SRL și nici a Deciziei CNSC nr. 2431/C1/2509, pronunțată în soluționarea contestației anterioare.

Preliminar, contestatorul face un scurt istoric al procedurii arătând că participat în calitate de ofertant la prezenta procedură de atribuire -pentru lotul 5, cu o valoare estimată de 275.517 lei; în data de 13.09.2021, a fost publicat în SEAP raportul procedurii nr. 1271/13.09.2021, prin care oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare.

Arată că ulterior și fără vreo altă comunicare/postare în SEAP, autoritatea contractantă publică un nou raport al procedurii nr. 1863/16.12.2021 unde, fără nici o explicație, oferta depusă este declarată neconformă, iar oferta SC SRL a devenit conformă.

Contestatorul menționează că a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, fiindu-i comunicată în acest sens, adresa nr. 1894/21.12.2021, ulterior studierii dosarul achiziției, precizează că a luat la cunoștință de faptul că oferta sa a fost contestată de SC SRL, contestația fiind soluționată de CNSC prin Decizia nr. 2431/C1/2509.

În continuare, contestatorul face o serie de considerații asupra Deciziei CNSC nr. 2431/C1/2509.

Cu privire la nelegalitatea și netemeinicia deciziilor autorității contractante referitor la pretinsa neconformitate a ofertei depuse, contestatorul arată că așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 1271/13.09.2021, diferența dintre oferta SC SRL și cea depusă de SC SRL este de peste 23%, motiv pentru care este lipsită de interes orice critică cu privire la modul de punctare a factorilor de evaluare. Astfel chiar și în cazul în care oferta SC SRL ar fi fost punctată maxim (20%) și oferta SC SRL ar fi fost punctată cu minim (0%) la factorii tehnici, raportat la diferența de preț de 23 %, tot oferta SC SRL s-ar clasa pe primul loc.

În ceea ce privește nelegalitatea reevaluării sale pentru alte considerente decât cele reținute în Decizia CNSC, contestatorul precizează următoarele:

- prin Decizia CNSC nr. 2431/C1/2509 s-a reținut necesitatea reevaluării ofertei SC SRL în limitele: (i) lanțului scurt de livrare,

(ii) termenului de livrare și (iii) garanția acordată, respectiv modalitatea de punctare a acestor factori de evaluare;

- limitele reevaluării tehnice sunt cele trasate de: (i) evaluarea completă a propunerii tehnice a SC SRL finalizată prin Raportul procedurii nr. 1271/13.09.2021 și (ii) considerentele Deciziei CNSC nr. 2431/C1/2509;

- verificarea elementelor tehnice ale ofertei SC SRL s-a realizat prin raportul procedurii nr. 1271/13.09.2021, verificare adusă la cunoștința tuturor celor interesați prin publicarea acestuia în SEAP, la aceeași dată, sens în care, reevaluarea dispusă de CNSC în primul ciclu procesual, nu constituie un temei pentru o reevaluare completă a ofertei în cauză;

- mai mult, o reevaluare la reevaluare ar înfrânge caracterul obligatoriu al Deciziei nr. 66/2018 a ÎCCJ (publicată în Monitorul Oficial cu numărul 970 din data de 16 noiembrie 2018), prevăzut de art. 521, alin. (3) din Codul de Procedură Civilă, întrucât în mod evident, indiferent de cauză/modalitate, este inadmisibil să se dispună „reevaluarea ofertei în integritate dacă din mijloacele de probă administrate rezultă verificarea anterioară”.

În ceea ce privește nelegalitatea deciziei autorității contractante din prisma nemotivării deciziei de excludere a SC SRL, contestatorul precizează că în Raportul procedurii cu nr. 1863/16.12.2021, nu se regăsesc motivele concrete ale deciziei intimitei de declarare a ofertei în cauză ca nefiind conformă. Arată că autoritatea contractantă se limitează să comunice doar concluziile de respingere a ofertei SC SRL, fără motivarea adecvată prevăzută de art. 215 alin. (1) - (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la procesul verbal nr. 1813/09.12.2021 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, contestatorul precizează că:

- a) Prima cerință pretins neîndeplinită apare la punctul (nr. crt.) 3. Platforma folosește un singur set de tratament (linii și filtru) pentru toate tipurile de terapii CRRT (SCUF, CVVH, CVVHD & CVVHDF). În documentația tehnică s-a depus și broșura Prismaflex atașată propunerii tehnice în care se arată, la pagina 4, faptul că, toate procedurile CRRT pot fi efectuate utilizând un set unic care încarcă și pregătește în mod automat.
- b) a doua cerință pretins neîndeplinită (stocare o săptămână) apare la punctul 9.5 Data Card (PCMCIA) pentru înregistrarea sesiunilor de tratament și a evenimentelor timp de aproximativ o săptămână. Datele se pot descărca pe computer pentru analize și statistici - singura pentru care s-au cerut clarificări. Conform

paginii 87 din manualul atașat propunerii tehnice datele istoricului pentru tratamentul curent sunt salvate automat ca fișier în memoria internă. Memoria stochează până la 100 de tratamente consecutive, adică mult peste minimul de 1 săptămână solicitat luând în considerare faptul că o sesiune de tratament durează între 24-72 ore (adică maxim 7 tratamente/săptămână).

- c) A treia cerință pretins neîndeplinită se refera la „Sistem de încălzire al sângelui: Asigura încălzirea eficientă a linei de retur a sângelui; Temperatura ajustabilă între 33 și 43 grade; Nu necesită alte consumabile. La pagina 180 din manual atașat propunerii tehnice, se regăsesc clar toate aceste solicitări. De asemenea și în broșura Prismacomfort la paginile 3 și 4 atașat propunerii tehnice, se regăsesc specificațiile tehnice doveditoare ale îndeplinirii cerinței menționate.
- d) Ultima cerință pretins neîndeplinită se refera la: „Perioada de garanție: min. 24 luni de la punerea în funcțiune”. În fișa tehnică - formular 15, pct. 3 s-a completat cu „DA” în dreptul acestei solicitări a caietului de sarcini. Astfel, având în vedere faptul că perioada de garanție ofertată, privește exclusiv ofertantul și nu este condiționată de ceva exterior acestuia, s-a precizat în clar că se oferă 24 de luni, aspect care cel mult putea face obiectul unei cereri de clarificări, dar nicidecum nu putea conduce de plano la excluderea dintr-o procedură de atribuire.

În ceea ce privește nelegalitatea deciziei autorității contractante din prisma nesolicitării de clarificări, contestatorul invocă încălcarea principiului proporționalității și a principiului bune administrări.

Astfel, arată că autoritatea contractantă a solicitat clarificări doar cu privire la capacitatea de stocare a echipamentelor pentru ofertantul SC SRL.

Cu privire la celelalte aspecte, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 134 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016. De asemenea, consideră că a fost încălcat și principiul proporționalității și principiul bune administrări.

În susținere, invocă jurisprudența curților de apel.

În ceea ce privește nelegalitatea și netemeinicia deciziilor autorității contractante cu privire la declararea ofertei SC SRL ca fiind admisibilă, contestatorul apreciază că aceasta este neconformă pentru următoarele motive:

a) Neconformitatea față de cerința: 1 HV-CVVH: Hemofiltrare Continua Veno-Venoasa cu Volum Mare. Nu este specificată posibilitatea terapiei HV-CVVH la paginile indicate de acest ofertant în propunerea

tehnică. Există doar o explicație a ofertantului ce nu este susținută de dovezile necesare de la producător - cerință nedovedită.

b) Neconformitatea față de cerința: 1.3 HP: Hemoperfuzie. Nu este specificată posibilitatea terapiei HP: Hemoperfuzie la paginile indicate de acest ofertant. Există doar o explicație a ofertantului ce nu este susținută de dovezile necesare de la producător - cerință nedovedită.

c) Neconformitatea față de cerința: 7.1 Echipamentul este dotat cu următoarele părți integrate: Camera de Degazare. Aparatul ofertat de SMART nu are camera de degazare, ci doar kit-ul consumabil care se montează pe aparat are 4 camere de degazare. Kit ul este doar un consumabil și nu echipamentul însăși - cerință neîndeplinită

d) Neconformitatea față de cerința: 7.7 Ecran cu următoarele caracteristici: Mărime ecran 12", Color, TFT-LCD. Din documentele depuse nu rezultă dimensiunea ecranului. - cerință nedovedită

e) Neconformitatea față de cerința: 9.5 Data Card (PCMCIA) pentru înregistrarea sesiunilor de tratament și a evenimentelor timp de aproximativ o săptămână. Datele se pot descărca pe computer pentru analize si statistici. Din documentele depuse nu rezultă înregistrarea sesiunilor de tratament și a evenimentelor timp de aproximativ o săptămână.

f) Neconformitatea ofertei la caracteristici tehnice: Cerință - Pompa Heparina: Suporta seringi de 10, 20, 30 si 50 cc cu sistem luer lock. Din documentele depuse la paginile indicate rezultă că aparatul suportă doar seringi de 30 si 50 cc cu sistem luer lock, deci nu este îndeplinită cerința cu privire la suportarea seringi de 10, 20 cc.

g) Neconformitatea ofertei la elemente siguranță: Cerință - Detector bule aer: detectează bulele mai mari de 20 μm. Din documentele depuse și la paginile indicate de acest ofertant nu rezultă îndeplinirea acestei aspect - cerință nedovedită.

h) Neconformitatea ofertei la cerința: „Sistem de încălzire al sângelui: Asigura încălzirea eficienta a linei de retur a sângelui. Temperatura ajustabilă între 33 și 43 grade. Nu necesita alte consumabile Conform documentelor suport depuse și la paginile indicate de ofertant, rezultă cât se poate de clar faptul că aparatul OMNI deține sistem de încălzire a soluției pentru încălzirea lichidelor de pe cârligul de cântărire din dreapta si nu sistem de încălzire a sângelui care asigura încălzirea eficienta a linei de retur a sângelui, cerut expres prin caietul de sarcini; echipamentul ofertat nu încălzește sângele ci doar soluțiile folosite în tratament - cerință evident neîndeplinită

i) Neconformitatea ofertei la cerința: Sistem de control al fluidelor (cântare): Cerință: 4 Cantare de înaltă precizie, precalibrate - Principiul

de măsurare: gravimetric - Greutate suportată 0-11 Kg. Din documentele suport depuse și la paginile indicate de ofertant, rezultă cât se poate de clar faptul că aparatul OMNI are doar 3 cântare care respectă solicitările din caietul de sarcini (0-11 kg), al patrulea cântar având capacitate de 0-3 kg (deci sub minimul de 11 kg cerut).

Prin adresa nr. 1572/29.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 68149/30.12.2021, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207731566/1, tranzacția nr. 1160736425/1972254960 din data de 29.12.2021, eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 5.511,00 lei

Autoritatea contractantă transmite prin adresa nr. 109/19.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 3351/20.01.2022, dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Pe cale de excepție, raportat la prevederile art. 8 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă invocă tardivitatea introducerii contestației, precizând că la data de 16.12.2021 a fost comunicat/postat în SEAP rezultatul procedurii privind neconformitatea ofertei.

Astfel, arată că termenul de contestare începe să curgă din data de 17.12.2021, data limită de depunere a contestației fiind 26.12.2021.

Având în vedere că SC SRL a transmis contestația către autoritatea contractantă, în data de 28.12.2021, rezultă că acesta a încălcat dispozițiile legale referitoare la termenele de depunere a contestațiilor.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă menționează că reevaluarea ofertelor a fost realizată conform specificațiilor tehnice stabilite prin caietul de sarcini și a dispunerii Deciziei CNSC anterioare.

În susținere, autoritatea contractantă punctează alte câteva caracteristici suplimentare pe care ofertantul SC le acoperă superior, față de ofertantul contestator:

- Priming automat al setului cu doar 1000 ml ser fiziologic vs 2000 la mașina concurentă;
- Posibilitate pre/post diluție, opțiune modificabilă în timpul terapiei;
- Conceptul patentat homeosafe care permite reglarea automată a dozei renale, aparatul calculează doza renală și reglează continuu debitele fluidelor pe parcursul întregii durate a terapiei;
- Reglarea automată a nivelului de fluide din capanele de aer;
- Conceptul autoplasmă exchange care crește eficiența ședințelor de plasmăferază în cazul pacienților cu disfuncții hepatice sau tulburări autoimune;
- Cea mai mică amprentă la sol;

- Posibilitatea montării filtrelor cytosorb în prediluție, etc.

Pentru considerentele mai sus expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

SC SRL formulează prin adresa nr. 1/27.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 4645/27.01.2022, cerere de intervenție voluntară, solicitând respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și nefondată.

În principal, intervenientul precizează că este ofertant declarat câștigător al procedurii, iar prin contestația depusă îi sunt lezate interesele sale, întrevăzând producerea unei pagube iminente.

În subsidiar, intervenientul solicită Consiliului verificarea datei la care a fost transmisă contestația către autoritatea contractată, în vederea pronunțării asupra excepției tardivității contestației.

Pe fondul cauzei, față de criticile formulate de contestator, intervenientul precizează, punctual, următoarele:

- Decizia CNSC anulează raportul procedurii și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor, rezultatul reevaluării putând fi inclusiv admisibilitatea sau inadmisibilitatea unei oferte;
- Reevaluarea presupune analiza, din nou, a ofertelor depuse;
- Aspectele invocate au condus la concluzia necesității anulării raportului procedurii și a reevaluării ofertelor;
- Informațiile referitoare la lanțul scurt de livrare/furnizare lipsesc din oferta tehnică a contestatorului.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Furnizare, transport, instalare, punere în funcțiune, instruire utilizare și service în garanție - Echipamente medicale pentru dotarea” cod CPV 33100000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. CN1028406/16.02.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 7.307.136,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție nr. 1/27.01.2022 înregistrată la CNSC sub nr. 4645/27.01.2022, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție 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 contestației” și având în vedere faptul că la data de 17.01.2022 sub identificatorul „[CN1028406/ 00487] Contestatie.pdf.p7s” autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată și în conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție împreună cu contestația formulată de SC SRL

Urmând a se pronunța conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepției tardivității, invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă având în vedere considerentele ce urmează.

În opinia autorității contractante, societatea contestatoare nu ar fi transmis contestația în termenul legal către ea ținând seamă de data înregistrării contestației respectiv 28.12.2021, motiv pentru care Consiliul reține că, în prezenta cauză sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data formulării contestației: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/ sectorial sau de concesiune este mai*

mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă : „(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că obiectul contestației formulate îl constituie adresa de comunicare rezultat publicat în SEAP (SICAP) în data de 16.12.2021 iar SC SRL a transmis contestația la autoritatea contractantă prin serviciul de curierat rapid conform recipisei seria AWB nr. 3361140600076 poștal în data de 27.12.2021 (pag. 28 din dosarul cauzei), iar ultima zi era o zi nelucrătoare (26.12.2021 - duminică) rezultă că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația formulată.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că obiectul contestației formulate îl constituie modul de reevaluare a ofertelor la lotul 5, ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021, pronunțate anterior în cadrul procedurii, motiv pentru care, Consiliul îl va analiza prin raportare atât la considerațiile avute în vedere în cadrul deciziei anterioare pronunțate cât și legislația specifică în materie.

Relevant în soluționare este faptul că, anterior, pe rolul Consiliului a fost depusă contestația nr. 1/22.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 49976/23.09.2021, formulată de SC SRL prin care s-a solicitat: adoptarea măsurilor de remediere, prin declararea ofertei depuse de SC SRL ca neconformă cu specificațiile caietului de sarcini, iar în măsura în care se va aprecia că nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii în ceea ce privește lotul 5.

Prin Decizia CNSC nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021, Consiliul „Admite contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează raportul procedurii de atribuire aferent Lot 5 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea propunerilor tehnice și financiare ale SC SRL și SC SRL, depuse pentru Lotul 5 respectiv, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, inclusiv cu aplicarea criteriului de atribuire stabilit și comunicat, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare. Obligatorie. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare”.

Întrucât Decizia Consiliului nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021 nu a fost atacată cu plângere, aceasta este definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Având a se pronunța mai întâi cu privire la motivele de respingere a ofertei contestatorului ca urmare a reevaluării ofertei sale, Consiliul din motivarea Deciziei CNSC nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021 definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere la Curtea de Apel, Consiliul va reține următoarele considerente ca fiind relevante și în prezenta cauză:

„În ceea ce privește criticile din contestație, referitoare la oferta desemnată câștigătoare, mai precis la faptul că respectiva ofertă, depusă de SC SRL este neconformă cu specificațiile caietului de sarcini, Consiliul, în urma analizei documentelor care se regăsesc în vol. 1/1 al dosarului cauzei, reține că, și în cazul acestei oferte, sunt aplicabile considerentele mai sus reținute, vizavi de lanțul scurt de livrare/ furnizare, termenul/durata de livrare și prelungirea duratei de viață a produsului - termenul de garanție legală și comercială/ tehnică, mai ales în condițiile în care din propunerea tehnică (Formular F- Fișa Tehnică – Lot 5 care se regăsește în vol. 1/1 al dosarului cauzei) depusă de SC SRL pentru lotul 5, nu rezultă care este lanțul scurt de livrare și termenul de livrare iar perioada de garanție este precizată în mod interpretabil ca fiind „min. 24 luni de la punerea în funcțiune”, deși autoritatea contractantă a solicitat ofertarea unei perioade de garanție exactă, nu mai mare de 48 de luni, pentru a fi punctată, în condițiile precizate la secțiunea II:2.5 - Criterii de atribuire din fișa de date, algoritmul de calcul al punctajului, stabilit pentru factorul de evaluare - Prolungirea duratei de viață a

produsului -Termenul de garanție legală și comercială/tehnică Lanțul scurt de livrare/furnizare, fiind:

„Punctajul se acorda astfel:

a) Pentru termenul de garanție cel mai mare ofertat, dar nu mai mult de 48 de luni (garanție comercială extinsă), se acordă 5 puncte.

b) Pentru alt termen de garanție cuprinsă între termenul minim de 24 de luni (garanție legală) și termenul maxim 48 de luni (garanție comercială), se acordă punctajul astfel:

$P(n) = (\text{Garanție}(n) / \text{Garanție maximă}) \times 5$.

În soluționarea contestației, Consiliul reține și faptul că cerințele din documentația de atribuire, așa cum acestea au fost întocmite de autoritatea contractantă pentru Lotul 5, sunt obligatorii atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile respectivei documentații cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind ținută ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv; orice altă interpretare excede propriilor reguli stabilite de autoritatea contractantă și încalcă principiile transparenței și tratamentului egal statuate de art. 2 alin. (2) lit. d) și b) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere acest aspect, Consiliul reține că autoritatea contractantă, în evaluarea ofertelor tehnice și financiare ale celor 2 ofertanți în cauză, SC SRL și SC SRL, și în aplicarea criteriului de atribuire, cu factorii de evaluare aferenți, pe care singură și i-a stabilit și comunicat în S.E.A.P., nu și-a respectat propriile cerințe și reguli din cadrul documentației de atribuire.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE a reținut că „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a

respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în

special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C- 42/13,

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a

reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Potrivit considerentului 36 din Hotărârea CJUE anterior citată, „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera

dell’Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)”.

În cauza C- 131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

În cauza C- 523/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16,

EU:C:2017:358, punctul 33)”.

Potrivit secțiunii IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date, „Ofertantul are obligația de a elabora și prezenta Propunerea tehnică prin descrierea modului de îndeplinire a prevederilor Caietului de Sarcini.

(...)

În cazul în care informațiile solicitate nu sunt prezentate sau bunurile oferite nu îndeplinesc specificațiile tehnice incluse în caietul de sarcini, oferta va fi considerată neconformă.”

Din interpretarea cerinței mai sus menționate este evident că ofertanții au obligația de a elabora propunerea tehnică în mod detaliat, astfel încât să demonstreze modalitatea concretă în care vor duce la îndeplinire contractul care urmează a fi atribuit în urma prezentei proceduri de atribuire; să respecte cerințele caietului de sarcini și să probeze îndeplinirea caracteristicilor tehnice impuse, astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire” iar conform dispozițiilor art. 133 alin. (2) al aceluiași act normativ: „Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.”.

Din considerentele deciziei CNSC nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021 definitivă și irevocabilă, rezultă indubitabil că autoritatea contractantă trebuia în etapa reevaluării ofertelor ca urmare a punerii în aplicare a respectivei decizii, să constate caracterul neconform al ofertei contestatorului deoarece nu a indicat care este lanțul scurt de livrare și

termenul de livrare iar perioada de garanție este precizată în mod interpretabil ca fiind „min. 24 luni de la punerea în funcțiune”.

Or, în condițiile în care SC SRL în cadrul contestației formulate reiterează chestiuni de conformitate a propriei oferte asupra cărora Consiliul s-a pronunțat deja în mod definitiv și irevocabil, este evident că acestea nu mai pot constitui obiectul unui nou control de legalitate din partea Consiliului.

Mai mult, din analiza deciziei pronunțate și a considerațiilor avute în vedere, rezultă în mod evident constatarea caracterului neconform al ofertei contestatorului, motiv pentru care Consiliul nu a trasat în sarcina autorității contractante obligația de a solicita de la SC SRL clarificări asupra neconformităților constatate, deoarece un astfel de demers ar fi încălcat principiile transparenței și tratamentului egal statuate de art. 2 alin. (2) lit. d) și b) din Legea nr. 98/2016, ci a subliniat rolul / atribuțiile acesteia în verificarea conformității propunerilor tehnice în temeiul art. 127 alin. (1) lit. f) și g) din HG nr. 395/2016 ; prin urmare ipoteza solicitărilor de clarificări pe marginea acestui subiect nu s-ar subscrie concluziei expusă în decizie.

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea ca a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Autoritatea de lucru judecat operează atât în cazul hotărârilor prin care acțiunea sau cererile incidentale (cererea reconvențională ori intervențiile voluntare ori forțate) sunt admise cât și în privința celor prin care acestea sunt respinse, fiind deci opozabilă tuturor părților din respectiva cauză.

A avea „*aceeași calitate*” în ambele cereri 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.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) „*nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect*” și art. 430 alin. (1) și (2) „*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*

judecă cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.

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, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, 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 prezentate alte dovezi pentru că există autoritate de lucru judecat. Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecării, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa **nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă**, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecării, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Astfel, Consiliul nu poate face abstracție de raționamentul ce răzbate din decizia nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021, iar o analiză pe documentele de conformitate prezentate în susținerea propunerii tehnice, nu mai poate fi efectuată, la acest moment, motiv pentru care, luând în considerare argumentele expuse mai sus și determinând că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității cu privire la neconformitatea ofertei în cauză, va respinge ca nefondată criticile cu privire la modul de evaluare a propriei oferte.

De asemenea, nu pot fi reținute nici criticile privind presupusa neconformitate a ofertei tehnice aparținând SC SRL, deoarece din analiza propunerii tehnice a acestuia (Formularul nr. 15) și a documentelor suport (fișa tehnică OMNIsat) Consiliul constată că aceste critici nu se confirmă, motiv pentru care, constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, autoritatea

contractantă punând în aplicare măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 2431/C1/2509 din 02.11.2021 și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale și a ofertei declarate câștigătoare este neîntemeiată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității contestației invocate de autoritatea contractantă

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini