

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....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor...), formulată de..., cu sediul în..., sector....., nr....., etaj..., având cod unic de înregistrare RO..., înmatriculată la Oficiul pentru... sub nr...., reprezentată legal prin administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de către autoritatea contractantă..., cu sediul în mun....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat:

1. Anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire (comunicare configurată doar în platforma SEAP), prin care oferta depusă a fost respinsă, în mod nelegal, ca „neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare”;

2. Anularea raportului procedurii nr.... privind rezultatul Procedurii de atribuire publicat în SEAP în data de..., prin care oferta... a fost respinsă, în mod nelegal, ca neconformă, precum și a actelor anterioare și subsecvente emise în cadrul procedurii, inclusiv, dar, fără a se limita la procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, înregistrat cu nr....;

3. Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depuse de către..., cu obligarea autorității contractante de a solicita clarificările necesare, în condițiile art. 134-1... din HG nr. 395/2016, cu respectarea principiilor tratamentului egal, proporționalității și transparenței;

4. Anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire (decizie care nu a fost comunicată), astfel cum aceasta a fost operată în platforma SEAP, ca act subsecvent și derivat raportului procedurii, emis cu încălcarea dispozițiilor legale, precum și a principiilor transparenței și tratamentului egal.

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

Contestatorul precizează că, potrivit procesului-verbal de evaluare tehnică, pagina 34, comisia de evaluare a ofertelor a concluzionat că echipamentul oferat: *„Sterilizator cu plasma de capacitate medie”, „nu îndeplinește cerința privind timpul maxim de 1 secundă pentru prezentare istoric ciclu”*.

În acest sens, menționează că, în propunerea tehnică depusă, în ceea ce privește această cerință, a specificat următoarele: „Echipamentul oferă operatorului istoricul ciclului, fișiere de date complete la maxim 1 secundă și să ofere la 5 secundă rapoarte pentru întocmirea statisticilor, în funcție de rapoarte pentru întocmirea statisticilor, în funcție de protocoalele interne, protocoalele interne”, precizând totodată faptul că a atașat „... 100NX”, unde, la pag. 2, se regăsește informația conform căreia, echipamentul oferă istoricul ciclului, fișiere de date complete la 1 secunda și rapoarte pentru întocmirea statisticilor.

În opinia sa, este evident faptul că mențiunea „fișiere de date complete la 5 secunde” reprezintă, în fapt, doar o eroare materială de redactare, care nu reflectă caracteristicile reale ale echipamentului oferat, prevăzute în Broșura tehnică a producătorului, această eroare materială încadrându-se în mod evident, în categoria viciilor de formă în sensul prevăzut de art. 1... alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În susținerea afirmațiilor sale, invocă jurisprudența CJUE.

Susține că, în mod eronat, autoritatea contractantă a conferit caracter determinant unei mențiuni izolate din formularul de propunere tehnică, ignorând informația precisă și neechivocă rezultată din documentația oficială a producătorului, depusă în cadrul ofertei, subliniind că o solicitare de clarificări, nu ar fi condus sub nicio formă la modificarea ofertei depuse.

Consideră că anularea procedurii apare ca fiind un act subsecvent și derivat raportului procedurii contestat, astfel încât nelegalitatea acestuia atrage, în mod firesc, și nelegalitatea deciziei de anulare operate în SEAP.

Contestatorul apreciază că respingerea ofertei sale a avut la bază o abordare formalistă, lipsită de o analiză reală a documentației tehnice depuse și cu ignorarea informațiilor neechivoce din documentația oficială a producătorului.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „Document: [CN1... /...053]..._..._IMPOTRIVA_REZULTATULUI _PROCEDURII_.....pdf” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Față de susținerile contestatorului, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- Cerința din caietul de sarcini este clară, precisă și lipsită de ambiguitate, respectiv: „Echipamentul să ofere operatorului istoricul ciclului, fișiere de date complete la maxim 1 secundă”. Aceasta reprezintă o cerință tehnică minimă obligatorie, a cărei neîndeplinire conduce, conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, la respingerea ofertei ca neconformă.

- În propunerea tehnică depusă de contestator, acesta a menționat în mod expres: „*fișiere de date complete la 5 secunde*”. Această mențiune contravine explicit cerinței din caietul de sarcini (maxim 1 secundă).

- Broșura tehnică nu poate corecta o neconformitate asumată de ofertant.

- O eroare materială presupune o greșeală evidentă, involuntară și ușor verificabilă, care nu afectează substanța ofertei. Diferența dintre „1 secundă” și „5 secunde”: este substanțială din punct de vedere tehnic; afectează direct conformitatea cu cerința minimă; nu poate fi calificată drept o simplă eroare de redactare (ex. literă, cifră inversată).

- Solicitarea de clarificări pentru a „corecta” timpul de la 5 secunde la 1 secundă ar fi echivalat cu: o modificare a propunerii tehnice; un avantaj nejustificat față de ceilalți ofertanți; încălcarea principiilor tratamentului egal și transparenței (art. 2 din Legea nr. 98/2016).

- Acceptarea unei astfel de abordări, din cuprinsul ofertei depuse, ar transforma evaluarea într-un proces discreționar și netransparent.

- Oferta contestatorului nu îndeplinește cerința minimă obligatorie privind timpul de prezentare a istoricului ciclului.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite, pe suport memory-stick, dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul formulează concluzii scrise, prin care menține criticile detaliate în cuprinsul contestației.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice și pe suport de hârtie.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., în cuantum de..., eliberată de....

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...”.

Analizând contestația formulată de... se reține că, aceasta critică adresa de respingere a ofertei sale, comunicată prin SEAP și a raportului procedurii nr...., apreciind că presupusa neconformitate, invocată de autoritatea contractantă, era un aspect evident minor care putea fi clarificat, evaluarea propunerii tehnice fiind făcută sub imperiul unui formalism exagerat și în afara cadrului legal, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire, cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit adresei de comunicare rezultat și a raportului procedurii nr...., motivul de respingere a ofertei... l-a constituit nerespectarea cerinței din cadrul caietului de sarcini privind „timpul maxim de 1 secundă pentru prezentare istoric ciclu”.

Din analiza propunerii tehnice a contestatorului, se reține că acesta, deși a menționat la rubrica aferentă acestei cerințe din tabel, faptul că: *„Echipamentul oferă operatorului istoricul ciclului, fișiere de date complete la 5 secunde și oferă rapoarte pentru întocmirea statisticilor, în funcție de protocoalele interne-... 100NX”*, din fișa tehnică a produsului ofertat, respectiv, sistemul Sterrad 100NX, la rubrica *„Date și rapoarte performanță sistem”*, rezultă, că: ***„Istoricul ciclului, fișiere de date complete de 1 secundă și rapoarte disponibile prin...”***.

Or, este evident că, în acest caz se impunea ca, autoritatea contractantă, în urma solicitării de clarificări, să permită contestatoarei corectarea acestui viciu de formă, respectiv, corectarea propunerii tehnice conform fișei tehnice a produsului ofertat, aplicând în mod corespunzător prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit căroră *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...)”*.

Consiliul precizează că rolul clarificărilor este de confirmare și asumare a unor cerințe impuse în cadrul documentației de atribuire, drept urmare, autoritatea contractantă este obligată să examineze ofertele în ansamblul lor și să nu dea dovada de un formalism excesiv în considerarea conformității, pornind de la indicarea în documentația de atribuire a unui anumit format al secțiunilor ofertei.

Este de interes a se reține și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind

egală măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Prin urmare, sancționarea unei oferte cu respingerea, ca neconformă, nu reprezintă o măsură ad-hoc, ce intervine după constatarea/aprecierea formală că în cuprinsul unei secțiuni a ofertei nu se regăsesc informațiile indicate de autoritate, ci, apare exclusiv în măsura în care toate informațiile cuprinse în ofertă au fost analizate și evaluate în ansamblul lor, dezideratul achizitoarei fiind desemnarea, drept câștigătoare, a unei oferte care satisface întregul set de cerințe, independent de formalismul construirii și organizării conținutului ei.

Concluzionând, Consiliul reține că măsura respingerii ofertei contestatoarei este disproporționată și nelegală, respingerea ofertei pentru informații ce se regăseau la nivelul altor documente sau pentru erori ușor de reparat fiind în contradicție cu prevederile legale incidente în materia achizițiilor publice și cu jurisprudența în materie; motivul invocat de autoritatea contractantă nu poate fi încadrat ca o neconformitate, în acest caz, putându-se reține incidența instituției viciului de formă, această corectare fiind susținută, în mod neechivoc, de sensul și de conținutul altei informații existente **în cadrul fișei tehnice** a produsului prezentat de ofertant, reglementat de art. 1... din HG nr. 395/2016, care stipulează:

„(1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

*(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document **a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant** sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.*

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie..., CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este

imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie..... și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2...4/18 *nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (... și alții, citată anterior, punctul 40)*”.

Or, în speța de față, deși, viciul de formă putea fi clarificat în mod simplu și remediat ca măsură de rezolvare facilă a unei neclarități, comisia de evaluare a luat o decizie contrară, fiind încălcat, în mod evident, și principiul proporționalității măsurilor adoptate care impunea analiza ofertei prin raportare la scopul achiziției și nu la interpretări excesiv de formaliste, contrare prevederilor legale aplicabile.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr.... din 24 mai... pronunțată de...:

„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art.... din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlătore ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile”.

Astfel, cum arată și contestatorul, jurisprudența Consiliului și a Curților de Apel este unitară, în sensul în care *„reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta”* după cum, în speța, exercitarea acestui drept prevăzut de lege nu poate fi prezumată ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului.

Principiul proporționalității, care guvernează întreaga procedură de atribuire impune cu necesitate ca actele autorității contractante să nu

depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar, inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scorurile urmărite (... din 5 mai.....' Union și alții, CI57/96, pct....), sens în care, e drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unui singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Prin urmare, rigurozitatea și rolul activ în evaluarea ofertelor nu trebuie să conducă la o evaluare formală și excesivă a ofertelor sub imperiul unui formalism exagerat ci trebuie analizat din prisma interesului general de utilizare a fondurilor publice alocate, sens în care, solicitarea de lămuriri suplimentare, dacă este cazul, este preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor, ca neconforme sau inacceptabile și în final anularea procedurii de atribuire.

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține, ca întemeiat, motivul de respingere, ca neconformă, a ofertei..., neîndeplinind rigorile prevederilor legale anterior menționate privind clarificarea unor vicii de formă, acesta fiind doar rezultatul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind evaluarea ofertelor, pe fondul unui formalism excesiv al comisiei de evaluare.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu un formalism excesiv raportat la prevederile documentației de atribuire și legislația incidentă și, pe cale de consecință, critica contestatoarei... privind nelegalitatea verificării evaluării ofertei sale este fondată, urmând să fie admisă.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu..., va anula raportul procedurii și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertei contestatorului conform considerentelor prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu..., anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertei contestatoarei conform considerentelor prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

...

Redactat practica deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini