



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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. 1471/C1/1533, 1583

Data: 21.08.2020

Prin contestația nr. 790/28.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30496/29.07.2020, depusă de SC SRL, cu adresa de corespondență în, camera ..,, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI ..., reprezentată legal prin, formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea atribuirii acordului cadru având ca obiect: „Paturi electrice cu 4 motoare”, cod CPV 33192120-9, s-a solicitat obligarea autorității contractante la, prin luarea măsurilor de remediere propuse prin contestație.

Prin contestația fără număr, datată 03.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31285/03.08.2020, formulată de SC SRL cu sediul în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI .., reprezentată legal prin, formulată împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat

Prin adresa nr. 801/04.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31650/05.08.2020, SC SRL, cu adresa de corespondență în, camera 1,, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin formulează cerere de intervenție în interes propriu, solicitând Consiliului modificarea cerințelor caietului de sarcini; anularea procedurii.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 1533/2020 și nr. 1583/2020, au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire

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

Prin contestația nr. 790/28.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30496/29.07.2020, SC SRL contestă documentația de atribuire, subliniind că aceasta este nelegală, încălcând principiile achizițiilor publice, prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv faptul că cerințele tehnice solicitate prin fișa tehnică sunt excesive, indicând existența unei anumite soluții constructive, acest mod de elaborare fiind unul care generează distorsionarea competiției în favoarea unui singur competitor, care poate satisface cumulativ toate cerințele, contrar prevederilor art. 49 și art. 50 din legea nr. 98/2016, dar și contrar dispozițiilor art. 155 și art. 156 din același act normativ menționat anterior.

Totodată, solicită Consiliului:

- să oblige autoritatea contractantă la luarea măsurilor de remediere prin publicarea unei erate la documentația de atribuire, cu modificarea: „termen de livrare 60 zile de la data comenzii”;
- să oblige autoritatea contractantă la luarea măsurilor de remediere prin publicarea unei erate la documentația de atribuire, cu modificarea punctului 3 din tabel, astfel: „poziția cea mai joasă a patului: până la 360 mm: 15 puncte. 360 mm-410 mm: 10 puncte. Toate celelalte rămânând neschimbate”;
- să oblige autoritatea contractantă la eliminarea punctelor 4.3, 4.4, 4.5 din caietul de sarcini;
- să oblige autoritatea contractantă la recunoașterea echivalenței produsului SC SRL care oferă indicatorul pe telecomanda pacient și nu pe panourile laterale destinate pacientului, foarte greu vizibile din poziția supină;
- să oblige autoritatea contractantă la recunoașterea echivalenței soluției SC SRL care, conform producătorului, se poate face acționând butonul hi/lo care are o oprire în poziția exit și cel de secțiune spate, pentru ridicarea secțiunii.

Față de contestația depusă de către SC SRL, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere, precum și dosarul achiziției publice, în copie.

Autoritatea contractată precizează punctual, următoarele:

- nu este de acord cu prelungirea termenului de livrare; termenul de livrare este de 30 de zile;
- este de acord cu cerința: „poziția cea mai de jos a patului între 360 mm și 410 mm va fi punctată cu 10 puncte”;

- nu este de acord cu cerințele de la punctele 3-4, precizând că paturile deserveșc secții diverse cu o patologie vastă, o mare parte din acești pacienți trebuind să aibă posibilitatea de a-și autoregla configurația patului pentru obținerea unui grad de confort cât mai ridicat.

Prin adresa nr. 800/04.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31645/05.08.2020, SC SRL transmite înscrisul intitulat „cerere de renunțare la contestație” întrucât „nu s-a reușit instituirea cauțiunii până astăzi, 04.08.2020, așa cum prevede legea (...)”.

Prin contestația fără număr, datată 03.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31285/03.08.2020, formulată de SC SRL împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat admiterea prezentei contestații; modificarea prevederilor nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și, în consecință, obligarea autorității contractante la modificarea cerințelor nelegale astfel încât documentația de atribuire să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice; obligarea autorității contractante să includă atât în Model Acord-Cadru și contract subsecvent cât și în caietul de sarcini, un termen de livrare realist, de maxim 90 zile și minim 70 zile, care să curgă de la transmiterea și comunicarea comenzii, precum și modificarea acelor cerințe ale caietului de sarcini detaliate în contestație; obligarea autorității contractante să răspundă la toate solicitările de clarificări adresate de SC SRL.

SC SRL precizează că a înaintat autorității contractante o solicitare de clarificări la data de 31.07.2020, solicitare la care nu a primit un răspuns până formulării contestației. Menționează că prin solicitarea de clarificări a solicitat modificarea termenului de livrare impus de aceasta de 30 zile de la data primirii comenzii, termenul propus de SC SRL fiind de maxim 90 de zile și minim 70, acesta reprezentând un termen realist care asigura încadrarea și respectarea lui de către toți potențialii ofertanți și care dă posibilitatea livrării echipamentelor pentru saloanele medicale la destinația specificată de autoritatea contractantă.

Totodată, contestatorul menționează că prin modelul de contract subsecvent, autoritatea contractantă solicita un termen de livrare de 3 zile de la emiterea comenzii, iar prin intermediul caietului de sarcini solicita 30 de zile de la data comunicării comenzii de către achizitor.

În opinia contestatorului, acesta este un termen foarte scurt și nerealist, care practic restricționează în mod vădit concurența și încalcă scopul și principiile stabilite prin Legea nr 98/2016. Prin includerea în model acord-cadru și contract subsecvent, cât și în caietul de sarcini a termenului de livrare de 2 zile lucrătoare se creează un tratament inegal și discriminatoriu, favorizat fiind, de autoritatea contractantă, unul dintre participanții cu marfa pe stoc.

În susținere, contestatorul subliniază că în România nu există la ora actuală un producător de mobilier medical care să producă paturile ce fac obiectul prezentei proceduri la standardele solicitate de autoritatea contractantă, ceea ce face ca la termenul de producere de aproximativ 45

de zile, necesar fabricării acestor paturi, să i se adauge și un termen de livrare a acestor produse de aproximativ (în medie) 15 - 45 de zile, în funcție de țara în care se află producătorul.

Prin urmare, arată că este evident că acest termen de livrare de 3 zile sau 30 zile de la emiterea comenzii, (cerințele autorității contractante sunt contradictorii) este mult prea scurt, nerealist și imposibil de respectat, împiedicând operatorii economici interesați să depună oferte, efectul menținerii lui ducând la restricționarea concurenței. Termenul de livrare stabilit trebuie să fie îndeajuns de rezonabil încât să nu antreneze o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului, ori din modul în care autoritatea contractantă a stabilit acest termen de livrare, rezultă exact contrariul.

Contestatorul menționează totodată ca la data de 03.08.2020 a adresat autorității contractante o solicitare de clarificări cu privire la cerințele tehnice care lasă loc de interpretări și sunt ambigue, după cum urmează:

„În caietul de sarcini solicitați:

A. 1.7 Tasta pentru poziția scaun pentru o poziționare comoda a pacientului. Aceasta poziție se refera la scaunul cardiac: spate și picioare ridicate și poziție revers Trendelenburg ? Va rugăm confirmați

B. Poziția Trendelenburg / anti-Trendelenburg să fie ajustabilă electric la un unghi de 12 grade. Ați dorit să solicitați minim 12 grade ? Întrucât la fiecare dimensiune ați oferit marja. Vă rugăm confirmați. Vă rugăm să dispuneți ca autoritatea contractantă să răspundă acestor solicitări și să aducă lămuriri.

Prin adresa nr. 18040/04.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31508/04.08.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC SRL, precizând următoarele:

- nu este de acord cu prelungirea termenului de livrare; termenul de livrare este de 30 de zile;
- termenul de răspuns la răspunsul la solicitările de clarificări nu a expirat;
- soluția propusă de contestator cu privire la punctul 1.7 din caietul de sarcini este inferioară față de cea solicitată;
- la punctele 4.3, 4.4 și 4.5, prezența butoanelor pe panoul de comandă pentru poziționarea patului în anumite poziții nu are nici o contraindicație medicală, decizia pentru o anumită poziție fiind permisă pacientului, motiv pentru care nu prezintă relevanță, obiectul contestației la acest capăt de cerere;
- în caietul de sarcini este trecută explicit că poziția Trendelenburg / anti-Trendelenburg să fie ajustabilă electric minim la un unghi de 12 grade.

Prin adresa nr. 801/04.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31650/05.08.2020, SC SRL formulează cerere de intervenție în interes propriu, solicitând Consiliului modificarea cerințelor caietului de sarcini; anularea procedurii.

SC SRL susține că formulează cererea de intervenție în interes propriu, împotriva documentației de atribuire, solicitând Consiliului următoarele:

1. Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin modificarea cerințelor caietului de sarcini, întocmite în mod restrictiv, în sensul respectării principiilor achizițiilor publice, permițând astfel unui număr cât mai mare de operatori economici să participe la procedură, prin adoptarea unor intervale ale unor parametri funcționali sau eliminarea altora, care sunt în prezent elaborați în mod abuziv și restrictiv.

2. Anularea procedurii de atribuire sau a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă în cazul în care măsurile de remediere afectează respectarea principiilor achizițiilor publice.

pentru următoarele motive:

- Vătămarea dreptului de a participa și eventual câștiga procedura, care consta în excluderea SC SRL, de la prezenta procedură de achiziție, ca urmare a elaborării specificațiilor tehnice în mod restrictiv, fapt care generează restrângerea artificială a concurenței, contrar principiilor dispuse de legislația privind achizițiile publice.

- Specificațiile tehnice aferente mesei de operație din prezenta procedură se regăsesc și în cadrul anunțului [.../09.06.2020] Loturile 1 și 2 unde participanți sunt și organizațiile invocate, existând premisele incidenței art. 167 lit. d);

- din consultarea SICAP nu a rezultat că autoritatea contractantă a efectuat o consultare de piață începând cu 01.01.2018 până în prezent care ar justifica, în parte, apariția specificațiilor de un anume tip.

Totodată, solicită Consiliului:

- să oblige autoritatea contractantă la luarea măsurilor de remediere prin publicarea unei erate la documentația de atribuire, cu modificarea: „termen de livrare 60 zile de la data comenzii”;

- să oblige autoritatea contractantă la luarea măsurilor de remediere prin publicarea unei erate la documentația de atribuire, cu modificarea punctului 3 din tabel, astfel: „poziția cea mai joasă a patului: până la 360 mm: 15 puncte. 360 mm-410 mm: 10 puncte. Toate celelalte rămânând neschimbate”;

- să oblige autoritatea contractantă la eliminarea punctelor 4.3, 4.4, 4.5 din caietul de sarcini;

- să oblige autoritatea contractantă la recunoașterea echivalenței produsului SC SRL care oferă indicatorul pe telecomanda pacient și nu pe panourile laterale destinate pacientului, foarte greu vizibile din poziția supine;

- să oblige autoritatea contractantă la recunoașterea echivalenței soluției SC SRL care, conform producătorului, se poate face acționând butonul hi/lo care are o oprire în poziția exit și cel de secțiune spate, pentru ridicarea secțiunii.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 32354/ 07.08.2020, contestatorul depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206426123/1, tranzacția nr. 997009778/1765358595 din data de 06.08.2020, emisă de CEC Bank, unitatea: sucursala, în valoare de 36.250 lei.

Prin adresa nr. 806/07.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 32584/10.08.2020, intervenientul solicită accesul la dosarul cauzei.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă SC SRL, transmite concluzii scrise, reiterând aspectele contestate, menținându-și totodată criticile inițiale.

Prin corespondența e-mail înregistrată la CNSC sub nr. 32696/ 10.08.2020 autoritatea contractantă precizează că valoarea celui mai mare contract subsecvent este de 1.812.500 lei.

Întrucât intervenientul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 32814/1583-C1/10.08.2020, Consiliul îi comunică acestuia data de studiere a dosarului și implicit termenul de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 11.08.2020.

Ulterior, prin adresa nr. 807/11.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 33117/11.08.2020, intervenientul depune concluzii scrise, reiterând aspectele menționate în cererea de intervenție.

De asemenea, exemplifică, sub formă tabelară, o listă a parametrilor considerați a fi restrictivi, elaborați având la bază documentația Stryker SV 2, încălcând astfel toate prevederile legale în vigoare.

Prin corespondența e-mail înregistrată la CNSC sub nr. 33921/ 14.08.2020, SC SRL formulează un punct de vedere față de cererea de intervenție depusă de SC SRL.

SC SRL consideră că acceptarea solicitărilor intervenientului cu privire la cerințele tehnice, ar duce la achiziționarea unui pat cu caracteristici inferioare celui solicitat de către autoritatea contractantă, motiv pentru care solicită respingerea solicitărilor intervenientului.

Față de concluziile scrise depuse de SC SRL, prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 34012/ 17.08.2020, SC SRL depune concluzii scrise.

Pe fondul cauzei, cu privire la afirmația conform căreia, produsul oferit de SC SRL în cazul extinderii ariei de competiție ar fi inferior din punct de vedere tehnic celui solicitat de autoritatea contractantă, SC SRL respinge concluzia contestatorului aducând următoarele argumente/dovezi:

a) caietul de sarcini impune 87 de cerințe; dintre acestea SC SRL a solicitat modificarea a 4 cerințe care sunt satisfăcute în mod echivalent astfel: în timp ce caietul de sarcini solicită existența comenzilor: 4.3. Taste pentru ridicarea/coborârea secțiunilor de cap și coapse simultan (Autocontour); 4.4 Tasta poziție scaun pentru o poziționare comodă a pacientului; 4.5 Tasta pentru poziția ieșirea/urcarea din pat: Coboară platforma, coboară secțiunea pentru coapse și ridică spătarul astfel încât pacientul să se poată urca sau să se poată da jos din

pat; 4.6 Indicator luminos pentru încărcarea bateriei - patul oferat dispune de aceste comenzi pe telecomanda pacient, funcții care nu sunt solicitate de caietul de sarcini. Prin urmare în timp ce un producător alege amplasarea lor pe panourile laterale altul alege pentru confort amplasarea lor pe telecomandă. Producătorul produsului oferat, alege de asemenea ca softul să oprească automat patul în poziția exit iar acționarea secțiunilor spate și genunchi să se facă echivalent utilizând autocontoiur/chardiac chair. Scopul obținut este același, fiind incidente dispozițiile art. 156 din Legea nr. 98/2016.

b) Cu privire la echivalența indicării poziției celei mai de jos a patului, produsul produsului oferat satisface în mod echivalent cerința, softul patului comandând automat schimbarea culorii ce iluminează podeaua în albastru, aceasta fiind o inovație superioară cerinței impuse de autoritatea contractantă.

c) Patul propus, oferă cel puțin 5 parametri superiori cerințelor, prin urmare a stabili ca un produs este inferior doar invocând o soluție tehnică - cea a panourilor din interiorul balustradelor – este subiectivă.

Cu privire la afirmația conform căreia, mai mulți producători satisfac cerințele caietului de sarcini, SC SRL respinge concluzia contestatorului, aducând următoarele argumente:

- a) Existența a doar 3 operatori economici descriși de contestator, care ar satisface cerințele caietului de sarcini este o restrângere artificială a concurenței fiind incidente dispozițiile art. 49 și art. 50 din Legea 98/2016.
- b) Producătorul Linet invocat de contestator, oferă aceste soluții de comenzi chardiac chair și autocontour doar pentru paturile MultiCare care sunt paturi ATI ce reprezintă vârful de gama al producătorului invocat.

În final, SC SRL solicită Consiliului să constate tardivitatea cererilor SC SRL, să admită cererea de intervenție principală depusă și să oblige autoritatea contractantă la luarea măsurilor de remediere, în ceea ce privește documentația de atribuire, precum și în ceea ce privește cererea de intervenție și concluziile scrise depuse.

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: „Paturi electrice cu 4 motoare”, cod CPV 33192120-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. /23.07.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este cuprinsă între: 725.000 – 3.625.000 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin contestația nr. 790/28.7.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30496/29.07.2020, SC SRL contestă documentația de atribuire.

Pentru formularea unei contestații împotriva unui act al entității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității contestației.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, rezultă că pentru a putea proceda la soluționarea contestației, Consiliul trebuie să constate depunerea cauțiunii, constituită potrivit prevederilor legale.

Modul de calcul al cauțiunii în speța de față este stabilit în detaliu de prevederile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, raportat la din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antementionate, deoarece dacă nu sunt îndeplinite condițiile legale de constituire a cauțiunii astfel încât contestația să fie luată în considerare, Consiliul va respinge contestația fără să cerceteze motivele acesteia.

Prin urmare constituirea cauțiunii este o condiție obligatorie pentru soluționarea contestației cu care a fost investit Consiliul; dovada constituirii acesteia la dispoziția Consiliului se depune în original la CNSC, aceasta fiind o condiție de admisibilitate.

Obligativitatea constituirii cauțiunii reprezintă o condiție de fond pentru însăși soluționarea contestației, iar nu de procedură, de natură a obstrucționa accesul la justiție.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație constată neîndeplinirea constituirii cauțiunii va respinge contestația potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere faptul că SC SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr. 30496/29.07.2020, constatând că aceasta nu a anexat contestației, dovada constituirii cauțiunii, respectiv, recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege, astfel cum prevede art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în exercitarea rolului său activ prin adresa nr. 30577/1533-C1/30.07.2020, Consiliul a solicitat contestatorului ca în termenul legal, de la data comunicării adresei să transmită, în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. SC SRL nu s-a conformat adresei mai sus menționate și nu a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege.

Prin adresa nr. 800/04.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31645/05.08.2020, SC SRL transmite înscrisul intitulat „cerere de renunțare la contestație” întrucât „nu s-a reușit instituirea cauțiunii până astăzi, 04.08.2020, așa cum prevede legea (...)”.

Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare potrivit căroră *„pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează: (...) 2% din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, (...) dar nu mai mult de 88.000 lei”;*

- principiul de drept *„nemo ignorare legem censetur”* potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii.

- principiul de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”* potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul ordonanței nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația constituirii cauțiunii.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă de către contestator fără a depune cauțiunea, constituită în mod legal.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza fondul contestației.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data depunerii contestației, Consiliul respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Având a se pronunța asupra admisibilității, în principiu, a „cererii de intervenție în interes propriu” nr. 801/04.08.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 31650/05.08.2020 formulată de SC SRL în cadrul dosarului nr. 1583/2020, Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2017 coroborate cu art. 61 alin. (1) cpc care prevăd „Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare”, art. 62 alin. (1) cpc „Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată” și art. 63 alin. (1) cpc „Cererea de intervenție accesorie va fi făcută în scris și va cuprinde elementele prevăzute la art. 148 alin. (1), care se va aplica în mod corespunzător”.

Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta astfel cum prevede art. 61 alin. (2) cpc.

Dincolo de definiția impusă de cod, Consiliul este dator să verifice condițiile de formă ale cererii de intervenție principală, care va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată conform prevederilor art. 62 alin. (1) cpc, acesta pentru că, sub aspectul naturii juridice, intervenția voluntară principală este o veritabilă chemare în judecată îndreptată împotriva ambelor părți inițiale, prin care se urmărește valorificarea unui drept subiectiv.

Întrucât prin intervenția principală, terțul poate invoca un drept propriu, fără a fi necesar să existe identitate între dreptul pretins de terț și dreptul ce formează obiectul cererii de chemare în judecată, se pune tocmai în evidență ipoteza că este vorba de o acțiune veritabilă, dar pentru faptul că trebuie îndeplinită și condiția interesului terțului, a fost calificată ca o acțiune civilă specială.

Totuși, între cele două cereri și anume cererea inițială și intervenția principală trebuie să existe o strânsă legătură de conexiune, impusă de altfel de cod și care în esență, să justifice rezolvarea împreună a acestora.

De aceea în contextul analizei admisibilității cererii de intervenție, Consiliul este dator să verifice dacă între cele două cereri există această legătură plecând de la dreptul subiectiv pretins de părțile din proces și de intervenient deopotrivă.

Din interpretarea dispozițiilor legale, se deduce fără echivoc că, atunci când judecarea cererii principale ar fi întârziată de judecarea cererii de intervenție, instanța poate dispune disjungerea ei pentru a fi judecată separat, în afară de cazul în care intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, însuși dreptul dedus judecății.

Pe de altă parte este foarte important ca dreptul câștigat de către părțile litigante să aibă în acest sens repercusiune directă asupra dreptului pretins de către intervenienți.

În susținerea argumentelor legate de admisibilitatea sau nu a acestei cereri, Consiliul va avea în vedere însăși problema ipotetică a disjungerii, și conchide că, legiuitorul în mod evident a acordat o mare importanță intervenției, câtă vreme, a admis că măsura disjungerii celor două cereri trebuie să fie luată de către Consiliu/instanța de judecată cu mare atenție, pentru a nu lipsi de conținut și de finalitate tocmai intervenția principală pe care legislația procesuală a consacrat-o ca o instituție în vederea rezolvării unor pretenții conexe, deci așa cum am arătat, în strânsă legătura cu cadrul procesual actual.

Per a contrario, se constată că în analiza situației este necesar a se porni de la temeiul legal ce guvernează dreptul pretins de intervenienți în cererea acestora și de la temeiul legal ce guvernează cererea principală.

Potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016 *„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 (...)”*.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 31285/03.08.2020, formulată de SC SRL s-a solicitat „admiterea prezentei contestații; modificarea prevederilor nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și, în consecință, obligarea autorității contractante la modificarea cerințelor nelegale astfel încât documentația de atribuire să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice; (...) obligarea autorității contractante să includă atât în Model Acord-Cadru și contract subsecvent cât și în caietul de sarcini, un termen de livrare realist, de maxim 90 zile și minim 70 zile, care să curgă de la transmiterea și comunicarea comenzii, precum și modificarea acelor cerințe ale caietului de sarcini detaliate în contestație”.

Prin cererea de intervenție formulată de SC SRL s-a solicitat „obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin modificarea cerințelor caietului de sarcini, întocmite în mod restrictiv, în sensul respectării principiilor achizițiilor publice, permițând astfel unui număr cât mai mare de operatori economici să participe la procedură, prin adoptarea unor intervale ale unor parametri funcționali sau eliminarea altora, care sunt în prezent elaborați în mod abuziv și restrictiv”.

În esență, toate actele autorității contractante contestate sunt emise în cadrul aceleași proceduri de atribuire, însă cu toate acestea, Consiliul va reține că pentru a fi admisibilă, cererea de intervenție nu se poate subordona cerinței de conexitate și strânsa legătura cu cererea principală (cel puțin în ceea ce privește că au fost emise în cadrul aceleași proceduri de atribuire) prin simpla aparență, căci în ipoteza unei eventuale admiteri a contestației formulată de SC SRL nu va conduce în mod automat la remedierea cerințelor din caietul de sarcini, astfel cum s-a solicitat de către intervenient.

După cum rezultă din petitul cererii de intervenție în interes propriu, Consiliul constată că, în fapt, intervenientul atacă anumite cerințe din caietul de sarcini.

Așadar, prin cererea de intervenție, intervenientul formulează numai critici din documentația de atribuire pe care nu le poate îndeplini.

Despre această documentație de atribuire, reține Consiliul, intervenientul SC SRL a fost încunoștințat la data de 23.07.2020, data publicării în SEAP a documentației de atribuire.

La data de 29.07.2020 SC SRL a formulat contestația nr. 790/28.07.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 30496/29.07.2020 pentru care nu a constituit cauțiunea.

Deoarece la data de 03.08.2020 SC SRL a depus la CNSC contestație, în data de 05.08.2020 SC SRL depune cererea de intervenție 801/04.08.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 31650/05.08.2020.

Analizând contestația nr. 790/28.07.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 30496/29.07.2020 și cererea de intervenție 801/04.08.2020 înregistrată la

CNSC sub nr. 31650/05.08.2020 ambele formulate de SC SRL Consiliul reține că ambele sunt identice.

Astfel, ulterior depunerii contestației, SC SRL a optat de a rămâne în pasivitate și nu a constituit cauțiunea aferentă contestației sale nr. 790/28.07.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 30496/29.07.2020, ceea ce înseamnă că a acceptat documentația de atribuire așa cum a fost postată pe SEAP de către autoritatea contractantă, pentru ca ulterior să depună cererea de intervenție în discuție, la data de 05.08.2020.

Dacă se considera vătămat de documentația de atribuire postată în SEAP, intervenientul avea deschisă calea de atac a contestării, pe care trebuia să o exercite cu respectarea termenelor legale imperative prevăzute de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2016 și cu îndeplinirea condiției de admisibilitate de constituire a cațiunii conform prevederilor art. 61¹ din lege.

Astfel, analizând documentația de atribuire postată în SEAP, intervenientul avea dreptul de a formula contestație.

Este adevărat că în conformitate cu art. 17 alin. (3) din Legea nr.101/2016, operatorii economici interesați au dreptul de a formula cerere de intervenție, însă acest mijloc de a interveni în proces nu poate fi utilizat în scopul de a se eluda termenele legale de formulare a contestației și condițiile de admisibilitate a acesteia. Cu alte cuvinte, nu se poate utiliza acest mijloc procedural pentru a se masca, în fapt, o contestație, așa cum încearcă intervenientul să facă.

De asemenea, nu se poate admite nici că dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 au fost edictate pentru a se crea o categorie aparte, privilegiată, de operatori economici care, utilizând acest mijloc, să scape sancțiunilor inadmisibilității contestației, pentru neconstituirea cațiunii, așa cum s-ar întâmpla în cazul intervenientului de față care, dacă i s-ar admite cererea de intervenție ar obține beneficiile formulării unei veritabile contestații, cu încălcarea, însă, a tuturor prevederilor legale impuse pentru inițierea acestui demers.

Calea de atac împotriva unui act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea legii, în speță criticarea anumitor specificații din documentația de atribuire aferentă unei proceduri de atribuire, este contestația, și nu cererea de intervenție principală.

În consecință, în ipoteza în care SC SRL dorea să supună controlului de legalitate actele emise de autoritatea contractantă cu privire impunerea anumitor specificații din cadrul documentației de atribuire, trebuia să facă aplicarea 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Același raționament se regăsește și în decizia 5497/2017 pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 9001/2/2017.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 31645/05.08.2020 SC SRL menționează în mod expres faptul că „renunță la contestație (n.n. 790/28.07.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 30496/29.07.2020) întrucât nu s-a reușit instituirea cațiunii”.

Față de aceste aspecte Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Referitor la contestația formulată de SC SRL Consiliul reține că acesta critică necorelarea termenului de livrare a produselor între cerințele caietului de sarcini și prevederile modelului de contract subsecvent.

Din analiza caietului de sarcini depus la dosar prin adresa nr. 17733/30.07.2020, Consiliul reține următoarele aspecte:

- la cap. 1. Recepția și garanția produselor paragraful al doilea, pag. 67 din dosarul nr. 1533/2020 autoritatea contractantă a menționat *„livrarea produselor se va face conform specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, în termen de **maxim 30 de zile** de la data comunicării comenzii de către achizitor”*.
- La cap. 4 Termen de livrare instruire personal primul paragraf pag. 67 din dosarul nr. 1533/2020 autoritatea contractantă a menționat *„livrarea (furnizorul are obligația de a achita orice eventuale taxe ocazionate de aceste livrare) se va face obligatoriu în **maxim 90 de zile** calendaristice de la emiterea comenzii ferme”*.

Analizând prevederile modelului de contract subsecvent, Consiliul reține că, la cap. „Obligațiile principale ale furnizorului” art. 5.4 autoritatea contractantă a menționat *„Livrarea produselor se va face conform specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, în **termen de 3 zile** de la emiterea comenzii. În cazul în care comenzile nu vor fi onorate în termenul sus menționat autoritatea contractanta poate executa garanția de bună execuție”* (pag. 22 din dosarul nr. 1583/2020).

Rezultă fără putință de tăgadă că autoritatea contractantă a stabilit 3 termene de livrare distincte în cadrul a două documente diferite care fac parte din documentația de atribuire.

Având în vedere aspectele enumerate anterior, Consiliul reține că documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă nu întrunește rigorile prevăzute la art. 154 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o **informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției**, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*, criticile contestatorului privind acest aspect fiind pe deplin justificate.

În cauza C 27/15, CJUE s-a pronunțat astfel:

*„36 În această privință, trebuie amintit, pe de o parte, că 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)”.

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere nr. 18040/04.08.2020 înregistrat la CNSC sub nr. 31508/04.08.2020 *„menționăm că, așa cum este specificat și în titlul „acordul cadru model”, termenul de livrare real este cel din caietul de sarcini și anume de 30 de zile, termen care este foarte realist și ușor de îndeplinit”* având în vedere faptul că în cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă a menționat pe aceeași pagină două termene de livrare unui de maxim 30 de zile și unul de maxim 90 de zile calendaristice.

Nici susținerile autorității contractante cu privire la că *„nu suntem de acord cu cerința de prelungire a termenului de livrare. Având în vedere contextul epidemiologic mondial Covid-19”* nu pot fi reținute de Consiliu având în vedere că specificațiile ale caietului de sarcini nr. 16664/15.07.2020 au fost stabilite în plin context epidemiologic și cu toate acestea la cap. 4 a menționat că livrarea se va face obligatoriu în maxim 90 de zile calendaristice de la emiterea comenzii ferme.

Mai mult, însăși autoritatea contractantă, în cadrul caietului de sarcini, la cap. 7 Riscuri/măsură aferente implementării contractului ce cad în responsabilitatea părților a menționat *„autoritatea contractantă elaborează din timp contractele de furnizare, ce prevăd clauze clare de livrare, aferente contractului și transmite comenzile într-un termen rezonabil pentru a da posibilitatea contractantului de a livra marfa în termenul stabilit”*.

Având în vedere neconcordanța existentă între caietul de sarcini și modelul de contract se constată a fi necesară corelarea informațiilor pentru evitarea oricăror neclarități.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire potrivit celor reținute anterior.

Referitor la solicitările contestatorului de a confirma dacă cerința *„A.1.7 Tasta pentru poziția scaun pentru o poziționare comodă a pacientului”* se referă la scaunul cardiac: spate și picioare ridicate și poziție revers Trendelenburg, Consiliul urmează să o admită și să oblige autoritatea contractantă să ofere operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției conform prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la cerința de confirmare dacă cerința *„B. Poziția trenderlenburd/antiTredelenburg să fie ajustabilă electric la un unghi de 12 grade”* se referă la un unghi minim, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere că în cadrul caietului de sarcini autoritatea

contractantă a menționat în mod expres că „B. Poziția trenderlenburd/anti-Tredelenburg să fie ajustabilă electric **minim** la un unghi de 12°”.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă în ceea ce privește termenul de livrare și tasta pentru poziționare comodă a pacientului iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată critica SC SRL privind unghiul de ajustare a poziției trenderlenburd/anti-Tredelenburg.

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

DECIDE:

Respinge ca inadmisibile contestația și cererea de intervenție formulate de SC SRL.

Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă în ceea ce privește termenul de livrare și tasta pentru poziționare comodă a pacientului iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondată critica SC SRL privind unghiul de ajustare a poziției trenderlenburd/anti-Tredelenburg.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare 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 15 (cincisprezece) pagini