



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

DECIZIE

Nr...../C10/.....

Data:.....

Prin contestația nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă SC SRL, cu sediul în Comuna, sat, str., județul, având CUI și număr înregistrare la Registrul Comerțului, reprezentată legal prin Director și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în, împotriva procedurii de licitație deschisă, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare 1 bucată AMBULANȚĂ TIP MMU și servicii accesorii de instalare, punere în funcțiune, testare și instruire personal, pentru obiectivul de investiții: «Proiect integrat pentru dezvoltare durabilă în zona montană a județului, îmbunătățirea accesului și dezvoltării serviciilor de sănătate în caz de intervenții medicale în situații de urgență» Acronim: IPHEALTH – FA Phase; Cod emS: ROHU 449”, cod CPV 34114121-3, de către, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

1. ANULAREA Comunicării rezultatului procedurii nr. 307714/23.06.2021, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente;

2. OBLIGAREA Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de S.R.L., cu consecința declarării acesteia drept acceptabile și admisibile;

3. OBLIGAREA Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de S.R.L., cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale invocate prin prezenta Contestație și, pe cale de consecință, la constatarea inadmisibilității acesteia;

4. OBLIGAREA Autorității Contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa evaluării ofertelor, aplicarea în mod corespunzător a

criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile depuse în cadrul procedurii, precum și la emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii;

5. CONSTATAREA faptului că Autoritatea Contractantă a restricționat în mod ilegal accesul contestatorului la dosarul integral al achiziției publice și, pe cale de consecință:

- ACORDAREA accesului la dosarul achiziției publice în format integral, incluzând dar fără a se limita la propunerea tehnică depusă de S.R.L.;

- REPUNEREA contestatorului în termenul de contestare și luarea în considerare a oricăror și tuturor criticilor cu privire la aspectele ce vor decurge din analiza dosarului achizitiei publice în integralitatea sa (inclusiv cu privire la propunerea tehnică depusă de S.R.L.).

ÎN SUBSIDIAR:

În măsura în care Consiliul va respinge în tot sau în parte capetele de cerere formulate în principal, contestatorul solicită ANULAREA procedurii de atribuire a contractului de achizitie publică.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, în conformitate cu dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL reclamă rezultatul procedurii comunicat de autoritatea contractantă cu adresa nr. 307714/23.06.2021, solicitând cele de mai sus.

(1) În fapt, contestatorul susține că la data de 01.01.2021, Autoritatea Contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. prin care a adus la cunoștința operatorilor economici interesați organizarea procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achizitie publică mai sus referit.

(2) Valoarea estimată a contractului de achiziție publică este de 389.888 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut.

(3) Contestatorul afirmă că a depus oferta în cadrul procedurii în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. În ceea ce privește garanția de participare, contestatorul a depus Instrumentul de garantare pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului emis de S.A. nr. 2003/04.02.2021 (Anexa nr. 2 la prezenta - DOCUMENT CONFIDENȚIAL).

(4) Pe parcursul evaluării ofertelor, prin Solicitarea de clarificări nr. 69727/10.02.2021 (Anexa nr. 3 la prezenta - DOCUMENT CONFIDENȚIAL), Autoritatea Contractantă a solicitat contestatorului clarificări, respectiv prezentarea de documente care să ateste faptul că S.A. este o instituție de credit.

(5) Față de solicitarea Autorității Contractante, prin Răspunsul nr. 801/11.02.2021 (Anexa nr. 4 la prezenta - DOCUMENT CONFIDENȚIAL), contestatorul a depus documentele justificative solicitate din care rezultă că S.A. este competentă să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții.

(6) Prin Comunicarea rezultatului procedurii nr. 307714/23.06.2021 (denumită în continuare „Comunicarea”- Anexa nr. 5 la prezenta - DOCUMENT CONFIDENȚIAL), Autoritatea Contractantă a comunicat petentului faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 132 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin H.G. nr. 395/2016 (denumite în continuare "Normele metodologice"), deoarece, în opinia sa, Instrumentul de garantare emis de S.A. nr. 2003/04.02.2021 (denumit în continuare „Instrumentul de garantare”) nu ar fi un instrument emis de o instituție de credit în sensul art. 36 din Normele metodologice, această cerință fiind neîndeplinită. Oferta desemnată câștigătoare de Autoritatea Contractantă este cea depusă de S.R.L. (denumită în continuare „.....”).

(7) Raportat la această împrejurare, prin Cererea nr. 3682/23.06.2021 (Anexa nr. 6 la prezenta), contestatorul a solicitat accesul în format electronic la toate documentele ce compun dosarul achiziției publice aferent procedurii de atribuire. Prin Adresa nr. 308404/24.06.2021 (Anexa nr. 7 la prezenta), Autoritatea Contractantă i-a comunicat că accesul la dosarul achiziției publice se va realiza la data de 28.06.2021.

(8) Întrucât la data de 28.06.2021, Autoritatea Contractantă a restricționat în mod nelegal accesul contestatorului la propunerea tehnică integrală depusă de S.R.L. în cadrul procedurii, acesta a transmis Cererea de revenire nr. 3684/28.06.2021 (Anexa nr. 8 la prezenta). Prin Răspunsul nr. 314324/29.06.2021 (Anexa nr. 9 la prezenta), Autoritatea Contractantă i-a comunicat că își menține decizia de a pastra confidențialitatea părților din propunerea tehnică astfel declarate de ofertantul, în pofida faptului că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru restricționarea accesului la această ofertă.

(9) Contestatorul arată că este important de punctat și faptul că Autoritatea Contractantă nu a întocmit un raport al procedurii, acesta neregăsindu-se nici publicat în SEAP și nici în documentele din dosarul achiziției publice, la care i s-a acordat acces.

(10) În cele ce urmează, contestatorul precizează că va demonstra că:

- Autoritatea Contractantă și-a încălcat obligația legală de a întocmi și de a publica în SEAP Raportul procedurii;
- decizia de respingere a ofertei depusă de S.R.L. (denumită în continuare „.....”) este nelegală și netemeinică;
- oferta ar fi trebuit respinsă din cadrul procedurii de atribuire întrucât nu respectă cerințele Fișei de date și Caietului de sarcini privind propunerea tehnică și nu îndeplinește criteriile de calificare privind subcontractanții și capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- prin maniera de evaluare a ofertelor, Autoritatea Contractantă a încălcat principiile în materia achizițiilor publice;
- în subsidiar, se impune anularea procedurii de atribuire atât față de nedepunerea de oferte admisibile, cât și față de abaterile grave de la prevederile legale ce afectează procedura.

(11) Totodata, contestatorul afirmă că Autoritatea Contractantă a ingradit accesul său la dosarul achiziției publice în mod nejustificat și în contradicție cu prevederile legale aplicabile, prin neacordarea accesului la propunerea tehnică depusă de, în integralitatea sa.

2. Contestatorul subliniază că Autoritatea Contractantă nu a întocmit și nu a publicat Raportul procedurii în SEAP

(12) În primul rând, petentul afirmă că Comunicarea este de plano nelegală, impunându-se anularea acesteia, întrucât a fost emisă în absența unui raport al procedurii de atribuire întocmit conform prevederilor legale.

(13) Se arată că Autorității Contractante îi incumbă obligația de a întocmi raportul procedurii în temeiul următoarelor prevederi legale:

■ art. 214 alin. (3) din Legea nr. 98/2016:

Autoritatea contractantă întocmește raportul procedurii într-un termen care să nu depășească:

a) 60 de zile lucrătoare, pentru procedurile prevazute la art. 68 alin. (1) lit. a), b), e) și g), de la data-limită de depunere a ofertelor/ofertelor initiale/proiectelor;

■ art. 216 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

Autoritatea contractantă are obligația de a întocmi raportul procedurii de atribuire pentru fiecare contract de achiziție publică atribuit sau acord-cadru încheiat, precum și pentru fiecare sistem dinamic de achiziții lansat.

■ art. 66 alin. (3) - (5) din Normele metodologice:

(3) Comisia de evaluare are obligația elaborării raportului procedurii de atribuire în conformitate cu art. 216 din Lege, care se aprobă de către conducatorul autorității contractante.

(4) Raportul procedurii se introduce în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

(5) După aprobarea raportului procedurii de atribuire prevăzut la alin. (3), autoritatea contractantă are obligația informării ofertanților cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege.

(14) Contestatorul este de părere că Autoritatea Contractantă, prin comisia de evaluare, avea obligația de a întocmi un raport al procedurii de atribuire, pe care să îl supună aprobării conducătorului său, anterior comunicării rezultatului procedurii. Un astfel de raport al procedurii nu a putut fi identificat de contestator nici în SEAP și nici cu ocazia studiului dosarului achiziției publice la sediul Autorității Contractante.

(15) În al doilea rând, petentul apreciază că Autoritatea Contractantă avea obligația de a publica Raportul procedurii în SEAP în aceeași zi cu transmiterea Comunicării rezultatului procedurii, astfel cum rezultă din:

■ art. 216 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia,

Raportul intermediar și raportul procedurii se publică în SEAP, semnate cu semnătură electronică calificată, în aceeași zi cu transmiterea comunicării prevazute la art. 215 alin. (1), fără referire la informațiile pe care operatorul economic le precizează și probează ca fiind confidențiale sau protejate de un drept de proprietate intelectuală; și

■ art. 66 alin. (4) din Normele metodologice, potrivit căruia,

Raportul procedurii se introduce în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic, semnat cu semnătură electronică

extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

(16) Se reține că Autoritatea Contractantă a comunicat, prin intermediul SEAP, doar Comunicarea rezultatului procedurii, Raportul procedurii nefiind publicat în SEAP în aceeași zi cu transmiterea Comunicării.

(17) Prin urmare, contestatorul opinează că Autoritatea Contractantă și-a încălcat și această obligație ce îi incumba în virtutatea dispozițiilor legale ante-citate.

3. Caracterul acceptabil al ofertei depuse de

(18) Contestatorul arată că Autoritatea Contractantă a respins oferta sa invocând prin Comunicare, în linii mari, următoarele aspecte:

- ofertantul nu ar fi făcut dovada că S.A. ar fi o instituție de credit în sensul art. 36 din Normele metodologice;

- din documentele prezentate ar rezulta doar că S.A. este înregistrată ca instituție financiară nebancară în Registrul General al BNR și prin urmare își desfășoară în mod legal activitățile de creditare, fapt ce nu o transformă în instituție de credit conform O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului (denumită în continuare „O.U.G. nr. 99/2006”);

- pentru a putea fi încadrată în categoria de „instituție de credit” în sensul art. 36 din Normele metodologice, o instituție financiară nebancară trebuie să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra în prevederile art. 3 lit. d) din O.U.G. nr. 99/2006 (pentru acordarea de credite ipotecare), iar S.A. nu ar îndeplini aceste condiții.

(19) Contestatorul afirmă că decizia de respingere a ofertei sale este netemeinică și nu este în concordanță cu dispozițiile legale întrucât:

- se fundamentează pe temeiuri legale inaplicabile, respectiv art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice;

- este rezultatul unei interpretări restrictive a noțiunii de instituție de credit de la art. 36 din Normele metodologice, contrară scopului modificării acestei dispoziții legale;

- ignoră faptul că Instrumentul de garantare prezentat de ofertant a fost emis de o instituție abilitată să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții;

- este disproporționată și încalcă scopul legislației achizițiilor publice, deoarece oferta contestatorului a fost respinsă în mod artificial, în pofida emiterii valabile a Instrumentului de garantare și îndeplinirii scopului garanției de participare.

3.1. Contestatorul menționează că art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice invocat prin Comunicarea rezultatului procedurii nu este aplicabil în cauză.

(20) Art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice indicat de Autoritatea Contractantă în Comunicare drept temei pentru respingerea ofertei nu este incident în cauză.

(21) Astfel, pentru a putea fi incident acest motiv de respingere, este necesar ca oferta să fi fost depusă de un ofertant:

- care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire; sau

- care nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

(22) Or, Autoritatea Contractantă a respins oferta petentului pentru preținse inadvertențe ale garanției de participare. Motivul expus în Comunicare nu se circumscrie situațiilor prevăzute de art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice, temeiul legal astfel invocat nefiind incident în cauză.

3.2. Contestatorul învederează că Autoritatea Contractantă interpretează în mod restrictiv noțiunea de instituție de credit de la art. 36 alin. (1) din Normele metodologice

(23) Autoritatea Contractantă restrânge nejustificat sfera „instituției de credit” de la art. 36 alin. (1) din Normele metodologice strict la categoriile de instituții de credit prevăzute de art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006.

(24) Această restrângere este în contradicție chiar cu interpretarea teleologică, respectiv interpretarea în funcție de scopul urmărit de reglementarea legală, la care trimite chiar Autoritatea Contractantă în Comunicare.

(25) Scopul urmărit de legiuitor prin modificarea art. 36 alin. (1) din Normele metodologice prin H.G. nr. 419/2018 a fost tocmai acela de a extinde sfera entităților emitente și la alte societăți (altele decât cele bancare), ce pot emite în mod valabil garanții de participare, conform legislației în vigoare.

(26) Astfel, în forma anterioară modificării art. 36 alin. (1) din Normele metodologice prin H.G. nr. 419/2018, variantele de constituire a garanției de participare erau reprezentate de (i) virament bancar sau (ii) un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se aflau în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii.

(27) Prin Nota de fundamentare a H.G. nr. 419/2018 (prin care a fost introdusă sintagma "instituție de credit") s-a precizat că

Se clarifică condițiile de constituire a garanției de participare și de către o societate nebanară.

(28) Scopul modificării legislative a vizat, așadar, lărgirea spectrului entităților emitente de garanții de participare și la societățile nebanare. Înălțurarea din acest spectru a instituției financiare nebanare, abilitată în mod expres de legislația specială să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții, este nejustificată în opinia contestatorului. Interpretarea restrictivă propusă de Autoritatea Contractantă prin Comunicare este, așadar, în fapt contrară tocmai acestui scop.

(29) În plus, Autoritatea Contractantă adaugă la dispozițiile legale. Art. 36 alin. (1) din Normele metodologice nu menționează că ar fi vorba doar despre o instituție de credit în sensul art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006 și nici nu exclude în mod expres instituția financiară nebanară din această categorie. O interpretare teleologică a dispoziției legale presupune, așadar, raportarea noțiunii de instituție de credit nu doar la definiția acesteia din O.U.G. nr. 99/2006, ci și la scopul modificării art. 36 alin. (1) din Normele metodologice și la scopul urmărit de legiuitor prin instituirea garanției de

participare. Aceste scopuri nu sunt în concordanță cu neluarea în considerare a garanțiilor de participare emise de instituții financiare nebancare, câtă vreme aceste entități sunt abilitate de legea specială să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții (astfel cum va detalia contestatorul la pct. 3.3. de mai jos).

(30) De altfel, petentul arată că modificările aduse definiției instituției financiare nebancare tind să contrazică la rândul lor interpretarea Autorității Contractante din Comunicare: (i) art. 5 lit. c) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare (denumită în continuare „Legea nr. 93/2009”), anterior modificării prin O.U.G. nr. 42/2011, definea instituțiile financiare nebancare drept entitățile, altele decât instituțiile de credit, ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de prezenta lege; (ii) art. 5 lit. c) din Legea nr. 93/2009 în forma actuală definește instituțiile financiare nebancare drept entități ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de prezenta lege, eliminându-se sintagma „altele decât instituțiile de credit”.

(31) Nu în ultimul rând, chiar Autoritatea Contractantă recunoaște că o instituție financiară nebancară poate fi încadrată în categoria de „instituție de credit” în sensul art. 36 din Normele metodologice, adaugând însă în mod artificial condiția capitalului social de 3.000.000 euro:

Comisia de evaluare a concluzionat că pentru a putea fi în categoria de „instituție de credit” în sensul art. 36 din HG 395/2016, o Instituție Financiară Nebancaă (IFN) trebuie să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la prevederile art. 3 litera d) din OUG 99/2006 (poate acorda credite ipotecare)

(32) Cu alte cuvinte, potrivit precizărilor din Comunicare, dacă ar fi avut un capital social de 3.000.000 euro și ar fi acordat credite ipotecare (fără nicio legătură, de altfel, cu emiterea de garanții), Autoritatea Contractantă ar fi acceptat garanția depusă de contestator, chiar fiind emisă de o instituție financiară nebancară. Contestatorul opinează că aceste contradicții în raționamentul Autorității Contractante confirmă per se netemeinicia respingerii ofertei sale.

3.3. Contestatorul menționează că S.A. este o entitate abilitată să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții de participare.

(i) Dispozițiile legale confirmă că instituția financiară nebancară poate desfășura activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții.

(33) Afirmațiile Autorității Contractante din Comunicare în sensul în care contestatorul nu ar fi dovedit că S.A. reprezintă o instituție de credit în sensul art. 36 alin. (1) din Normele metodologice sunt contrazise de dispozițiile legale și de documentele depuse drept răspuns la clarificări.

(34) S.A. desfășoară activități de creditare, fiind competentă să emită garanții, deci inclusiv garanții de participare la proceduri de achiziție publică, astfel cum rezultă, cu titlu de exemplu, din următoarele prevederi din Legea nr. 93/2009:

■ art. 5 lit. c) din Legea nr. 93/2009, potrivit căruia instituțiile financiare nebancare sunt definite drept entități ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de prezenta lege;

■ art. 7 alin. (1) din Legea nr. 93/2009, potrivit căruia denumirea unei entități care desfășoară activitate de creditare, în condițiile prezentei legi, va include sintagma instituție financiară nebancară sau abrevierea acesteia, I.F.N.;

■ art. 14 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 93/2009 (citată și prin Comunicare), potrivit căruia activitățile de creditare ce pot fi desfășurate de instituțiile financiare nebancare includ și emiterea de garanții.

(35) Se reține că documentele anexate de contestator Răspunsului la clarificări nr. 801/11.02.2021 confirmă de asemenea capacitatea S.A. de a desfășura activități de creditare, inclusiv de a emite garanții:

■ Notificarea emisă de Banca Națională a României (denumită în continuare „BNR”), potrivit căreia societatea S.A. este luată în evidență și înscrisă în Registrul General ținut la BNR sub un anumit număr de înregistrare;

■ Extrasul de pe pagina oficială de internet a BNR, din care rezultă că activitățile de creditare desfășurate de S.A. includ și emiterea de garanții.

(36) Contestatorul afirmă că, chiar Autoritatea Contractantă confirmă prin Comunicare că:

Din registrul furnizat și din documentele atașate rezultă doar că este înregistrată ca instituție financiară nebancară în Registrul General al BNR și prin urmare își desfășoară în mod legal activitățile de creditare, fapt ce nu o transformă în instituție de credit conform OUG 99/2006.

(37) Contestatorul afirmă că și din jurisprudența Consiliului rezultă că și alte autorități contractante au acceptat garanții de participare emise de astfel de instituții financiare nebancare:

Consiliul constata ca prin adresa nr. 21267/DEA/09.02.2017 autoritatea contractanta s-a adresat emitentului documentelor in discutie, respectiv SA, solicitandu-i precizari legate de valabilitatea documentelor depuse de contestatoare, ora exacta a emiterii fiecaruia dintre aceste documente si informatii legate de perioada in care au fost in vigoare cele doua documente, inclusiv solicitarea de informatii legate de modul in care a fost posibila modificarea scrisorii de garantie postata in SEAP.

Prin adresa nr. 21267/10.02.2017, ... SA precizeaza ca garantia nr. EFI20170206983 a fost emisa in 06.02.2017, ora. 13.40, iar la ora 14:51:58, la solicitarea clientului a fost modificat obiectul contractului si s-a reemis garantia, iar in data de 08.02.2017 s-a solicitat revenirea la prima forma a garantiei emise la data de 06.02.2017. Astfel, se confirma ca forma definitiva a garantiei este cea incarcata initial in SEAP.

Consiliul considera relevante dispozitiile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016: Garantia de participare reprezinta un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autoritatii contractante fata de riscul unui comportament necorespunzator al ofertantului pe toata perioada implicarii sale in procedura de atribuire.

Prin urmare, plecand de la scopul constituirii garantiei de participare, de protectie a autoritatii contractante, si luand in considerare faptul ca,

inainte de data limita de depunere a ofertelor, contestatoarea a postat in SEAP dovada constituirii garantiei de participare, Consiliul considera ca nu poate fi pusa in discutie lipsa constituirii garantei de participare si nici tardivitatea prezentarii originalului, clarificarile contestatoarei asupra acestui subiect fiind aduse in interiorul termenului stabilit de achizitoare, iar pana la data depunerii originalului documentului postat in SEAP, originalul detinut producea efecte nefiind anulat.

(38) Nu în ultimul rând, contestatorul susține că în practică, numeroase alte autorități contractante au acceptat garanții de participare/garanțiile de bună execuție emise de societatea S.A., astfel cum au fost acestea prezentate de Cu titlu de exemplu, pentru atribuirea și încheierea următoarelor contracte de achiziție publică, contestatorul a prezentat garanții de participare și garanții de bună execuție emise de S.A., în perioada 2020-2021:

■ pentru contracte de frunizare de Echipamente Protecție Covid 19, atribuite de:

o Spitalul Județean de Urgență ...- valoarea contractului a fost de 460.000 lei, la care se adauga TVA;

o Serviciul Județean de Ambulanță - valoarea contractului a fost de 621.000 lei, la care se adauga TVA;

o Serviciul Județean de Ambulanță -valoarea contractului a fost de 480.000 lei, la care se adauga TVA;

■ pentru contractul de Furnizare autospeciale (ambulanță A2), atribuit de Spitalul Clinic de Urgență pentru Copii - valoarea contractului a fost de 199.989 lei, la care se adauga TVA.

(ii) Contestatorul învederează că S.A. deține capitalul social minim pentru emiterea de garanții

(39) Se reține de către petent că Autoritatea Contractantă susține totodată prin Comunicare că pentru a putea fi încadrată în categoria de „instituție de credit” în sensul art. 36 din Normele metodologice, o instituție financiară nebancară ar trebui să aibă un capital social de 3.000.000 euro, pentru a se încadra în prevederile art. 3 lit. d) din O.U.G. nr. 99/2006 (poate acorda credite ipotecare).

(40) În primul rând, petentul apreciază că prin această mențiune, Autoritatea Contractantă recunoaște implicit că și o instituție financiară nebancară ar putea fi privită ca o instituție de credit în sensul art. 36 alin. (1) din Normele metodologice.

(41) În al doilea rând, contestatorul opinează că această concluzie a comisiei de evaluare nu poate fi validată de Consiliu.

(42) Se arată că potrivit art. 18 din Legea nr. 93/2009, capitalul social minim al instituțiilor financiare nebancare nu poate fi mai mic decât echivalentul în lei al sumei de 200.000 euro, respectiv 3.000.000 euro în cazul instituțiilor financiare nebancare care acordă credite ipotecare. Capitalul minim de 3.000.000 euro este, așadar, aplicabil doar pentru instituțiile financiare nebancare ce acordă credite ipotecare.

(43) Or, societatea S.A. nu acordă credite ipotecare, astfel cum rezulă chiar din informațiile precizate de Autoritatea Contractantă în Comunicare:

(44) Ceea ce este relevant pentru Instrumentul de garantare prezentat de contestator nu este activitatea de creditare constând în acordarea de credite ipotecare, ci aceea de emitere de garanții. Cele două activități de creditare ce pot fi desfășurate de către instituțiile financiare nebancare sunt prevazute distinct la art. 14 alin. (1) lit. a) și c) din Legea nr. 93/2009. Condiția capitalului minim de 3.000.000 euro este, așadar, irelevantă pentru capacitatea S.A. de a emite garanții de participare, în ipoteza de față nepunându-se problema acordării unui credit ipotecar.

3.4. Contestatorul menționează că respingerea ofertei sale este disproporționată și restricționează accesul său la procedura de atribuire.

(45) Se afirmă că măsura respingerii ofertei în pofida faptului că petentul a prezentat un Instrument de garantare valabil, care asigură îndeplinirea scopului garanției de participare nesocotește principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

(46) Prin proporționalitate se înțelege asigurarea corelației între necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite. În scopul analizării măsurii în care principiul proporționalității este respectat, contestatorul afirmă că este necesar a se avea în vedere faptul că acesta impune ca actele instituțiilor 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 inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport de scopurile urmărite.

(47) Importanța respectării principiului proporționalității în evaluarea ofertelor a fost subliniată constant și în jurisprudența C.N.S.C.:

In acest sens, Consiliul reiterează faptul ca, in procesul de evaluare a ofertelor, principiul proportionalitatii este unul dintre cele mai importante principii consacrate la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. In acest sens, proportionalitatea reprezinta un criteriu decisiv in evaluarea ofertelor, astfel ca dispozitiile Legii nr. 98/2016, respectiv a normelor de aplicare ale acesteia (H.G. nr. 395/2016), trebuie interpretate in sensul in care vointa legiuitorul este de a sanctiona doar acele abateri care se deosebsc substantial de viciile de forma. [...] In cazul de fata, Consiliul stabileste ca autoritatea contractanta trebuia sa dea dovada de diligenta si sa analizeze efectele actului juridic in cauza cu luarea in considerare a acestuia, dintr-o perspectiva generala a dreptului prin raportare la propriile cerinte [...]

(48) Contestatorul susține că în ipoteza de față, Autoritatea Contractantă a ales să recurgă în mod evident la măsura cea mai constrângătoare, aceea de respingere a ofertei, cu toate că Instrumentul de garantare:

- a fost emis în conformitate cu prevederile legale, astfel cum chiar Autoritatea Contractantă recunoaște prin Comunicare, neexistând vreun impediment pentru executarea acestuia;

- îndeplinește scopul prevăzut de art. 35 alin. (1) din Normele metodologice, respectiv protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire; astfel cum rezultă din conținutul Instrumentului de garantare, acesta (i) respectă Modelul de instrument de

garantare pus la dispoziție de Autoritatea Contractantă și acoperă cazurile legale de reținere a garanției de participare, (ii) prevede că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a Autorității Contractante, pe baza declarației acesteia cu privire la culpa persoanei garantate;

■ respectă suma și perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire, astfel cum a consemnat și Autoritatea Contractantă în Procesul-verbal nr. 93539 din 02.03.2021.

(49) Contestatorul arată că netemeinicia respingerii ofertelor în cazurile în care garanția de participare depusă de ofertant îndeplinește scopul prevăzut de art. 35 alin. (1) din Normele metodologice a fost reținută și în jurisprudența anterioară a C.N.S.C.:

Totodata, analizand, Consiliul constata ca SC ... SRL nu este strain de cele doua societati ce au depus oferta in asociere, avand acelasi administrator in persoana domnului ... si acelasi sediu (...., str. ..., judetul) cu acestea.

Plecand de la scopul constituirii garantiei de participare, de protectie a autoritatii contractante, si luand in considerare faptul ca, inainte de data limita de depunere a ofertelor, societatea contestatoare a depus dovada constituirii garantiei de participare, Consiliul considera ca nu poate fi pusa in discutie lipsa constituirii garantiei de participare.

Asadar, scrisoarea de garantie depusa de asocierea condusa de petenta serveste, in opinia Consiliului, scopului consacrat prin dispozitiile art. 35 din HG nr. 395/2016, acoperind riscurile prevazute de lege si de documentatia de atribuire, neexistand niciun inconvenient pentru autoritatea contractanta de a executa garantia de participare in cazurile prevazute de art. 37 din HG nr. 395/.....

Doar pentru ca autoarea contestatiei a prezentat dovada constituirii garantiei de participare de un alt operator economic nu inseamna ca oferta acesteia trebuia sa fie respinsa, cata vreme suma constituita in acest sens s-ar fi aflat in contul achizitoarei.

(50) Contestatorul precizează că Autoritatea Contractantă a optat practic pentru respingerea ofertei sale pentru un aspect pur formal, fără a fi expusă cu adevărat vreunui risc prin prezentarea unui Instrument de garantare perfect valabil, a cărui executare poate fi obținută de aceasta necondiționat, la prima sa cerere.

(51) În măsura în care ar fi considerat ad absurdum că Instrumentul de garantare nu poate fi acceptat sub nicio formă (în pofida validității sale conform celor arătate mai sus), Autoritatea Contractantă ar fi trebuit să precizeze expres prin solicitarea de clarificări că dorește prezentarea unei garanții de participare emise de o instituție de credit strict în sensul art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006 și care acorda astfel și credite ipotecare. Este clar pentru petent că Autoritatea Contractantă i-a solicitat clarificări doar ca o simplă formalitate, pentru a susține ulterior îndeplinirea obligației prevăzute la art. 132 alin. (3) din Normele metodologice, deși opinia sa era formată de la bun început. Dacă ar fi urmărit cu adevărat clarificarea aspectelor neclare privind forma garanției de participare, conform interpretării sale, Autoritatea Contractantă ar fi trebuit să formuleze

solicitarea de clarificări într-o manieră corespunzătoare. Or, astfel cum a reținut Consiliul în jurisprudența sa anterioară:

[...] Este evident ca posibilitatea acordata de legiuitor in vederea clarificarii, cu ofertantul, a eventualelor neconcordante cu privire la indeplinirea conditiilor de forma ale garantiei de participare, inclusiv cele privind quantumul si valabilitatea, trebuie sa aiba si un scop, respectiv acela de inlaturare a acestor neconcordante, in cazul quantumului garantiei de participare, finalitatea urmarita fiind aceea ca autoritatea contractanta sa fie in posesia instrumentului prin care se constituie o garantie de participare in quantumul stabilit de aceasta prin documentatia de atribuire. In speta analizata, desi prin adresa nr. 1179/IM din 17.01.2018, autoritatea contractanta a invocat prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, nu a cerut ofertantei decat sa prezinte clarificari privind quantumul garantiei sale de participare, asa cum a fost prezentata la depunerea ofertei[...] In concluzie, Consiliul stabileste nelegalitatea deciziei autoritatii contractante de a respinge oferta SC... SA. [...]

(52) Contestatorul este de părere că prin comportamentul său, Autoritatea Contractantă a condus totodată și la restricționarea participării sale la procedura de atribuire, dar și la denaturarea concurenței în cadrul acesteia, fiind încălcat art. 1 alin. (2) și (3) din Normele metodologice și scopul legislației achizițiilor publice, prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv achiziția de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

4. Inadmisibilitatea ofertei

4.1. Contestatorul învederează că ofertantul nu a depus propunerea tehnică în deplină conformitate cu prevederile documentației de atribuire și nu îndeplinește criteriile de calificare privind subcontractanții și capacitatea de exercitare a activității profesionale.

(53) Se reține că Autoritatea Contractantă a impus o serie de cerințe stricte cu privire la propunerea tehnică. Astfel, în privința propunerii tehnice, ofertantul avea obligația să respecte și următoarele cerințe din:

■ Secțiunea IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date, potrivit căreia:

În acest scop, pornind de la propria expertiză a ofertantului în domeniul contractului ce urmează să fie atribuit și prin raportare la necesitățile, obiectivele și constrângerile autoritatii contractante, astfel cum au fost acestea descrise în cadrul Caietului de sarcini, propunerea tehnică va cuprinde informații relevante privind abordarea propusă de ofertant pentru execuția contractului printre care:

1. Informații privind produsele care vor fi furnizate:

*-Datele de livrare și montaj propuse – graficul de livrare și montaj;
-Informații referitoare la producător (inclusiv datele de contact ale acestuia);*

- Specificațiile /cerințele funcționale ale produselor ofertate conform tabelului indicat in caietul de sarcini punctul 2.6.

2. Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la:

a) garanție și remedierea defectelor apărute în perioada de garanție în contextul cerințelor incluse in Caietul de Sarcini;

b) livrare, proiectare, asistent tehnica, execuție lucrari instalare, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în Caietul de Sarcini, prin

prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor

c) ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în Caietul de Sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor

d) transportul produselor, inclusiv asigurare pe durata transportului în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în Caietul de Sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor

e) Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la instalare, testare și punere în funcțiune, în contextul responsabilităților și

f) Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la instruirea personalului

g) Măsurile aplicabile de către ofertant pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor din domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă — precizarea prevederilor legislative aplicabile, modalitatea de îndeplinire a acestora, poziția din propunerea financiară și costul care reflectă aplicarea prevederilor legale în cauză.

3. Planificarea fizică și valorică a activităților pe săptămâni (graficul de implementare a contractului), cu indicarea tuturor fazelor/etapelor de realizare a acestora, în ordinea și succesiunea logică a evenimentelor {cu duratele de timp necesare pe activități și poziționarea în timp a acestora, precum și cu evidențierea punctelor de control/jaloanelor relevante pentru urmărirea realizărilor, respectiv intervalele de raportare aplicabile), împreună cu alocarea resurselor umane pe parcursul furnizării produselor/instalării echipamentelor oferite.

4. Evidențierea garanțiilor solicitate prin caietul de sarcini:

Garanția autovehiculului: minim 36 luni sau 200.000 km

Garanția motorului minim 60 luni sau 200.000 km

Garanția echipamentelor medicale minim 24 luni.

5. Angajamentul ofertantului de a nu subcontracta furnizarea produselor ulterior emiterii comenzii de livrare fără acceptul autorității/entității contractante, către operatori economici care nu au fost nominalizați ca fiind subcontractanți de specialitate în cadrul ofertei în alte condiții decât cele prevăzute la art. 219 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art 151 din Anexa la H.G.

6. Indicarea în cadrul ofertei a faptului ca la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă conform prevederilor art. 51 alin. 2 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice. În cazul în care ofertantul nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii oferta va fi respinsă ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. 2 litera d) din H.G. 395/2016. Se vor completa formularele aferente: Formular - Declarație Privind Respectarea Reglementărilor Naționale De Mediu și Formular - Declarație Privind Respectarea Reglementărilor Din Domeniul Social Si Al Relațiilor De Munca. În cazul unei asocieri, aceasta declarație va fi asumată de toți membri asocierii. Informații

suplimentare pot fi obtinute pe site-ul [http://www.mmuncii.ro/j33/inde\)<.php/ro/](http://www.mmuncii.ro/j33/inde)<.php/ro/) si de la Agentia Nationala pentru

7. Indicarea, motivata, a informatiilor din propunerea tehnica care sunt confidentiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuala, in baza legislatiei aplicabile, partea din propunerea tehnica considerata confidentiala va fi prezentata intr- un document separat continand aceasta mentiune. In cazul in care aceste conditii nu sunt incidente Formularul - Declaratie cuprinzand - informatiile considerate confidentiale nu va fi depus, propunerea tehnica fiind astfel considerata ca document public in sensul legii 544/2001 privind liberul acces la informatiile de interes public. Ofertantii vor atasă prezentei dovezi care conferă caracterul confidențial al informatiilor indicate ca fiind confidentiale.

8. Se va prezenta Formular - declaratie privind acceptarea clauzelor contractuale. Autoritatea contractanta va aplica prevederile art 137 alin 3 litera b din HG 395/2016. Astfel, este permis operatorilor economici sa formuleze amendamente cu privire la clauzele contractuale din propunerea de contract odata cu depunerea ofertei, urmand ca pe parcursul evaluarii ofertelor daca devine aplicabil autoritatea contractanta sa aiba in vedere prevederile art 137 alin 3 litera b din HG 395/2016

9. Autoritatea contractanta solicita ofertantului sa precizeze în oferta partea/partile din contract pe care urmeaza sa le subcontracteze si datele de identificare ale subcontractantilor propusi - numele, datele de contact si reprezentantii legali ai subcontractantilor - in masura in care acestia sunt cunoscuti la momentul ofertării. Se va completa o lista cuprinzand subcontractantii. Subcontractantii propusi trebuie sa respecte aceleasi obligatii ca si ofertantii, în domeniul mediului, social si al relatiilor de munca, stabilite prin legislatia adoptata I nivelul Uniunii Europene, legislatia nationala, prin acorduri colective sau prin tratatele si acordurile internationale. Subcontractantii vor completa : Formular - Declaratie Privind Respectarea Reglementărilor Naționale De Mediu si Formular - Declaratie Privind Respectarea Reglementărilor Din Domeniul Social Si Al Relatiilor De Munca

10. Propunerea tehnica trebuie sa corespunda cerințelor minime prevăzute in caietul de sarcini conform art. 133 din HG 395/2016. si se va corela cu propunerea financiara sub sanctiunea respingerii ofertei ca neconforma in baza art 137 alin 3 litera d din HG 395/2006

11. Specificatiile tehnice care indica o anumita origine, sursa, productie, un procedeu special, o marca de fabrica sau de comerț, un brevet de inventie, o licența de fabricație, sunt mentionate doar pentru identificarea cu ușurința a tipului de produs si NU au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. Aceste specificatii vor fi considerate ca fiind

12. Ofertantii vor atasă declaratia GDPR regăsită în cadrul documentelor "Formulare", sub sanctiunea respingerii ofertei ca neconformă în baza art. 215 alin. 5 din Legea 98/2016.

13. Propunerea tehnică va fi paginată și opisată, opisul va fi pagina zero a propunerii.

■ Caietul de sarcini, potrivit căruia:

Caietul de sarcini respectiv specificatiile generale, specificatiile tehnice si criteriul de atribuire fac parte integranta din Documentatia de Atribuire si constituie ansamblul cerintelor pe baza carora se elaboreaza, de catre fiecare Ofertant, Propunerea Tehnica.

Cerințele impuse prin caietul de sarcini vor fi considerate ca fiind minimale si obligatorii. În acest sens, oferta de baza prezentata care se abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luata in considerare numai in masura in care propunerea tehnica presupune asigurarea unui nivel calitativ superior indeplinirii cerintelor solicitate.

Cu cerintele solicitate prin prezentul caiet de sarcini in ceea ce priveste specificatiile tehnice, se va demonstra prin prezentarea documentatiei tehnice din partea producatorilor pentru produsele oferate. Documentele de sustinere a indeplinirii cerintelor din Specificatii tehnice vor fi prezentate in cadrul propunerii tehnice. Lipsa documentelor de tehnice din partea producatorului va duce la respingerea ofertelor ca neconforme in baza art 137 alin 3 lit a din HG 395/2016, facand imposibila evaluarea. Prezentarea incompleta a documentelor tehnice din partea producatorului va constitui baza pentru solicitarea de clarificari, oferta fiind respinsa ca neconforma si/sau inacceptabila in cazul in care raspunsul ofertantului se va incadra in situatiile prevazute la art 137 alin 3 lit a din HG 395/2016 si/sau la art 134 alin 5 din HG 395/2016.

(54) Cu titlu de exemplu, petentul arată că prin Caietul de sarcini, Autoritatea Contractantă a solicitat printre echipamentele medicale inclusiv un ventilator pentru transport, conform specificațiilor tehnice de la pag. 10-12. Ventilatorul Hamilton T1 este comercializat în România de societatea Aceasta este singura societate acreditată pentru instalarea și punerea în funcțiune a acestui tip de echipament în România, conform avizului emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România. În cadrul acestei proceduri de atribuire, ... are calitatea de subcontractant al petentului și nu a transmis oferta către vreun alt ofertant. Contestatorul afirmă că nu poate livra, instala și pune în funcțiune acest ventilator în mod legal și, pe cale de consecință, nu a demonstrat respectarea tuturor specificațiilor tehnice privind ventilatorul, astfel cum au fost acestea impuse de Autoritatea Contractantă prin Caietul de sarcini.

(55) Totodată, având în vedere că:

- potrivit art. 3 alin. (1) pct. 51 din Legea nr. 98/2016, subcontractantul este orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;

- obiectul contractului de achiziție publică potrivit pct. II.2.4 din Fișa de date constă în furnizarea unei bucăți AMBULANȚĂ TIP MMU și servicii accesorii de instalare, punere în funcțiune, testare și instruire personal, pentru obiectivul de investiții;

- furnizorul ventilatorului îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului, asigurând inclusiv prestarea serviciilor de instalare și punerea în funcțiune a acestui echipament, pentru care este necesară deținerea unor autorizații speciale;

- Conform pct III.1.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale - din Fișa de date, se solicită dovedirea de către operatorii economici a faptului că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului (deci inclusiv deținerea avizelor atunci când aceasta este obligatorie potrivit legislației aplicabile pentru efectuarea operațiunilor de instalare și punere în funcțiune a echipamentelor medicale);

- potrivit pct. III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională - din Fișa de date, ofertanții aveau obligația de a declara subcontractanții și de a depune documentele relevante pentru aceștia, contestatorul opinează că avea obligația de a declara drept subcontractant societatea care furnizează ventilatorul și asigură serviciile de instalare și punere în funcțiune ale acestuia.

(56) Întrucât a depus o propunere tehnică ce nu respectă cerințele din documentele achiziției, contestatorul susține că oferta trebuia respinsă ca:

- neconformă, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;

- neadecvată, potrivit art. 215 alin. (51) din Legea nr. 98/2016, întrucât oferta este lipsită de relevanță față de obiectul contractului, neputând în mod evident satisface, fără modificări substanțiale, necesitățile și cerințele autorității contractante indicate în documentele achiziției;

- inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice, întrucât:

- o nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia;

- o nu îndeplinește criteriul de calificare privind declararea subcontractanților și capacitatea de exercitare a activității profesionale.

5. Restricționarea accesului la dosarul achiziției publice și repunerea în termenul legal de contestare

(57) Contestatorul precizează că Autoritatea Contractantă i-a îngreunat accesul la dosarul achiziției publice în mod nejustificat și în contradicție cu prevederile legale aplicabile, prin neacordarea accesului la toate documentele din dosarul achiziției publice, respectiv la propunerea tehnică depusă de

5.1. Autoritatea Contractantă a restricționat accesul petentului și la informații din propunerea tehnică nedeclarate confidențiale de către

(58) Ab initio, decizia Autorității Contractante de a restricționa întru totul accesul contestatorului la propunerea tehnică a este în opinia sa nelegală și netemeinică.

(59) Se reține că din Declarația cuprinzând informații considerate confidențiale rezultă fără echivoc faptul că acest ofertant nu a declarat confidențială propunerea tehnică în integralitatea sa. Cu titlu de exemplu, din formularul de propunere tehnică au fost indicate drept confidențiale

doar denumirile echipamentelor oferite și producătorii acestora, iar nu tot formularul de propunere tehnică.

(60) Contestatorul apreciază că Autoritatea Contractantă avea obligația de a-i acorda acces la aceste informații din propunerea tehnică, ce nici măcar nu au fost indicate ca fiind confidențiale de

5.2. Contestatorul susține că documentația tehnică nu poate fi declarată confidențială în integralitate.

(61) Afirmă petentul că este imposibil ca toate informațiile din fișele tehnice/schițele tehnice/broșurile pentru ambulanță și pentru echipamentele din dotarea acestuia să fie confidențiale, în condițiile în care acestea reflectă exclusiv îndeplinirea (sau, după caz, neîndeplinirea) cerințelor solicitate de Autoritatea Contractantă prin documentația de atribuire.

(62) În acest sens, contestatorul arată că Consiliul a reținut într-o altă speță că:

cel mult informațiile care stau la baza elaborării propunerii tehnice pot fi confidențiale, nu însă propunerea tehnică care reprezintă modalitatea concretă prin care un ofertant va demonstra îndeplinirea necesității autorității contractante care este detaliată în cadrul caietului de sarcini, situație în care operatorul are obligația de a indica/arata/semnala care sunt acele informații confidențiale care se regăsesc în propunerea tehnică.

(63) Mai mult, contestatorul precizează că fișele tehnice ale echipamentelor indicate de ca fiind confidențiale reprezintă în multe cazuri chiar documente disponibile în mediul online, regăsindu-se publicate în unele cazuri chiar pe site-urile oficiale ale producătorilor.

5.3. Contestatorul afirmă că nu a motivat și nu a dovedit în concret caracterul confidențial al informațiilor din propunerea tehnică indicate ca având acest regim.

(64) Din interpretarea coroborată a prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din Normele metodologice și art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, accesul ofertanților la dosarul achiziției poate fi restrâns numai în cazul în care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

- ofertantul a specificat care dintre informațiile din documentele depuse în cadrul procedurii ar fi confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;

- în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic;

- caracterul confidențial este temeinic motivat în baza legislației aplicabile și este demonstrat prin mijloace adecvate de probă;

- motivarea caracterului confidențial, inclusiv arătarea eventualelor prejudicii, a fost expusă în cadrul ofertei de operatorul economic.

(65) Mai mult, obligația operatorilor economici de a dovedi caracterul confidențial al informațiilor indicate ca având acest regim a fost precizată și:

■ la punctul 7 din secțiunea IV.4.1.) - Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date, potrivit căruia propunerea tehnică va cuprinde inter alia:

7. Indicarea, motivata, a informațiilor din propunerea tehnică care sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile, partea din propunerea tehnică considerată confidențială va fi prezentată într-un document separat conținând aceasta mențiune. În cazul în care aceste condiții nu sunt incidente Formularul - Declarație cuprinzând - informațiile considerate confidențiale nu va fi depus, propunerea tehnică fiind astfel considerată ca document public în sensul legii 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public. Ofertantii vor atașa prezentei dovezi care conferă caracterul confidențial al informațiilor indicate ca fiind confidențiale.

■ în cadrul formularelor, parte a documentației de atribuire, în care se precizează inclusiv faptul că se vor avea în vedere prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016:

Justificarea caracterului confidential. Se vor avea în vedere prevederile art 19 din Legea 101/2016.

(66) Prin urmare, în vederea restricționării accesului contestatoarei, Autoritatea Contractantă avea obligația ca, pentru fiecare categorie de informație/document declarat(a) confidențial/ă din propunerea tehnică:

■ să analizeze modul în care a demonstrat în concret cum ar prejudicia dezvoltarea acesteia interesele sale legitime;

■ să analizeze mijloacele de probă adecvate și concrete prezentate pentru susținerea celor de mai sus, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta situație.

(67) Se reține că a depus drept mijloc de probă pentru caracterul confidențial al propunerii tehnice documentul „Politica de confidențialitate a informațiilor în cadrul S.R.L. - Secrete tehnice și comerciale. Drepturi de autor” (denumită în continuare „Politica de confidențialitate”).

(68) Motivarea expusă în Politica de confidențialitate este în opinia contestatorului una generală, care nu demonstrează în concret caracterul confidențial al informațiilor/documentelor din propunerea tehnică indicate drept confidențiale de ofertantul declarat câștigător în prezenta procedură. Politica de confidențialitate include doar alegații cu titlu general și o înșiruire de dispoziții legale nedovedind într-o manieră concretă confidențialitatea informațiilor/documentelor din propunerea tehnică declarate ca atare. Or, contestatorul apreciază că prin acceptarea acestui document general drept dovadă a caracterului confidențial al datelor/informațiilor indicate de ofertant, se eludează tocmai scopul dispoziției legale.

(69) Cu titlu de exemplu, petentul susține că:

■ nu arată în concret care este motivul pentru care denumirile echipamentelor oferite și producătorii acestora ar reprezenta informații confidențiale în sensul legii; aceasta s-ar fi impus cu atât mai mult cu cât chiar a publicat pe pagina sa oficială de internet o listă de parteneri contractuali, recunoscând astfel că asemenea informații nu au natură confidențială;

■ deși invocă aplicabilitatea Legii nr. 11/1991, ... nu demonstrează îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991 cu privire la secretele comerciale pentru fiecare categorie de informații/documente din propunerea tehnică indicate ca fiind confidențiale;

■ citează în Politica de confidențialitate art. 10 din O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, în pofida faptului că prezenta procedură de atribuire este guvernată de prevederile Legii nr. 98/2016;

■ sunt citate o serie de dispoziții ale Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe („Legea nr. 8/1996”) și ale Legii nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale („Legea nr. 129/1992”), dar nu se arată pentru fiecare document/informație în parte: (i) motivul pentru care aceasta reprezintă o operă originală de creație intelectuală în sensul art. 7 din Legea nr. 8/1996, (ii) sau faptul că desenul/modelul ar fi înregistrat conform prevederilor Legii nr. 129/1992; în fapt, ... nu a prezentat vreo dovadă concretă a drepturilor de proprietate intelectuală asupra informațiilor/documentelor indicate drept confidențiale.

(70) Enumerarea în cadrul Politicii de confidențialitate a unor precizări cu caracter general referitoare la informațiile confidențiale, secrete comerciale și protejate de dreptul de autor și a unor prevederi legale din diverse acte normative (e.g. Legea nr. 11/1991, Legea nr. 8/1996), nu poate fi, în niciun caz, asimilată unei motivări corespunzătoare însoțite de mijloace de probă de natură a conduce la restricționarea accesului petentului la aceste documente, astfel cum a reținut C.N.S.C., în jurisprudența sa constantă. Amintește contestatorul, cu titlu de exemplu, Decizia publicată în B02021_517 :

Prin adresa nr. 646/04.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 10753/04.03.2021, ... precizează ca nu este de acord ca ... SRL să consulte documentele declarate de societatea sa ca fiind confidențiale. Așa cum reiese din Declarația privind partea/partile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial, depusă în cadrul ofertei, acestea contin informații cu privire la modalitatea prin care se vor îndeplini cerințele caietului de sarcini, modalitatea optimizată din punct de vedere al strategiei, al elementelor componente și pe cale de consecință a corespondentului acestor elemente în formarea și justificarea tarifului oferit. În concluzie, informațiile sunt rezultatul eforturilor resurselor umane proprii și a investițiilor societății, au caracter secret și sunt protejate prin proceduri interne, regulamente și contracte de confidențialitate. [...], se observă că cei doi operatori economici interpelați nu au reușit să demonstreze că propunerile lor tehnice și financiare, a căror confidențialitate o susțin, cuprind secrete tehnice și/sau comerciale sau informații vizate de anumite drepturi de proprietate intelectuală, care să justifice restricționarea accesului la conținutul acestora, simplele alegații sub acest aspect nefiind suficiente. Pe cale de consecință, analizând răspunsul celor doi ofertanți, CNSC a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei

conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

(71) Contestatorul arată că, concluziile Consiliului în sensul în care este necesară justificarea în mod concret a caracterului confidențial al informațiilor indicate drept confidențiale cu respectarea tuturor condițiilor arătate mai sus, au fost confirmate și prin jurisprudența anterioară a instanțelor de judecată:

Aceeași abordare rezulta și din jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție, care a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general (Hotărârea Curții din 24 iunie 1986, AKZO Chemie BV și AKZO Chemie UK Ltd împotriva Comisiei Comunităților Europene, pct. 28). Cu toate acestea, a mai statuat că examinarea impusă pentru soluționarea unei cereri de acces la documente trebuie să aibă caracter concret. Astfel, simpla împrejurare că un înscris vizează un document protejat de o excepție nu este suficientă pentru a justifica aplicarea acesteia din urmă. O astfel de aplicare nu poate fi justificată, în principiu, decât în ipoteza în care institutia a apreciat în prealabil dacă accesul la document era de natura să aducă atingere în mod concret și efectiv interesului protejat. În plus, pentru a putea fi invocat, riscul de a aduce atingere interesului protejat trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic

(Hotărârea din 16 decembrie 2008, cauza C-213/07 privind o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Symvoulion tis Epikrateias, Grecia).

(72) Regula este, așadar, transparența și accesul liber la informațiile de interes public cuprinse în dosarele de achiziții publice, orice eventual refuz fiind necesar să fie temeinic motivat și dovedit, respectiv să se demonstreze în concret că ar conduce în mod obiectiv la prejudicierea intereselor legitime ale respectivului operator economic.

(73) Față de cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că Autoritatea Contractantă a restricționat în mod nelegal accesul său la dosarul achiziției publice în format integral.

5.4. Contestatorul susține că sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de lege pentru repunerea în termen.

(74) Potrivit art. 186 din Codul de procedură civilă, partea care a pierdut un termen procedural va fi repusă în termen numai dacă dovedește că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate. Motivele justificate reprezintă acele împrejurări care, fără a avea gravitatea forței majore, sunt exclusiv de culpă, fiind piedici relative, iar nu absolute.

(75) Contestatorul afirmă că toate condițiile prevăzute de lege pentru repunerea în termen în sensul prevăzut la art. 186 din Codul de procedură civilă sunt, astfel, îndeplinite:

- contestatorul a depus toate diligențele posibile pentru a obține accesul la dosarul integral al achiziției publice, anterior expirării termenului legal de contestare, deplasându-se la pentru acest studiu;

- Autoritatea Contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a asigura accesul nerestricționat la dosar în conformitate cu prevederile legale;

- această decizie aparține exclusiv Autorității Contractante, petentul neavând și neputând să aibă vreun control asupra acesteia;

■ contestatorul apreciază că nu poate fi restricționat în dreptul legal de a formula contestație împotriva unui act al autorității contractante chiar de conduita acestei autorități.

(76) În acest sens, în măsura în care din analiza dosarului achiziției în mod complet vor reieși și alte critici referitoare la inadmisibilitatea ofertei, petentul solicită Consiliului să procedeze la analiza acestora și să-l repună în termenul de contestare.

(77) Contestatorul face precizarea că necesitatea repunerii în termen în astfel de situații a fost reținută și în practica instanțelor de judecată astfel:

■ *prin Decizia nr. 3191/R-CONT din 21 octombrie 2013 , Curtea de Apel Pitesti a dispus ca incalcarea drepturilor procedurale ale contestatoarei prin refuzul de acces la documente esentiale din dosarul achizitiei publice are drept consecinta luarea in considerare, in instanta, a tuturor motivelor pe care contestatoarea le-ar fi invocat dupa luarea la cunostinta a adresei respective:*

Avand in vedere principiile si scopurile ce stau la baza procedurii achizițiilor publice, declarate de legiuitor la art. 2 din ordonanța, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, nediscriminarea, asigurarea transparenței si integritatii procesului de achizitie publica, asigurarea utilizarii eficiente a fondurilor publice, rezulta ca o astfel de procedura angreneaza informații eminamente de interes public, astfel incat exceptiile de la acest caracter trebuie sa fie temeinic justificate, astfel cum impune, de altfel, art. 24 din ordonanta. Or, declararea drept confidentiale a tuturor informatiilor din adresa de raspuns la clarificari ce priveste oferta financiara, fara a se indica nici macar generic ratiunile care ar justifica o atare masura, nu constituie o masura justificata obiectiv, potrivit dispozitiilor legale citate, ci una care pune practic contestatoarea in imposibilitatea sustinerii contestatiei, lipsind de continut dreptul la formularea unei contestatii.

Aceeasi abordare rezulta si din jurisprudenta constanta a Curtii Europene de Justitie, care a recunoscut protectia secretelor comerciale ca un principiu general (Hotararea Curtii din 24 iunie 1986, AKZO Chemie BVsi AKZO Chemie UK Ltdimpotriva Comisiei Comunitatilor Europene, pct. 28). Cu toate acestea, a mai statuat ca examinarea impusa pentru solutionarea unei cereri de acces la documente trebuie sa aiba caracter concret. Astfel, simpla imprejurare ca un inscris vizeaza un document protejat de o exceptie nu este suficienta pentru a justifica aplicarea acesteia din urma. O astfel de aplicare nu poate fi justificata, in principiu, decat in ipoteza in care institutia a apreciat in prealabil daca accesul la document era de natura sa aduca atingere in mod concret si efectiv interesului protejat. In plus, pentru a putea fi invocat, riscul de a aduce atingere interesului protejat trebuie sa fie previzibil in mod rezonabil, iar nu pur ipotetic (Hotararea din 16 decembrie 2008, cauza C-213/07 privind o cerere de pronuntare a unei hotarari preliminare formulata de Symvoulion tis Epikrateias, Grecia).

Acestea sunt motivele pentru care Curtea investita cu prezenta cauza retine ca drepturile procedurale ale contestatoarei au fost incalcate in fata

Consiliului prin refuzul de acces la documentul esential in acest stadiu al procedurii, fara a se oferi o explicatie concludenta pentru aceasta. O atare incalcare are drept consecinta luarea in considerare, in instanta, a tuturor motivelor pe care contestatoarea le-ar fi invocat dupa luarea la cunostinta a adresei respective.

■ *prin Decizia nr. 3066 din 22.09.2017, Curtea de Apel Cluj a dispus repunerea in termenul de motivare a contestatiei, ca urmare a acordarii accesului la dosarul achizitiei publice:*

Cat priveste plangerea petentei D... S.R.L. , aceasta solicita in primul rand repunerea in termenul de a motiva contestatia si implicit analiza, in intregime, a criticilor formulate fata de ofertele clasate pe locurile 1 si 2. Dupa cum am aratat deja, in sedinta publica din data de 26.06.2017, Curtea a respins cererea petentei de acces la dosarul T...S . A . dar a admis cererea de acces cu privire la dosarul D si a dispus repunerea petentei in termenul de a motiva contestatia fata de oferta D..., in termen de 5 zile de la data la care are acces la dosar. In consecinta, aceasta solicitare a fost solutionata in cursul procesului.

6. Încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice și restricționarea concurenței în cadrul procedurii

(78) Contestatorul susține că, pe lângă principiul proporționalității, prin respingerea ofertei sale, Autoritatea Contractantă a încălcat în mod grav și principiile tratamentului egal și transparenței prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, astfel:

■ nu a întocmit și nici nu a publicat în SEAP un raport al procedurii, demonstrând o conduită netransparentă;

■ a restricționat accesul petentului la dosarul achiziției publice, neacordând acces la propunerea tehnică a;

■ a restricționat accesul petentului la procedură prin respingerea ofertei în pofida prezentării unui Instrument de garantare emis în mod valabil ce asigură îndeplinirea scopului garanției de participare și poate fi executat de Autoritatea Contractantă;

■ a evaluat oferta petentului în mod netransparent prin aplicarea altor prevederi decât cele aduse la cunoștința ofertanților prin documentația de atribuire; Autoritatea Contractantă nu a precizat la niciun moment în cadrul documentației de atribuire că acceptă garanții de participare emise de instituții financiare nebancare doar dacă acestea au un capital social de minim 3.000.000 euro și care pot acorda credite ipotecare, astfel cum precizează în Comunicare.

(79) Gravitatea încălcării principiilor în materia achizițiilor publice este dovedită inclusiv de sancțiunea severă prevăzută la art. 224 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 224 alin. (2) din același act normativ, respectiv amenda de la 5.000 lei la 30.000 lei.

7. Anularea procedurii de atribuire

(80) În subsidiar, în situația în care Consiliul va respinge capetele de cerere formulate în principal, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire.

7.1. Anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016

(81) Contestatorul solicită anularea procedurii față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire, în

conformitate cu art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prevede că prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevazute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

(82) Astfel, contestatorul susține că jurisprudența este unanimă în a aprecia că:

procedura de atribuire se considera afectata in cazul in care, in cadrul documentatiei de atribuire si/sau in modul de aplicare a procedurii de atribuire, se constata erori sau omisiuni care au ca efect incalcarea principiilor achizitiilor publice, iar autoritatea contractanta se afla in imposibilitatea de a adopta masuri corective fara ca acestea sa conduca, la randul lor, la incalcarea principiilor privind nediscriminarea, tratamentul egal, recunoasterea reciproca, transparenta, proportionalitatea, eficienta utilizarii fondurilor publice.

(83) Contestatorul menționează că abaterile grave care afectează procedura de atribuire rezultă cu titlu de exemplu din:

- faptul că Autoritatea Contractantă nu a întocmit și nu a publicat în SEAP un raport al procedurii, contrar obligațiilor ce îi incumbă în temeiul art. 214 alin. (3), art. 216 alin. (4) și art. 216 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 66 alin. (3) - (5) din Normele metodologice;

- caracterul disproporționat al măsurii de respingere a ofertei, în pofida emiterii valabile a Instrumentului de garantare și îndeplinirii scopului garanției de participare;

- modul viciat în care Autoritatea Contractantă a evaluat oferta, prin interpretarea dispozițiilor legale contrar scopului acestora și comunicarea unor cerințe privind instituția emitentă a garanției de participare abia ulterior evaluării ofertelor; Autoritatea Contractantă și-a motivat decizia de respingere a ofertei contestatorului pe faptul că instituția financiară nebanară emitentă a Instrumentului de garantare trebuia să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la prevederile art. 3 lit. d) din O.U.G. nr. 99/2006 (poate acorda credite ipotecare); o astfel de cerință ar fi trebuit să se regăsească la nivelul documentației de atribuire; respingerea ofertei în lipsa unei cerințe clare și exprese în acest sens la nivelul documentației încălcând vădit principiile transparenței și egalității de tratament.

(84) În concluzie, în situația în care Consiliul va considera că procedura de atribuire este atât de grav viciată, încât nu se mai pot lua măsurile de remediere necesare (i.e. reevaluarea ofertei depuse de, cu consecința declarării acesteia drept acceptabile și admisibile), contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire. Contestatorul susține în acest sens că potrivit art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.

7.2. Anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016

(85) Contestatorul afirmă că în ipoteza în care Consiliul nu va admite capătul de cerere formulat în principal cu privire la reevaluarea ofertei depuse de și, în contextul în care oferta depusă de este vădit inadmisibilă, se impune anularea procedurii de atribuire și în temeiul prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 - nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Pentru toate aceste motive, Consiliul este rugat să dispună în sensul admiterii prezentei contestații.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă formulează Punct de vedere la contestația depusă de SC SRL precizând următoarele:

1. La procedura de atribuire în dezbatere și-au depus ofertele următorii ofertanți:

1. SRL avându-l ca subcontractant pe ... CIF: ... și pe ... CIF: RO ...

2. SRL

2. Evaluarea ofertelor a fost realizată de comisia de evaluare numită prin Dispoziția Primarului cu nr. 685 din 09.02.2021 și a fost consemnată în cele 6 procese verbale, pe etape, procesele verbale fiind atașate în integralitate prezentei, în cadrul dosarului de achiziție publică.

3. Pe parcursul evaluării, au fost respinse următoarele oferte:

Nr. crt.	Ofertant	Motivele care au stat la baza deciziei
1	 SRL	- oferta a fost RESPINSA ca inacceptabila potrivit art. 132 alin. 3 din HG 395/2016. - Oferta a fost respinsa prin procesul verbal cu nr. 2/93539 din 02.03.2021 deoarece cerința impusa de art. 36, alin. (1) din HG 395/2016, ca instrumentul de garantare sa fie emis de o institutie de credit , nu este îndeplinita in situatia in care instrumentul prezentat a fost constituit de o institutie financiara nebankara (IFN).

1) În ce privește afirmația contestatorului - „Autoritatea contractantă nu a întocmit și nu a publicat Raportul procedurii în SEAP”

Contrar susținerilor SRL, autoritatea contractantă, susține că în data de 23.06.2021, a procedat la întocmirea și semnarea Raportului de procedură nr. 306958 din 23.06.2021 (pag. 708-721 din dosarul CNSC), raport care a fost semnat cu respectarea cvorumului legal de 2/3, de membrii comisiei de evaluare, cu excepția dnei. ... care s-a aflat în concediu și ulterior aprobat de conducătorul autorității contractante, Primar ...

Ulterior semnării și aprobării Raportului de procedură nr. 306958 din 23.06.2021, acesta a fost scanat împreună cu Procesul verbal nr. 306953 din 23.06.2021 referitor la evaluarea documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAE de ofertantul SRL, semnat cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat și încărcat în secțiunea dedicată din SEAP - Raportul procedurii și documentele suport - în data de 23.06.2021, respectiv în aceeași zi cu ziua transmiterii comunicărilor de rezultat, așa cum rezultă și din print screen-urile atașate.

Raportul procedurii a fost întocmit și încărcat la secțiunea special dedicată din SEAP - Raportul procedurii și documente suport - cu respectarea Ordinului 1581/2009, a prevederilor art. 217 alin. 5 și 6 din Legea 98/2016 și a art. 66 alin. 4 din HG 395/2016.

Deși contestatoarea susține faptul că nu a regăsit raportul procedurii la momentul studierii dosarului de achiziție publică, Autoritatea precizează aceste afirmații sunt nefondate întrucât raportul procedurii există și a făcut parte din dosarul achiziției publice pus la dispoziție de autoritatea contractantă în data de 28.06.2021, pentru SRL.

Prin urmare, autoritatea contractantă opinează că a respectat temeiurile legale prevăzute de art. 216 alin. 1, art. 217 alin. 5 și 6 din Legea 98/2016, Ordinul 1581/2009 coroborate cu art. 66 alin. 3,4,5 din HG 395/2016 și solicită astfel Consiliului, respingerea acestui capăt de cerere.

2) În ce privește „Caracterul acceptabil al ofertei depuse de SRL”, autoritatea contractantă susține că oferta depusă de SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă conform art. 132 alin. 3 din HG 395/2016, așa cum rezultă din Procesul verbal nr. 2/93539 din 02.03.2021 referitor la evaluarea răspunsului la clarificarea privind garanția de participare și evaluarea DUAE - FAZA DUAE (pag. 452-474 din dosarul CNSC) deoarece cerința impusă de art. 36, alin. (1) din HG 395/2016, ca garanția de participare să "se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii" nu a fost îndeplinită în situația în care instrumentul prezentat a fost emis de o instituție financiară nebanară, în speță SA.

Cu privire la situația de respingere a ofertei depuse de SRL Autoritatea prezintă mai jos acțiunile întreprinse de comisia de evaluare astfel:

1. În baza procesului verbal nr. 1/68844 din 10.02.2021 (pag. 310-328 din dosarul CNSC), au fost solicitate clarificări prin adresa nr. 69727 din 10.02.2021:

În termen de o zi lucrătoare de la data limită de depunere oferte, comisia de evaluare a procedat la analiza îndeplinirii următoarei condiții: *„Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii”.*

Pornind de la interpretarea teleologică a prevederilor art. 36 din HG 395/2016, atât în forma lor inițială, când se impunea ca instrumentul de garantare să fie emis de o societate bancară, cerința care nu ar fi fost

îndeplinită de un IFN, cât și în forma lui de după modificarea adusă prin HG 419/2018, în vigoare la data prezentei analize, când se permite ca instrumentul de garantare să fie emis de o instituție de credit, comisia de evaluare a analizat măsura în care o Instituție Financiară Nebancară poate fi încadrată în sintagma "instituție de credit" astfel:

1. Instrumentul de garantare Ref.no 2003/04.02.2021 este emis de SA, prin urmare acesta este emis de o instituție financiară nebancară.

2. Activitatea Instituțiilor Financiare Nebancare este reglementată de Legea 93 din 8 aprilie 2009 privind instituțiile financiare nebancare iar activitatea instituțiilor de credit este reglementată de OUG 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului

3. Analizand :

Prevederile art. 3 din OUG 99/2006 care stabilește că *"Instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:*

- a) bănci;*
- b) organizații cooperatiste de credit;*
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;*
- d) bănci de credit ipotecar;"*

Prevederile art. 2 din Legea 93 din 8 aprilie 2009 care stabilesc că: *"1) Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată, în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, precum și prin instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi."* Prevederile art 14 din Legea 93 din 8 aprilie 2009 care stabilesc care sunt activitățile de creditare ce pot fi desfășurate de instituțiile financiare nebancare (acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare; leasing financiar; emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare; acordare de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare prin case de amanet; acordare de credite către membrii asociațiilor fără scop patrimonial organizate pe baza liberului consimțământ al salariaților / pensionarilor, în vederea sprijinirii prin împrumuturi financiare a membrilor lor de către aceste entități, organizate sub forma juridică a caselor de ajutor reciproc; alte forme de finanțare de natura creditului.)

Prevederile art 18 din Legea 93 din 8 aprilie 2009 care stabilesc ca capitalul social minim al instituțiilor financiare nebancare nu poate fi mai mic decât echivalentul în lei al sumei de 200.000 euro, respectiv 3.000.000 euro în cazul instituțiilor financiare nebancare care acordă credite ipotecare. Comisia de evaluare a concluzionat că pentru a putea fi încadrată în categoria de "instituție de credit" în sensul art 36 din HG 395/2016, o Instituție Financiară Nebancară (IFN) trebuie să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la prevederile art. 3 litera d) din OUG 99/2006 (poate acorda credite ipotecare).

Comisia de evaluare a procedat la a verifica dacă emitenta SA îndeplinește condițiile necesare pentru a fi încadrată în categoria instituțiilor de credit în sensul HG 395/2016 și a concluzionat următoarele:

Având în vedere:

Prevederile extrasului RECOM ONLINE - Furnizare informații extinse - din care rezultă că emitentul instrumentului de garantare SA are un capital social subscris, integral vărsat, de 900.000 lei și are ca activitate principală: alte activități de creditare; acordarea de credite de consum, fără emitere de carduri și ca activități secundare autorizate acordarea de credite imobiliare, fără credite ipotecare [...] emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare [...]

Comisia de evaluare decide:

Instrumentul de garantare Ref.no 2003/04.02.2021 emis de SA NU este un instrument emis de o instituție de credit în sensul art. 36 din HG 395/2016, această cerință fiind neîndeplinită.

Pentru respectarea prevederilor art. 132 alin 3 din HG 395/2016 și înainte ca decizia consemnată mai sus să devină definitivă, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantei privind calitatea emitentei SA de a fi o instituție de credit, după cum urmează:

"Având în vedere:

Prevederile art. 3 din OUG 99/2006 care stabilesc ca "Instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

- a) bănci;*
- b) organizații cooperatiste de credit;*
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;*
- d) bănci de credit ipotecar;"*

Prevederile art. 2 din Legea 93 din 8 aprilie 2009 care stabilesc ca ;
"1) Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată, în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea

nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, precum și prin instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi." Prevederile art 18 din Legea 93 din 8 aprilie 2009 care stabilesc ca capitalul social minim al instituțiilor financiare nebancare nu poate fi mai mic decât echivalentul în lei al sumei de 200.000 euro, respectiv 3.000.000 euro în cazul instituțiilor financiare nebancare care acordă credite ipotecare.

Prevederile extrasului RECOM ONLINE - Furnizare informații extinse - din care rezulta ca emitentul instrumentului de garantare SA are un capital social subscris , integral varsat, de 900.000 lei si are ca activitate principala : alte activitati de creditare; acordarea de credite de consum, fara emitere de c rduri si ca activitati secundare autorizate acordarea de credite imobiliare, fara credite ipotecare [...] emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare [...]

Va rugam sa clarifica i prin prezentarea de documente care sa ateste faptul ca SA este o institutie de credit."

Ca răspuns la solicitarea de clarificare (pag. 329-338 din dosarul CNSC) ofertantul a depus Adresa nr. 801 din 11.02.2021 la care a ata at:

- adresa nr. 676 din 11.02.2021 emisă de de confirmare a faptului că aceasta din urmă este o institu ie de credit func ional , active
- scrisoare de aprobare a înscrierii în Registrul General al Băncii Naționale a României
- adresa de pe site-ul Băncii Naționale a României (extras partea I - active, sec iunea k) - activita i multiple de creditare) care atestă că emiterea de garanții este una dintre activita ile de creditare desfășurate de SA.

1.  n baza procesului verbal nr. 2/93539 din 02.03.2021 (pag. 452-474 din dosarul CNSC) comisia de evaluare a evaluat răspunsul depus de ofertantul SRL:

Prevederi legale: Art. 35 din HG 395/2016

(1)Garan ia de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorita ii contractante fa   de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Art. 36 din HG 395/2016

(1)Garan ia de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o institu ie de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condi iile legii.

Comisia de evaluare a analizat încă o dată, în baza răspunsului depus de SRL, îndeplinirea cerin ei prevăzute de art. 36 din HG 395/2016.

Prin răspunsul furnizat, ofertantul nu a făcut dovada ca este o institu ie de credit în sensul HG 395/2016  i respectiv în sensul art. 3 din OUG 99/2006 care define te instituțiile de credit ca fiind:

- a) bănci;
- b) organizații cooperatiste de credit;
- c) bănci de economisire  i creditare în domeniul locativ;
- d) bănci de credit ipotecar.

Din registrul furnizat și din documentele atașate, rezultă doar că este înregistrată ca instituție financiară nebanară în Registrul General al BNR și prin urmare își desfășoară în mod legal activitățile de creditare, fapt ce nu o transformă în instituție de credit conform OUG 99/2006.

Se menționează că Comisia de evaluare nu și-a întemeiat decizia de respingere a ofertei depuse de SRL pe faptul că "instituția financiară nebanară emitentă a Instrumentului de garantare trebuie să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la art. 3 lit. d) din OUG 99/2006" așa cum în mod eronat susține contestatoarea SRL, acesta fiind doar un argument pentru care un IFN nu este instituție de credit conform OUG 99/2006. Totodată, cerințele referitoare la modalitățile de constituire a garanției de participare au fost prevăzute de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, secțiunea - INSTRUCȚIUNI PRIVIND GARANȚIILE SOLICITATE - Garanția de participare - pagina 4 (pagina 199 din dosarul CNSC).

Deși susținerile contestatoarei indică o aplicare restrictivă a art. 36 din HG 395/2016, afirmând că decizia autorității contractante este disproporționată și încalcă scopul legislației achizițiilor publice, Autoritatea consideră că aceste susțineri reprezintă o exagerare și extind peste măsură dispozițiile prevăzute de art. 36 alin. 1 din HG 395/2016.

Se arată de către Autoritate că litera legii este foarte clară și deși interpretarea legii poate avea loc și în spiritul ei, acest fapt nu poate depăși anumite limite impuse de articolul 36 alin. 1 din HG 395/2016 respectiv ca garanția de participare să fie constituită prin una din următoarele forme: *„virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.”*

La „spiritul” legii trebuie să se apeleze numai atunci când cel care aplică legea întâlnește o prevedere (din legea respectivă) care nu este reglementată de litera ei, adică numai în cazul prevederilor legale insuficient reglementate, neclare, confuze, susceptibile de interpretări diferite, chiar contradictorii ori în situația de față nu poate fi vorba deoarece enumerarea din articolul 36 alin. 1 din HG 395/2016 referitoare la constituirea garanției de participare, este exhaustivă iar în această enumerare nu sunt cuprinse instituțiile financiare nebanare, acestea neîncadrându-se în categoria instituțiilor de credit.

În viziunea comisiei de evaluare, s-ar fi încălcat însuși principiul tratamentului egal stipulat la art. 2 din Legea 98/2016 dacă s-ar fi acceptat garanția de participare emisă de un IFN în detrimentul ofertanților care și-au constituit garanția de participare conform prevederilor legale și conform cerințelor impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

Dacă scopul constituirii garanției de participare ar fi fost atins inclusiv prin depunerea unei garanții emise de un IFN, Autoritatea consideră că articolul de lege nu ar fi enumerat exhaustiv formele de întocmire a garanției de participare.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă Decizia CNSC nr. ... din 14.12.2016 unde CNSC reține: *„Consiliul nu reține,*

in soluționare, susținerea contestatoarei legata de faptul ca scrisoarea de garanție de participare la licitație prezentata a fost emisa de către o societate financiara nebancara autorizata de Banca Naționala a României pentru a acorda garanții, deoarece, pe de o parte, aceasta nu respecta cerința documentației de atribuire iar pe de alta parte, desi contestatoarei i s-au solicitat clarificari prin adresa, aceasta nu a depus diligentele necesare incadrarii in prevederile fisei de date a achiziției ci s-a limitat la argumentarea faptului ca documentul prezentat satisface necesitatea autoritatii contractante. Consiliul constata ca decizia autoritatii contractante de a respinge, ca inacceptabila oferta contestatoarei, din motivul mai sus mentionat, respecta prevederile legislației in vigoare in materia achizițiilor publice precum si principiile care stau la baza acesteia."

Reținând cele de mai sus, Autoritatea solicită respingerea acestui capăt de cerere.

3) „Inadmisibilitatea ofertei SRL"

Se arată că în cadrul procesului verbal cu nr. 4/173063 din 10.05.2021, comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertei tehnice depuse de ofertantul SRL (pag. 562-619 din dosarul CNSC).

Comisia de evaluare a evaluat oferta tehnică și în urma solicitării de clarificare cu nr. 152403 din 16.04.2021, respectiv a evaluării răspunsului depus de ofertantul SRL la solicitarea de clarificare, comisia de evaluare a decis că oferta tehnică depusă de ofertantul SRL este conformă.

Se menționează că ofertantul SRL a depus oferta tehnică și și-a asumat îndeplinirea tuturor condițiilor impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini și documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă afirmă că în mod eronat susține contestatoarea SRL faptul că prin Fișa de date a achiziției, punctul III 1.1.b), s-a solicitat dovedirea de către operatorii economici a deținerii avizelor atunci când acestea sunt obligatorii potrivit legislației aplicabile pentru efectuarea operațiunilor de instalare și punere în funcțiune a echipamentelor medicale deoarece dovedirea capacității profesionale la care se face referire, are ca scop dovedirea de către ofertanți a faptului că au furnizat în ultimii 3 ani ambulanțe medicale, dovezi care au fost evaluate de comisia de evaluare prin Procesul verbal nr. 6/306953 din 23.06.2021.

Autoritatea contractantă precizează că verifică corespondența ofertei tehnice cu cerințele caietului de sarcini. Conform cerințelor din caietul de sarcini, avizul lipsă invocat de contestatoarea SRL se referă la instalarea și punerea în funcțiune a ventilatorului. SRL a respectat cerințele caietului de sarcini furnizând autorității contractante dovada conformității produsului ofertat (Ventilator Hamilton T1) cu cerințele solicitate prin caietul de sarcini și în ceea ce privește specificațiile tehnice, prezentarea documentației tehnice din partea producătorului pentru produsul ofertat (pagina 104-127 din dosarul CNSC - partea tehnică declarată confidențială).

Totodata, ofertantul SRL, afirmă în cadrul propunerii tehnice că va asigura instalarea, punerea în funcțiune, testarea și instruirea de personal pentru obiectul achiziției, (pagina 17 din dosarul achiziției - partea tehnică declarată confidențială).

Având în vedere solicitările din caietul de sarcini precum și oferta tehnică depusă de SRL, comisia de evaluare a decis că oferta tehnică depusă de SRL este conformă.

Cele declarate de ofertantul SRL în cadrul ofertei tehnice, reprezintă înscrisuri pe proprie răspundere și se supun legislației referitoare la falsul în înscrisuri. Autoritatea contractantă afirmă că nu are competența de a verifica mai mult decât a solicitat prin caietul de sarcini și de a pune la îndoială afirmațiile ofertanților atunci când nu există suspiciuni rezonabile de încălcare a legislației.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă menționează că susținerile contestatoarei SRL referitoare la faptul că ... este singura societate acreditată pentru instalarea și punerea în funcțiune a acestui ventilator, nu sunt probate iar acest lucru împiedică autoritatea contractantă de a lua în considerare această afirmație. Totodată, ofertantul SRL nu are obligația de a participa la procedură cu eventuali furnizori, fiind posibil doar ca el să-și asume realizarea obligației contractuale conform cerințelor din caietul de sarcini.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că a acționat în termenii legali impuși de legislația în vigoare și în consecință solicită Consiliului respingerea acestui capăt de cerere.

4) "Restricționarea accesului la dosarul achiziției publice și repunerea în termenul legal de contestare"

În combaterea acestei afirmații, autoritatea contractantă prezintă următoarele:

Autoritatea contractantă a acordat acces la dosarul achiziției publice, inclusiv la părțile din propunerea tehnică depusă de SRL care nu au fost declarate confidențiale. Accesul la dosarul achiziției publice a fost acordat în data de 28.06.2021, la sediul autorității contractante, conform solicitării depuse de SRL (pag. 730 - 741 din dosarul CNSC).

Ofertantul SRL și-a declarat ca fiind confidențiale următoarele:

„- *Formularul de propunerea tehnică, din informațiile cuprinse în formular, confidențiale sunt denumirile echipamentelor oferite și producătorii acestora;*

- *Fișele tehnice/schițe tehnice/broșuri pentru ambulanță și pentru echipamentele din dotarea acesteia.*

- *Ofertele comerciale de la producători/furnizori (pe care dorim să le păstrăm confidențiale în ipoteza justificărilor de preț, (dacă va fi cazul)."*

Totodată, ofertantul SRL și-a marcat paginile confidențiale din oferta tehnică cu mențiunea "CONFIDENȚIAL" și atașează la declarația de confidențialitate următoarele (pag. 245- 250 din dosarul CNSC):

„*Politica de confidențialitate a informațiilor în cadrul SRL. Secrete tehnice și comerciale. Drepturi de autor" și prevederile legale indicate în cuprinsul acesteia, respectiv: Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, art.12 din Legea 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, art.10 din OUG nr.114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, Legea nr.129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale."*

Comisia de evaluare a decis că parte din propunerea tehnică este confidențială, așa cum reiese și din declarația de confidențialitate depusă de SRL. Comisia de evaluare a ținut cont în decizia sa de dorința ofertantului SRL de a-și proteja munca intelectuală, acest fapt nefiind un indiciu de încălcare a principiului transparenței impus de art. 2 din Legea 98/2016. Dovezile care puteau fi prezentate de SRL pentru a-și justifica confidențialitatea, nu dispun de o enumerare limitativă și expresă, nici în articolele referitoare la acest aspect, respectiv de art. 57 din Legea 98/2016 și nici în documentația de atribuire publicată de autoritatea contractantă pe SEAP.

Autoritatea contractantă face mențiunea că nu are obligația de analiza modul în care SRL a demonstrat prejudiciul cauzat în cazul dezvăluirii informațiilor confidențiale, această obligație de demonstrare a prejudiciului nefiind valabilă/solicitată la momentul declarării confidențiale a unor părți din oferta tehnică.

Singura obligație care incumba SRL în ceea ce privesc dovezile care să demonstreze caracterul confidențial, a fost ca aceasta să depună dovezi care să confere caracterul de confidențialitate și nicidecum demonstrarea prejudiciului în cazul dezvăluirii informațiilor confidențiale. Raportat la art. 57 din Legea 98/2016, ofertantul SRL a depus dovezi care să-i demonstreze confidențialitatea considerând că în ceea ce îl privește sunt suficiente iar autoritatea contractantă, în lipsa unor articole de lege care să indice concret care sunt dovezile care stabilesc confidențialitatea, a acceptat declarația de confidențialitate așa cum a fost ea formulată, declarând ca și confidențiale părți din oferta tehnică depusă de ofertantul SRL.

Autoritatea contractantă opinează că a respectat aplicarea principiului transparenței, acordând acces la dosarul achiziției publice, în data la care acest acces a fost solicitat, respectiv în data de 28.06.2021. (pag. 727-731 din dosarul CNSC). Totodată, autoritatea contractantă, deși ține cont de transparența necesară în domeniul derulării achizițiilor publice precum și de dispozițiile legale în materie, a considerat potrivit ca dreptul la protejare a activității intelectuale a unui ofertant, să fie protejat atunci când ofertantul își exprimă dorința în acest sens.

Luând în considerare cele expuse mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acestui capăt de cerere.

5) „Încalcarea principiilor în materia achizițiilor publice și restricționarea concurenței în cadrul procedurii.”

Autoritatea contractantă susține că nu se face vinovată de încălcarea principiului tratamentului egal și nici de încălcarea principiului transparenței din următoarele motive:

Neîncălcarea principiului tratamentului egal:

Autoritatea contractantă afirmă că nu a restricționat accesul SRL la procedura în cauza în mod nelegal, dovada fiind mențiunile prezentate la punctul 2) „Caracterul acceptabil al ofertei depuse de SRL” din prezentul punct de vedere.

Neîncălcarea principiului transparenței

Autoritatea contractantă afirmă că nu a încălcat principiul transparenței, dovada fiind mențiunile prevăzute la punctul 4)

"Restricționarea accesului la dosarul achiziției publice și repunerea în termenul legal de contestare" din prezentul punct de vedere.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acestui capat de cerere.

6) „Anularea procedurii de atribuire"

Reținând argumentele prezentate mai sus, autoritatea contractantă opinează că nu se impune anularea procedurii de atribuire așa cum susține contestatoarea AVANT MARIS MEDCIAL SRL, din următoarele motive:

1. comisia de evaluare a respins oferta depusă de SRL deoarece nu a fost îndeplinită cerința prevăzută de art. 36 alin. 1 din HG 395/2016;

2. principiile prevăzute la articolul 2 din Legea 98/2016 nu au fost încălcate, așa cum reiese din punctul 2) și 4) din prezentul punct de vedere;

3. oferta depusă de SRL nu este inadmisibilă din motivele prevăzute la punctul 3) din prezentul punct de vedere.

B) Referitor la capetele de cerere din contestație prin care ofertantul SRL contestă respingerea ofertei depuse ca inacceptabilă conform 132 alin. 3 din HG 395/2016 coroborat cu art. 36 din alin. 1 din HG 395/2016, autoritatea contractantă își exprimă punctul de vedere în continuare după cum urmează:

1. Autoritatea consideră că decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei depuse de SRL în baza art. 132 alin. 3 din HG 395 din 2016 coroborat cu art. 36 din HG 395/2016 precum și toate documentele încheiate pe parcursul evaluării, respectiv derulării procedurii și a tuturor actelor/documentelor subsecvente, ar trebui menținută, contestația fiind nefondată și solicită respingerea tuturor capetelor de cerere, din motivele prezentate mai sus.

2. Mai mult, Autoritatea solicită Consiliului respingerea capatului de cerere formulat de SRL referitor la respingerea ofertei sale în baza art. 132 alin. 3 din HG 395/2016 coroborat cu art. 36 din HG 395/2016 luând în considerare că în această ipoteză restul capetelor de cerere vor rămâne fără obiect.

Cu adresa nr. 3699/14.07.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. 36403/14.07.2016, SC SRL depune Concluzii scrise și răspuns la punctul de vedere al autorității contractante ca urmare a studierii dosarului achiziției, învederând următoarele:

1. Autoritatea Contractantă nu a publicat Raportul procedurii în SEAP

(1) Potrivit Manualului publicat în SEAP (pag. 37-39), documentele de tip proces-verbal/raport intermediar/raport final se încarcă în secțiunea „Listă procese-verbale, declarații, rapoarte intermediare și finale" din SEAP, Autoritatea Contractantă fiind cea care selectează tipul de document încărcat.

(2) Extrasul din SEAP privind vizualizarea procedurii de atribuire (pag. 2/4, fila 720 din dosarul achiziției publice) confirmă că Autoritatea Contractantă este cea care încarcă un document în procedură, selectând și tipul respectivului document.

(3) Potrivit informațiilor furnizate telefonic de reprezentanții Autorității pentru Digitalizarea României - SEAP, doar documentele încărcate de Autoritatea Contractantă prin selectarea tipului de document „Raport final” sunt disponibile ofertanților.

(4) Contrar celor susținute de Autoritatea Contractantă prin Punctul de vedere, Raportul procedurii nu apare publicat în SEAP și nu este accesibil ofertanților. Astfel cum rezultă din extrasele din SEAP anexate prezentului răspuns (Anexa nr. 2 la prezentul), în secțiunea „Listă procese verbale, rapoarte intermediare și finale” nu apare niciun document încărcat și/sau publicat de Autoritatea Contractantă. Singurul document la care contestatorul a avut acces în SEAP este Comunicarea rezultatului procedurii.

(5) Din printscreen-ul inclus la pag. 2 din Punctul de vedere nu rezultă nici secțiunea în care a fost încărcat Raportul procedurii (ie. nu apare nicio secțiune) și nici că acest document ar fi accesibil ofertanților. De altfel, din acest printscreen rezultă ca Autoritatea Contractantă a selectat la tipul documentului „Raportul procedurii și documente suport”, iar nu mențiunea „Raport final” pentru ca documentul să fie astfel accesibil și ofertanților. Acest aspect rezultă și din extrasul din SEAP privind vizualizarea procedurii de atribuire (pag. fila 719 din dosarul achiziției publice) depus în dosarul achiziției publice.

(6) Prin comparație, în alte proceduri în care raportul procedurii a fost accesibil și ofertanților în SEAP, la tip document figura următoarea mențiune: *Raportul procedurii aprobat 1= Tip document: Raport final*

(7) Spre deosebire de printscreen-ul referitor la publicarea Raportului procedurii, printscreen-ul referitor la comunicări (pag. 3 din Punctul de vedere) indică atât secțiunea în care aceste documente au fost încărcate (i.e. - Comunicări), cât și vizibilitatea acestor documente (pentru ofertantul sau, după caz, pentru ofertantul):

(8) Contestatorul opinează că Autoritatea Contractantă nu a demonstrat că a publicat Raportul procedurii în secțiunea dedicată din SEAP, secțiune accesibilă ofertanților (i.e. „Listă procese verbale, rapoarte intermediare și finale”) în aceeași zi cu transmiterea Comunicării.

(9) Nu în ultimul rând, contestatorul afirmă că prevederile legale la care face referire Autoritatea Contractantă prin Punctul de vedere nici măcar nu prezintă relevanță pentru obligația publicării Raportului procedurii în SEAP:

- Ordinul nr. 1581/2009 nu a fost identificat în programul legislativ, astfel încât nu este clar actul normativ invocat de Autoritatea Contractantă; în timp ce

- art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016 vizează accesul la dosarul achiziției publice.

2. Caracterul acceptabil al ofertei depuse de

(10) Contestatorul remarcă faptul că Autoritatea Contractantă nu aduce contraargumente concrete față de susținerile sale din Contestație, ci reia motivele expuse în Comunicare.

(11) Față de acțiunile întreprinse de comisia de evaluare, descrise în Punctul de vedere, contestatorul afirmă că se impun următoarele precizări.

(i) Referitor la procesul-verbal nr. 1/68844 din 10.02.2021 - solicitarea de clarificări adresată petentului

(12) Autoritatea Contractantă reiterează că o instituție financiară nebanară poate fi încadrată în categoria instituției de credit în sensul art. 36 din Normele metodologice:

Comisia de evaluare a concluzionat că pentru a putea fi încadrată în categoria de "instituție de credit" în sensul art 36 din HG 395/2016, o Instituție Financiară Nebanară (IFN) trebuie să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la prevederile art. 3 litera d din OUG 99/2006 (poate acorda credite ipotecare) validând criticile petentului din Contestație.

(13) Motivul pentru care Autoritatea Contractantă a considerat că emitenta SA nu îndeplinește condițiile necesare pentru a fi încadrată în categoria instituțiilor de credit vizează deținerea unui capital social subscris integral vărsat de 900.000 lei și faptul că nu acordă credite ipotecare.

(14) Contestatorul susține că aceste cerințe sunt adăugate artificial de Autoritatea Contractantă și exced:

- prevederilor documentației de atribuire; Autoritatea Contractantă nu a prevăzut în cadrul documentației cerința ca garanția de participare să fie emisă de o instituție financiară nebanară care să aibă un anumit capital social minim și să acorde credite ipotecare; aplicarea unor astfel de cerințe în etapa de evaluare a ofertelor încalcă principiul transparenței și obligația de informare corectă, completă și explicită a operatorilor economici, ce incumbă Autorității Contractante în temeiul art. 154 din Legea nr. 98/2016;

- prevederilor legale; capitalul minim de 3.000.000 euro este aplicabil doar pentru instituțiile financiare nebancare ce acordă credite ipotecare, conform art. 18 din Legea nr. 93/2009; ceea ce este relevant pentru Instrumentul de garantare prezentat de contestator nu este activitatea de creditare constând în acordarea de credite ipotecare, ci aceea de emitere de garanții; în mod evident impunerea unei astfel de cerințe privind capitalul social minim al instituției emitente este și disproporționată față de valoarea garanției de participare solicitate prin Fișa de date (i.e. 3898,88 lei).

(15) Se arată că alegatiile Autorității Contractante confirmă și faptul că aceasta a solicitat clarificări exclusiv ca o simplă formalitate, neacordând în mod real eficiență prevederilor art. 132 alin. (3) din Normele metodologice. Autoritatea Contractantă susține că, anterior solicitării de clarificări adresate petentului, comisia de evaluare decisese deja ca Instrumentul de garantare nu este un instrument emis de o instituție de credit în sensul art. 36 din Normele metodologice, această cerință fiind considerată neîndeplinită (pag. 5 din Punctul de vedere). În acest context, solicitarea de clarificări, constând în prezentarea de documente care să ateste faptul că SA este o instituție de credit, a fost evident adresată doar pentru „a bifa” respectarea formală a art. 132 alin. (3) din Normele metodologice.

(16) În realitate, comisia de evaluare își formase deja o opinie în acest sens, astfel cum rezultă din susținerile din Punctul de vedere. Față de această opinie deja formată, contestatorul apreciază că solicitarea de

clarificări a fost întocmită și cu încălcarea art. 134 alin. (4) din Normele metodologice: comunicarea transmisă trebuie să fie clară și să definească explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare. Autoritatea Contractantă nu a precizat expres prin solicitarea de clarificări că dorește prezentarea unei garanții de participare emise de o instituție de credit în sensul art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006 sau că, în optica sa, instituția financiară nebanară emitentă ar trebui să aibă un anumit capital minim și să acorde credite ipotecare.

(17) Contestatorul afirmă că această conduită a Autorității Contractante este cu atât mai gravă cu cât legiuitorul a instituit sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă doar pentru ipoteza în care ofertantul nu ar răspunde la solicitarea de clarificări în termen de 3 zile. Or, petentul a comunicat un răspuns la clarificări în concordanță cu solicitarea adresată, respectiv prin raportare la activitatea de creditare constând în emiterea de garanții de către, activitate relevantă pentru ipoteza de față. Contestatorul susține că nu avea cum să cunoască cerințele oculte, necomunicate explicit și transparent de către Autoritatea Contractantă acestuia, dar invocate ulterior pentru a respinge oferta.

(ii) Referitor la procesul verbal nr. 2/93539 din 02.03.2021 - evaluarea răspunsului la clarificări depus de contestator, se reține că

(18) Autoritatea Contractantă confirmă că

- este înregistrată ca instituție financiară nebanară în Registrul General al BNR; și

- își desfășoară în mod legal activitatea de creditare.

(19) Se menționează că Instrumentul de garantare prezentat de contestator în cadrul procedurii este emis în condițiile legii, de o entitate abilitată în acest sens, aspect pe care Autoritatea Contractantă nu îl neagă la niciun moment. Acest Instrument de garantare asigură, totodată, atingerea scopului garanției, prevăzut de art. 35 alin. (1) din Normele metodologice, invocat chiar de Autoritatea Contractantă prin Punctul de vedere.

(20) Autoritatea Contractantă mai susține că, deși este abilitată să emită garanții, aceasta nu ar transforma-o în instituție de credit conform O.U.G. nr. 99/2006. Ceea ce prezintă relevanță în contextul procedurii de atribuire și al scopului acesteia este emiterea în mod valid a Instrumentului de garantare și posibilitatea executării acestuia.

(21) Contestatorul învederează că Autoritatea Contractantă trebuia să verifice admisibilitatea Instrumentului de garantare prin prisma legislației achizițiilor publice și a scopului garanției de participare definite de aceasta, pe care însă le-a înlăturat cu ușurință, prevalându-se de definiția instituției de credit din O.U.G. nr. 99/2006. Dintr-o interpretare logico-teleologică a prevederilor legale, rezultă că relevantă pentru noțiunea de instituție de credit în sensul art. 36 alin. (1) din Normele metodologice este posibilitatea desfășurării cu titlu profesional a activității de creditare constând în emiterea de garanții. Or, astfel cum rezultă fără echivoc din art. 14 alin. (1) din Legea nr. 93/2009, instituțiile financiare nebanare pot desfășura astfel de activități de creditare.

(22) Autoritatea Contractantă menționează totodată că cerințele referitoare la modalitatea de constituire a garanției de participare au fost prevăzute în documentația de atribuire. Contestatorul precizează că aceste

cerințe nu includ prevederea expresă ca instituția de credit emitentă a garanției de participare poate fi doar una dintre cele prevăzute la art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006. Or, Autoritatea Contractantă avea obligația de a asigura informarea clară, completă și explicită a operatorilor economici, conform art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) din Normele metodologice. În virtutea acestei obligații, Autoritatea Contractantă trebuie să enunțe cerințe exprese la nivelul documentației, pentru a putea ulterior să le aplice în etapa de evaluare a ofertelor. Petentul arată că nu este justificată respingerea ofertei sale în lipsa unor prevederi explicite cu privire la neacceptarea garanțiilor de participare emise de instituții financiare nebancare. Aceasta cu atât mai mult cu cât, așa cum a arătat și prin Contestație (para. (38)), practica autorităților contractante este de a accepta instrumente de garantare emise de aceste entități. Contestatorul afirmă că nu avea cum să cunoscă eventualele limitări/interpretări ale Autorității Contractante în această privință, de vreme ce nu i-au fost comunicate în mod transparent prin documentația de atribuire publicată în SEAP.

(iii) Referitor la caracterul disproporționat al respingerii ofertei

(23) Contestatorul remarcă faptul că Autoritatea Contractantă nu reușește să indice vreun contraargumentat concret față de susținerile sale din Contestație, ci se limitează la a le cataloga drept „o exagerare”.

(24) Astfel de alegații din partea Autorității Contractante sunt cel puțin surprinzătoare pentru petent. În mod paradoxal, în optica Autorității Contractante, este exagerată o interpretare a dispoziției legale în spiritul său, dar nu este exagerată respingerea unei oferte, pentru care s-a depus o garanție de participare perfect valabilă, ce poate fi executată și în privința căreia a avut posibilitatea de a solicita clarificări suplimentare, dar de care a uzat în mod strict formal?!

(25) Contestatorul susține că afirmațiile din Punctul de vedere cu privire la maniera de interpretare a legii sunt netemeinice.

(26) Se arată de către petent că Autoritatea Contractantă face o confuzie între metodele de interpretare a unei norme juridice. Interpretarea teleologică și logică a unei dispoziții legale nu se regăsește pe același palier cu interpretarea literală, astfel încât nici măcar nu se poate pune problema unui caracter subsidiar al acesteia. În timp ce metodele logică și teleologică sunt metode de interpretare în funcție de procedeul utilizat de interpret pentru a stabili înțelesul normei juridice, interpretarea literală este o metodă de interpretare în funcție de rezultatul interpretării normei juridice. Metoda logică este cel mai larg întâlnit procedeul de interpretare a unei norme juridice, ce relevă rațiunea și spiritul legii (ratio legis și mens legis) și implică aprecieri raționale, realizate prin operațiuni de generalizare, de analiză logică a textului normei juridice, de analogie etc. Interpretarea istorico-teleologică constă în stabilirea sensului unei dispoziții legale ținându-se seama de finalitatea urmărită de legiuitor la adoptarea acelei norme. Interpretarea este literală atunci când există concordanță deplină între formularea textului legal interpretat și situațiile practice care se încadrează în ipoteza acestuia,

nefiind necesar a se extinde sau a se restrânge aplicarea dispoziției în cauză (ceea ce evident nu este cazul în ipoteza de față).

(27) Dacă litera legii ar fi fost atât de clară precum afirma Autoritatea Contractantă, contestatorul susține că aceasta nu ar mai fi fost nevoie să facă la rândul său propriile interpretări ale art. 36 alin. (1) din Normele metodologice, prin trimiteri alambicate la cerințe privind capitalul social minim și acordarea de credite ipotecare. Legiuitorul nu definește instituția de credit în materia achizițiilor publice și nici nu indică în cadrul dispozițiilor legale privind constituirea garanțiilor de participare că sunt vizate strict instituțiile de credit în sensul art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006.

(28) De altfel, chiar Autoritatea Contractantă menționează în Comunicare interpretarea teleologică a prevederilor art. 36 din Normele metodologice, pe care acum încearcă să o atribuie petentului ca fiind exagerată.

(29) Or, așa cum a arătat pe larg în Contestație (pct. 3.2), petentul afirmă că nu există vreo rațiune logică pentru a înlătura din categoria instituției de credit de la art. 36 alin. (1) din Normele metodologice, instituția financiară nebancară, abilitată în mod expres de legislația specială să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții.

(30) Referitor la pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal în cazul acceptării garanției de participare emise de un IFN, contestatorul susține că aceasta este doar afirmată, nu și probată. De vreme ce a prezentat un Instrument de garantare, valabil constituit, ce poate fi executat de Autoritatea Contractantă, pentru suma impusă prin Fișa de date, nu se poate pune problema încălcării tratamentului egal în sensul indicat prin Punctul de vedere. Contestatorul apreciază că tratamentul egal a fost încălcat prin respingerea ofertei sale din cadrul procedurii, în pofida prezentării unei garanții de participare valabile și fără ca Autoritatea Contractantă să uzeze de solicitarea de clarificări în vederea lămuririi în mod real a situației ofertei (e.g. prin solicitarea dublării Instrumentului de garantare prezentat de un virament bancar sau de un instrument emis de o instituție de credit în sensul art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006).

(31) Se arată că Autoritatea Contractantă nu justifică în vreun fel nici de ce scopul garanției de participare nu ar fi atins prin depunerea unei garanții emise de o instituție financiară nebancară. Se revine la aceeași interpretare restrictivă a art. 36 alin. (1), contrară chiar scopului garanției.

(32) Nu în ultimul rând, petentul afirmă că Decizia C.N.S.C. nr. ... din 14.12.2016, invocată în Punctul de vedere, nu este relevantă, întrucât:

- vizează forma anterioară a art. 36 alin. (1) din Normele metodologice, potrivit căreia garanția de participare putea fi emisă de o societate bancară sau de o societate de asigurări; nu se are în vedere forma actuală a prevederii legale;

- argumentarea contestatorului în ipoteza de față, expușă prin răspunsul la clarificări a fost limitată chiar de solicitarea de clarificări adresată de Autoritatea Contractantă; Autoritatea Contractantă nu a cerut petentului generic clarificări cu privire la modalitatea de constituire a garanției de participare sau prezentarea unui instrument de garantare emis de una dintre instituțiile de credit prevăzute de art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006, ci strict prezentarea de documente care să ateste faptul că SA este o instituție de credit; contestatorul opinează că nu se poate imputa

lui formularea unui răspuns la clarificări în deplină concordanță cu solicitarea adresată de Autoritatea Contractantă și pornind de la premisa că aceasta urmărește clarificarea situației, iar nu identificarea de pretexte pentru respingerea ofertei

(33) În concluzie, prin argumentele din Punctul de vedere Autoritatea Contractantă confirmă caracterul disproporționat al respingerii ofertei contestatorului, dar și faptul că clarificarile solicitate au servit doar ca pretext pentru înlăturarea ofertei din procedură. Autoritatea Contractantă recunoaște că Instrumentul de garantare este valabil emis și îndeplinește scopul garanției de participare, motivele de respingere invocate fiind pur formaliste și bazate pe o interpretare contrară scopului legislației achizițiilor publice.

3. Inadmisibilitatea ofertei

(34) Contestatorul reține că argumentul suprem invocat de Autoritatea Contractantă în susținerea conformității ofertei este asumarea de către ofertant a îndeplinirii tuturor condițiilor impuse prin caietul de sarcini și documentația de atribuire. O astfel de asumare nu este evident suficientă, dacă nu este și demonstrată în mod corespunzător. Documentele studiate de petent la dosarul cauzei confirmă la rândul lor neconformitatea ofertei și furnizarea unor informații ce nu corespund realității.

(35) Afirmațiile Autorității Contractante de la această secțiune arată maniera superficială în care a fost analizată și declarată conformă oferta

(i) Nedemonstrarea capacității de a furniza și de a asigura instalarea și punerea în funcțiune a ventilatorului Hamilton T1

(36) Contestatorul apreciază că Autoritatea Contractantă face o confuzie între criteriul de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale și criteriul privind capacitatea tehnică și/sau profesională. Dovedirea furnizării în ultimii 3 ani de produse similare (cerința de experiență similară) se circumscrie acestui din urmă criteriu.

(37) Contrar afirmațiilor Autorității Contractante, potrivit Secțiunii III.1.1.b) din Fișa de date, în cadrul criteriului de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, s-a solicitat ca operatorii economici să dovedească faptul că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Din aceste activități fac parte atât furnizarea echipamentelor medicale, dar și prestarea serviciilor accesorii de instalare și punere în funcțiune a acestora (i.e. a ventilatorului), cu privire la care avea obligația de a demonstra că are capacitatea de a le realiza, în conformitate cu dispozițiile legale.

(38) În acest sens, contestatorul afirmă că în jurisprudența Consiliului s-a reținut că:

Cat privește considerentul ca, prin documentatia de atribuire, autoritatea contractanta nu a cerut in mod expres certificarile necesare executarii lucrarilor electrice indicate de contestator, astfel incat nu era necesar, pentru admisibilitatea ofertei, ca ele sa fie prezentate la momentul depunerii ei, Consiliul apreciaza ca acesta este contrazis si in stransa legatura cu precizarile din fisa de date a achizitiei, [...]

punctul III.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale”, conform careia: „Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească [...] și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. [...] Consiliul observa, asadar, că autoritatea contractantă a înțeles să impună ofertanților să dețină capacitatea profesională de a realiza atât activitățile principale cât și activitățile conexe care fac obiectul contractului de achiziție publică și care le cad în sarcină conform ofertei depuse, precum și faptul că autoritatea contractantă a solicitat precizarea eventualelor subcontractanți încă de la data depunerii ofertelor.

(39) Totodată, potrivit Secțiunii IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice - din Fișa de date:

Documentele de susținere a îndeplinirii cerințelor din Specificații tehnice vor fi prezentate în cadrul propunerii tehnice. Lipsa documentelor de tehnice din partea producătorului va duce la respingerea ofertelor ca neconforme în baza art 137 alin 3 lit a din HG 395/2016, făcând imposibilă evaluarea. [...]

propunerea tehnică va cuprinde informații relevante privind abordarea propusă de ofertant pentru executia contractului printre care: [...] 2. Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la: [...]

b) livrare, proiectare, asistență tehnică, execuție lucrări instalare, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în Caietul de Sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate Contractului și încadrarea în termenul de livrare specificat; [...]

e) Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la instalare, testare și punere în funcțiune, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în Caietul de Sarcini

f) Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la instruirea personalului

(40) În plus, din definiția operatorului economic prevăzută de art. 3 alin. (1) lit. 36 jj) din Legea nr. 98/2016 rezultă clar că acesta trebuie să ofere în mod licit pe piață, furnizarea de produse ori prestarea de servicii. Doar un astfel de operator economic poate dobândi calitatea de ofertant în cadrul procedurii de atribuire. Importanța acestei cerințe este subliniată și prin ultima modificare adusă Legii nr. 98/2016 de O.U.G. nr. 25/2021, prin care se precizează expres la art. 53 că:

■ doar operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj) au dreptul de a participa la procedurile de atribuire în calitate de ofertanți individuali/ofertanți asociați/terți susținători/subcontractanți;

■ autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedură orice persoană fizică/juridică având una din calitățile anterior menționate, care nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj).

(41) În același sens, în jurisprudența C.N.S.C. s-a subliniat că:

Comisiei de evaluare îi revine responsabilitatea pentru admiterea și declararea castigatoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/castigatoare o oferta care nu

indeplineste conditiile impuse, situatie care atrage raspunderea juridica a autoritatii. Așadar deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante, la fel și consecințele semnării contractului cu o societate a carei oferta este necorespunzătoare. Relevanța în acest caz este și jurisprudența Consiliului, și a instanțelor de judecată, relevante fiind considerentele Deciziei nr. ... pronunțată de către Curtea de Apel..... în dosarul..., respectiv: „Curtea reține obligativitatea detinerii unei atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurarea ce rezultă din dispozițiile (...). Așadar, pentru a desfășura în mod legal activitatea de(...), este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile legii nr.(...) și a metodologiei elaborate de..., indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea detinerii unui astfel de atestat în cuprinsul fișei de date. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea detinerii atestatului în vederea executării de lucrări de(...) nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită(...).”

(42) Or, activitățile de comercializare (distribuție/import), instalare și punere în funcțiune a dispozitivelor medicale (i.e. ventilatorul Hamilton T1 oferat de la prezenta procedură, pag. 9 din Tabelul de corespondență dintre propunerea tehnică și cerințele caietului de sarcini) pot fi realizate doar de operatori economici care dețin avizul emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România (denumită în continuare „ANMDMR”), astfel cum rezultă din următoarele dispoziții legale:

■ art. 926 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății (denumită în continuare "Legea nr. 95/2006"):

(1) Activitățile de comercializare, de distribuție și de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale se desfășoară cu respectarea prevederilor prezentului titlu și ale normelor metodologice aprobate prin ordin al ministrului sănătății).

(2) Activitățile prevăzute la alin. (1) sunt supuse controlului prin avizare. Excepție de la această cerință fac activitățile care se realizează de către însuși producătorul dispozitivelor medicale ce fac obiectul acestor activități.

(3) Avizul prevăzut la alin. (2) se emite de ANMDMR, cu respectarea normelor metodologice aplicabile, în baza evaluării competenței și a capacității persoanelor fizice sau juridice, după caz, de a realiza activitățile pentru care solicită avizul.

■ art. 2 din Normele Metodologice din 2020 de aplicare a titlului XX din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, referitoare la avizarea activităților în domeniul dispozitivelor medicale, aprobate prin Ordinul ministrului sănătății nr. 566/2020:

Activitățile de comercializare și de prestări servicii în domeniul dispozitivelor medicale supuse controlului prin avizare sunt următoarele:

- a) import dispozitive medicale;
- b) distribuție dispozitive medicale;

c) instalare și/sau mentenanța dispozitive medicale.

■ art. 5 alin. (1), art. 8 și art. 12 alin. (2) din Normele metodologice din 2020:

Art. 5 (1) - Avizul de funcționare se emite la solicitarea operatorului economic și se înregistrează în baza de date a ANMDMR.

Art. 8 - Pentru obținerea avizului de funcționare, operatorul economic trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele cerințe:

a) să dețină un spațiu adecvat, care trebuie să fie folosit în exclusivitate pentru desfășurarea activității solicitate pentru avizare;

b) să fie dotat cu echipamente adecvate desfășurării activității solicitate pentru avizare;

c) să dispună de personal suficient și calificat/instruit pentru activitatea pe care o desfășoară/domeniul în care activează.

Art. 12 (2) În avizul de funcționare se specifică următoarele: [...]

b) producătorii pentru care unitatea este importator și/sau distribuitor;

c) producătorii pentru care unitatea este reprezentant autorizat;

(3) Datele prevăzute la alin. (2) se consemnează în aviz în urma evaluării declarațiilor solicitantului, documentelor prezentate și raportului de evaluare.

(43) Contestatorul opinează că trebuia:

■ să demonstreze că are capacitatea de a realiza aceste activități, respectiv că deține avizul emis de ANMDMR conform prevederilor legale, fie el însuși, fie printr-o terță entitate ce are o calitate în cadrul ofertei (e.g. subcontractant); or, din Avizul de funcționare nr. 6171 din 18.04.2019 și Anexa din data de 11.08.2020 la Avizul de funcționare prezentate de în cadrul ofertei (filele 178 - 182 din dosarul achiziției publice), nu rezultă că avizul acoperă comercializarea (distribuția/importul), instalarea și punerea în funcțiune a ventilatorului Hamilton T1; producătorul ventilatorului - Hamilton Medical AG nu figurează în lista producătorilor din avizul de funcționare pentru care este distribuitor, ceea ce înseamnă că acesta nu poate comercializa în condiții de legalitate acest dispozitiv medical; totodată, în privința ventilatorului Hamilton T1, astfel cum rezultă din certificarea de distribuție exclusivă emisă de producătorul Hamilton Medical AG (Anexa nr. 3 la prezentul - CONFIDENȚIAL), ... (subcontractantul contestatorului în prezenta procedură) este unic importator și distribuitor și prestator de servicii accesorii al produselor medicale Hamilton în România, fiind singurul autorizat să asigure servicii de mentenanță preventivă, instruire, service în perioada de garanție pentru echipamentele medicale produse de Hamilton Medical AG (cum este și ventilatorul Hamilton T1); în același sens este și declarația din data de 02.06.2020 (Anexa nr. 3 la prezentul - CONFIDENȚIAL) în care se precizează că societatea este distribuitorul exclusiv în România al producătorului Hamilton Medical AG;

■ să arate în propunerea tehnică modalitatea concretă de îndeplinire a cerinței privind furnizarea dispozitivului medical ventilator de transport produs de Hamilton Medical AG având în vedere că această activitate face parte din obiectul contractului și necesită deținerea Avizului de funcționare emis de ANMDMR pentru ca dispozitivul medical să poată fi comercializat (importat și/sau distribuit) în mod legal;

■ să arate în propunerea tehnică modalitatea concretă de îndeplinire a cerințelor privind instalarea, testarea și punerea în funcțiune a ventilatorului, precum și a cerințelor privind instruirea personalului, astfel cum se prevede în Fișa de date; s-a limitat la a afirma că la livrare se va parcurge un proces de instruire a personalului ce va deservi autospeciala și se va realiza și punerea în funcțiune a tuturor componentelor autospecialiei (pag. 16 din Tabelul de corespondența dintre propunerea tehnică și cerințele caietului de sarcini), fără a arăta modalitatea concretă de îndeplinire a cerinței, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire; astfel de informații nu corespund însă realității, ... neputând asigura instalarea, testarea și punerea în funcțiune a ventilatorului și nici instruirea personalului întrucât este singura societate autorizată de producătorul Hamilton să efectueze astfel de operațiuni în România;

■ să declare ca subcontractant operatorul economic care ar asigura furnizarea, punerea în funcțiune și instalarea ventilatorului având în vedere că aceste activități fac parte din obiectul contractului și necesită deținerea avizului emis de ANMDMR pentru a putea fi realizate în mod legal.

(44) Or, simplele afirmații în cadrul propunerii tehnice că va asigura furnizarea, instalarea, punerea în funcțiune, testarea și instruirea de personal pentru obiectul achiziției nu sunt suficiente în opinia contestatorului. Similar, nici prezentarea documentației tehnice din partea producătorului nu demonstrează capacitatea de a furniza produsul și de a presta serviciile accesorii, câtă vreme în Avizul de funcționare emis de ANMDMR pentru activitatea de import și distribuție nu figurează producătorul Hamilton.

(45) În acest context, petentul este de părere că oferta trebuia respinsă ca neconformă în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice și ca inacceptabilă, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice.

(46) Totodată, astfel cum a arătat petentul mai sus, afirmațiile în sensul în care ar putea asigura livrarea, instalarea și punerea în funcțiune a ventilatorului nu corespund realității și contravin flagrant calității de distribuitor exclusiv în România a ventilatorului Hamilton T1 pe care o deține societatea, subcontractantul contestatorului în procedură. În acest context, petentul susține că devin incidente și situațiile de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

■ operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

■ operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică către respectivul operator economic.

(ii) Evaluarea superficială a ofertei și încălcarea atribuțiilor comisiei de evaluare

(47) Se reține că afirmațiile Autorității Contractante de tipul:

■ *ofertantul SRL afirma în cadrul propunerii tehnice ca va asigura [...] - simplele afirmatii nu sunt suficiente de vreme ce prin documentatia de atribuire s-a solicitat inclusiv prezentarea de documente care demonstreaza indeplinirea specificatiilor tehnice, iar potrivit art. 123 alin. (1) din Normele metodologice, ofertantul are obligatia de a elabora oferta in conformitate cu prevederile documentatiei de atribuire;*

■ *cele declarate de ofertantul SRL in cadrul ofertei tehnice, reprezinta inscrisuri pe proprie raspundere si se supun legislatiei referitoare la falsul in inscrisuri. - Autoritatea Contractanta trebuia sa constate ca cele declarate de in propunerea tehnice nu respecta prevederile legale ante-citate, de vreme ce in avizul de functionare prezentat de acest ofertant nu figureaza producatorul ventilatorului ofertat;*

■ *Autoritatea contractanta nu are competenta de a verifica mai mult decat a solicitat prin caietul de sarcini si de a pune la indoiala afirmatiile ofertantilor [...] - nu este vorba despre a pune la indoiala afirmatiile ofertantilor, ci de a verifica sustenabilitatea si temeinicia acestora, conform propriilor cerinte ale documentatiei de atribuire si prevederilor legale aplicabile;*

■ *ofertantul SRL nu are obligatia de a participa la procedura cu eventualii furnizori, fiind posibil doar ca el sa-si asume realizarea obligatiei contractuale conform cerintelor din caietul de sarcini - ofertantul nu isi poate asuma ceva ce nu poate aduce la indeplinire singur, i.e. comercializarea (importul si distributia), livrarea, punerea in functiune si instalarea ventilatorului Hamilton T1 al carui producator nu este;*

Relevă în opinia contestatorului maniera superficială în care aceasta a evaluat oferta S.R.L. și faptul că a trecut cu vederea neconformitatea acestei oferte, deși reiese cu evidență chiar din aceste afirmații că ofertantul nu a demonstrat capacitatea sa de a furniza, instala și pune în funcțiune ventilatorul în conformitate cu cerințele Caietului de sarcini și prevederile legale în materie.

(48) Contestatorul afirmă că caracterul superficial al evaluării decurge și din consemnările sumare din procesul- verbal nr. 152401 din 16.04.2021, în privința ventilatorului Hamilton T1 (pag. 12-16).

(49) Procedând astfel, petentul opinează că Autoritatea Contractantă a încălcat flagrant:

■ art. 127 alin. (1) lit. b) f) și j) din Normele metodologice, ce stipulează atribuția comisiei de evaluare de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți dar și conformitatea propunerilor tehnice ale

ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de a stabili ofertele inacceptabile și/sau neconforme - în exercitarea atribuțiilor de verificare, comisia de evaluare trebuia să analizeze în mod temeinic propunerea tehnică a și modul concret în care acesta demonstrează îndeplinirea cerințelor Caietului de sarcini;

■ art. 133 alin. (1) și (2) din Normele metodologice, potrivit căruia comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, iar propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini;

■ art. 137 alin. (5) din Normele metodologice, Autoritatea Contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile; or, oferta este neconformă, astfel cum a arătat petentul mai sus;

■ art. 1 alin. (4) din Normele metodologice, în virtutea căruia Autoritatea Contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci inclusiv a legislației care impune deținerea unui aviz de funcționare emis de ANMDMR pentru comercializarea dispozitivelor medicale.

(50) Relevantă pentru maniera superficială de analiză a ofertei este în opinia contestatorului și practica instanțelor de judecată în care s-a reținut că:

In aceste conditii, avand in vedere obligatiile din fisa de date si caietul de sarcini, intimata avea obligatia de a face dovada autorizatiei producatorului in sensul cerintelor pct. 7 din anexa 2. (...)

A admite contrariul ar echivala cu acceptarea depunerii ofertei tehnice in baza unor simple declaratii, lipsind de continut obligatia sustinerii propunerii tehnice prin documentatii integrale, actuale si relevante, inclusiv graficul detaliat de livrare, care presupune si acordul producatorului/furnizorului de a livra ofertantului respectivele componente.

Cu alte cuvinte, utilizarea documentatiei unui anumit producator, pentru anumite produse ofertate implica obligatia ofertantului de a indica producatorul respectiv in anexa 2 si de a face dovada autorizarii din partea acestuia. [...]

Este necesar ca aceste aspecte sa fie verificate de autoritatea contractanta, pentru a stabili daca documentata tehnica depusa de intimata in sustinerea ofertei este completa si anume daca este de natura a face dovada capacitatii de a executa contractul si de a respecta graficul de livrare indicat.

(51) Nu în ultimul rând, contestatorul relatează că tratarea cu superficialitate a neconformității ofertei este cu atât mai gravă cu cât ventilatorul este un echipament medical esențial pentru menținerea în viață a pacienților, fiind imperios necesar ca acesta să fie instalat corespunzător și să funcționeze în condiții optime. Riscurile instalării necorespunzătoare a ventilatorului (pe care Autoritatea Contractantă pare să și le asume cu ușurință) pot avea, așadar, un impact semnificativ asupra accesului pacienților la servicii de sănătate calitative. Or, contextul

achiziției, enunțat prin Caietul de sarcini, este tocmai îmbunătățirea și dezvoltarea serviciilor de sănătate în caz de intervenții medicale în situații de urgență în zona montană a județului

4. Restricționarea accesului la dosarul achiziției publice și repunerea în termenul legal de contestare

(52) Contestatorul susține că afirmația Autorității Contractante în sensul în care aceasta ar fi acordat acces la toate documentele din dosarul achiziției inclusiv la părțile din propunerea tehnică depusă de care nu au fost declarate confidențiale nu poate fi reținută de Consiliu. Se arată că în realitate, Autoritatea Contractantă a restricționat accesul petentului inclusiv la părți din propunerea tehnică nedecarate confidențiale de acesta.

(53) Deși dovezile care pot fi prezentate de ofertanți pentru a justifica confidențialitatea nu dispun de o enumerare limitativă și expresă, contestatorul afirmă că este important ca aceste dovezi să demonstreze în concret caracterul confidențial al informațiilor indicate ca având acest regim (e.g. ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau protejate de un drept de proprietate intelectuală). Or, pentru motivele arătate pe larg prin Contestație, „Politica de confidențialitate a informațiilor în cadrul S.R.L. - Secrete tehnice și comerciale. Drepturi de autor” la care se face referire în Punctul de vedere este unagenerală, care nu demonstrează în concret caracterul confidențial al informațiilor/ documentelor din propunerea tehnică.

(54) Se reține că Consiliul a confirmat restricționarea nelegală a accesului la dosar de către Autoritatea Contractantă anterior formulării contestației, atunci când a acordat acces la mai multe documente decât a studiat petentul în fața autorității contractante, inclusiv la mai multe documente din propunerea tehnică depusă de

(55) Contestatorul învederează că nu poate fi reținută nici interpretarea Autorității Contractante în sensul în care autoritățile contractante au rolul pasiv de a nu dezvălui acele informații transmise de operatorii economici ca fiind confidențiale, în condițiile în care:

- din prevederile art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016 rezultă că regula este accesul nerestricționat la dosarul achiziției publice, restricționarea accesului reprezentând excepția; restricționarea accesului fiind reglementată cu titlu de excepție, autoritățile contractante au obligația de a decide cu strictete și rigurozitate o asemenea restricționare, în considerarea modului în care ofertantul a motivat și a probat caracterul confidențial al informațiilor din cadrul ofertei declarate ca atare (iar nu prin simpla acceptare a declarației de confidențialitate, astfel cum menționează Autoritatea Contractantă în Punctul de vedere);

- art. 123 alin. (1) din Normele metodologice impune ca informațiile confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală din propunerea tehnică și/sau financiară să fie indicate motivat; o astfel de motivare, față de caracterul de excepție al restricționării accesului la dosar, implică atât indicarea unor argumente temeinice de către ofertant, cât și a unor mijloace de probă adecvate în susținerea acestor argumente.

(56) În plus, prevederile mai sus menționate se aplică în coroborare cu art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care, pentru identitate de rațiune, este incident și atunci când se acordă accesul la dosarul achiziției publice de către Autoritatea Contractantă. Art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 impune obligația demonstrării că dezvăluirea informațiilor declarate confidențiale ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(57) Afirmația Autorității Contractante în sensul în care nu ar fi fost solicitată obligația demonstrării prejudiciului la momentul declarării confidențiale a unor părți din oferta tehnică este de neînțeles pentru petent în condițiile în care în cadrul formularelor, parte a documentației de atribuire, însăși Autoritatea Contractantă a precizat faptul că se vor avea în vedere prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016.

(58) În același sens sunt și prevederile Ordinului președintelui ANAP nr. 1017/2019 privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat în care se precizează la Secțiunea II - Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți, pct. 3:

Ofertantii au obligatia de a indica sau marca documentele/informatiile din propunerea tehnica pe care le declara ca fiind confidențiale, intrucat cuprind secrete tehnice si/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvaluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, in special in ceea ce priveste secretul comercial si proprietatea intelectuala. Caracterul confidential trebuie demonstrat prin orice mijloace de proba.

(59) Prin urmare, atunci când restricționează accesul la dosarul achiziției publice, Autoritatea Contractantă nu poate avea doar un rol pasiv, ci are obligația ca, pentru fiecare informație declarată confidențială de ofertant:

- să analizeze dacă ofertantul a motivat temeinic caracterul confidențial în baza legislației aplicabile (e.g. Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale) și dacă acest caracter confidențial este demonstrat prin mijloace adecvate de probă;

- să analizeze mijloacele de probă adecvate pentru susținerea celor de mai sus;

- să analizeze modul în care ofertantul a demonstrat cum ar prejudicia dezvăluirea acestora interesele sale legitime,

ceea ce evident nu a fost cazul în situația de față, în privința ofertei, Autoritatea Contractantă adoptând un rol pasiv potrivit propriilor susțineri din Punctul de vedere.

(60) Nu în ultimul rând, Autoritatea Contractantă trece sub tăcere criticile referitoare la repunerea în termenul legal de contestare, ceea ce demonstrează lipsa totală de contraargumente față de acestea.

5. Încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice și restricționarea concurenței în cadrul procedurii

(61) Contrar susținerilor Autorității Contractante, contestatorul apreciază că aceasta nu a respectat principiul tratamentului egal, întrucât a respins oferta sa, în pofida prezentării unui Instrument de garantare emis în mod valabil ce asigura îndeplinirea scopului garanției de participare și poate fi executat de Autoritatea Contractantă.

(62) Încălcarea principiului tratamentului egal rezultă din compararea modului neuniform în care Autoritatea Contractantă a evaluat oferta depusă de și oferta depusă de

- pe de o parte, Autoritatea Contractantă a respins oferta depusă de, considerând în mod excesiv și disproporționat că petentul ar fi prezentat un Instrument de garantare neconform (în pofida faptului că Autoritatea Contractantă nu a precizat la niciun moment în cadrul documentației de atribuire că acceptă garanții de participare emise de instituții financiare nebancare doar dacă acestea au un capital social de minim 3.000.000 euro și care pot acorda credite ipotecare);

- pe de altă parte, Autoritatea Contractantă a evaluat cu „indulgență” și a desemnat admisibilă oferta depusă de, trecând cu o lejeritate de neînțeles peste neconformitatea vadiată a acestei oferte, în ceea ce privește echipamente esențiale ce trebuie livrate montate și instalate pe ambulanță conform dispozițiilor legale - ventilatorul; Autoritatea Contractantă a declarat conformă oferta deși în Anexa la Avizul de funcționare emis de ANMDMR, depusă de în cadrul ofertei, nu figurează niciunde producătorul ventilatorului (i.e. Hamilton Medical AG), ofertantul neavând capacitatea de a comercializa acest dispozitiv medical conform prevederilor legale.

(63) Cu alte cuvinte, Autoritatea Contractantă își asumă riscul neexecutării contractului în mod corespunzător de către, bazându-se pe simple afirmații din propunerea tehnică a acestuia, nesustținute de documente corespunzătoare, iar la polul opus, respinge oferta contestatorului, pentru aspecte pur formaliste, în pofida Instrumentului de garantare perfect valabil prezentat.

(64) Totodată, petentul afirmă că Autoritatea Contractantă nu a respectat principiul transparenței, întrucât:

- a restricționat în mod nepermis accesul petentului la dosarul achiziției publice, astfel cum a aratat pe larg mai sus și prin Contestație;

- a aplicat în etapa de evaluare a ofertelor cerințe suplimentare privind garanția de participare, necomunicate prin documentația de atribuire (i.e. faptul că garanția de participare trebuia prezentată sub forma unui instrument de garantare emis doar de o instituție de credit în sensul art. 3 din OUG nr. 99/2006 sau că instituția financiară nebancară emitentă a instrumentului de garantare trebuie să aibă un capital social minim de 3.000.000 euro și să poată acorda credite ipotecare);

- nu a aplicat cerințele documentației de atribuire în mod complet și corect în privința propunerii tehnice a, declarând admisibilă oferta acestuia deși nu poate asigura comercializarea ventilatorului Hamilton T1, ofertat de aceasta, cu respectarea legislației în materie întrucât în avizul de funcționare emis de ANMDMR nu figurează producătorul acestui dispozitiv medical.

(65) Mai afirmă petentul că Autoritatea Contractantă a încălcat totodată și art. 1 alin. (2) și (3) din Normele metodologice, prin declararea

drept admisibilă a ofertei, deși include afirmații ce contravin calității subcontractantului petentului de distribuitor exclusiv (i.e. cu privire la comercializarea, punerea în funcțiune, instalarea, instruirea personalului în privința ventilatorului Hamilton T1). Această situație denaturează în mod vădit concurența. În acest sens, cu titlu de exemplu, potrivit art. 2 alin. (1) și (2) din Lege nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, sunt contestatorul afirmă că sunt interzise practicile de concurență neloială constând în orice practici comerciale care contravin uzanțelor cinstite și principiului general al bune-credințe și care produc sau pot produce pagube oricăror participanți la piață.

6. Anularea procedurii de atribuire

(66) Contrar susținerilor Autorității Contractante din Punctul de vedere, petentul arată că în prezenta situație sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 212 din Legea nr. 98/2016 pentru anularea procedurii de atribuire.

6.1. Anularea procedurii în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016

(67) Contestatorul reține că în mod paradoxal, abaterile grave de la prevederile legislative sunt confirmate chiar de susținerile Autorității Contractante din Punctul de vedere.

(68) În pofida faptului că Autoritatea Contractantă și-a motivat decizia de respingere a ofertei petentului pe faptul că instituția financiară nebanară emitentă a Instrumentului de garantare trebuia să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la prevederile art. 3 lit. d) din O.U.G. nr. 99/2006 (poate acorda credite ipotecare), o astfel de cerință nu a fost adusă la cunoștința ofertanților prin documentația de atribuire. Autoritatea Contractantă nu a menționat în documentație nici faptul că instrumentul de garantare trebuie emis strict de una dintre instituțiile de credit prevăzute de art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006. S-au încălcat astfel prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) din Normele metodologice, dar și principiul transparenței. În acest sens, în jurisprudența europeană s-a arătat că:

In plus, trebuie amintit, pe de o parte, ca principiul egalității de tratament impune ca ofertantii să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implica, asadar, ca aceste oferte să fie supuse aceluiași condiții pentru toți ofertantii. 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. Aceasta 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 (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată).

(69) Totodată, procedura este grav viciată și prin modul formal în care Autoritatea Contractantă a înțeles să evalueze oferta Solicitarea de clarificări adresată petentului constând în prezentarea de documente care să ateste faptul că SA este o instituție de credit, a fost evident adresată doar formal, pentru respectarea art. 132 alin. (3) din Normele metodologice, deși anterior solicitării de clarificări, comisia de evaluare decisese deja că Instrumentul de garantare nu este un instrument emis de o instituție de credit în sensul art. 36 din Normele metodologice, această cerință fiind considerată neîndeplinită (pag. 5 din Punctul de vedere).

(70) Deși negată de Autoritatea Contractantă, abaterea gravă este evidentă în opinia contestatorului: procesul de evaluare a ofertelor a fost viciat prin solicitarea de clarificări pur formală și respingerea vădit disproporționată a ofertei pentru pretinsa nerespectare de către instrumentul de garantare a altor cerințe decât cele solicitate expres prin documentația de atribuire.

(71) În contextul celor de mai sus, contestatorul apreciază că Autoritatea Contractantă se află în imposibilitate de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) întrucât o modificare a documentației de atribuire la acest moment, în care să fie menționate cerințele suplimentare aferente constituirii garanției de participare (i.e. limitările privind emiterea garanției de instituții financiare nebancare), nu mai este posibilă, întrucât s-ar încălca principiul transparenței.

(72) Pentru a nu se încălca principiul transparenței, singurele opțiuni viabile rămân fie adresarea unei noi solicitări de clarificări privind garanția de participare către contestator care să permită în mod real acestuia lămurirea situației (e.g. prin prezentarea unui instrument de garantare emis doar de una dintre instituțiile de credit de la art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006), fie anularea procedurii.

(73) În egală măsură, contestatorul apreciază că abaterile grave care afectează procedura de atribuire rezultă din modul deficitar și neuniform în care Autoritatea Contractantă a evaluat ofertele depuse de și în cadrul procedurii de atribuire.

(74) Autoritatea Contractantă a decis să aplice cea mai drastică sancțiune ofertei, cu încălcarea principiului proporționalității, în pofida emiterii valabile a Instrumentului de garantare și îndeplinirii scopului garanției de participare. La polul opus, oferta a fost tratată cu „indulgență”, în pofida elementelor de inacceptabilitate și neconformitate pe care le prezintă, astfel cum a detaliat petentul la Secțiunea 3 de mai sus.

(75) A fost astfel aplicat un dublu standard în evaluarea ofertelor, incompatibil cu specificul de transparență și egalitate de tratament al oricărei proceduri de atribuire.

(76) Totodată, prin nepublicarea raportului procedurii în SEAP într-o secțiune accesibilă ofertanților, Autoritatea Contractantă a încălcat și art. 216 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 și art. 66 alin. (4) din Normele metodologice, dar și principiul transparenței.

(77) Respectarea strictă a legislației naționale și europene în procesul de atribuire a contractului este cu atât mai critică cu cât contractul este finanțat din fonduri europene în cadrul Proiectului integrat pentru

dezvoltare durabilă în zona montană a județului, îmbunătățirea accesului și dezvoltării serviciilor de sănătate în caz de intervenții medicale în situații de urgență (Acronim IPHEALTH - FA Phase; cod emS: ROHU 449), orice greșeală/nerezpectarea prevederilor legale urmând a conduce nu doar la o incorectă cheltuie a banului public, dar și la aplicarea de corecții financiare:

- conform Anexei nr. 1 - Abateri de la respectarea normelor în materie de achiziții pentru care se aplică reduceri procentuale/corecții financiare la O.U.G. nr. 66/2011, Partea 1.A), printre tipurile de abateri/nereguli constatate se numără și nerezpectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal;

totodată, potrivit Anexei nr. 1 - Abateri de la respectarea normelor în materie de achiziții pentru care se aplică reduceri procentuale/corecții financiare la O.U.G. nr. 66/2011, Partea 1.B) - Contracte a căror valoare este sub plafonul/pragul stabilit, conform legislației în vigoare, pentru publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, *În conformitate cu prevederile legislației europene și ale jurisprudenței Curții Europene de Justiție în cazul contractelor pentru care aplicarea directivelor din domeniul achizițiilor publice nu este obligatorie sau este parțial obligatorie și se constată abateri de la aplicarea prevederilor legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, prevăzute la lit. A), autoritățile cu competențe în gestionarea fondurilor europene/structurile de control aplică reduceri procentuale/corecții financiare;*

- conform pct. 6 din Cap. V. al Ghidului privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene ce trebuie urmate de autoritățile de management/organismele intermediare în procesul de verificare a procedurilor de achiziții publice aprobat prin Ordinul nr. 543/2013, *Dacă în cadrul unei proceduri de atribuire s-a depus o contestație, reprezentanții Autorității de management trebuie să analizeze conținutul acelei contestații indiferent de decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC). Astfel, chiar dacă CNSC a respins contestația depusă de un operator economic (ca fiind tardivă/nefondată/retrasă), reprezentanții Autorității de management verifică condițiile de fond invocate de contestatar și decid dacă acestea au avut impact asupra modului de derulare a procedurii. De asemenea, în situațiile în care CNSC consideră că trebuie reluată procedura din etapa de evaluare a ofertelor, reprezentanții Autorității de management trebuie să verifice care sunt elementele și motivele suplimentare care au intervenit în procesul de reevaluare (dacă se păstrează decizia inițială, trebuie analizate existența și motivația elementelor suplimentare care au condus la menținerea rezultatului procedurii, iar, dacă se modifică rezultatul, trebuie analizate motivele care au condus la respectiva modificare).*

6.2. Anularea procedurii în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016

(78) Contestatorul învederează că în situația menținerii deciziei de respingere a ofertei, în contextul în care oferta depusă de este vădit inadmisibilă, conform celor arătate anterior la Secțiunea 3 de mai

sus, singura soluție posibilă rămâne anularea procedurii și reorganizarea acesteia.

(79) Aceeași soluție a fost reținută și în practica anterioară a C.N.S.C.:

Nefiind indeplinite toate cerintele din caietul de sarcini de catre niciunul dintre participantii, cum a recunoscut insasi achizitoarea in punctul sau de vedere, urmau a fi aplicabile dispozitiile art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit carora „Autoritatea contractanta are obligatia de a anula procedura de atribuire a contractului de achizitie publica/acordului-cadru in urmatoarele cazuri: a) daca nu a fost depusa nicio oferta/solicitare de participare sau daca nu a fost depusa nicio oferta admisibila”, nu sa fie declarata castigatoare o oferta neconforma, cum in mod gresit a procedat spitalul. [...]

(80) În caz contrar, s-ar menține decizia Autorității Contractante de a atribui, cu încălcarea prevederilor legale, contractul de achiziție publică unui ofertant care nu poate asigura comercializarea în condiții de legalitate a dispozitivelor medicale ce intră în obiectul contractului (i.e. ventilatorul Hamilton T1).

7. Referitor la capetele de cerere

(81) Contestatorul remarcă faptul că în finalul Punctului de vedere, Autoritatea Contractantă face o afirmație incorectă cu privire la capetele de cerere din Contestație. În ipoteza respingerii capătului de cerere privind respingerea ofertei, celelalte capete de cerere nu vor rămâne fără obiect.

(82) O eventuală respingere a acestui capăt de cerere nu are impact asupra:

- neconformității ofertei, cu privire la care Consiliul trebuie să se pronunțe în virtutea principiului disponibilității, dar și prin prisma capătului de cerere privind anularea procedurii;

- anularii procedurii, solicitate în subsidiar, deci chiar în ipoteza respingerii în tot sau în parte a capetelor de cerere formulate în principal.

(83) Contestatorul apreciază că C.N.S.C. trebuie să se pronunțe asupra tuturor capetelor de cerere din Contestație, în temeiul principiului disponibilității, art. 26 alin. (2) și alin. (11), art. 27 alin. (5) lit. b) și alin. (8) din Legea nr. 101/2016, dar și art. 22 alin. (6) din Codul de procedură civilă.

Pentru toate considerentele expuse atât prin Contestație, cât și prin prezentul Răspuns la Punctul de vedere, Consiliul este rugat să dispună în sensul admiterii Contestației.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr., ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei Adresa nr. 3954/20.07.2021 emisă de Autoritatea pentru Digitalizarea României - Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Anexa 1), conform căreia:

(1)■sunt disponibile ofertanților documentele încărcate de Autoritatea Contractantă în secțiunea „Lista procese-verbale, rapoarte intermediare și finale” prin selectarea tipului de document „Raport final”;

- în secțiunea „Lista procese verbale, rapoarte intermediare și finale” din prezenta procedura de atribuire nu există niciun document încărcat și/sau publicat de Autoritatea Contractantă ca tip de document care să fie accesibil ofertanților participanți la procedură, inclusiv subscrisei.

(2) Adresa nr. 3954/20.07.2021 confirmă, aşadar, criticile sale referitoare la faptul că Autoritatea Contractantă nu a publicat Raportul procedurii în SEAP, în secţiunea accesibilă subscrisei.

În susţinere, a fost depusă Adresa nr. 3954/20.07.2021 emisă de Autoritatea pentru Digitalizarea României - Sistemul Electronic de Achiziţii Publice.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect „Furnizare 1 bucată AMBULANŢĂ TIP MMU şi servicii accesorii de instalare, punere în funcţiune, testare şi instruire personal, pentru obiectivul de investiţii: «Proiect integrat pentru dezvoltare durabilă în zona montană a judeţului, îmbunătăţirea accesului şi dezvoltării serviciilor de sănătate în caz de intervenţii medicale în situaţii de urgenţă» Acronim: IPHEALTH – FA Phase; Cod emS: ROHU 449”, cod CPV 34114121-3. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „preţul cel mai scăzut”.

În Raportul procedurii nr. 306958/23.06.2021 s-a consemnat depunerea a 2 oferte (SC SRL, cu subcontractanţi ... şi, şi SC SRL), respingerea ofertei contestatorului SRL, admisibilitatea ofertei depusă de SRL şi desemnarea acesteia ca fiind câştigătoarea procedurii de atribuire, cu o propunere financiară de 350.000,00 lei fără TVA.

Împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 307714/23.06.2021, SC SRL a formulat contestaţia care face obiectul dosarului nr. ...

Analizând susţinerile părţilor, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei şi având în vedere dispoziţiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestaţia formulată de SC SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

În ceea ce priveşte susţinerile contestatorului referitoare la nelegalitatea respingerii ofertei sale, Consiliul reţine următoarele:

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că SC SRL a depus, pentru dovedirea îndeplinirii cerinţei privind garanţia de participare, Instrumentul de garantare pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului, emis de S.A. nr. 2003/04.02.2021.

Potrivit dispoziţiilor art.36 alin.(1) din HG nr.395/2016, *„Garanţia de participare se constituie prin virament bancar **sau printr-un instrument de garantare emis de o instituţie de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condiţiile legii**”.*

Prin solicitarea de clarificări nr. 69727/10.02.2021, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului clarificări, respectiv prezentarea de documente care să ateste faptul că S.A. este o instituţie de credit (pag.327-328 din dosarul achiziţiei publice).

Prin adresa nr. 801/11.02.2021 (pag.329-338 din dosarul achiziției publice) contestatorul a depus documentele justificative solicitate, respectiv:

- Adresa nr.676/11.02.2021, emisă de S.A
- Notificarea emisă de Banca Națională a României (denumită în continuare „BNR”), potrivit căreia societatea S.A. este luată în evidență și înscrisă în Registrul General ținut la BNR sub un anumit număr de înregistrare;
- Extrasul de pe pagina oficială de internet a BNR, din care rezultă că activitățile de creditare desfășurate de S.A. includ și emiterea de garanții.

Prin Comunicarea rezultatului procedurii nr. 307714/23.06.2021, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 132 alin. (3) din HG nr.395/2016, ”), deoarece Instrumentul de garantare emis de S.A. nr. 2003/04.02.2021 nu ar fi un instrument emis de o instituție de credit în sensul art. 36 alin.(1) din HG nr.395/2016.

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul apreciază că documentul depus de SC SRL îndeplinește cerința privind constituirea garanției de participare, din înscrisurile depuse de acest ofertant ca răspuns la solicitările de clarificări rezultând că S.A. este competentă să desfășoare activități de creditare, inclusiv emiterea de garanții. De asemenea, Consiliul constată că documentul privind garanția de participare, depus de contestator, a fost întocmit potrivit formularului pus la dispoziția ofertanților de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Deși autoritatea contractantă susține că „comisia de evaluare nu și-a întemeiat decizia de respingere a ofertei depuse de SRL pe faptul că ”instituția financiară nebancară emitentă a Instrumentului de garantare trebuie să aibă un capital social de 3.000.000 euro pentru a se încadra la art. 3 lit. d) din OUG 99/2006” așa cum în mod eronat susține contestatoarea SRL, acesta fiind doar un argument pentru care un IFN nu este instituție de credit conform OUG 99/2006, totuși Consiliul observă că acesta este motivul pentru care autoritatea a considerat instrumentul de garantare pentru constituirea garanției de participare ca neîndeplinind cerința din documentația de atribuire.

Or, autoritatea contractantă nu a precizat în cadrul documentației de atribuire că acceptă garanții de participare emise de instituții financiare nebankare doar dacă acestea au un capital social de minim 3.000.000 euro și care pot acorda credite ipotecare, așa cum susține și contestatorul, ci a solicitat în fișa de date pct.III.1.6 a) prezentarea unei garanții de participare în cuantum de 3898,98 lei, potrivit dispozițiilor art.36 alin.(1) din HG nr.395/2016.

Prin urmare, Consiliul constată că decizia autorității contractante de a respinge, ca inacceptabilă, oferta contestatorului, din motivul mai sus menționat, nu respectă prevederile legislației în vigoare în materia achizițiilor publice.

În ceea ce privește criticile contestatorului referitoare la oferta desemnată câștigătoare, respectiv SRL, Consiliul reține următoarele:

Contestatorul afirmă că Srl nu poate livra, instala și pune în funcțiune Ventilatorul Hamilton T1 în mod legal și, pe cale de consecință, nu a demonstrat respectarea tuturor specificațiilor tehnice privind ventilatorul, astfel cum au fost acestea impuse de Autoritatea Contractantă prin Caietul de sarcini.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că SRL a oferat, alături de alte echipamente medicale, un ventilator pentru transport produs de Hamilton Medical.

De asemenea, Consiliul reține că obiectul prezentului contract de achiziție publică este „Furnizare 1 bucată AMBULANȚĂ TIP MMU și servicii accesorii de instalare, punere în funcțiune, testare și instruire personal, pentru obiectivul de investiții: «Proiect integrat pentru dezvoltare durabilă în zona montană a județului, îmbunătățirea accesului și dezvoltării serviciilor de sănătate în caz de intervenții medicale în situații de urgență».

Prin urmare, Consiliul nu poate primi ca întemeiate susținerile autorității contractante conform cărora „oferantul SRL afirmă în cadrul propunerii tehnice că va asigura instalarea, punerea în funcțiune, testarea și instruirea de personal pentru obiectul achiziției”, întrucât în opinia Consiliului, simpla declarație pe proprie răspundere a acestui ofertant fără a fi însoțită de o minimă dovadă ca acesta va putea instala și pune în funcțiune acest tip de echipament în mod legal, nu este suficientă.

Din Avizul de funcționare nr. 6171 din 18.04.2019 eliberat de Ministerul Sănătății-Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale și Anexa din data de 11.08.2020 la Avizul de funcționare prezentate de Srl în cadrul ofertei (filele 178 - 182 din dosarul achiziției publice), nu rezultă că avizul acoperă comercializarea (distribuția/importul), instalarea și punerea în funcțiune a ventilatorului Hamilton T1; producătorul ventilatorului - Hamilton Medical AG nu figurează în lista producătorilor din avizul de funcționare pentru care Srl este distribuitor.

Totodată, Consiliul mai reține și faptul că, la dosarul cauzei, contestatorul a depus înscrisuri din care rezultă că operatorul economic (care are calitatea de subcontractant al ofertantului SC SRL) este distribuitorul exclusiv și furnizorul de service pentru produsele Hamilton Medical în România.

Prin urmare, în opinia Consiliului, se impune ca autoritatea contractantă să solicite ofertantului SRL clarificări referitoare la modalitatea în care acesta va putea instala și pune în funcțiune ventilatorul pentru transport oferat.

În ceea ce privește criticile contestatorului referitoare la modalitatea în care autoritatea contractantă i-a acordat acces la documentele ofertei concurente, respectiv oferta SRL, Consiliul le apreciază ca fiind neîntemeiate, întrucât autoritatea contractantă a respectat dispozițiile legale și nu a restricționat accesul la dosarul achiziției publice. De altminteri, Consiliul reține și faptul că însuși contestatorul și-a declarat părți din ofertă ca fiind confidențiale și la care cel aflat în competiție cu SC SRL nu a avut acces.

Sușținerile referitoare la publicarea/nepublicarea în SEAP a raportului procedurii nr. 306958/23.06.2021 de către autoritatea contractantă, în opinia Consiliului, nu sunt relevante din moment ce, pe de o parte, contestatorul a avut acces la acest document la data accesului la dosarul achiziției publice, iar, pe de altă parte, acest înscris urmează a fi anulat ca urmare a admiterii contestației.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL și va dispune anularea raportului procedurii nr. 306958/23.06.2021 și a tuturor comunicărilor subsecvente, precum și continuarea procedurii de la etapa evaluării ofertei tehnice și financiare în ceea ce privește oferta SC SRL și prin solicitarea de clarificări ofertantului SRL, potrivit motivării, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

Dispune anularea raportului procedurii nr. 306958/23.06.2021 și a tuturor comunicărilor subsecvente.

Dispune continuarea procedurii de la etapa evaluării ofertei tehnice și financiare în ceea ce privește oferta SC SRL și prin solicitarea de clarificări ofertantului SRL, potrivit motivării, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.