



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2210 / C8 / 2250

Data: 05.12.2019

Prin contestația nr. 477/23.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 42732/24.10.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, ..., CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnul - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare echipament de eliminare a infecțiilor nosocomiale cu lumină pulsată UV-C cu xenon, cod CPV 33100000-1, cu data-limită de depunere a ofertelor 19.09.2019, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității la reevaluarea ofertei desemnate câștigătoare.

La 07.11.2019, SC SRL, cu sediul în, ..., CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată legal de domnul - administrator și convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați „...”, ..., ..., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, a înaintat Consiliului cererea de intervenție voluntară nr. 1979/07.11.2019, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin.

(1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta SC SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, pe piața de profil din România, singurul echipament care îndeplinește cerințele autorității contractante din caietul de sarcini este cel pe care l-a oferat, respectiv Xenex - Germ Zapping Robot.

Din cunoștințele contestatoarei, echipamentul comercializat de contraofertantă nu corespunde cerințelor autorității. De exemplu, lumina este continuă și nu pulsată, iar tehnologia folosită este pe bază de mercur și nu de xenon. Autoritatea, prin comisia de evaluare, a dat dovada de superficialitate în evaluarea tehnică a ofertei SC SRL

Reclamanta solicită accesul la dosarul achiziției publice, având în vedere că la solicitarea similară adresată autorității contractante nu a primit niciun răspuns.

În cererea sa de intervenție nr. 1979/07.11.2019, SC SRL susține că are atât interesul, cât și dreptul de a interveni în cauză, oferta sa fiind declarată câștigătoare, iar contestația urmărește anularea poziției câștigate.

Potrivit art. 10 din Legea 101/2016, contestația trebuie să conțină, între altele, motivarea în fapt și în drept, precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil, elemente omise de SC SRL.

Contestatoarea se rezumă la o afirmație sumară, în sensul că produsul său este singurul care îndeplinește cerințele caietului de sarcini. Nu indică nicio dovadă a afirmațiilor sale și, de altfel, criticile enunțate nu au corespondent în realitatea propunerii tehnice depuse de SC SRL.

Formularea unei contestații care contravine rigorii impuse prin dispozițiile procedurale (adică obligația contestatoarei de a motiva criticile sale) se sancționează cu nulitatea, caracterul pur speculativ al demersului nefiind apt să angreneze o verificare întreprinsă de către Consiliu.

Contestatoarea nu face referire la vreun mijloc de probă care să-i susțină argumentele.

Față de aceste omisiuni, se impune anularea contestației.

Intervenienta susține că oferta sa, după cum a constatat comisia de evaluare, este admisibilă și conformă, îndeplinind toate cerințele din caietul de sarcini.

Echipamentul contestatoarei nu este unicul echipament de pe piața din România care poate dezinfecta pe baza de raze UV-C. Autoritatea a stabilit cerințele la un nivel minim, iar echipamentul oferit de SC SRL este superior din punct de vedere tehnic, al costului și al cheltuielilor de mentenanță. Aceste aspecte sunt dovedite prin studii de specialitate, care au fost atașate la propunerea tehnică. La pagina 28 se regăsește un tabel comparativ cu concluzii din care reiese că tehnologia oferită este cel puțin la fel de eficientă și chiar superioară celei solicitate de autoritate. Dacă afirmația contestatoarei ar fi fost reală ar fi însemnat că, prin cerințele impuse, autoritatea ar fi limitat accesul operatorilor economici la un singur producător, ceea ce ar fi contravenit dispozițiilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Întreaga propunere tehnică a SC SRL reflectă îndeplinirea cerințelor menționate de contestatoare, fiind incluse în ofertă atât fișa tehnică, cât și studii de specialitate din care rezultă conformitatea cu cerințele impuse de autoritate. Produsele oferite sunt, în realitate, superioare față de cerințele minimale din caiet.

Cu nr. 522/04.12.2019, înregistrate la Consiliu cu nr. 49661/04.12.2019, SC SRL a formulat concluzii scrise, în care precizează:

1. Aparatul de dezinfecție Thor UVC, comercializat de către SC SRL, conform caracteristicilor tehnice publicate pe site-ul propriu de către producătorul acestuia, compania Finsen Technologies Ltd, este un „robot de dezinfectare ultravioletă de mare producție, folosind tehnologia unică de mapare a camerei, pentru a furniza o doză germicidă rapidă și eficientă de energie UVC cu undă continuă” și „este cea mai recentă tehnologie de dezinfectare a suprafeței și a aerului UV-C cu undă constantă”.

Rezultă că acest echipament nu respectă cerința autorității din caietul de sarcini: „Sistemul să poată efectua dezinfecțiile folosind spectrul complet UV-C, folosind tehnologia cu lumină pulsată cu Xenon.”

2. Aparatul Thor UVC este dovedit că elimină agenții patogeni la o putere maximă de 253,7 nanometri, ceea ce nu corespunde cerinței autorității: „Sistemul să poată efectua dezinfecțiile folosind spectrul complet UV-C, folosind tehnologia cu lumină pulsată cu Xenon.”

Spectrul complet UVC este de la 200 la 700 nanometri, iar Thor UVC nu generează decât 253,7 nanometri.

3. Energia maximă generată de aparatul Thor UVC, de 253,7 nanometri, este specifică lămpilor cu mercur, nicidecum tehnologiei cu xenon solicitată de autoritate.

4. Conform caietului de sarcini, eliminarea agenților patogeni se va face prin patru procese, unul dintre ele fiind fotohidrația, ceea ce înseamnă că lumina UV atrage moleculele de apă către ADN, perturbând procesul de replicare. Procesul de distrugere prin fotohidrație se întâmplă în zona de 260-270 nanometri, or aparatul Thor UVC nu dezvoltă decât 253,7 nanometri.

5. Studiul depus de SC SRL în cadrul ofertei este făcut pe un aparat cu lumină pulsată ultravioletă cu xenon, de unde și denumirea acestui studiu: „Evaluation of a Pulsed Xenon Ultraviolet Disinfection System for Reduction of Healthcare - Associated Pathogens in Hospital Rooms”. Pagina 18 și imaginea de la pagina 19 a studiului este a unui aparat Xenex, aparat cu lumină pulsată ultravioletă cu xenon, aparat ofertat de SC SRL la licitație.

6. Autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale, în speță art. 66 alin. (4) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, nepublicând în SEAP raportul procedurii, precum și prevederile art. 66 alin. (5), transmițând comunicările rezultatului procedurii în data de 14.10.2019, înaintea întocmirii raportului procedurii, respectiv 19.10.2019.

Până la această dată, ... nu a formulat niciun punct de vedere asupra contestației. Faptul că reprezentantul autorității achizitoare a înțeles să nu își exercite dreptul la apărare prin formularea legală a unui punct de vedere asupra contestației nu împiedică soluționarea ei de către Consiliu, în condițiile în care art. 18 alin. (3) teza I din Legea nr. 101/2016 prevede expres că „lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă”.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1013649, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 31.07.2019, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării unui echipament de eliminare a infecțiilor nosocomiale cu lumină pulsată UV-C cu xenon, maximum șase aparate, estimate valoric la 5.010.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 31.07.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și SC SRL, a cărui ofertă a fost clasată pe locul secund,

iar câștigătoare a fost desemnată oferta SC SRL. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și cel al contractului subsecvent de furnizare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal 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)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în

documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 42952/14.10.2019, rezultat comunicat competitorilor în ziua următoare. La 24.10.2018, SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Disputa aflată pe rolul forului jurisdicțional vizează actul autorității de admitere și declarare câștigătoare a ofertei actualei interveniente, ofertă pe care reclamanta o apreciază neconformă, dând exemplu următoarele abateri de la specificațiile caietului de sarcini: lumina este continuă, nu pulsată, iar tehnologia folosită este pe bază de mercur, nu de xenon.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către intervenientă a excepției nulității (anulării) contestației, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea demersului depinde de soluționarea ei. Excepția este bizuită pe absența din contestație a anumitor elemente impuse de legea remediilor.

Însă, la ordine, anterioară analizării excepției ce tinde la anularea incipientă a contestației, este necesară determinarea admisibilității în principiu a cererii în cuprinsul căreia a fost invocată, respectiv a cererii de intervenție voluntară depusă de SC SRL. Astfel fiind, Consiliul ia act că această societate are calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, constând în păstrarea actualului loc în clasament, care să îi asigure obținerea contractului licitat, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Din parcurgerea cuprinsului cererii se vedește că ea este de sprijinire a poziției autorității contractante (prezumată a fi de respingere a contestației, în lipsa vreunei manifestări de voință care să reflecte achiesarea la aceasta), fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, context în care se determină că cererea este de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante. Ea se circumscrie întocmai art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 – „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă,

republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. Cererea de intervenție depusă la Consiliu va fi comunicată și celorlalte părți ale cauzei în termen de două zile de la primire. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.” –, în sensul că a fost formulată în termenul de 10 zile de la data afișării în SEAP a contestației (01.11.2019), conform Codului de procedură civilă.

În consecință, se poate trece la cercetarea excepției ridicate de intervenientă, în speță de anulare a contestației, excepție pe care Consiliul o găsește a fi nefondată și o respinge ca atare. Din parcurgerea contestației reiese că societatea SRL este nemulțumită de rezultatul evaluării ofertei SC SRL, considerând că autoritatea nu a verificat temeinic dacă aceasta corespunde tuturor cerințelor de ordin tehnic aferente achiziției. Față de actul atacat (raportul procedurii) și de motivele expuse în contestație, se poate lesne determina că societatea contestatoare urmărește și solicită desființarea actului atacat, prin anularea lui în componenta sa privind evaluarea ofertei câștigătoare, care a determinat poziționarea reclamantei pe locul secund.

Capetele de cerere se încadrează în limitele Legii nr. 101/2016, inclusiv prin prisma soluțiilor pe care le poate dispune Consiliul:

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

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim [...].

Art. 26. - (2) Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:

a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte;
b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;

c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

(10) Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

(10¹) În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.

Respingerea ofertei intervenientei și declararea câștigătoare a ofertei contestatoarei trebuie înțelese ca fiind atribuții a căror

exercitare să o impună Consiliul autorității contractante. Contestația prezintă obiect atât în sens material (actul atacat), cât și în sens procesual (solicitarea adresată Consiliului).

Se observă că reclamanta își îndreaptă acțiunea împotriva actului de admitere a ofertei concurente, despre care a aflat la 15.10.2019. Contestația este însoțită de comunicarea nr. 42954/14.10.2019, de o cerere de acces la documente (rămasă fără răspuns din partea autorității, afirmă contestatoarea) și de dovada transmiterii contestației către autoritate, înscrisuri depuse cu titlu de mijloace de probă, în acord cu art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016. De altminteri, această literă face referire la „mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil”. Așadar, legiuitorul a introdus o circumstanțiere – „în măsura în care este posibil” –, iar dacă SC SRL nu dispune de alte piese probante nu înseamnă că, automat, contestația trebuie anulată din această cauză.

În privința elementului de la art. 10 lit. f), constând în motivarea contestației, Consiliul apreciază că cele două pagini ale acesteia sunt nu doar suficiente, ci și elocvente, concluzie privită în contextul în care nu i-a răspuns cererii de acces la actele dosarului achiziției publice, care i-ar fi permis societății o motivare „mai elaborată”.

Reclamanta a cerut expres anularea raportului procedurii și a comunicării nr. 42954/14.10.2019, solicitare constituind obiectul procesual al cererii, însoțită de o motivare suficientă, ceea ce face de prisos recurgerea la normele art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în adoptarea soluției de către forul jurisdicțional. Din întreaga construcție a contestației se desprinde concluzia că autoarea este nemulțumită și atacă actul de admitere a ofertei concurente, urmărind excluderea acesteia din competiție, situație în care Consiliul este ținut să se pronunțe asupra legalității și temeiniciei actului de admitere a respectivei oferte.

În speță, elementele esențiale de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea introductivă reies în mod coerent și comprehensibil din textul cererii, citit împreună cu acela al actelor anexate ei.

Curtea Constituțională a observat că indicarea motivelor de drept, în accepțiunea legiuitorului, nu este sinonimă cu indicarea textelor de lege pe care se întemeiază pretenția reclamantului. Prin urmare, expunerea cu claritate a situației de fapt dă posibilitatea judecătorului de a identifica motivele de drept, în exercitarea rolului său activ. Astfel, judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire, obligat fiind, în cursul procesului, să pună în discuția

părților calificarea juridică exactă, potrivit art. 22 alin. (4) C. proc. civ. (Decizia nr. 400 din 3 iulie 2014).

În privința eventualei redactări deficitare a contestației, Consiliul trebuie să manifeste toleranță și rol activ, pentru a identifica voința autoarei ei și scopul pe care îl urmărește. O contestație nu poate fi respinsă pentru simpla exprimare deficitară a contestatoarei, mai ales în contextul în care, din cuprinsul contestației, se pot deduce, totuși, care sunt voința autoarei și scopul final urmărit de aceasta (desființarea actului considerat nelegal și emiterea unuia legal).

În Hotărârea din 3 iulie 2014, Braun, C-524/13, EU:C:2014:2045, punctul 20, sesizată fiind cu o întrebare preliminară, Curtea de la Luxemburg a consemnat că, deși fraza subordonată din întrebarea preliminară nu conține predicat, această constatare nu determină inadmisibilitatea respectivei întrebări, având în vedere că, conținutul acestei întrebări poate fi dedus cu certitudine din decizia de trimitere. În special, fiind vorba despre concluzii în anulare, prin „cauză a litigiului” trebuie să se înțeleagă contestarea de către reclamant a legalității interne a actului atacat sau, alternativ, contestarea legalității externe a acestuia, distincție recunoscută de jurisprudență (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curții din 13 decembrie 2001, Cubero Vermurie/Comisia, C-446/00 P, EU:C:2001:703, punctele 12, 13 și 16, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din 28 mai 1998, W/Comisia, T-78/96 și T-170/96, EU:T:1998:112, punctele 62-64, Ordonanța Tribunalului Funcției Publice din 11 decembrie 2007, Martin Bermejo/Comisia, F-60/07, EU:F:2007:216, punctele 36-39, și Hotărârea Tribunalului Funcției Publice din 1 iulie 2010, Časta/Comisia, F-40/09, EU:F:2010:74, punctul 83).

Astfel fiind, formularea contestației SC SRL se încadrează în limitele statornicite de lege, iar excepția nulității (anulării) este respinsă, ca nefondată.

Se observă că demersul contestatoarei are la bază două motive de ordin tehnic privind aparatul propus de SC SRL: lumina este continuă, nu pulsată, iar tehnologia folosită este pe bază de mercur, nu de xenon. Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei rezultatului evaluării supus controlului jurisdicțional relevante sunt (coroborate cu celelalte) prevederile fișei de date a achiziției, pct. IV.4.1 - „Modul de prezentare al propunerii tehnice”:

Ofertantul va elabora propunerea tehnică **in baza cerintelor prezentate in caietul de sarcini** si va completa Formularul F – Formular propunere tehnica, in vederea depunerii propunerii tehnice. Solicitarile de clarificari referitoare la prezenta documentatie de atribuire se vor adresa in mod exclusiv in SICAP la sectiunea Intrebări din cadrul procedurii de atribuire derulate prin mijloace electronice, iar raspunsurile la acestea vor fi publicate in SICAP la sectiunea Documentatie si clarificari din cadrul anuntului de participare, autoritatea contractanta urmand sa nu dea curs solicitarilor adresate prin alta modalitate de comunicare decat cea stabilita. Operatorii economici au

dreptul de a transmite oferta numai in format electronic si numai pana la data stabilita pentru depunerea ofertelor. Se vor publica in SICAP, in mod obligatoriu, toate documentele solicitate de autoritatea contractanta prin caietul de sarcini, semnate cu semnatura electronica extinsa.

În respectivul caiet de sarcini, autoritatea a stabilit, între altele:

Obiectul achiziției îl reprezintă achiziționarea tehnologiei avansate de eliminare a infecțiilor nosocomiale din spitale, respectiv a unui robot cu **lumină pulsată ultravioletă cu xenon**, printr-o procedură de achiziție publică, în conformitate cu art.2 alin.5 lit.a, b din HG NR. 395/2016 si art.155 din Legea nr.98/2016.

Specificații Tehnice:

Sistemul să poată efectua dezinsecțiile folosind spectrul complet UV-C, **folosind tehnologia cu lumină pulsată cu Xenon**.

Robotul trebuie sa aibe caracteristici de siguranță:

Robotul cu **lumină ultravioletă pulsată funcționează prin pulsarea xenonului**, un gaz inert, la intensitate ridicată de la o lampă de iluminare ultravioletă care produce **întregul spectru de UV-C** care ucide germenii, care penetrează pereții celulelor de microorganisme, inclusiv bacterii, viruși, mușcagari, ciuperci și spori.

Robotul cu lumină ultravioletă pulsată cu xenon folosește lumină cu spectru complet pulsatoriu Xenon UV (PPX-UV) pentru a ucide agenți patogeni care transportă infecții în spațiile de spital. Pulsează lumina pentru a distruge celulele bacteriilor, virușilor și ciupercilor care cauzează Infecții asociate spitalelor (HAI).

Acesta va activa complet spectrul germicidal cu xenon intens pentru o dezinsecție rapidă și eficientă. Deoarece razele UV-C de la soare sunt de obicei reflectate de stratul de ozon, organismele pământestii nu au dezvoltat rezistență la acestea.

Becurile sunt, de asemenea, non-toxice, **spre deosebire de becurile de mercur** utilizate în tehnologiile anterioare.

Prin urmare este limpede și dincolo de tăgadă că produs ofertat trebuia să respecte integral cerințele tehnice din caiet, inclusiv cerința tehnologiei cu lumină pulsată cu xenon, iar ofertanții trebuiau să furnizeze autorității dovezi în acest sens.

Aparatul de dezinsecție THOR UVC®, produs de Finsen Technologies și comercializat de SC SRL, conform caracteristicilor tehnice din tabelul reprezentând propunerea tehnică a ofertantului, realizează dezinsecția utilizând spectrul UV-C 253,7 nm și folosește tehnologia cu lumină continuă, nu pulsată, iar sursa este nu lampa cu xenon, ci lampa cu mercur, adică altă tehnologie și alt tip de lampă.

Așadar, în cazul echipamentului ofertat de intervenientă, după cum judicios a sesizat contestatoarea, lumina este continuă, nu pulsată, iar tehnologia folosită este pe bază de mercur, nu de xenon.

Cerințele, necontestate, sunt obligatorii pentru ofertanți și deopotrivă pentru autoritatea achizitoare care le-a impus în caiet. De altminteri, chiar din denumirea achiziției rezultă ce anume produs face obiectul licitației: „*echipament de eliminare a infecțiilor nosocomiale cu lumină **pulsată** UV-C cu **xenon***”.

În pofida prevederilor clare și obligatorii redade mai sus, din documentația de atribuire, SC SRL a înțeles să participe cu ofertă pentru aparatul THOR UVC®, care, indiferent dacă produce aceleași efecte, este alt tip de aparat, diferit de acela care formează obiectul achiziției. SC SRL nu tăgăduiește că produsul pe care

l-a oferat nu este cu „lumină pulsată UV-C cu xenon”, ci argumentează că el utilizează o tehnologie superioară celei impuse de autoritate. Documentele incluse în propunerea tehnică nu constituie documente doveditoare pentru tehnologia „lumină pulsată UV-C cu xenon”, ci dimpotrivă, deci nu pot fi valorificate în acest scop.

Eventuala superioritate tehnică a echipamentului THOR UVC® este lipsită de relevanță, dat fiind că obiectul achiziției îl constituie echipamentele cu „lumină pulsată UV-C cu xenon”. Dacă operatorii economici din domeniu ar fi știut că autoritatea acceptă și „lumină constantă UV-C cu mercur”, cu certitudine că licitația ar fi fost accesibilă unui număr mai mare de potențiali furnizori. Acceptarea, la acest moment, a unui echipament cu „lumină constantă UV-C cu mercur” ar însemna nu doar încălcarea flagrantă a regulilor din caietul de sarcini, ci și alterarea la fel de vizibilă a regulilor concurențiale, întrucât ceilalți furnizori de asemenea echipamente au fost împiedicați să participe tocmai din cauza specificațiilor fixate de autoritate.

Contrar opiniei intervenientei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților/entităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină respectivele contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

SC SRL avea la îndemână posibilitatea de a cere organizatoarei clarificări asupra caietului de sarcini, în etapa anterioară ofertării, astfel încât să elimine riscul de îi fi respinsă oferta din cauza expusă (art. 160 din legea achizițiilor publice). O minimă diligență presupunea interpelarea autorității contractante în vederea extinderii gamei tehnologice a aparatelor.

Conform unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene, în temeiul art. 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe

criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special

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

EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014,

Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43).

Elocventă este și Hotărârea Curții din 2 iunie 2016, cauza C-27/15, Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl. Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați.

După cum s-a arătat mai sus, art. 75 din Legea nr. 98/2016 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Raportat la propunerea tehnică a intervenientei, ea nu respectă cerința impusă de autoritate ca propunerea tehnică să includă un aparat cu „lumină pulsată UV-C cu xenon”, astfel cum s-a reținut în paginile anterioare. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Prin urmare, societatea a încălcat atât documentația de atribuire (caietul de sarcini), cât și normele legale precitate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele amintite (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), decizia de respingere a ofertei pentru motivele analizate este singura legală.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a admis oferta SC SRL pentru THOR UVC®, existând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul comunicat ofertantei și pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei SC SRL s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare în privința verificării atente de către autoritate a conformității tehnice a echipamentului THOR UVC® și, pe cale de consecință, criticile societății contestatoare sunt fondate. Astfel stând lucrurile, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr. 477/23.10.2019, în contradictoriu cu, va anula actul de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului, în partea care privește oferta SC SRL, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației licitației și a legislației aplicabile achiziției publice.

Unitatea achizitoare trebuie să conștientizeze răspunderea care îi revine în privința desemnării ofertei câștigătoare, asupra căreia nu poate plana nicio îndoială legată de îndeplinirea întocmai a tuturor cerințelor tehnice, în absența cărora s-ar aduce atingere și concurenței loiale între ofertanți.

În legătură cu motivele de contestare noi (neregulile nou-invocate), pe care contestatoarea le formulează la 04.12.2019 în concluziile scrise, ele se vădesc a fi inadmisibile, nefiind supuse în prealabil discuției cu autoritatea contractantă prin intermediul contestației. În același sens este și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând SC SRL, încuviințată în principiu, față de cele stabilite în paginile de mai sus, Consiliul apreciază nefondată respectiva cerere, motiv pentru care o va respinge ca atare.

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

Admite contestația SC SRL nr. 477/23.10.2019, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii de atribuire

nr. 42952/ 14.10.2019, în partea care privește oferta SC SRL, și adresele de comunicare a rezultatului procedurii către SC SRL și SC SRL. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL, precum și la emiterea unui raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, și respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 1979/07.11.2019, depusă de SC SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în cinci exemplare, conține paisprezece pagini.