

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

DECIZIE

Nr. 1824/C1/1864

Data: 18.08.2021

Prin contestația nr. 73/22.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37997/22.07.2021, formulată de SC SRL, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, cu sediul social în Municipiul, Str., județul, reprezentată legal prin administrator împotriva comunicării rezultatului procedurii postată în SEAP în data 15.07.2021, emisă de către în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în strada, localitatea, județul, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord cadru având ca obiect: „consumabile medicale” Cod CPV: 33140000-3, lotul 43 „Indicatori biologici pentru sterilizare”, Cod CPV 33198200-6, s-a solicitat:

- constatarea caracterului nelegal și netemeinic al comunicării rezultatului procedurii cu privire la ofertele depuse pentru lotul 43 și anularea acesteia, împreună cu toate documentele legate de aceasta,
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei și documentelor de calificare depuse de către firma SC.....SRL, cu respectarea dispozițiilor legale.

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

SC SRL contestă comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 43, potrivit căruia s-a clasat pe locul al II-lea, oferta desemnată câștigătoare aparținând operatorului SC.....SRL.

Contestatorul precizează că în conformitate cu art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, a solicitat accesul la oferta tehnică depusă de către SC AXIOMED, întrucât prețul ofertat de SRL i s-a părut neobișnuit de scăzut.

Ca urmare a studierii dosarului, susține că pentru poziția 1 a lotului, și anume Indicator biologic abur citire rapidă, ...a ofertat produsul....., fabricat de către producatorul.....

SC SRL susține că nu putea oferta acest produs întrucât drepturile exclusive de a oferta produsul la procedura în cauză, precum și de comercializare la nivel național, a fost acordat de către producatorul firmei, care mai departe nu a acordat drept de comercializare SC.....SRL, ci doar operatorului SC SRL, cu care a participat și ca terț susținător în cadrul procedurii.

Precizează că ultimul lot de produs achiziționat de către operatorul economic de la producatorul anterior pierderii dreptului de distribuție este fabricat în aprilie 2020, astfel că orice livrare a unor eventuale produse existente în stoc ar corespunde unui termen rămas de valabilitate mai mic de 12 luni, lucru care contravine cerințelor caietului de sarcini, care solicită ca termenul de valabilitate al produselor să fie de cel puțin 12 luni de la data livrării, ceea ce ar putea explica și prețul scăzut ofertat, operatorul economic încercând, probabil, încheind contractul cu autoritatea contractantă, să scape de niște stocuri de produse care nu corespund cerințelor caietului de sarcini.

Prin urmare consideră că în cazul de fata sunt aplicabile fie prevederile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, caz în care ofertantul este exclus din procedura de atribuire, fie art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, caz în care nu poate încheia contractul întrucât nu poate livra produsele ofertate, în condițiile caietului de sarcini, în ambele situații autoritatea contractanta neputând să declare câștigător pe locul I și neputând încheia contractul cu operatorul economic SC.....SRL, întrucât oferta acestuia este nelegală.

Prin urmare, susține că trebuie eliminat din procedură și autoritatea contractantă să încheie contractul cu oferta admisibilă, clasata pe locul II, respectiv cu SC SRL.

Prin adresa nr. 21510/23.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 38320/23.07.2021, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Precizează că ulterior primirii adresei fn. înregistrată sub nr. 21140, prin care a fost informată asupra faptului că„nu are dreptul sa comercializeze produsul ofertat pe teritoriul național și nu avea nici dreptul să oferteze produsul la procedura în cauza, oferta sa devenind astfel invalidă”, prin adresa nr. 21299/22.07.2021 a solicitat lămuriri ofertantului declarat câștigător SC.....SRL.

Prin răspunsul oferit ofertantul a precizat următoarele: „.....este autorizat de 2 firme producătoare pentru comercializarea și distribuirea indicatorilor ce fac obiectul lotului nr. 43 cu specificații tehnice identice, solicitate în caietul de sarcini”.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că prin caietul de sarcini și fișa de date a achiziției, nu s-a solicitat prezentarea dreptului de comercializare a produselor oferite.

Susține că interesul său este de a avea produse conforme, care să respecte nevoile secțiilor din cadrul spitalului, și nu acela de a inspecta stocurile ofertanților și/sau proveniența acestora, aceste responsabilități cad exclusiv în sarcina ofertanților participanți la procedura de licitație.

Subliniază faptul că în prezent, produsele aferente lotului nr. 43 sunt furnizate de și nu a existat nicio problemă în ceea ce privește calitatea, cantitatea sau termenele de livrare a comenzilor lansate.

Prin urmare, ...a fost declarată câștigătoare deoarece a îndeplinit criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, ofertând produse care respecta întru totul specificațiile solicitate prin caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 90/26.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 38688/27.07.2021, SC SRL trimite concluzii scrise prin care susține că autoritatea contractantă avea obligația să reacționeze și să dispună respingerea ofertei SC.....SRL, atunci când a avut certitudinea clară că nu este posibilă furnizarea produsului care a format obiectul procedurilor de evaluare.

Astfel, precizează că la data întocmirii și înregistrării ofertei, ...a furnizat informații eronate/lipsite de adevăr în scopul de a induce în eroare Comisia de evaluare și de a obține, astfel, foloase din aceasta acțiune. Produsul oferit și analizat nu va putea fi pus la dispoziția autorității contractante în condiții licite, de vreme ce nu este autorizat să livreze Indicatorul biologic abur citire rapidă-Bionova BT222, fabricat de către producătorul....., întrucât nu deține autorizarea necesară, în susținere invocând prevederile art. 3 lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

Susține că prin răspunsul oferit, potrivit căruia este autorizat de 2 firme producătoare (altele decât produsul oferit) pentru comercializarea și distribuirea indicatorilor ce fac obiectul lotului nr 43 cu specificații tehnice identice, solicitate în caietul de sarcini, ...a modificat conținutul ofertei, autoritatea contractantă creându-i un avantaj, lucru interzis de art. 49 și art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Totodată consideră că autoritatea contractantă creează un avantaj operatorului economic și prin menționarea faptului că „în prezent produsele aferente lotului 43 sunt furnizate de către operatorul și nu a existat nici o problemă în ce privește calitatea, cantitatea sau termenele de livrare a comenzilor lansate”, aspect care nu ar trebui să conteze în evaluarea cauzei de față.

Contestatorul susține că în prezenta speță sunt incidente și dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016.

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

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord cadru având ca obiect: „consumabile medicale” Cod CPV: 33140000-3, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1029603/30.03.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 14.737.455,25 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „Prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare pentru lotul 43 aparținând SC.....SRL, despre care susține că nu poate să livreze produse cu termenul de valabilitate de 12 luni solicitat prin caietul de sarcini motivat de faptul că nu are autorizație de comercializare a produsului ofertat iar produsele oferite sunt, probabil, din stocurile existente.

Având în vedere criticile din contestația formulată de SC SRL, Consiliul va reține că în instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1029603/00003] FisaDate_DF1109038.pdf” intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a stabilit la pct. IV.4.1 următoarea modalitate de elaborare a propunerii tehnice: „ofertantul are obligația de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile tehnice prevăzute în Caietul de sarcini conform formularului nr. 4 și 4 A)- la secțiunea Formulare. Ofertantul în propunerea tehnică va respecta condițiile/cerințele din caietul de sarcini”.

Atât formularul nr. 4 cât și formularul nr. 4A se regăsesc la pag. 4 din setul de formulare publicat în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1029603/00007] Form. 2021.doc.p7s”; formularul nr. 4 are structura unei declarații de forma „*Examinând documentația de atribuire, subsemnații, reprezentanți ai ofertantului (...), ne oferim ca, în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația mai sus menționată, să livrăm produsele solicitate în Caietul de sarcini*” iar formularul nr. 4A are structura unui centralizator de cantități în care pot fi menționate denumirile produselor oferite, unitatea de măsură, cantitățile maxime și cantitățile minime.

În subsolul formularului 4A se regăsește următoarea observație: „*Pentru fiecare lot ofertat descrierea produsului se va face conform condițiilor din caietul de sarcini*”.

Consiliul reține că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, sintagma „documentația de atribuire” este definită ca „documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o **informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe** sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile

contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire cu privire la modalitatea de elaborare a propunerii financiare au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În cauza C 27/15, CJUE s-a pronunțat astfel: *„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 aceluiași condiții pentru toți ofertanții**. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze **absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante**. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6*

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

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, prin înscrisurile din documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a solicitat potențialilor ofertanți să depună autorizări de la producători/importatori/distribuitori, ci a solicitat completarea formularelor 4 și 4A însoțite de descrieri ale produselor ofertate, din care să rezulte conformitatea acestora cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că la pag. 464 din dosarul achiziției se regăsește formularul 4 completat de SC.....SRL, la pag. 470 se regăsește anexa la propunerea tehnică (formularul nr. 4A) completat cu denumirile, unitățile de măsură și cantitățile ofertate pentru fiecare lot și produs, la pag. 465-469 se regăsește descrierea produselor ofertate iar la pag. 471-473 se regăsește fișa tehnică a produsului ofertat.

Prin urmare, Consiliul reține că a depus înscrisurile solicitate în mod expres prin documentația de atribuire în vederea demonstrării conformității produselor ofertate cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, Consiliul reține că societatea contestatoare nu critică caracteristicile tehnice din oferta ci doar faptul că acesta nu va putea să livreze produse cu termenul de garanție de minim

12 luni. Consiliul nu va putea reține aceste critici deoarece verificările cu privire la garanția produselor oferite nu sunt prevăzute în caietul de sarcini în etapa de verificare a propunerilor tehnice ci în etapa de execuție a contractului (a se vedea, cu titlu de exemplu paragraful *„Condiții generale pe care trebuie să le îndeplinească produsele oferite”* din caietul de sarcini în care se menționează *„Dacă materialele sanitare nu corespund din punct de vedere calitativ/cantitativ, iar furnizorul nu remediază problemele de calitate/cantitate în termen de 48 ore, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a rezilia contractul de achiziție publică”* sau paragraful *„Modalități de plată-penalități”* în care se menționează *„Plata se va efectua de către unitatea beneficiară cu ordin de plată în termen de 60 de zile de la data primirii următoarelor documente:*

- *factura în original;*
- *document de recepție*
- *certificatele de garanție de la data livrării produsului minim 12 luni, precum și de documente de certificare a calității, conform dispozițiilor legale în vigoare”).*

Prin urmare, sancțiunea pentru neîndeplinirea garanției de minim 12 luni de la livrare constă în rezilierea contractului de achiziție publică și emiterea documentului constatator prevăzut la art. 166 din HG nr. 395/2016.

Mai mult, Consiliul reține că eventuala condiționare a furnizării produselor de autorizația emisă de un terț (producător/importator/distribuitor etc.) ar fi avut ca rezultat atât restrângerea artificială a accesului la procedura de atribuire cu încălcarea prevederilor art. 50 din Legea nr. 98/2016 cât și posibila distorsionare a liberei concurențe cu încălcarea prevederilor art. 8 din Legea Concurenței nr. 21/1996 cu modificările și completările ulterioare.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante. Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare

era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, 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 are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta 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”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare este neîntemeiată, urmând să fie respinsă.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) pagini