



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. 1227/C5/746

Data: 15.06.2022

Prin contestația neînregistrată, datată la emitentă 25.03.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, depusă în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 15852/28.03.2022 și, respectiv, sub nr. 15954/28.03.2022, ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de administrator, a contestat Raportul procedurii nr. 368/15.03.2022 și adresa nr. 395/15.03.2022 reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire aferent **lotului 11**, documente emise în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare echipamente de protecție COVID 19”, cod CPV 18143000-3 (Rev. 2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat:

- „1. admiterea prezentei contestații;
2. anularea raportului procedurii, a documentului nr. 395/15.03.2022 (...);
3. reluarea etapei de evaluare tehnică, cu privire la oferta depusă de ... SRL, reevaluarea acesteia respectând prevederile legale;
4. obligarea autorității contractante de a reevalua oferta depusă de ofertantul ... SRL sub aspectul îndeplinirii criteriilor de calificare impuse prin fișa de date referitoare la experiența similară impusă, reevaluarea acesteia respectând prevederile legale;
5. reluarea etapei de evaluare financiară analizând doar ofertele conforme din punct de vedere tehnic”.

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

În susținerea contestației, ... SRL a precizat că oferta societății sale, depusă pentru lotul 11, s-a clasat pe locul 2 în clasamentul final. Luând cunoștință de acest fapt și având suspiciunea că oferta depusă de societatea ... SRL, cu un preț unitar foarte scăzut, de 3,48 lei, nu ar putea îndeplini toate cerințele autorității contractante, ... SRL a solicitat autorității contractante să-i permită accesul la dosarul achiziției sau să-i pună la dispoziție, în format electronic, aceste documente.

Ca urmare a acestei adrese, autoritatea contractantă i-a transmis, prin e-mail, în data de 22.03.2022, adresa nr. 426/22.03.2022, documentele de calificare aparținând ... SRL și ... SRL, propunerea tehnică depusă de ... SRL, precum și propunerile financiare depuse de ... SRL și ... SRL.

... SRL a precizat că autoritatea contractantă nu i-a pus la dispoziție propunerea tehnică depusă de societatea ... SRL, motivând existența unei Declarații de confidențialitate depusă de respectivul ofertant. ... SRL a precizat că declarația nu este însoțită de dovada ce devine anexă la ofertă, care conferă caracter de confidențialitate Fișei Tehnice, Propunerii tehnice, Graficului de Livrare, Raportului de testare și Rapoartelor de evaluare, ori, în lipsa acestei dovezi nu sunt aplicabile prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă avea obligația de a-i transmite și documentația tehnică depusă de operatorul economic ... SRL.

Mai mult, autoritatea contractantă a refuzat să-i transmită documentele suport DUAЕ care dovedesc îndeplinirea cerințelor de calificare cuprinse în fișa de date, documente depuse de către ... SRL în procedură, chiar dacă acestea nu au fost declarate ca fiind confidențiale.

... SRL consideră că unele documente nu conțin date cu caracter personal, așa cum este cazul Avizului de funcționare, care conține doar informații cu privire la persoane juridice. Nici contractele de experiență similară care stau la baza experienței similare invocate în formularul DUAЕ nu conțin date cu caracter personal.

În plus, autoritatea contractantă este inconsecventă în acțiunile sale, întrucât, la data de 21.03.2022, i-a transmis documentul intitulat „Declarație de acceptare Caietul de sarcini.pdf”, în cuprinsul căruia se regăsesc date cu caracter personal, astfel că ... SRL se află deja în posesia unor date cu caracter personal.

Prin acest comportament autoritatea contractantă încalcă, în mod flagrant, principiul transparenței consacrat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și, totodată, prevederile art. 57 și art. 217 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, ... SRL a învederat faptul că legea prevede îndeplinirea cumulativă a două condiții, declararea și, respectiv, probarea de către ofertanți a informațiilor din cadrul propunerilor tehnice și/sau fundamentările/justificările de preț/cost ca fiind confidențiale.

În speță, ofertantul ... a îndeplinit doar prima condiție, declarând confidențială propunerea tehnică.

Contestatoarea consideră că refuzul autorității contractante de a-i transmite propunerea tehnică și documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor fișei de date depuse de către ... SRL este nejustificat și arbitrar. Dat fiind faptul că nu a avut acces la aceste documente, ... SRL a enumerat neconformitățile pe care consideră că le are oferta depusă de ofertantul ... SRL, aceasta neîndeplinind următoarele cerințe tehnice:

- halatul ofertat nu este fabricat dintr-un material a cărui densitate să fie de minim 35-40 g/mp;

- halatul nu este prevăzut cu strat impermeabil suplimentar în zona pieptului;

- halatul nu oferă o permeabilitate bună la aer și funcționalitate rezistentă la praf;

- halatul nu are incluse 2 prosoape de dimensiunile 40x40 cm;

- halatul nu prezintă rezistență la rupere prin întindere;

- nu respectă standardul PN - EN 13795 1.2.3;

În continuarea susținerilor sale, ... SRL a învederat faptul că oferta depusă de către ... SRL nu îndeplinește cerințele de calificare, cerințele fișei de date, în ceea ce privește pragul valoric impus pentru experiența similară, deoarece, dintre cele trei contracte enumerate în DUAE, doar cel înregistrat sub nr. 699/15.01.2021 a avut ca obiect „halate impermeabile”, ori, dacă este defalcată suma de 926.217,94 lei pe produse, halatele impermeabile comercializate nu au fost în valoare de 456.000,00 lei, fără TVA, așa cum se solicită în fișa de date.

În ceea ce privește Avizul de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale, emis de ANMDM în conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006, inclusiv Anexa din care să reiasă că ofertantul este distribuitor al producătorilor echipamentelor ofertate ce fac obiectul procedurii, ... SRL consideră că nici această cerință nu a fost îndeplinită de către ofertantul câștigător, producătorul halatului ofertat neregăsindu-se pe Avizul de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale emis de ANMDM. Astfel, se impunea, respingerea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depusă de societatea ... SRL, deoarece, aceasta nu îndeplinește cerințele tehnice cuprinse în caietul de sarcini, stabilite de autoritatea contractantă și nici criteriile și cerințele de calificare prevăzute în fișa de date.

Față de acest aspect, ... SRL consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 din HG 395/2016.

Autoarea contestației a precizat că este obligatorie conformitatea ofertei cu obiectul contractului, așa cum este descris în documentația de atribuire, aceasta fiind o condiție prealabilă pe care orice ofertă trebuie să o îndeplinească pentru a putea fi luată în considerare în cadrul procedurii de atribuire a contractului. Nerespectarea acestei condiții trebuie să conducă la eliminarea de către autoritatea contractantă a ofertei în cauză, fără ca aceasta să mai fie comparată cu celelalte oferte

depuse. ... SRL a reiterat faptul că documentația de atribuire este, în egală măsură, obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici.

Prin urmare, autoritatea contractantă a declarat câștigător ofertantul care a depus o ofertă neconformă din punct de vedere tehnic și o ofertă care nu îndeplinește criteriile de calificare cuprinse în fișa de date cu privire la experiența similară.

În finalul contestației sale, ... SRL a solicitat anularea raportului procedurii, a actelor subsecvente fără a se limita la comunicarea rezultatului nr. 395/15.03.2022 și „reevaluarea ofertei depuse de ... SRL și ... SRL”, în sensul celor arătate în contestație, stabilirea unui nou clasament după ce evaluarea se va face cu respectarea prevederilor legale, a cerințelor fișei de date și a cerințelor caietului de sarcini.

În dovedirea contestației, ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 16357/29.03.2022, ... SRL a făcut dovada constituirii cauțiunii.

Ulterior, ... SRL a transmis, în original, prin poștă, corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 16405/30.03.2022, reprezentând Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207955762/1 din 29.03.2022, în sumă de 18.240,00 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Oradea.

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere nr. 457/29.03.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 16536/30.03.2022, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

Ofertantul ... SRL a depus, la data de 30.06.2021, o declarație privind caracterul confidențial al propunerii tehnice, iar în formularul de ofertă financiară a declarat ce informații sunt confidențiale cu motivația „Dorim ca oferta noastră să poată fi analizată/interpretată doar de către reprezentanții desemnați ai părții contractante, în speță, de ..., pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală”.

Propunerea tehnică depusă de ofertantul ... SRL, pentru lot 11, a fost declarată conformă de către membrii comisiei de evaluare întrucât îndeplinește toate cerințele din caietul de sarcini.

Cerința din fișa de date, prevăzută la secțiunea III. 1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, nu este să prezinte experiența similară de minim 456.000 lei, fără TVA, prin maxim 3 contracte, din ultimii 3 ani, având ca obiect „Halat ranforsat impermeabil”, ci, să prezinte experiență similară de minim 456.000 lei, fără TVA prin maxim 3 contracte din ultimii 3 ani, având ca obiect orice echipament sau dispozitiv medical de protecție umană indiferent de forma de prezentare și fără a condiționa domeniul în care au fost livrate (sanitar, alimentar, zootehnic, industrial, colectivități).

Ofertantul ... SRL a prezentat Contractul nr. 21228/ 21.09.2020, având ca obiect „Masca FFP2, Masca FFP3”, ce se încadrează în categoria

de produse similare solicitate prin fișa de date și este în valoare de 922.500 lei, fără TVA (1.097.775 lei cu TVA), peste pragul de 456.000 lei, fără TVA, solicitat prin fișa de date, pentru acest contract fiind prezentat și Documentul constatator corespunzător emis de beneficiar. Astfel, cerința în cauză din fișa de date este îndeplinită de către ofertantul ... SRL.

Cerința din fișa de date, secțiunea III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale este următoarea: „Pentru loturile la care se solicită dispozitive medicale, operatorii economici vor depune Aviz de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale, emis de ANMDM în conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006, inclusiv Anexa din care să reiasă că ofertantul este distribuitor al producătorilor echipamentelor oferite ce fac obiectul procedurii”.

Produsul corespunzător lotului 11 nu este dispozitiv medical întrucât în caietul de sarcini nu este făcută mențiunea să se respecte prevederile Directivei 93/42/EEC pentru dispozitive medicale, respectiva mențiune regăsindu-se doar la loturile nr. 3 (doar pentru Mănuși sterile nitril), nr. 4 (doar pentru Mănuși sterile nitril), nr. 12-18. Astfel, cerința, în discuție, din fișa de date, nu se aplică pentru lotul nr. 11.

Autoritatea contractantă a concluzionat că întreaga contestație formulată de ... SRL este bazată exclusiv pe suspiciuni și presupuneri, fără niciun fel de probă concretă.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, punctul de vedere nr. 457/29.03.2022, în original, înregistrat de Consiliu sub nr. 16536/30.03.2022, împreună cu o copie a dosarului achiziției.

Prin adresa nr. 705/05.04.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 17671/05.04.2022 și, respectiv, sub nr. 17812/09.04.2022, ... SRL a solicitat acces la dosarul cauzei.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 18418/08.04.2022, autoritatea contractantă a transmis Raportul procedurii de atribuire nr. 368/15.03.2022.

Prin adresa nr. 19312/746/C5/13.04.2022, Consiliul a invitat contestatoarea ... SRL să studieze dosarul cauzei, în data de 15.04.2022.

Până la data emiterii prezentei decizii, ... SRL nu a transmis concluzii ca urmare a studierii dosarului la sediul CNSC.

Prin adresa nr. 23946/746/C5/10.05.2022, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat autorității contractante să remită în format electronic, pe CD/stick USB, propunerea tehnică, propunerea financiară și răspunsurile la clarificări aferente acestora, ale ofertantului ... SRL, întrucât din înscrisurile înaintate la dosarul cauzei, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 16536/30.03.2022, nu se pot clarifica anumite aspecte.

Autoritatea contractantă a răspuns prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 25015/16.05.2022, transmițând un CD cu documentele solicitate de CNSC.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin actul de sesizare a Consiliului, ... SRL a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

Conform legislației în vigoare, accesul părților la dosarul constituit la Consiliu se face în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

„(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”.

Pentru a stabili care dintre documentele transmise Consiliului de către autoritatea contractantă vor fi puse la dispoziția contestatoarei pentru a fi studiate la sediul CNSC, Consiliul a procedat la verificarea acestora.

Astfel, Consiliul reține că ofertantul desemnat câștigător, ... SRL a declarat, la momentul depunerii ofertei, ca fiind confidențiale informațiile cuprinse în propunerile tehnică, în totalitate, sens în care a depus „Declarația privind propunerea tehnică cu caracter confidențial”.

Prin adresa nr. 18713/746/C5/11.04.2022, Consiliul a solicitat ofertantului ... SRL să comunice temeiul juridic al încadrării înscrisurilor ca fiind confidențiale, să probeze, respectiv, să prezinte dovada care conferă caracter de „confidențialitate” informațiilor indicate de societatea sa ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere „Declarația privind propunerea tehnică cu caracter confidențial”, depusă în procedura de atribuire.

... SRL a răspuns prin adresa nr. 2502/12.04.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 18881/12.04.2022, prin care a informat că declararea confidențialității propunerii tehnice împreună cu documentele atașate în susținerea acesteia a avut ca temei juridic prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, în baza clauzelor contractuale stricte impuse de partenerul

contractual extern, în speță, ..., ce acționează în calitate de producător al portofoliului de produse distribuite societății ... SRL, astfel cum rezultă din Acordul de distribuție nr. 45564444/03.02.2021, act prezentat în copie conform originalului, însoțit de traducerea autorizată.

Astfel cum rezultă din aplicarea Secțiunea 6 intitulată „Informații confidențiale și de proprietate”, producătorul interzice, sub aspect tehnic, dezvăluirea oricărei „informații, date tehnice sau know-how (inclusiv informații referitoare la produse, detalii despre țesături, metode de fabricație, rapoarte de testare care dezvăluie detalii tehnice, dezvoltare, invenții, procese, tehnici”, fie direct, fie indirect, sub orice formă, incluzând, dar fără a se limita la acestea, divulgarea făcută în scris, în formă lizibilă sau în altă formă tangibilă, oral sau vizual, către terți, adică companii care acționează în același sector, circumstanțe în care, în caz contrar, astfel cum rezultă de la litera f), se vor impune sancțiuni pecuniare în cuantum de 100.000 EURO.

Sub aspect comercial, denumirea distribuitorului, condițiile contractuale particularizate încheiate în favoarea ... SRL, termenul de plată convenit, inclusiv reducerile comerciale acordate, conferă caracterul secretului comercial în raport cu poziția contestatorului ce acționează pe piața de profil în calitate de concurent la produsele sale oferite, atât la procedura contestată în prezent, cât și la alte proceduri de atribuire, iar accesul acestuia nemijlocit la actele prezentate autorității contractante de către ... SRL ar crea circumstanțele și, deopotrivă, ar favoriza divulgarea de informații care ar afecta, în mod indubitabil, atât concurența loială cât și fondul propriu de comerț al societății ... SRL.

Prin urmare, în raport cu criticile generale ale contestatoarei pe fondul „suspiciunilor rezonabile”, astfel cum și recunoaște că și-a formulat toată acțiunea, atât prin invocarea netemeinică și eronată a neîndeplinirii cerințelor de calificare privind experiența similară (inducând ideea greșită a produsul „identic” cu produsul „similar”, contrar precizărilor din fișa de date privind principiile similarității), cât și în privința unei aprecieri personale a unei „așa-zise” propuneri financiare neobișnuit de scăzută a ... SRL, contestatoarea criticând inclusiv partea tehnică, fără a indica, în concret, în ce constă neconformitatea/neconformitățile tehnice ale ofertei declarate câștigătoare în concordanță cu îndeplinirea tuturor cerințelor solicitate de către autoritatea contractantă, ... SRL solicită respingerea accesului societății ... SRL la propunerea tehnică.

Deopotrivă, ... SRL arată că acest caracter confidențial, atât al acordului de distribuție, cât și al informațiilor, datelor/fișelor tehnice sau know-how (inclusiv informații referitoare la produse, detalii despre țesături, metode de fabricație, rapoarte de testare care dezvăluie detalii tehnice, dezvoltare, invenții, procese, tehnici), nu este opozabil autorității contractante și instituțiilor publice abilitate și îndrituite în acest sens. Caracterul confidențial se aplică doar în circumstanțele și împrejurările care generează situații care duc la dezvăluirea

directă/indirectă a identificării partenerului contractual, condițiilor comerciale încheiate, naturii și specificului bunurilor livrate/produse, regimului consensual al plăților convenite, și impun să nu poată fi accesate/mijlocite către nicio altă companie terță ce operează pe piața de profil și/sau acționează în regim competitiv și/sau concurențial.

Pe de altă parte, ... SRL arată că, fără a avea un caracter limitativ, acestea constituie secrete comerciale și nu pot fi aduse la cunoștință oricărui alt ofertant, operator economic participant, ce acționează într-o procedură de atribuire într-un regim concurențial doar pentru că a formulat contestație la CNSC.

... SRL a invocat prevederile Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, prin care legiuitorul a definit secretul comercial la art. 1¹ lit. d), ca fiind „orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret; protecția secretului comercial operează atât timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite în mod cumulativ”.

În cazul încălcării acestor obligații s-a instituit și consecința acestor încălcări, aceea privind suportarea consecințelor stipulate la art. 6 din același act normativ, privitoare la acțiunile întreprinse pe cale judiciară.

În același timp, ... SRL consideră că informațiile în cauză intră în sfera secretului comercial astfel cum este reiterat și în cadrul dispozițiilor art. 2 alin. (1) din OUG nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate, care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale.

Nu în ultim rând, chiar și sub rezerva analizării distincte de la un complet la altul din cadrul CNSC, ... SRL a arătat că, într-un caz absolut similar al obiectului contestației asupra propunerii tehnice a societății sale, un alt ofertant, într-o altă procedură de atribuire organizată de autoritatea contractantă, în ceea ce privește caracterul declarat și probat prin acorduri comerciale încheiate cu alți producători de materiale sanitare consumabile, CNSC a apreciat, în mod corect, caracterul confidențial recunoscut al părților tehnice invocate în cadrul procedurii de atribuire.

Anexat răspunsului, ofertantul ... SRL a prezentat Acordul de distribuție nr. 45564444/03.02.2021.

Consiliul apreciază că, în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte, relevantă este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, în considerentele căreia s-a statuat:

- în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și

avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar;

- protecția secretelor comerciale constituie un principiu general;

- în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora;

- având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora;

- organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, respectiv probatoriul administrat la dosarul cauzei de către ofertantul desemnat câștigător (Acordul de distribuție nr. 45564444/03.02.2021, din care reiese că sunt stabilite obligații cu privire la confidențialitatea informațiilor cu privire la produse, detaliilor despre țesături, metode de fabricație, rapoarte de testare care dezvăluie detalii tehnice, dezvoltare, invenții, procese, tehnici), Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei ... SRL, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, întregul dosar al achiziției publice, mai puțin fișa tehnică, propunerea tehnică, graficul de livrare, rapoartele de testare și evaluare depuse de ofertantul ... SRL, poziționat în clasamentul final pe locul 1, inclusiv răspunsurile la clarificări, care conform dispozițiilor art. 148 lit. l) din HG nr. 395/2016 fac parte din dosarul achiziției.

În ceea ce privește documentele conținând informații cu caracter personal, depuse în cadrul procedurii de către ofertantul ... SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei ... SRL respectivele documente, în vederea studierii, întrucât conform dispozițiilor art. 123 din HG nr. 395/2016, caracterul confidențial se referă doar la informațiile din propunerea tehnică și propunerea financiară depusă de ... SRL.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare echipamente de

protecție COVID 19”, cod CPV 18143000-3 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1031315/28.05.2021, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 30.06.2021 ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată cuprinsă între 142.500,00 și 570.000,00 RON, fără TVA.

Procedura de atribuire a fost divizată în 22 loturi, iar ... SRL a contestat **lotul nr. 11** - „Halat ranforsat impermeabil”, având o valoare estimată, fără TVA, cuprinsă între 456.000,00 și 1.824.000,00 RON, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 456.000 RON, fără TVA, în cadrul căruia, conform declarației de participare, publicată în SEAP la data de 01.07.2021, au fost depuse 14 oferte, printre care și cele ale ... SRL și ... SRL.

Prin raportul procedurii, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 368/15.03.2022, ofertele depuse de ... SRL și ... SRL în cadrul lotului 11 s-au clasat pe primul, respectiv pe cel de-al doilea loc în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă.

Nemulțumită de acest rezultat, comunicat prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 395/15.03.2022, ... SRL a depus contestația a cărei soluționare face obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat:

- *„anularea raportului procedurii, a documentului nr. 395/15.03.2022 (...);*

- *reluarea etapei de evaluare tehnică, cu privire la oferta depusă de ... SRL, reevaluarea acesteia respectând prevederile legale;*

- *obligarea autorității contractante de a reevalua oferta depusă de ofertantul ... SRL sub aspectul îndeplinirii criteriilor de calificare impuse prin fișa de date referitoare la experiența similară impusă, reevaluarea acesteia respectând prevederile legale;*

- *reluarea etapei de evaluare financiară analizând doar ofertele conforme din punct de vedere tehnic”.*

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare nr. 207955762/1 din 29.03.2022, în sumă de 18.240,00 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Oradea.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

... SRL critică faptul că autoritatea contractantă nu i-a acordat acces la propunerea tehnică și la documentele suport DUAE depuse de ... SRL în cadrul procedurii și nu a făcut dovada confidențialității acestora, prezentând doar declarație privind confidențialitatea.

Cu privire la acestea, contestatoarea precizează documentele depuse de ... SRL în cadrul procedurii, pe care autoritatea contractantă i le-a transmis în urma cererii sale de studiere a dosarului achiziției:

- Documente de calificare depuse de ofertant inițial în procedură;

- Propunerea financiară;
- Declarația de confidențialitate.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu pus la dispoziția contestatoarei propunerea tehnică depusă de ... SRL în cadrul procedurii, date fiind documentele depuse de ... SRL cu privire la părțile din oferta ofertă care au caracter confidențial.

În analiza criticii, Consiliul va avea că autoarea contestației a solicitat acces la dosarul constituit la CNSC. Astfel, în urma verificărilor stipulat la art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ofertantul ... SRL a prezentat Consiliului dovada caracterului confidențial al documentelor declarate ca atare de ... SRL, respectiv **Acordul de distribuție nr. 45564444/03.02.2021**, încheiat cu ..., în calitate de producător al portofoliului de produse distribuite de societatea ... SRL, inclusiv produsele a căror achiziționare face obiectul lotului contestat fiind, conform celor menționate în propunerea tehnică depusă de acest ofertant, fabricate de același producător.

Astfel, Consiliul a decis, similar autorității contractante, să nu permită accesul contestatoarei la propunerea tehnică a ofertantului desemnat câștigător, întrucât acesta a probat caracterul confidențial al propunerii sale tehnice.

În ceea ce privește documentele suport pentru DUAЕ, depuse de ... SRL în cadrul procedurii de atribuire, Consiliul i-a permis contestatoarei studierea acestora, întrucât art. 123 alin. (10) din HG nr. 395/2016 se referă doar la confidențialitatea informațiilor din propunerea tehnică și din propunerea financiară.

În aceste condiții, Consiliul constată că după studierea dosarului cauzei, contestatoarea nu a înțeles să formuleze concluzii scrise în raport de documentele la care a avut acces la sediul CNSC.

Pentru aceste considerente, Consiliul va respinge critica autoarei contestației cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu i-a permis accesul la documentele propunerii tehnice depusă de ... SRL și la documentele suport DUAЕ.

În continuare, Consiliul va analiza critica autoarei contestației referitoare la faptul că propunerea tehnică depusă de ... SRL în cadrul procedurii este neconformă, aceasta neîndeplinind următoarele cerințe:

- halatul ofertat nu este fabricat dintr-un material a cărui densitate să fie de minim 35-40 g/mp;
- halatul nu este prevăzut cu strat impermeabil suplimentar în zona pieptului;
- halatul nu oferă o permeabilitate bună la aer și funcționalitate rezistentă la praf;
- halatul nu are incluse 2 prosoape de dimensiunile 40x40 cm;
- halatul nu prezintă rezistență la rupere prin întindere;
- nu respectă standardul PN - EN 13795 1.2.3;

În caiet de sarcini, Consiliul a regăsit următoarele specificații tehnice aferente lotului contestat:

„Lot 11 Halat ranforsat impermeabil

- Să fie fabricat din material nețesut, densitate minim 35 – 40 g/mp, cu strat impermeabil suplimentar în zona pieptului /.../ care să asigure un nivel ridicat de protecție la penetrarea fluidelor și microorganismelor (hidrofob - capacitatea materialului de a nu fi udat cu apă - impermeabil);

- Să ofere o permeabilitate bună la aer și funcționalitate rezistentă la praf; /.../

- Fiecare halat include 2 prosoape 40 x 40 cm;

- Să prezinte rezistență la rupere prin întindere; /.../

- Să respecte standardul PN – EN 13795 1.2.3. /.../

!!!! Referitor la standardele, normele europene, directivele europene ce se solicită a fi îndeplinite prin Caietul de sarcini, la fiecare lot în parte – se vor prezenta documente doveditoare emise de organisme abilitate în acest sens /.../.

!!!!!! Documentația tehnică aferentă ofertei depusă de fiecare ofertant va conține atât **documentația originală emisă de producător**, cât **și traducerea autorizată** în limba română a documentației tehnice originale, dacă este cazul. **Fiecare specificație tehnică din Caietul de sarcini va fi confirmată ca îndeplinită prin documente originale emise de producătorul produsului oferat**".

În propunerea tehnică depusă de ... SRL, Consiliul a identificat documentul intitulat „specificație de fabricație” pentru produsul „Halat chirurgical ranforsat (cu dublură) **nesteril**”, în antetul căruia este menționat ... SRL și producătorul BIO TEX MEDIKAL TEKSTIL ITH SAN VE TIC AS (inclusiv sigla BIOTEX Medical Tekstil), în care sunt menționate următoarele:

- La pag. 2:

- o Fotografii ale halatului, din care reiese că acesta este fabricat din material „SMS” și **prezintă ranforsare în zona pieptului**, precum și **caracterul hidrofob al materialului „SMS”**;

- La pag. 3:

- o „/.../ previne difuzia de părți de epidermă exfoliate în aerul /.../”;
- o „Materialul /.../ **permite trecerea aerului de la interior către exterior și este impermeabil de la exterior către interior**, reprezentând o barieră împotriva agenților infecțioși”;
- o „/.../ este confecționat /.../ din material nețesut multistrat /.../ cu grosime [Nota Consiliului: corect, densitate] de **40-43 grm/m²** /.../ rezistent la rupere și abraziuni”;

- La pag. 4:

- o „Material **respirabil** și permeabil la vaporii din interior pentru a se elimina condensul din interior”;
- o „Halatul deține raport de testare pentru standardul **PN-EN 13795**”;

Material nețesut nedublat:

- „EN ISO 22612
 - 1. **Rezistență la penetrarea cu particule solide contaminate** <300 CFU;
- EN ISO 22610:2006
 - 2. Rezistență la penetrarea cu particule lichide contaminate – 3 lb;
 - 3. Gradul de prezență al microorganismelor;
- EN 11737-1:2006
 - 4. Determinarea de particule < 2,5 IPM;
- /.../
- EN 20811
 - 6. Rezistență la penetrarea cu lichide 43 cm H₂O;
- EN ISO 13938-1:2002
 - 7. **Rezistență la rupere umed** > 187 kPa;
 - 8. **Rezistență la rupere uscat** > 196 kPa;
- EN 29073-3:1992
 - 9. **Rezistență la tracțiune uscat longitudinal** 92,8 N transversal minim 50;
 - 10. **Rezistență la întindere umed** 92,1 N/50 cm (100 mm/min) transversal minim 50”;

Material neșesut dublat:

- „EN ISO 22612
 - 1. Rezistență la penetrarea cu particule solide contaminate <300 CFU;
- EN ISO 22610:2006
 - 2. Rezistență la penetrarea cu particule lichide contaminate – 3 lb;
 - 3. Gradul de prezență al microorganismelor STERIL;
- EN 11737-1:2006
 - 4. Determinarea de particule < 2,5 IPM;
- /.../
- EN 20811
 - 6. Rezistență la penetrarea cu lichide 175 cm H₂O;
- EN ISO 13938-1:2002
 - 7. Rezistență la rupere umed > 277 kPa;
 - 8. Rezistență la rupere uscat > 307 kPa;
- EN 29073-3:1992
 - /.../;
 - 10. Rezistență la întindere umed 173 N/50 cm (100mm/min) transversal minim 88,6;

- La pag. 5:

- „Dimensiunea ranforsării de piept este de 50 x 100 cm /.../ [Nota Consiliului – la pag. 9 fiind prezentate dimensiunile ranforsării în funcție de mărimea halatului]”;
- „**Halatul este ambalat împreună cu 2 prosoape de dimensiunea 40 x 40 cm**”.

- La pagina 12 este inclus un document care se referă la „**HALAT CHIRURGICAL RANFORSAT *STERIL***”;
- la pagina 15, înaintea listei cu semnături, este făcută o mențiune în limba engleză cu privire la „**STERILE SMS STANDARD SURGICAL GOWN**”.

Documentul conține semnături de aprobare, cu menționarea numelor semnatarilor și a funcțiilor acestora, precum și codul produsului și data aprobării, respectiv 12.05.2020, **fiind asumat de ofertantul ... SRL prin semnarea acestuia cu semnătură electronică extinsă.**

Verificând lucrările comisiei de evaluare, Consiliul reține că, prin adresa nr. 719/21.12.2021 au fost solicitate următoarele clarificări ofertantului ... SRL cu privire la lotul nr. 11 al procedurii:

„Lot 11

Se /.../ solicită ofertantului următoarele documente traduse autorizat în limba română: documentele ce atestă conformitatea cu EN 13795-1, EN 13795-2”.

... SRL a răspuns prin intermediul SEAP, în data de 24.12.2021, anexând un set de documente semnate cu semnătură electronică extinsă.

În procesul-verbal nr. 8 al ședinței de analiză a propunerilor tehnice, depuse în cadrul procedurii, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 37/13.01.2022, autoritatea contractantă a precizat, la pagina 17, cu privire la lotul 11, următoarele:

„Ofertantul a răspuns la solicitarea de clarificări nr. 719/21.12.2021, în termen, prin intermediul SEAP, în data de 24.12.2021, sub semnată cu semnătură electronică extinsă și valabilă, următoarele documente:

- *Răspuns solicitare.pdf – adresa f.n./24.12.2021, cu mențiunea «atașăm raport Ekoteks 13795 împreună cu traducerea acestuia în limba română»;*

- *Biotex Test Report AAMI.pdf;*

- *Biotex Test Report AAMI(1)_RO.pdf*

Răspunsul ofertantului este concludent

Produsul ofertat pentru lotul 11 respectă toate cerințele din caietul de sarcini”.

În raport de criticile contestatoarei, Consiliul constată caracterul neîntemeiat al acestora:

- halatul ofertat nu este fabricat dintr-un material a cărui densitate să fie de minim 35-40 g/mp;

- halatul nu este prevăzut cu strat impermeabil suplimentar în zona pieptului;

- halatul nu oferă o permeabilitate bună la aer și funcționalitate rezistentă la praf;

- halatul nu are incluse 2 prosoape de dimensiunile 40x40 cm;

- halatul nu prezintă rezistență la rupere prin întindere.

Această constatare este justificată de faptul că, în propunerea tehnică a ofertantului ... SRL, Consiliul a identificat următoarele informații:

- „Densitatea materialului este de 40-43 grm/m²;
- Fotografii ale halatului, din care reiese că acesta este fabricat din material „SMS” și prezintă ranforsare în zona pieptului, precum și caracterul hidrofob al materialului „SMS”;
- „Dimensiunea ranforsării de piept este de 50 x 100 cm”;
- „Materialul /.../ permite trecerea aerului de la interior către exterior și este impermeabil de la exterior către interior, reprezentând o barieră împotriva agenților infecțioși”;
- „Halatul este ambalat împreună cu 2 prosoape de dimensiunea 40 x 40 cm”;
- „Rezistență la tracțiune uscat longitudinal 92,8 N transversal minim 50”;
- „Rezistență la întindere umed 92,1 N/50 cm (100mm/min) transversal minim 50”.

În ceea ce privește critica autoarei contestației, potrivit căreia halatul ofertat nu respectă prevederile standardului PN-EN 13795-1.2.3, Consiliul constată următoarele:

Consiliul a identificat la pag. 437-445 din volumul 1 al dosarului achiziției, documentele depuse de ... SRL ca urmare a solicitării de clarificări nr. 719/21.12.2021 a autorității contractante, respectiv Raport de test numărul 20024484-ing din 24.07.2020, emis de laboratorul EKOTEKS din Turcia pentru cumpărătorul ..., aferent produsului „**halat chirurgical albastru**”, cuprinzând rezultate ale testelor efectuate în conformitate cu standardul **EN 13795-1:2019**. Documentul identificat de Consiliu este în limba română, iar ștampila traducătorului autorizat nu este vizibilă.

În vederea confirmării aspectelor menționate în Procesul-verbal nr. 8 al ședinței de analiză a propunerilor tehnice, depuse în cadrul procedurii, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 37/13.01.2022, Consiliul a procedat la verificarea documentelor în format electronic, conținute pe CD-ul transmis de autoritatea contractantă prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 25015/16.05.2022. Analizând aceste documente, Consiliul constată că ... SRL a răspuns solicitării de clarificări a comisiei de evaluare prin adresa din 24.12.2021, transmisă prin intermediul SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, neînregistrată la emitentă și la autoritatea contractantă, în cadrul căreia, cu privire la lotul 11, a menționat următoarele: „*atașăm raport Ekoteks 13795 împreună cu traducerea acestuia în limba română*”. Anexat acestei adrese, ... SRL a înaintat autorității contractante documente conținând un raport de testare în limba engleză, emis de laboratorul EKOTEKS din Turcia, aferent produsului „**halat chirurgical albastru**”, emis la data de 24.07.2020, precum și traducerea autorizată a acestui document în limba română. Consiliul reține că aceste documente cuprind rezultate ale testelor efectuate în conformitate cu

standardul **EN 13795-1:2019**, emise pentru cumpărătorul ..., aferente produsului „*halat chirurgical albastru*”, confirmând precizările de la pag. 437-445 din volumul 1 al dosarului achiziției, menționate mai sus.

Consiliul reține că cerința din caietul de sarcini cu privire la lotul 11 impune respectarea prevederilor standardului PN EN 13795-1, 2, 3, dar comisia de evaluare a solicitat clarificări doar cu privire la conformitatea produsului oferat cu standardele EN 13795-1 și EN 13795-2.

În ceea ce privește partea a 3-a a standardului SR EN 13795 (standardul SR EN 13795-3), analizând propunerea tehnică a ... SRL, aferentă lotului 11, comisia de evaluare a constatat, așa cum rezultă din mențiunile de la pagina 8 a Procesului-verbal nr. 8 al ședinței de analiză a propunerilor tehnice depuse în cadrul procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect „*Furnizare echipamente de protecție COVID19*”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 37/13.01.2022, următoarele:

*„Pentru /.../ lot 11 standardul SR EN 13795-3:2006 Câmpuri chirurgicale, halate și costume filtru, utilizate ca dispozitive medicale pentru pacienți, personal medical și echipamente, Partea 3: Cerințe și nivele de performanță (solicitat prin caietul de sarcini) **este ANULAT**, astfel că nu se mai aplică (<https://magazin.asro.ro/ro/standard/115508>)*

Verificând informațiile de la adresa de internet menționată de comisia de evaluare (<https://magazin.asro.ro/ro/standard/115508>), Consiliul a regăsit următoarele precizări:

„SR EN 13795-3:2006 /.../

Status: Anulat

Data aprobării: 18.12.2006

Data publicării: 20.12.2006

*Data anulării: **28.02.2010**”.*

Astfel, Consiliul constată că este corectă concluzia autorității contractante cu privire la faptul că standardul SR EN 13795-3 este anulat încă din anul 2010, **fiind necesară doar dovedirea conformității produsului oferat în cadrul lotului 11 cu standardele EN 13795-1 și EN 13795-2.**

În ceea ce privește dovedirea îndeplinirii acestor standarde, Consiliul constată că ... SRL a răspuns solicitării de clarificări nr. 719/21.12.2021 a comisiei de evaluare prin prezentarea unui raport de testare emis pentru cumpărătorul ..., aferente produsului „*halat chirurgical albastru*”, prin care se dovedește îndeplinirea standardului EN 13795-1.

Pe de altă parte, așa cum este menționat la o pagină anterioară a prezentei decizii, ... SRL a oferat produsul „*halat chirurgical dublu ranforsat nesteril*”, precizând că acesta are culoare albastră, producătorul fiind ... A.Ş. Rize/ Turkey. De asemenea, în propunerea tehnică a ... SRL (pagina 361 din volumul 2 al dosarului achiziției), Consiliul a regăsit pagina 2/7 (în limba engleză) din raportul de testare numărul 20024484-ing, depus integral prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 719/ 21.12.2021.

Consiliul constată că numele producătorului declarat în propunerea tehnică (... A.Ș.) nu corespunde cu cel al clientului pentru care a fost prezentat raportul de testare care confirmă pretinsa îndeplinire a cerințelor standardului EN 13795-1:2019 (...), iar denumirea produsului testat („*halat chirurgical albastru*”) nu este suficientă pentru a identifica cu certitudine produsul pentru care a fost emis raportul de testare numărul 20024484-ing. Astfel, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu au verificat dacă produsul oferat este același cu cel pentru care a fost emis raportul de testare menționat și care este raportul juridic dintre ... A.Ș. și

Prevederile documentației de atribuire, deci și cele referitoare la standardele menționate în caietul de sarcini și care trebuie îndeplinite de produsele oferate, precum și la documentele justificative solicitate pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor tehnice, nu au fost contestate de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru operatorii economici care au depus oferte, aceștia având obligația de a prezenta propunerea tehnică în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea/admisibilitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire.

De asemenea, Consiliul constată că, la pagina 12 în documentul intitulat „*Specificație de fabricație pentru produsul halat chirurgical ranforsat (cu dublură) nesteril*” din propunerea tehnică a ... SRL, este inclus un document care se referă la „*HALAT CHIRURGICAL RANFORSAT **STERIL***”, iar la pagina 15 din același document, înaintea listei cu semnături, este făcută o mențiune în limba engleză cu privire la „***STERILE** SMS STANDARD SURGICAL GOWN*”, în condițiile în care, în cadrul aceleiași proceduri, ofertantul ... SRL a depus ofertă și în cadrul lotului nr. 10, al cărui obiect este „*halat chirurgical **steril** ranforsat impermeabil*”. Cu toate acestea, membrii comisiei de evaluare nu au clarificat aceste discrepanțe, astfel încât să fie identificat cu certitudine produsul oferat și dacă documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire se referă la acest produs.

Pe de altă parte, în fișa de date a achiziției se menționează că este necesar să fie prezentată „***documentația originală emisă de producător, cât și traducerea autorizată în limba română a documentației tehnice originale, dacă este cazul***”, precum și faptul că „***Fiecare specificație tehnică din Caietul de sarcini va fi confirmată ca îndeplinită prin documente originale emise de producătorul produsului oferat***”.

În ceea ce privește respectarea de către produsul oferat de ... SRL, respectiv „*halat chirurgical ranforsat (cu dublură) nesteril*” aparținând producătorului ... A.Ș., a cerințelor standardului EN 13795-2, așa cum a fost cerut prin caietul de sarcini pentru lotul 11 și prin solicitarea de clarificări nr. 719/21.12.2021, Consiliul constată că nici prin propunerea tehnică, nici prin răspunsul la solicitarea de clarificări,

ofertantul criticat nu a făcut dovada respectării acestui standard, critica sub acesta aspect fiind întemeiată.

În continuare, Consiliul va analiza critica autoarei contestației, potrivit căreia oferta ... SRL este inacceptabilă, deoarece nu sunt îndeplinite cerințele cu privire la experiența similară și la capacitatea de exercitare a activității profesionale.

În fișa de date a achiziției, Consiliul a identificat următoarele criterii de calificare, relevante în cauză:

„III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

1. Operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu cerințele legale din țara în care este stabilit operatorul economic din care să reiasă faptul că operatorul economic este legal constituit, nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii sale, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. /.../.

*2. **Pentru loturile la care se solicită dispozitive medicale** - Operatorii economici vor depune Aviz de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale emis de ANMDM în conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, inclusiv Anexa din care să reiasă că ofertantul este distribuitor al producătorilor echipamentelor oferite ce fac obiectul procedurii. Modalitatea de îndeplinire: **se va menționa în DUAЕ numărul și data avizului la rubrica „Finalizare - Partea V: Reducerea numărului de candidați calificați” – se va bifa DA, iar în căsuța deschisă se vor completa informațiile de identificare ale avizului.** Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, respectiv documentele echivalente emise în țara de rezidență, urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de ofertanții clasați pe primele 3 locuri în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.*

/.../

III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Loturile: /.../ 11 /.../

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat

Ofertanții trebuie să demonstreze că în ultimii 3 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) au furnizat produse similare cu obiectul contractului, la nivelul a maxim 3 contracte, în valoare cumulată de cel puțin:

/.../

Lot 11 Halat ranforsat impermeabil – 456.000,00 lei, fără TVA

/.../

Prin produse similare se înțelege orice echipament sau dispozitiv medical de protecție umană indiferent de forma de prezentare și fără a condiționa domeniul în care au fost livrate (sanitar, alimentar, zootehnic, industrial, colectivități).

/.../

Modalitatea de îndeplinire: Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante.

/.../

La nivelul DUAЕ trebuie precizate informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, tipul/categoriile de produse, valoarea contractului fără TVA, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție.

Următoarele **documente justificative** care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate doar de către ofertanții clasati pe primele 3 locuri/ lot în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, astfel: procesul-verbal de recepție sau recomandări sau alte documente echivalente **din care să reiasă următoarele informații: beneficiarul, obiectul contractului, valoarea contractului, perioada de derulare a contractului și locul livrării.** /.../".

În dosarul cauzei, Consiliul a regăsit DUAЕ depus de ... SRL pentru loturile la care acesta a depus ofertă în cadrul procedurii, în care, la partea IV punctul C. Capacitatea tehnică și profesională, sunt precizate următoarele livrări:

„Contract de furnizare nr. 21228/21.09.2020

Masca FFP2

Masca FFP3

Valoare: 1.097.775

Moneda: RON

Data început: 21.09.2020

Data sfârșit: 31.12.2020

Beneficiari: Spitalul Județean de Urgență Drobeta Turnu Severin

Contract de furnizare nr. 699/15.01.2021

Vizieră de protecție de unică folosință

Ochelari de protecție

Halat impermeabil

Halat unică folosință

Valoare: 926.217,94

Moneda: RON

Data început: 15.01.2021

Data sfârșit: 15.02.2021

Beneficiari: Spitalul Clinic Municipal Filantropia Craiova

Contract subsecvent nr. 857/14.12.2020

Combinezoane protecție categoria III uf-kit

Valoare: 957.990

Moneda: RON

Data început: 14.12.2020

Data sfârșit: 31.12.2020

Beneficiari: Spitalul Victor Babeș Craiova"

De asemenea, la pag. 271-276 din volumul 2 al dosarului achiziției publice, Consiliul a regăsit contractul de furnizare de îmbrăcăminte de protecție nr. 21228/21.09.2020, corespunzător primei poziții din DUAE depus de ... SRL, iar la pagina 279 a fost identificat documentul constatator nr. 12304/19.05.2021, referitor la același contract, care confirmă îndeplinirea corespunzătoare a contractului anterior menționat, acesta fiind conform cerințelor documentației de atribuire și a cererii autorității contractante nr. 158/08.02.2022, prin care a fost solicitată prezentarea de către ... SRL a documentelor justificative care să demonstreze îndeplinirea cerințelor de calificare, acestea prevăzând că din documentele justificative trebuie să reiasă *„beneficiarul, obiectul contractului, valoarea contractului, perioada de derulare a contractului și locul livrării”*.

Analizând susținerea contestatoarei cu privire la faptul că ... SRL nu a făcut dovada experienței similare, prin faptul că nu a prezentat decât un singur contract de produse care să fi avut ca obiect halate impermeabile, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, a fost precizat explicit că *„Prin produse similare se înțelege **orice echipament sau dispozitiv medical de protecție umană** indiferent de forma de prezentare și fără a condiționa domeniul în care au fost livrate (sanitar, alimentar, zootehnic, industrial, colectivități)”*. Dată fiind această precizare, Consiliul constată că nu este întemeiată susținerea contestatoarei, potrivit căreia singurele livrări de produse similare cu care se poate dovedi îndeplinirea cerinței autorității contractante sunt cele care au avut ca obiect halate, fiind posibilă îndeplinirea cerinței prin dovedirea livrării oricăror echipamente sau dispozitive de protecție umană.

Dat fiind că valoarea contractului nr. 21228/21.09.2020 este de 922.500 lei, fără TVA (valoarea de 1.097.775 lei incluzând TVA), aceasta fiind mai mare decât minimul solicitat prin fișa de date a achiziției, respectiv 456.000 lei, fără TVA, iar obiectul contractului constă în livrarea de măști de protecție FFP2 și FFP3, produse similare celor care fac obiectul lotului 11 al prezentei proceduri, conform precizărilor din fișa de date a achiziției, Consiliul constată că este neîntemeiată critica autoarei contestației privind faptul că ... SRL nu îndeplinește cerința minimă de calificare cu privire la experiența similară.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu privire la faptul că ... SRL nu a prezentat Avizul de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale, emis de ANMDM în conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006, inclusiv Anexa din care să reiasă că ofertantul este distribuitor al producătorilor echipamentelor oferite ce fac obiectul procedurii, Consiliul constată că ... SRL critică

faptul că producătorul halatului ofertat nu se regăsește pe Avizul de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale emis de ANMDM, ceea ce impunea, respingerea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depusă de societatea ... SRL, deoarece, aceasta nu îndeplinește cerințele tehnice cuprinse în caietul de sarcini, stabilite de autoritatea contractantă și nici criteriile și cerințele de calificare prevăzute în fișa de date.

Cu privire la această critică, Consiliul constată că cerința de a prezenta avizul de funcționare emis de ANMDM în conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006 se aplică pentru loturile la care **se solicită dispozitive medicale**, respectiv loturile pentru care autoritatea contractantă a menționat, în documentația de atribuire, respectiv în caietul de sarcini, că este necesară respectarea prevederilor Directivei 93/42/EEC privind dispozitivele medicale (cum este cazul loturilor nr. 3, 4, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, pentru care autoritatea contractantă a făcut precizări cu privire la necesitatea respectării unor cerințe cuprinse în Directiva 93/42/EEC pentru dispozitive medicale).

În raport de cele anterior menționate, critica referitoare la faptul că producătorul halatului ofertat nu se regăsește pe Avizul de funcționare pentru activitățile de comercializare, distribuție dispozitive medicale emis de ANMDM, ceea ce impunea, respingerea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depusă de societatea ... SRL, trebuie analizată de Consiliu prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, **pentru lotul 11**, printre cerințele documentației de atribuire **nu există astfel de solicitări pentru ofertanți**.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, Comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2) lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Consiliul reține ca fiind relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC ... SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

*„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat**”.*

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a **respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit** (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, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență** - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. **Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini**, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice

efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, *Medipac - Kazantzidis*, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte (punctul 54).

Astfel, prezentarea în ofertă a avizului la care face referire contestatoarea nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc pentru lotul nr. 11 și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza *Cartiera dell'Adda*, anterior menționată, Hotărârea *Comisia/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea *Curtții* din 12 martie 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

De asemenea, pentru a putea fi opozabile ofertanților, fiind vorba de cerințe din categoria celor care țin de capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv cerințe de calificare, era necesar ca acestea să fie materializate expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiul transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 – *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”;*

- art. 154 – *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”;*

- art. 181 – *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.*

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare și, în subsidiar, normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul stabilit de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

De asemenea, în conturarea acestei soluții, Consiliul a ținut seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs (de soluționare a plângerii împotriva deciziei CNSC) au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unui aviz specific, raționament invalidat de Curtea de apel.

În consecință, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a precizat că, pentru lotul 11, în cadrul căruia a fost depusă oferta contestată de ... SRL, este necesară respectarea prevederilor Directivei 93/42/EEC. Prin urmare, pentru acest lot **nu se solicită** prin documentația de atribuire dispozitive medicale, nefiind aplicabilă, astfel, cerința cu privire la prezentarea avizului de funcționare emis de ANMDM în conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006. Dat fiind că nu a fost solicitată prezentarea în ofertă a acestui aviz, Consiliul constată că este neîntemeiată critica autoarei contestației, potrivit căreia oferta depusă de ... SRL pentru lotul 11 este inacceptabilă, dat fiind că nu a fost prezentat avizul menționat anterior și anexele acestuia.

Cu privire la susținerea autoarei contestației, potrivit căreia oferta depusă de ... SRL prezintă un preț neobișnuit de scăzut, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, dat fiind că este o susținere generală și speculativă, care pornește de la premisa că un produs cu prețul unitar de 3,48 lei nu poate îndeplini toate cerințele autorității contractante.

Chiar dacă prin considerentele prezentei decizii, Consiliul a stabilit caracterul întemeiat al unor critici formulate de contestatoare cu privire la propunerea tehnică a ofertantului ... SRL, aceasta nu implică automat faptul că produsul ofertat de acesta are un preț neobișnuit de scăzut.

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa nr. 52/18.01.2022, clarificări cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut al produsului ofertat de ... SRL în cadrul lotului 11 al procedurii, iar prin răspunsul ofertantului din data de 20.01.2022 au fost prezentate justificări de la producător cu privire la prețul produselor.

Cu toate că a avut acces la documentele propunerii financiare depusă de ... SRL și la corespondența menționată în paragraful anterior, ... SRL nu a formulat critici concrete cu privire la faptul că prețul ofertat de ... SRL este neobișnuit de scăzut, deși conform dispozițiilor art. 249 C.proc.civ. „*Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege*”, această regulă fiind exprimată prin adagiul „*actori incubit onus probandi*” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, va anula, în parte, raportul procedurii nr. 368/15.03.2022 și toate actele subsecvente acestuia (inclusiv adresa autorității contractante nr. 395/15.03.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii către ... SRL), respectiv referirile la oferta depusă de ... SRL în cadrul lotului 11 și la aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul în discuție și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de ... SRL (lot 11), cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Pentru considerentele expuse în motivarea deciziei, Consiliul va respinge, ca nefondate, capetele de cerere referitoare la reevaluarea ofertei depusă de ... SRL sub aspectul îndeplinirii criteriilor de calificare impuse prin fișa de date a achiziției, precum și cu privire la reluarea etapei de evaluare financiară.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Anulează, în parte, raportul procedurii nr. 368/15.03.2022 și toate actele subsecvente acestuia (inclusiv adresa autorității contractante nr. 395/15.03.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii către ... SRL), respectiv referirile la oferta depusă de ... SRL în cadrul lotului 11 și la aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul în discuție și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de ... SRL (lot 11), cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Respinge, ca nefondate, capetele de cerere referitoare la reevaluarea ofertei depusă de ... SRL sub aspectul îndeplinirii criteriilor de calificare impuse prin fișa de date a achiziției, precum și cu privire la reluarea etapei de evaluare financiară.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 26 de pagini.