

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. 346/C1/3368

Data: 15.02.2022

Prin contestația nr. 221/23.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 67308/24.12.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, ..., formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 64188/10.12.2021, publicat în SEAP la data de 14.12.2021, precum și împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 64206/10.12.2021 pentru lotul 9 Analizor de imunologie 2, emise de către, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Echipamente medicale și nemedicale pentru proiectul POIM 2014 - 2020 - Axa Prioritară 9: „Protejarea sănătății populației în contextul pandemiei cauzate de COVID - 19, Obiectivul specific: «Creșterea capacității spitalului județean de de gestionare a crizei sanitare COVID - 19»”, cod CPV - 33100000-1, s-a solicitat:

- Anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 64206/10.12.2021, privind evaluarea tehnică a ofertei tehnice depusă de SC SRL, comunicată în SICAP la data de 14.12.2021;
- Anularea rezultatului procedurii și raportului procedurii nr. 64188/10.12.2021, în ceea ce privește respingerea ofertei tehnice, aferentă lotului nr. 9, ca neconformă;
- Obligarea autorității contractante la evaluarea ofertei, potrivit deciziei ce urmează a fi pronunțată.

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

Prealabil, prin raportare la valoarea estimată a procedurii de atribuire, respectiv 13.353.445,10 lei și la data comunicării rezultatului evaluării propunerii tehnice [14.12.2021], respectiv a Raportului procedurii (14.12.2021), contestatorul precizează că termenul de formulare a contestației se împlinește la data de 24.12.2021, conform art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, în baza dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei și formularea de concluzii scrise, cu acordarea unui termen în acest sens.

Contestatorul arată că anterior demarării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a derulat două proceduri de consultare a pieței având ca obiect echipamentele ce formează obiectul prezentei achiziții după cum urmează:

- Anunțul de consultarea a pieței nr. MC1015035/17.05.2021, ce a avut ca obiect obținerea de informații tehnice și financiare referitoare la echipamente medicale și nemedicale, inclusiv echipamentul vizat de Lotul nr. 9, obiect al prezentei contestații. SC SRL a transmis o oferta tehnică și financiară detaliată (oferta nr. 49/19.05.2021), precum și câteva sugestii de îmbunătățire a documentației de atribuire, apreciind că unele dintre specificațiile tehnice incluse în caietul de sarcini publicat în cadrul consultării de piață erau restrictive, restrângând în mod nejustificat concurența. Potrivit Raportului nr. 33097/29.06.2021, până la data limită a transmiterii propunerii au răspuns un număr de 12 operatori economici, concluzia reținută în raportul menționat fiind că în urma analizei răspunsurilor primite de la operatorii economici a rezultat că pe piață există echipamente medicale și nemedicale care corespund nevoilor și cerințelor autorității contractante, caietul de sarcini și specificațiile aferente echipamentelor fiind completate/modificate, după caz.
- Anunțul de consultare a pieței nr. MC1015653/02.07.2021, obținerea de informații tehnice și financiare referitoare la echipamente medicale și nemedicale (inclusiv echipamentul vizat de Lotul nr. 9, obiect al prezentei contestații). SC SRL a transmis o ofertă tehnică și financiară detaliată (oferta nr. 49/19.05.2021), precum și câteva sugestii de îmbunătățire a documentației de atribuire, apreciind că unele dintre specificațiile tehnice incluse în caietul de sarcini publicat în cadrul consultării de piață erau restrictive, restrângând în mod nejustificat concurența;. Potrivit Raportului nr. 36127/13.07.2021, până la data limită a transmiterii propunerii au răspuns un număr de 2 operatori economici, concluzia reținută în raportul menționat fiind că în urma analizei răspunsurilor primite de la operatorii economici a rezultat

ca pe piață există echipamente medicale și nemedicale care corespund nevoilor și cerințelor autorității contractante, caietul de sarcini și specificațiile aferente echipamentelor fiind completate/modificate, după caz.

Contestatorul arată că ulterior, la data de 24.07.2021, a fost publicat anunțul de participare nr., vizând achiziția de echipamente medicale și nemedicale, documentația de atribuire menținând, în ceea ce privește instrumentul de imunologie (obiect al lotului 9) o mare parte dintre specificațiile tehnice cu privire la care, în cadrul consultărilor de piață derulate de către autoritate, SC SRL transmisese observații, atrăgând atenția autorității contractante că cerințele sunt restrictive și au ca efect favorizarea echipamentului produs de Producătorul Abbott, în speță analizorul Abbott Alinity i sau Architect i2000. Cu titlu de exemplu, indică cerințele menite să favorizeze instrumentul Abbott.

Menționează că față de aceasta situație, în termenul de formulare a solicitărilor de clarificare, a transmis solicitări de clarificare și de modificare, acestea fiind acceptate de către autoritatea contractantă, după cum vom detalia în continuare. La data de 14.12.2021, autoritatea contractantă a comunicat SC SRL, prin intermediul SICAP, adresa nr. 64206/10.12.2021 prin care oferta depusă a fost declarată neconformă. La aceeași dată, prin intermediul SICAP, a fost comunicat și raportul procedurii nr. 64188/10.12.2021.

Cu privire la motivele de fapt și de drept, contestatorul arată că potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 64206/10.12.2021, comunicată prin intermediul SICAP la data de 14.12.2021, oferta depusă de SC SRL a fost declarată neconformă deoarece propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, în condițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În justificarea acestei decizii, autoritatea contractantă a reținut că: „Prin adresa de răspuns FN și înregistrată la noi sub nr. 54830/22.10.2021, ofertantul detaliază cele solicitate. În urma analizei Situației analizelor întocmite de Laborator Analize Medicale pentru perioada 26.06 - 26.10.2021, s-a constatat faptul că împachetarea de 300 teste ofertată este prea mare față de numărul de analize efectuate în perioada mai sus menționată (ex: anticorpi antisifilis 124 teste, CA 15 - 3 170 teste)”.

Având în vedere motivul declarării ofertei SC SRL ca neconformă, față de prevederile documentației de atribuire, contestatorul apreciază că adresa de comunicare anterior referită este nelegală și are ca unic scop favorizarea operatorului concurent, a cărui ofertă a fost declarată conformă.

Astfel, în ceea ce privește cerința tehnică pretins a fi neîndeplinită de către oferta depusă, respectiv „C-22 Să utilizeze reactivi cu împachetări de maxim 100 teste”, contestatorul arată că aceasta a fost prevăzută la punctul C22 din caietul de sarcini, astfel cum a fost modificat prin clarificarea nr. 38296/26.07.2011.

Contestatorul menționează că a transmis autorității contractante următoarele solicitări de clarificare:

- „1. Referitor la cerința: «Să utilizeze reactivi cu împachetări de maxim 100 teste», vă rugăm să acceptați și împachetări de maxim 300 de teste, cu condiția ca testele să aibă stabilitate la bordul analizorului de până la 112 zile (4 luni), astfel, autoritatea contractantă va beneficia de o reducere substanțială a costurilor aferente reactivilor deoarece cu 1 kit de 300 teste se poate lucra până la 4 luni, astfel, autoritatea va trebui să cumpere mult mai puține kit-uri pentru același volum de lucru. Totodată, autoritatea poate beneficia de internalizarea testelor cu volum redus de lucru, reducând în continuare pierderile. Analizorul pe care dorim să îl ofertăm este mult superior cerințelor din caietul de sarcini din toate punctele de vedere (TAT, 0 carryover, performanță analitică, etc.). 2. Referitor la cerința: „Să poată efectua cel puțin următoarele teste: (...) Vă rugăm să aveți în vedere eliminarea testului HCV Ag din meniul solicitat deoarece acest test este furnizat doar de către un singur furnizor de pe piață și anume Abbott, mai exact pe analizoarele Architect, fiind restrictiv pentru absolut toți ceilalți furnizori de pe piață. 3. Referitor la cerința: „Software (...) Stocare a minim 50.000 rezultate în soft-ul aparatului și a minim 35.000 rezultate de control” a acceptat un sistem care în Ghidul Utilizatorului este specificată o capacitate mai mică, dar câte poate fi extinsă on site cu un SSD de mare viteză la o capacitate mult mai mare decât cea solicitată în caietul de sarcini?”

Prin Răspunsul la solicitările de clarificări nr. 41484/11.08.2021 în ceea ce privește solicitarea formulată de SC SRL ca autoritatea contractantă să accepte împachetări de maximum 300 de teste, autoritatea contractantă precizează: „Solicitarea se acceptă pentru parametrii uzuali”.

Așadar, arată că specificația tehnică C22 din caietul de sarcini a fost modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 41484/11.08.2021, operatorii economici putând oferta și aparate de imunologie care utilizează împachetări de maximum 300 de teste.

În ceea ce privește conformitatea ofertei depuse de SC SRL și nelegalitatea rezultatului comunicat de autoritatea contractantă, contestatorul precizează următoarele:

- la data de 20.08.2021, a depus oferta tehnică și financiară (Anexa 11) pentru instrumentul COBAS pro e 801, care întrunește specificația

tehnică privind împachetările de teste, astfel cum a fost modificată ca urmare a răspunsului consolidat la solicitările de clarificare, prețul ofertat fiind de 299.000,00 Lei (fără TVA);

- ulterior depunerii ofertei, prin adresa nr. 49572/27.09.2021, autoritatea contractantă a solicitat clarificări inclusiv cu privire la cerința C22, respectiv: „Pentru cerințele: (...) C22 Să utilizeze reactivi cu împachetări de maxim 100 teste, iar dvs. specificați că doar 43 din 113 reactivi utilizează împachetări de 100 teste”;

- față de aceasta solicitare, prin Adresa FN SC SRL a precizat următoarele:

- „Autoritatea Contractanta a solicitat în CS 85 de reactivi, dintre care 9 se lucrează pe modulul de Chimie Clinica/Biochimie. Astfel, rămân 76 de reactivi pe analizorul de imunologie. Noi, ..., din dorința de a fi cât mai transparenți, am prezentat întregul panel de testare disponibil pe analizor (cel mai amplu din industrie), de unde reiese că 43 din 113 reactivi utilizează împachetări de 100 teste. Dacă ar fi să ne raportăm strict la meniul solicitat de către autoritatea contractantă, atunci: 17 din 76 au împachetare de 100 teste.

- Autoritatea Contractanta a acceptat clarificarea noastră de a avea și împachetări de 300 teste, cu condiția ca stabilitatea acestora să fie de 112 zile (4 luni), iar răspunsul a fost enunțat astfel: «Solicitarea se acceptă pentru parametrii uzuali». Astfel, prin răspunsul autorității contractante, ne încadram din punct de vedere tehnic deoarece 59 de parametri din cei 76 solicitați sunt sau pot fi considerați parametri uzuali, iar pentru cei mai rar utilizați, dispunem de împachetări de 100 teste (tot cu stabilitate de până la 112 zile (4 luni)). De ce aceste stabilități, cele mai mari din industrie, sunt benefice AC? Deoarece: 1. Se reduc costurile pe termen lung aferente reactivilor, deoarece AC cumpără mai puțin kit-uri; 2. scade variabilitatea loturilor, astfel, implicit scad costurile cu calibrările la schimbarea lotului; 3. Se protejează mediul deoarece împachetările noastre verzi, cobas e pack green, utilizează mai puțin plastic pentru casete, de aici și îmbunătățirea împachetării, în plus, se reduc deșeurile create de actul medical din laborator și implicit de către autoritatea contractantă, favorizând astfel sustenabilitatea mediului și reducerea amprente de carbon (kitul de reactiv + frecvența transportului).”

- ulterior, prin adresa nr. 54126/19.10.2021, autoritatea contractantă a solicitat SC SRL, cu privire la aceeași specificație tehnică vizând împachetarea reactivilor, să detalieze: „pentru împachetările de 300 teste, vă rugăm să detaliați cei 59 parametri uzuali; pentru împachetările de 100 teste, vă rugăm să detaliați parametrii mai rar utilizați”

- prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 54830/22.10.2021 SC SRL a răspuns acestei solicitări, arătând că

analizorul ofertat se încadrează în cerință deoarece utilizează, din punct de vedere tehnic, și împachetări de 100 de teste dar și de 300 teste, fiind chiar superior cerințelor din caietul de sarcini față de răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 41484/11.08.2021. Prin același răspuns, s-a transmis lista de parametri disponibili în prezent pe analizorul ofertat, învederând totodată autorității contractante faptul ca documentația de atribuire nu a definit noțiunea de „parametri uzuali”.

Raportat la prevederile art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 27 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, contestatorul consideră că în condițiile în care, autoritatea contractantă a acceptat modificarea unei cerințe din cuprinsul documentației de atribuire, aceasta este ținută de obligația de a-și respecta propriile decizii, obligația respectării întocmai a documentației de atribuire revenind nu doar operatorilor economici ofertanți, ci și autorității contractante deopotrivă.

În susținerea alegațiilor sale, contestatorul invocă jurisprudența CJUE.

Subliniază că față de modificarea cerinței privind împachetarea reactivilor, prezentată în documentele inițiale ale achiziției, ca urmare a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări, rezultă cu evidență că oferta SC SRL, care răspunde cerinței de împachetare a reactivilor în pachete de maximum 300 de teste, îndeplinește cerințele cuprinse în documentația de atribuire fiind, prin urmare, conformă, în cuprinsul adresei înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 54830/ 22.10.2021 fiind precizată în mod expres lista reactivilor și modul de împachetare al acestora, care corespunde cerințelor autorității contractante.

În acest context, contestatorul apreciază că decizia autorității contractante de a declara oferta depusă ca neconformă, apare ca fiind nelegală, singura justificare pe care autoritatea contractantă ar putea-o avea fiind aceea de favorizare a unui alt ofertant.

Contestatorul arată că, din analiza comparativă a ofertei financiare depusă de SC SRL și a informațiilor cuprinse la pagina 81 din Raportul procedurii, aplicând criteriul de atribuire al prețului cel mai scăzut oferta sa ar fi trebuit să fie declarată câștigătoare, diferența dintre prețul ofertat de SC SRL și cel ofertat de operatorul AMS 2000 Trading Impex SRL este de peste 70.000 Lei.

Mai mult, din punct de vedere tehnic oferta declarată admisibilă și conformă pentru instrumentul Abbott este, în realitate neconformă, instrumentul ofertant neîndeplinind cerința C. 19 din caietul de sarcini Stabilitate reactivi la bord: minim 14 zile.

În acest sens, astfel cum rezultă din documentația tehnică a instrumentului Abbott, stabilitatea reactivilor Anti - SARS - Cov - 2 IgG

este de doar 7 zile, cerința din documentația de atribuire nefiind astfel îndeplinită.

În aceste condiții, contestatorul consideră că, dincolo de încălcarea evidentă de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, aceasta încalcă inclusiv principiul tratamentului egal, alegând să declare ca fiind admisibilă și conformă oferta operatorului concurent, deși nici instrumentul ofertat de acesta nu întrunește cerințele tehnice impuse de documentația de atribuire.

În contextul în care prin răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a acceptat modificarea cerinței privind împachetarea reactivilor de la maximum 100 la maximum 300 de teste; nicăieri în documentația de atribuire nu este definită noțiunea de „parametri uzuali”, autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția ofertanților un volum de lucru/testare, un referat de necesitate sau alte elemente care să justifice un alt tip de împachetare a reactivilor, contestatorul consideră că respingerea ofertei sale este una nelegală.

Prin adresa nr. 67654/28.12.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207725374/1, tranzacția nr. 1159487121/1971342130 din 24.12.2021, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 8.000,00 lei

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 6267/07.02.2022 și nr. 6531/08.02.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precum și dosarul achiziției publice, în copie.

Pe cale de excepție, raportat la prevederile art. 5 alin. (2), art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 16 din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă invocă tardivitatea contestației, din următoarele considerente:

- în data de 14.12.2021 au fost publicate în SEAP documentele contestate, respectiv raportul procedurii și actele subsecvente acestuia;
- termenul limită de contestare este de 10 zile de la luarea la cunoștință despre actul atacat, respectiv în data de 14.12.2021 s-au publicat în SEAP comunicările privind rezultatul procedurii, ultima zi de depunere fiind 24.12.2021;
- autoritatea contractantă a primit contestația în data de 27.12.2021 prin curierat rapid, fiind înregistrată sub nr. 66785/27.12.2021, după termenul legal de 10 zile.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 6593/C1/3368/08.02.2022, Consiliul îi comunică acestuia, termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 08.02.2022.

Prin corespondența transmisă electronic și înregistrată la CNSC sub nr. 6927/09.02.2022, SC SRL depune concluzii scrise.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației invocată de către autoritatea contractantă, contestatorul solicită respingerea acesteia, subliniind că potrivit notelor de transport aflate în documentele transmise către Consiliu, rezultă că aceasta a fost transmisă atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, în data de 23.12.2021, în interiorul termenului legal de contestare.

Pe fondul cauzei, precizează că își menține în integralitate motivele invocate în cuprinsul contestației.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Echipamente medicale și nemedicale pentru proiectul POIM 2014 - 2020 - Axa Prioritară 9: „Protejarea sănătății populației în contextul pandemiei cauzate de COVID - 19, Obiectivul specific: «Creșterea capacității spitalului județean de de gestionare a crizei sanitare COVID - 19»”, cod CPV - 33100000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. /24.07.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 13.353.445,10 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr. 6267/07.02.2022.

În opinia autorității contractante contestația formulată de SC SRL ar fi tardivă deoarece a fost înregistrată la CNSC și la autoritatea contractantă după expirarea termenului legal de contestare.

În soluționarea excepției, Consiliul va reține că SC SRL a transmis contestația către CNSC prin Fan Courier Express, în 23.12.2021 astfel cum rezultă din recipisa AWB 4357100010993, aflată la dosarul cauzei și către autoritatea contractantă în aceeași zi, respectiv 23.12.2021, prin Fan Courier Express, astfel cum rezultă din recipisa AWB 4357100011125, ambele atașate contestației depuse, în original.

Contestația este formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 64188/10.12.2021, precum și împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 64206/10.12.2021 pentru lotul 9 Analizor de imunologie 2, ambele publicate în SEAP la data de **14.12.2021**, potrivit propriilor susțineri.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va reține că în speță sunt incidente următoarele dispoziții legale, în vigoare la data depunerii contestației:

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de (...) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;*

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;*

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.*

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că actele autorității contractante considerate nelegale de către SC SRL sunt raportului procedurii de atribuire nr. 64188/10.12.2021 precum și adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 64206/10.12.2021 pentru lotul 9 Analizor de imunologie 2, ambele publicate în SEAP la data de 14.12.2021, iar contestatorul a transmis contestația atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă în 23.12.2021, în ultima zi a termenului de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 raportat la data publicării

atât a raportului procedurii, cât și a comunicării rezultatului procedurii, în SEAP, rezultă fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, Consiliul reține că obiectul contestației formulate de SC SRL îl constituie adresa de comunicare rezultat nr. 64206/10.12.2021(pag. 23 din vol. 6 al dosarului achiziției, aflat în vol. 4 al dosarului cauzei) prin care a fost respinsă ca neconformă oferta sa, motiv pentru care Consiliul îl va analiza prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit cerințelor din Fișa de date, la pct.IV.4.1 la: „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, ofertanți aveau următoarele obligații:

„Propunerea tehnică va cuprinde descrierea punct cu punct a modului de îndeplinire a specificațiilor tehnice și cerințelor solicitate prin caietul de sarcini și se va întocmi într-o manieră organizată și fundamentată pentru fiecare dintre activitățile contractului, astfel încât procesul de evaluare a ofertelor să permită identificarea facilă a corespondentei informațiilor cuprinse în oferta cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

Toate cerințele din caietul de sarcini sunt minime si obligatorii, iar nerespectarea uneia dintre cerințe va duce automat la declararea ofertei ca fiind neconformă.

*Propunerea tehnica **va conține cel puțin:***

***1.** Matricea de conformitate a produsului ofertat din care să reiasă conformitatea caracteristicilor acestuia cu specificațiile tehnice și cerințele prevăzute în caietul de sarcini.*

***2.** Fișe tehnice/cataloge/broșuri/specificații ale producătorului pentru produsul ofertat prin care se susțină specificații declarate pentru acesta, conform matricei de conformitate.*

3. Document care să ateste conformitatea produselor cu cerințele Directivei Consiliului 93/42/CEE - Declarație sau certificat de conformitate CE (conf. Directivei 93/42 CE), aceasta va trebui depusă în traducere autorizată, scanată și încărcată în SEAP împreună cu propunerea tehnică și celelalte documente pe care le enumerăm mai jos.

***4.** Declarație pe proprie răspundere privind faptul că instalarea, punerea în funcțiune și instruirea personalului medical se va efectua la beneficiar, în locația de livrare, cu personal autorizat și sunt incluse în preț.*

***5.** Declarație pe proprie răspundere privind acordarea unei perioade de garanție **de minim 24 de luni** de la punerea în funcțiune a*

produselor și **timpul de intervenție la beneficiar pentru efectuarea service-ului de maxim 48 de ore de la data comunicării.**

6. Declarația privind respectarea condițiilor de mediu, social și al relațiilor de muncă pe parcursul îndeplinirii contractului. Declarația va fi data de fiecare asociat, subcontractant, terț susținător, după caz.”,

iar

în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a stipulat următoarele cerințe:

„Propunerea tehnică va fi însoțită de un Tabel detalii producător/ Scrisoarea producătorului, inclusiv certificarea existenței unui contract distribuție, acest angajament reprezentând o modalitate de asigurare a trasabilității produsului în vederea protejării autorității contractante și pentru a evita eventualele riscuri de siguranță și performanță cum ar fi: dispozitive care nu au fost eliberate corespunzător de producător, dispozitive provenind din surse neautorizate pentru care nu se cunoaște trasabilitatea completă, contrafăcute sau neconforme, operatorii economici vor prezenta în mod obligatoriu documentele care atestă măsurile implementate de operatorul economic prin care se garantează trasabilitatea produselor, pe lanțul de aprovizionare.

Fiecare specificație menționată în prezentul caiet de sarcini va fi evidențiată în mod obligatoriu, în cadrul ofertei. Ofertele care nu includ în cadrul propunerii tehnice toate specificațiile evidențiate în prezentul caiet de sarcini vor fi considerate neconforme”.

Din cerințele documentației de atribuire mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente / înscrisuri, care să probeze/demonstreze asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor / obligațiilor prevăzute în Caietul de sarcini, nerespectarea cerințelor impuse atrăgând respingerea ofertei ca neconformă, nefiind permisă completarea ulterioară a ofertei tehnice.

Analizând motivele invocate de autoritatea contractantă în cadrul adresei de comunicare rezultat nr. 64206/10.12.2021 se reține că, primele motive de respingere a ofertei sunt cele referitoare la:

- lipsa din cadrul ofertei a Tabelului detalii producător / Scrisoarea producătorului ;
- lipsa din cadrul ofertei a certificatului CE (conf. Directivei 93/42 CE);
- lipsa menționării în cadrul Declarației pe propria răspundere a timpului de intervenție la beneficiar pentru efectuarea service-ului în maxim 48 de ore de la comunicare.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unor produse care să îndeplinească anumite caracteristici și specificații tehnice au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016, iar 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.

Analizând propunerea tehnică a contestatorului (pag. 1-166 , vol. 8 al dosarului achiziției) Consiliul reține că acesta nu a respectat cerința documentației de atribuire privind prezentarea în cadrul ofertei a: Tabelului detalii producător / Scrisoarea producătorului; a certificatului CE (conf. Directivei 93/42 CE) și menționării în cadrul Declarației pe propria răspundere a timpului de intervenție la beneficiar pentru efectuarea service-ului în maxim 48 de ore de la comunicare în condițiile în care autoritatea contractantă a indicat în mod expres obligativitatea prezentării acestora.

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.

Deși a omis prezentarea documentelor respective, prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificări (adresă fără număr de înregistrare la emitent înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 50383/20.09.2021, aflată la pag. 279 – 351 vol. 4 din dosarul achiziției publice, aflat în vol. 3 al dosarului cauzei), contestatorul își completează propunerea tehnică, cu documentele lipsă apreciind în mod eronat că, prin depunerea ulterioară a acestora, cerința este îndeplinită. Or, în mod

corect, autoritatea contractantă nu avea cum să îi permită completarea propunerii tehnice cu documentele lipsă, deoarece prin însușirea documentației de atribuire și depunerea ofertei se prezumă că acesta era perfect informat și conștient atât de obligativitatea depunerii acestor documente în cadrul propunerii tehnice cât și sancțiunea nerespectării acestei cerințe respectiv respingerea ofertei ca neconformă, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora: *„propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini”*; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre), el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*.

Rolul comisiei de evaluare este, potrivit dispozițiilor art. 127 lit. f) din HG nr. 395/2016 de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini. În cazul în care prevederile documentației de atribuire erau considerate ca fiind contradictorii/erone/ambiguu formulate sau abuzive, acesta avea dreptul de a contesta respectivele înscrisuri, potrivit prevederilor legale, în caz contrar ele fiind pe deplin aplicabile și obligatorii.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: *„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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 (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)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că *„astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”* și a precizat că *„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”*.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică, sub toate aspectele acesteia, având certitudinea că propunerile tehnice ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

Conform prevederilor art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant”*. Prin urmare astfel cum rezultă din cerințele documentației de atribuire și prevederile legale aplicabile în materie, toate documentele care compun propunerea tehnică, se depun de ofertanți în mod imperativ prin asumarea acestora; altfel spus, nici autoritatea contractantă și nici legiuitorul nu a stabilit vreo excepție de la această regulă respectiv nu a indicat vreun document exceptat sau vreo împrejurare în care ar fi posibilă transmiterea ofertei tehnice doar parțial fiind aplicabil principiul de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”* potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă.

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, căroră 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”.

Prin urmare, Consiliul reține că, autoritatea contractantă nu putea accepta în urma clarificărilor solicitate modificarea / completarea de către contestator a propunerii tehnice deoarece un astfel de demers ar fi fost de natură a crea un avantaj evident în favoarea contestatorului, aducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform căroră: „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu a fost elaborată cu respectarea documentației de atribuire în ofertă conformă.

În cauza **C-523/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013,

Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum și Hotărârea

din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul

33)“.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, **CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea

procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

La considerentul 28 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-131/16**,

CJUE s-a pronunțat astfel: *„a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea*

din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C- 599/10,

EU:C:2012:191, punctul 37)”.

Faptul că SC SRL a transmis documentele lipsă, în urma solicitării de clarificări este lipsit de relevanță în soluționarea prezentei deoarece ofertantul în cauză nu a transmis respectivul document autorității contractante înainte de expirarea termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor astfel cum avea obligația potrivit prevederilor art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016 anterior citat coroborat cu art. 104 alin. (3) și art. 60 alin. (1) din aceeași normă juridică potrivit căruia: „Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”.

Mai mult, Consiliul reține că, deși potrivit adresei de comunicare rezultat, autoritatea contractantă a indicat în mod expres printre motivele de respingere ca neconformă a ofertei, lipsa acestor documente, SC SRL nu aduce nici o critică în cadrul contestației cu privire la aceste aspecte și nu a înțeles să le conteste, ceea ce nu poate fi interpretat decât ca o achiesare la concluzia autorității contractante privind neconformitatea ofertei sale.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii prin ofertarea unor produse care nu respectă strict cerințele impuse, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele ținând seama de toate elementele avute în vedere la elaborarea documentației de atribuire pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea ofertelor propuse în acest sens. Prin urmare, în acord atât cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, Consiliul reține că autoritatea contractantă a analizat conformitatea ofertei prezentate, cu respectarea documentației

de atribuire și a principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 65 alin. (2) coroborat cu art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare, așa cum a fost efectuată de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor respectă regulile și principiile care guvernează legislația specifică în domeniu și, pe cale de consecință criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este neîntemeiată urmând a fi respinsă.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează celelalte critici din contestație privind oferta sa câtă vreme indiferent de caracterul întemeiat sau nu al acestora nu poate fi înlăturat caracterul neconform al ofertei contestatorului, rezultatul final fiind același, motiv pentru care, 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 excepția tardivității contestației invocate de autoritatea contractantă

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:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua decizie

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini