



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. HP 532/26.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37885/26.09.2019, formulată de către ..., cu sediul de corespondență în ... și sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa „Comunicare rezultat procedură nr. A2 5284 din 16.09.2019”, înregistrată la contestator cu nr. TG665 din 16.09.2019, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Materiale sanitare pentru instrumente de sutură mecanică necesare în secțiile de chirurgie”, lot 8 – „Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm”, lot 9 – „Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm”, lot 10 - 1 Instrumente de sutură mecanică 61 mm”, lot 11 – „Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agraflare 81 mm” contestate, se solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată și, pe cale de consecință, anularea Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului procedurii A2 5284 din 16.09.2019, prin care oferta operatorului ... a fost declarată conformă, admisibilă și câștigătoare pentru loturile 8, 9, 10, 11, inclusiv a actelor ce au stat la baza deciziei și a actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertelor pentru loturile 8, 9, 10, 11 și reevaluarea ofertei depusă de către ofertantul ..., cu consecința constatării faptului că oferta depusă este inacceptabilă și neconformă și trebuie respinsă pentru loturile 8, 9, 10, 11, având în

vedere prevederile art. 215 alin. (4) și alin. (5) din Legea 98/2016, cu modificările și prevederile ulterioare și art. 134 alin. (5), 137 alin. (2) lit. b) și art. 137 alin. (2) lit. k), art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. 395/2016 actualizată, precum și obligarea autorității contractante la stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația procedurii și în conformitate cu art. 2 alin. (2), art. 207 alin. (1), art. 214 alin. (1), art. 215 alin. (1), alin. (2) și alin. (3) din Legea 98/2016, cu modificările și prevederile ulterioare și cu art. 137 alin. (4) și alin. (5) din H.G. 395/2016 actualizată.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... critică decizia autorității contractante prin care oferta ... a fost declarată câștigătoare pentru loturile 8, 9, 10 și 11, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul învederează că a depus oferta pentru 5 loturi (loturile 8, 9, 10, 11, 12) la această procedură, iar în data de 16.09.2019 a primit Comunicarea rezultatului procedurii nr. A2 5284 din 16.09.2019, din conținutul căreia a constatat că, pentru loturile 8, 9, 10, 11 a mai depus ofertă un contraofertant, respectiv ... Astfel, oferta contestatorului a fost clasată pe locul 2, iar oferta ... a fost clasată pe locul 1 și declarată câștigătoare.

... precizează că, în data de 16.09.2019, prin adresa nr LB501 a solicitat accesul la dosarul achiziției publice, respectiv toate documentele ofertei depuse de către ofertantul ... pentru lotul 8, 9, 10, 11 și, de asemenea, a solicitat copii după înscrisuri în temeiul art. 6 și art. 9 alin. (1) din Legea 544 din 2001 cu modificările și completările ulterioare, precum și conform Normelor de aplicare a Legii 544/2001, cu referire la art. 9, iar în data de 17.09.2019, prin adresa nr. A2 5325 din 17.09.2019, autoritatea contractantă i-a permis accesul la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală în data de 18.09.2019, începând cu orele 7.30 la sediul autorității contractante. Contestatorul subliniază că nu a primit copii după înscrisuri, autoritatea contractantă menționând că va răspunde solicitării în termenul legal prevăzut la art. 7, alin. 91) din Legea 544/2001.

Contestatorul arată că, în data de 18.09.2019 a primit accesul la documente solicitate, din care a extras notițe ca urmare a constatărilor în cadrul ofertei ... pentru loturile 8, 9, 10, 11, astfel:

Se precizează că subcontractanții și/sau terții susținători nu au fost declarați de către ofertantul ... Ofertantul ... a depus Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 59-60, privind conflictul de interese în care a menționat că acesta, subcontractanții și/sau terții susținători nu se încadrează în prevederile menționate la art. 59-60 din Legea nr. 98/2016, iar din documentele depuse s-a constatat însă că ofertantul nu a declarat subcontractanții și/sau terții susținători și nici nu a prezentat niciun document DUAE separat pentru aceștia.

Contestatorul învederează că obligația de completare a declarației pe propria răspundere privind subcontractanții rezultă tocmai din prevederile art. 170, art. 193-196 din Legea 98/2016 actualizată.

Se arată că, pe de altă parte, în Documentația de Atribuire, autoritatea contractantă a enunțat expres cerințele pe care trebuie să le îndeplinească ofertantul, cerințe neîndeplinite de ofertant cu privire la subcontractanți/terți susținători, respectiv:

În documentul „Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți”, parte a Documentației de Atribuire, autoritatea contractantă solicită: *„Un operator economic care participă pe cont propriu, dar se bazează pe capacitățile uneia sau a mai multor entități trebuie să se asigure că autoritatea contractantă primește propriul său DUAE împreună cu un DUAE separat care cuprinde informații relevante pentru fiecare dintre entitățile pe care se bazează.”*

De asemenea, în Fișa de Date se menționează: *„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 59, 60, 164, 165 și 167 din Legea 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici. [...] Terțul care susține capacitatea tehnică și profesională/economică sau financiară a operatorului economic participant la procedură precum și subcontractantul au obligația de a prezenta documentele enumerate mai sus. Toate documentele se vor depune în S.E.A.P. semnate cu semnătură electronică extinsă, conform art. 60 alin. (4) din HG 395/2016.”*

Se arată că, în secțiunea II a Documentației de Atribuire - Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți, autoritatea contractantă menționează documentele solicitate de la potențialii ofertanți, respectiv:

„[...] 2) DUAE (răspuns) pentru toți Operatorii Economici implicați în procedură (Ofertant individual, membru al unei Asocieri, Subcontractant, Terț Susținător) (...)

5) și 6) Angajament al terțului Susținător

7) Acord de subcontractare/Acorduri de Subcontractare pentru Subcontractanții cunoscuți la momentul depunerii Ofertei.”

Contestatorul învederează că, prin „omiterea” și nedeclararea subcontractanților/terților susținători, ofertantul a dus în eroare autoritatea contractantă și s-a sustras de la obligativitatea prezentării documentului DUAE separat pentru subcontractant/terț susținător, precum și a documentelor privind inexistența condițiilor de excludere.

Contestatorul apreciază că ofertantul ... cunoaște identitatea subcontactanților/terților susținători, aceasta fiind o condiție obligatorie pentru a declara în numele acestora inexistența conflictului de interese, așa cum a și procedat.

... invocă Decizia nr. 3460/C2/4250 din 28.12.2017 și precizează că ofertantul ... nu a respectat cerințele impuse prin documentația de atribuire, iar oferta este innacceptabilă.

Se arată că ofertantul ... nu este distribuitor autorizat al produselor „Trocără fără valvă”, „Tubulatură conectare trocar”, iar la solicitarea de clarificare transmisă de autoritatea contractantă cu nr. A2 4616 din 09.08.2019 referitoare la calitatea operatorului economic ... de a distribui produsele „Trocără fără valvă”, „Tubulatură conectare trocar”, ofertantul a menționat prin răspuns, la punctul 4 din solicitare, că „[...] *subscrisa nu este distribuitor autorizat al produselor ... [...]*” și astfel, „omiterea” declarării subcontractantului/terțului susținător este și mai evidentă.

Contestatorul precizează că, deoarece ofertantul nu este distribuitor autorizat al produselor oferite („Trocără fără valvă”, „Tubulatură conectare trocar”), nu este avizat de Ministerul Sănătății pentru activitatea de distribuție a produselor ... și se întreabă cum a avut capacitatea de a obține documentația tehnică a dispozitivelor medicale și Certificatele de calitate CE pentru produsele oferite dacă nu prin intermediul unei terțe părți, despre care are cunoștință și care trebuia declarată. Mai mult, contrar opiniei ofertantului ..., contestatorul consideră întemeiată solicitarea autorității contractate prin adresa nr. A2 4616 din 09.08.2019 transmisă ofertantului, solicitare în sensul: „(...) *prezentării documentelor suport privind produsele ... așa cum este specificat în „Instrucțiunile pentru ofertanți instrumente sutură” – pct. 3 Instrucțiuni privind oferta - A Modul de prezentare a propunerii tehnice: scrisoare de autorizare emisă de către producătorul ... prin care să fie atestat faptul că subscrisa se află pe lista distribuitorilor autorizați pentru produsele ..., document care să conțină detalii despre producător.*”

... consideră că solicitarea nu reprezintă o nouă cerință, ci mai curând o solicitare de confirmare privind calitatea ofertantului ... de participant cu ofertă individuală, conformă. În sensul aspectelor mai sus menționate, contestatorul aduce din nou în discuție Decizia 3460/C2/4250 din 28.12.2017 care citează: „[...] *concluziile prezentate la 24 noiembrie 2016 de avocatul general Michal Bobek în cauza C-387/14, Esaprojekt Sp. z o.o împotriva Wojewodztwo Lodzkie, expresivă fiind metafora de la pct 28: <informațiile și documentația depuse de un ofertant formează, la expirarea termenului acordat pentru depunerea ofertei, un instantaneu. Autoritatea contractantă poate lua în considerare doar informațiile și documentația care există deja în imaginea respectivă. Aceasta nu împiedică autoritatea contractantă să mărească orice detaliu al imaginii care era puțin neclar și să ceară creșterea rezoluției imaginii pentru a vedea detaliul în mod clar. Dar informația de bază trebuie să fi existat deja în instantaneul inițial, chiar dacă rezoluția era scăzută.>*”

Contestatorul subliniază că dispozitivele mai sus amintite - „Trocăr fără valvă”, „Tubulatură conectare trocar” ale producătorului ... reprezintă produse cu grad ridicat de risc pentru pacienți, pentru următoarele considerente:

Se arată că aplicarea în cadrul procedurilor de achiziție publică a principiului „prețul cel mai scăzut” a generat tendința de achiziționare a unor dispozitive medicale cât mai ieftine în cadrul unităților sanitare din România, iar aceasta influențează în mod direct procesul de ofertare a dispozitivelor medicale, proces în care unii furnizori, din dorința de a se încadra în criteriul „prețul cel mai scăzut”, oferă dispozitive medicale a căror sursă de proveniență nu este bine cunoscută, mai exact provenind din surse neautorizate sau nedeclarate, fără a avea încheiat un acord de distribuție cu producătorul.

Contestatorul precizează că emiterea unui acord de distribuție de către un producător se face în urma unor verificări în ceea ce privește capacitățile și competențele distribuitorului, conform standardelor de calitate acceptate de producător, acord ce presupune existența unui sistem de management al calității, infrastructură depozitare, sisteme de monitorizare, personal calificat și certificat în vederea instruirii profesioniștilor din sănătate pentru utilizarea sigură și eficientă a dispozitivelor și echipamentelor medicale. Distribuitorii neautorizați nu sunt cunoscuți de producător, deci nu sunt verificați de acesta privind capacitățile și competențele. Pe cale de consecință, dispozitivele medicale pe care le distribuie furnizorii/distribuitorii neautorizați de către producător pot proveni dintr-un lanț de distribuție neautorizat, cu multiple riscuri asociate pentru pacienți și utilizatori.

Urmare celor antemenționate, contestatorul arată că solicitarea autorității contractante pe baza Documentației de Atribuire, așa cum rezultă și din documentul Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți, este justificată.

Contestatorul învederează că Propunerea tehnică depusă de către ... nu cuprinde documente suport/doveditoare pentru specificațiile tehnice solicitate prin Caietul de Sarcini, respectiv:

Pentru lotul 8 – „Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm”:

În cadrul cerințelor C4 până la C13 se solicită tipul de țesut pentru care se folosește dispozitivul: „Rezerva pentru instrument de sutură mecanică [...] pentru țesut foarte subțire; țesut subțire/vascular; țesut normal; țesut intermediar; țesut gros”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestor cerințe.

În cadrul cerințelor C13, C14 se solicită explicit ca produsele să fie „sterile”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestor cerințe.

Pentru lotul 9 - „Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm”:

În cadrul cerințelor C4 până la C13 se solicită tipul de țesut pentru care se folosește dispozitivul: „Rezervă pentru instrument de sutură mecanică [...] pentru țesut foarte subțire; țesut subțire/vascular; țesut normal; țesut intermediar; țesut gros”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestei cerințe.

În cadrul cerințelor C13, C14 se solicită explicit ca produsele să fie „sterile”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestor cerințe.

Pentru lotul 10 – „Instrumente de sutură mecanică 61 mm”:

În cadrul cerinței C2 se solicită tipul de țesut pentru care se folosește dispozitivul: „Rezervă universală pentru instrument de sutură mecanică [...] pentru țesut gros cât și pentru țesut intermediar (între cel gros și normal), cât și normal”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestei cerințe.

În cadrul cerințelor C3, C4 se solicită explicit ca produsele să fie „sterile”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestor cerințe.

Pentru lotul 11 – „Instrumente de sutură mecanică 61 mm”:

În cadrul cerinței C2 se solicită tipul de țesut pentru care se folosește dispozitivul: „Rezervă universală pentru instrument de sutură mecanică [...] pentru țesut gros cât și pentru țesut intermediar (între cel gros și normal), cât și normal, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestei cerințe.

În cadrul cerințelor C3, C4 se solicită explicit ca produsele să fie „sterile”, or din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestor cerințe.

Urmare celor antemenționate, contestatorul consideră că autoritatea contractantă avea/are obligația de a declara oferta ... inacceptabilă și neconformă pentru loturile 8, 9, 10, 11, acesta trebuind respinsă, având în vedere prevederile art. 215 alin. (4) și alin. (5) din Legea 98/2016, cu modificările și prevederile ulterioare și art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b) și lit. k), art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 actualizată.

Contestatorul arată că oferta ... este inacceptabilă pentru loturile 8, 9, 10, 11 întrucât a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare, respectiv nu a declarat subcontractanții/terții susținători în DUAЕ, nu a prezentat un DUAЕ separat pentru aceștia și nici nu a prezentat Angajament al Terțului Susținător/Acordul de subcontractare, iar obligația de completare a declarației pe propria răspundere privind subcontractanții rezultă tocmai din prevederile art. 193-196 din Legea 98/2016 actualizată.

Contestatorul invocă din nou Decizia 3460/C2/4250 din 28.12.2017.

Se precizează că acceptarea ofertei ... s-a făcut cu încălcarea principiului tratamentului egal.

Contestatorul menționează că acceptarea unei astfel de oferte conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, or așa cum se menționează în Decizia 3460/C2/4250 din 28.12.2017: „[...] nu se poate

veni ulterior datei ofertării cu un subcontractant, întrucât se aduce gravă atingere principiului tratamentului egal între ofertanți - fiecare dintre ei care nu îndeplinesc cerințele de ordin tehnic sau de calificare ar fi bucuroși să depună ulterior susțineri din partea unor subantreprenori nenominalizați, pentru a îndeplini respectivele cerințe.”

Mai mult, tot din perspectiva principiilor stipulate de art 2. alin. 2 din Legea nr. 98/2016, se impune și respectarea documentației de atribuire, ca fiind obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură, cât și pentru autoritatea contractantă, căci tratamentul egal în evaluarea ofertelor necesită, în procesul de evaluare, verificarea îndeplinirii cerințelor Caietului de sarcini ținându-se cont de aceleași criterii și aceleași condiții, comunicate tuturor operatorilor economici participanți (la nivelul documentației de atribuire).

Se invocă Decizia C.N.S.C. nr. 1558/C4/1558, astfel: „[...] în jurisprudența sa [Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction Ltd. Si County Council of the County of Mayo, C-19/00 (punctele 42-44)], Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că autoritatea adjudecatoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității [...].”

Contestatorul învederează că oferta ... pentru loturile 8, 9, 10, 11 este neconformă în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, precum și art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, respectiv nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

În acest sens, se precizează că, în Documentația de Atribuire Secțiunea II - Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți, autoritatea contractantă menționează: „Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori cu prevederile legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă. Nu se admite copierea în tot sau în parte a caietului de sarcini în cadrul propunerii tehnice, ofertanții având obligația de a proba conformitatea ofertei cu cerințele acestuia [...]”.

Contestatorul concluzionează că autoritatea contractantă avea/are obligația să declare oferta ... pentru loturile 8, 9, 10, 11 inacceptabilă și neconformă.

Urmare celor antemenționate, se solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă toate prevederi legale la care a făcut referire în conținutul contestației, prevederile legislației achizițiilor publice

incidente, Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, H.G. nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016.

Contestatorul solicită acordarea accesului la dosarul constituit la C.N.S.C.

Prin adresa nr. A2 5619 din 01.10.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 39281/03.10.2019, ... a transmis „Punctul de vedere” cu privire la contestație, în care precizează că nu sunt necesare măsuri de remediere și solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

Se arată că oferta ... a fost declarată conformă, admisibilă și câștigătoare în conformitate cu legislația în vigoare în domeniul achizițiilor publice, iar ... se află într-o gravă eroare față de așa-zisa completare necorespunzătoare a formularului DUAЕ de către societatea clasată pe locul 1, care, conform ..., trebuia să completeze formularul DUAЕ cu un subcontractant sau terț susținător, întrucât *„s-a bazat pe capacitatea altei entități”*. În formularul DUAЕ partea a II-a, se face referire la utilizarea capacităților altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, precum și criteriile și regulile menționate în partea V de mai jos, or, se observă din formularul DUAЕ, autoritatea contractantă nu a impus criterii de selecție.

Autoritatea contractantă menționează că în timpul derulării procedurii de atribuire, operatorul economic ... nu a declarat niciun subcontractant, a completat Declarația DUAЕ în conformitate cu cerințele din fișa de date, precum și declarația de neîncadrare în art. 59-60 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, este depusă în mod corespunzător. ... supune atenției o decizie C.N.S.C. (3460/C2/4250 din 28.12.2017) într-o „speță similară de LUCRĂRI”, astfel evidențiind eroarea în care aceasta se găsește, pornind de la confuzia între termenii de furnizor, distribuitor, terț susținător și subcontractant, unde distribuitorul devine terț susținător sau subcontractant, în accepțiunea acesteia. Cea mai evidentă este cea între calitatea de terț susținător a unui operator economic și calitatea de furnizor, care, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, este *„entitatea care pune la dispoziția unui contractant de produse, inclusiv servicii de amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”*.

... precizează că societatea aflată pe locul 1 a avut la dispoziție această modalitate legală de ofertare a produselor aferente loturilor nr. 8, 9, 10, 11, iar prevederile legale nu impun operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție publică reguli de selecție a furnizorilor, aceștia având dreptul de a depune oferta, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini.

Se arată că, în accepțiunea ..., contractele de distribuție între importator și distribuitorul autorizat ar trebui să devină acorduri de subcontractare, sau de susținere a furnizorului, or, acest lucru este

inadmisibil. Prin urmare, în cazul în care operatorii economici participanți la procedură nu invocă susținerea unui terț, aceștia vor completa DUAЕ cu informațiile prevăzute de art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ceea ce ofertatul câștigător ... a și făcut, în calitate de furnizor.

Autoritatea contractantă învederează că, completarea formularului DUAЕ cu un terț susținător, dacă acesta există, trebuie efectuată în condițiile art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de unde se observă că această „bazară” pe capacitatea unei alte entități se efectuează în condițiile impuse de art. 172 același act normativ, articol care, în ceea ce privește capacitatea, stabilește care sunt criteriile ce pot fi impuse de autoritățile contractante în cadrul procedurilor de atribuire respective: capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară, capacitatea tehnică și profesională, iar reclamanta se află în eroare susținând că în cazul de față susținerea terțului (importatorul autorizat) ar ține de sfera capacității de exercitare a activității profesionale, de notorietate fiind în legislația achizițiilor publice, că această capacitate se dovedește prin CAEN înscris în Certificatul Constatator de la Registrul Comerțului. Această interpretare rezultă și din puncte de vedere ale Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, din care rezultă că aceste criterii vizează capacitatea operatorului economic și nu obiectul contractului, respectiv produsele ce urmează a fi livrate.

Se precizează că oferta depusă de ... a fost în mod corect declarată admisibilă de către autoritatea contractantă, iar atribuirea contractului a fost efectuată prin aplicarea asupra ofertelor admisibile a criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” și că autoritatea contractantă nu a denaturat, restrâns sau împiedicat concurența prin permiterea participării la licitație a acelor operatori economici care au depus documentele solicitate în conformitate cu prevederile legale și cu prevederile Documentației de atribuire, cu consecința respingerii contestației depusă de către ..., ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 133 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016 și subliniază că s-a hotărât conformitatea ofertei tehnice pentru loturile nr. 8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm), nr. 9 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm), nr. 10 (Instrumente de sutură mecanică 61 mm) și nr. 11 (Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agrafare 81 mm) a operatorului ...

Se arată că evaluarea tehnică în ceea ce privește loturile nr. 8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm), nr. 9 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm), nr. 10 (Instrumente de sutură mecanică 61 mm) și nr. 11 (Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agrafare 81 mm) este în conformitate cu cerințele solicitate prin caietul de sarcini. Autoritatea contractantă precizează că documentele invocate în contestație, respectiv propunerea

tehnică și documentele suport conțin informații care dovedesc că cerințele sunt îndeplinite, astfel:

Pentru lotul 8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm), cerințele C4-C13 sunt îndeplinite - se ofertează instrumentele cu codurile ECR 45M-C4, ECR 45W-C5, ECR 45B-C6, ECR 45D-C7, ECR 45G-C8 - pag. 4, GST 45W-C9, GST 45B-CIO, GST 459-Cil, GST 45G-C12, GST 45T-C13 - pag. 12 din răspunsul la solicitarea de clarificare.

Pentru lotul 9 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm), cerințele C4-C13 sunt îndeplinite - se ofertează instrumentele cu codurile ECR 60W-C4, ECR 60B-C5, ECR 60D-C6, ECR 60G-C7 - pag. 4, GST 60W-C8, GST 60B-C9, GST 60D-CIO, GST 60G-Cil, GST 60T-C12 - pag. 22 din răspunsul la solicitarea de clarificare.

Pentru lotul 10 (Instrumente de sutură mecanică 61 mm), cerința C2 este îndeplinită - se ofertează instrumentul cu codul NTLC55 și cartușul cu codul SR55 - pag. 34 din răspunsul la solicitarea de clarificare.

Pentru lotul 11 (Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agraflare 81 mm), cerința C2 este îndeplinită - se ofertează instrumentul cu codul NTLC75 și cartușul cu codul SR75 - pag. 34 din răspunsul la solicitarea de clarificare.

Mai mult, reperele ofertate de către ... sunt identice cu reperele ofertate de către ..., lucru care reiese foarte clar din documentele doveditoare depuse de către ...

Autoritatea contractantă concluzionează că cerințele C4-C13 (lot 8), C4-C13 (lot 9), C2 (lot 10), C2 (lot 11) sunt îndeplinite conform propunerii tehnice a caietului de sarcini.

Referitor la evaluarea tehnică în ceea ce privește loturile nr. 8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm), nr. 9 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm), nr. 10 (Instrumente de sutură mecanică 61 mm) și nr. 11 (Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agraflare 81 mm), se arată că aceasta este în conformitate cu cerințele solicitate prin caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă precizează că documentele invocate în contestație, respectiv propunerea tehnică și documentele suport, conțin informații care dovedesc că cerințele sunt îndeplinite.

Pentru lotul 8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm), cerințele C13-C14 sunt îndeplinite, astfel:

Cerința C13, pentru care se ofertează produsul cu codul GST45T (conform fișelor tehnice de la paginile 12 și 15) din răspunsul la solicitarea de clarificare, este îndeplinită, lucru evident din documentația depusă de către operatorul economic ...

Cerința C14, produsul ofertat de către operatorul economic ..., conform fișelor tehnice de la paginile 41-53 din răspunsul la solicitarea de clarificare, este identic cu produsul ofertat de către operatorul economic ... conform fișelor tehnice de la paginile 17-20.

Pentru lotul 9 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm), cerințele C13-C14 sunt îndeplinite, produsele oferțate de către operatorul economic ..., conform fișelor tehnice de la paginile 41-53 din răspunsul la solicitarea de clarificare, sunt identice cu produsele oferțate de către operatorul economic ... conform fișelor tehnice de la paginile 17-20.

Pentru lotul 10 (Instrumente de sutură mecanică 61 mm), cerințele C3-C4 sunt îndeplinite, produsele oferțate de către operatorul economic ..., conform paginilor 41- 53 din răspunsul la solicitarea de clarificare, sunt identice cu produsele oferțate de către operatorul economic ... conform fișelor tehnice de la paginile 17-20.

Pentru lotul 11 (Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agrațare 81 mm), cerințele C3-C4 sunt îndeplinite, produsele oferțate de către operatorul economic ..., conform fișelor tehnice de la paginile 41-53 din răspunsul la solicitarea de clarificare, sunt identice cu produsele oferțate de către operatorul economic ... conform fișelor tehnice de la paginile 17-20.

Autoritatea contractantă menționează că toate produsele oferțate de către operatorul economic ... sunt identice cu produsele oferțate de către operatorul economic ..., lucru care reiese foarte clar din toate documentele depuse în cadrul propunerilor tehnice.

Se arată că propunerile tehnice oferțate la procedură sunt parte a acordului cadru/contractului încheiat cu operatorii economici câștigători, astfel, conform art. 147 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, *„în cazul în care, pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini”*, astfel doar la livrare se poate constata „neconformitatea” produselor din punct de vedere tehnic, mostrele și orice alt document nefiind parte a propunerii tehnice, deci nici a procesului de evaluare.

Față de cele menționate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că sunt respectate prevederile din Secțiunea a 10-a „Procesul de verificare și evaluare” din H.G. nr. 395/2016, precum și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și consideră că nu sunt necesare măsuri de remediere.

Prin adresa nr. HP 573/09.10.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 40323/09.10.2019, ... a transmis „Note/Concluzii scrise” în urma studierii dosarului la Consiliu, în care precizează următoarele:

Deoarece documentația nu a fost contestată de niciun operator economic, aceasta și-a consolidat forța obligatorie, motiv pentru care rezultă că toți ofertanții și-au asumat respectarea cu strictețe a cerințelor și prevederilor acesteia la momentul depunerii ofertei.

Contestatorul precizează că, din studierea dosarului constiuit de C.N.S.C. precum și de autoritatea contractantă și din Punctul de vedere al

autorității contractate nr. A2 5619 din 01.10.2019, a constatat aceleași aspecte menționate și în contestație, astfel:

Se arată că ofertantul ... nu a declarat subcontractanții și/sau terții susținători, deși din documentele depuse rezultă fără echivoc existența acestora.

Astfel, din Declarația privind evitarea conflictului de interese, în care ofertantul declară pe propria răspundere că el sau unul dintre terții susținători, ori subcontractanții propuși, nu se află în situații privind conflictul de interese sub sancțiunea falsului în declarații, se prezumă faptul că ofertantul ... cunoaște identitatea subcontractanților/terților susținători, aceasta fiind o condiție obligatorie pentru a declara în numele acestora inexistența conflictului de interese.

De asemenea, în Răspunsul la punctul 4 din Solicitarea de clarificare nr. A2 4616/09.08.2019, răspuns în ceea ce privește calitatea operatorului economic ... de a distribui/ furniza produsele producătorului ... - „Trocăr fără valvă”, „Tubulatură conectare trocar”, ofertantul ... menționează că „[...] subscrisa nu este distribuitor autorizat al produselor ...”.

Contestatorul învederează că, din aceste două documente rezultă că, atâta timp cât ofertantul ... nu este distribuitor autorizat al produselor ..., dar a prezentat o declarație privind terții susținători ori subcontractanții, ofertantul a apelat la un alt furnizor/distribuitor autorizat (un subcontractant/terț susținător, nedeclarat în DUAЕ) pentru a putea asigura depunerea documentației pentru produsele „Trocăr fără valvă”, „Tubulatură conectare trocar”- producător ... și pentru a „dovedi” capacitatea sa de a furniza produsele pentru care nu este distribuitor autorizat. Or, chiar dacă această posibilitate este prevăzută în legislația achizițiilor publice, ofertantul avea obligația să declare subcontractantul sau terțul susținător în propriul DUAЕ, precum și documentele suplimentare pentru aceștia.

Contestatorul invocă Decizia C.N.S.C. nr. 2460/C2/4250 din 28.12.2017 și precizează că oferta ... (pentru produsele ...) este mai curând o ofertă cu subcontractanți nedeclarați.

Contestatorul consideră că, la momentul primirii Răspunsului la punctul 4 din Solicitarea de clarificare nr. A2 4616/09.08.2019, autoritatea contractantă avea obligația solicitării unor clarificări suplimentare ori avea obligația declarării inacceptabilă a ofertei ... întrucât „[...] *clarificările/completările transmise nu sunt concludente*”.

Se arată că, deoarece ofertantul ... nu este distribuitor autorizat al produselor ..., este evident că nu este nici autorizat să comercializeze aceste produse, respectiv în Avizul de Funcționare nu se regăsește producătorul ..., producătorul dispozitivelor medicale care fac obiectul achiziției.

Contestatorul precizează că, într-adevăr, în cadrul Documentației de Atribuire nu s-a solicitat prezentarea Avizului de funcționare însă, pe de altă parte, obligația privind deținerea Avizului de funcționare cu Anexa în care se regăsește producătorul dispozitivelor medicale ofertate este o

obligatie care rezultă din prevederile legislației în vigoare, condiție necesar a fi îndeplinită indiferent dacă sunt solicitate sau nu documente justificative în Documentația de Atribuire.

Se invocă informațiile din documentul „Clarificări privind documentele depuse de furnizorii de dispozitive medicale la licitații” - pagina 2, care se regăsesc pe site-ul ANMDM <https://www.anm.ro>, respectiv: furnizorul trebuie să dețină Aviz de funcționare emis de ANMDM în conformitate cu Legea 95/2006 republicată, cu modificările și completările ulterioare și OMS 1008/2016 pentru tipurile de activități prestate în domeniul dispozitivelor medicale (potrivit Art. 926 (1) din Legea 95/2006 - după caz), aviz în care trebuie să se regăsească producătorul dispozitivelor medicale care fac obiectul achiziției.

... precizează că a prezentat, în cadrul contestației, riscurile privind dispozitivele medicale distribuite de furnizorii/ distribuitorii neautorizați de către producător și, pe de altă parte, înțelege că ofertantul a apelat la un subcontractant, însă acesta trebuia declarat de la început în DUAЕ. Se arată că ofertantul ... a prezentat documentul DUAЕ, fără nicio mențiune cu privire la subcontractanții/terții susținători, contrar prevederilor imperative din legislația achizițiilor publice – Legea nr. 98/2016. Mai mult, nu a prezentat niciun document sau declarație DUAЕ, separat pentru aceștia, motiv pentru care oferta sa trebuie să fie declarată inacceptabilă, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și prevederile ulterioare și art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b) și lit. k) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatorul invocă prevederile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 și precizează că, ținând cont de Declarația privind evitarea conflictului de interese, în care ofertantul declară pe propria răspundere, sub sancțiunea falsului în declarații, ca el – ... sau unul dintre terții susținători ori subcontractanții propuși nu se află în situații prevăzute la art. 59-60 din Legea nr. 98/2016, completarea unui/unor declarații DUAЕ, separat, era obligatorie atât pentru ofertant, cât și pentru terț și subcontractant, obligație care rezultă din legislația achizițiilor publice, Legea nr. 98/2016, art. 193 alin. (2) și alin. (3), cât și din propria Documentație de atribuire a autorității contractante -Secțiunea II – Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți, pagina 2 și pagina 6. Cu toate acestea, din documentele depuse de ofertant s-a constatat că acesta a „omis” să declare subcontractanții/terții susținători în DUAЕ și a prezentat Declarație pe propria răspundere „privind angajamentul ofertantului de a nu subcontracta furnizarea produselor ulterior emiterii comenzii de livrare fără acceptul autorității contractante care nu au fost nominalizați ca fiind subcontractanți de specialitate în cadrul ofertei în alte condiții decât cele prevăzute la art. 219 din Legea 98/2016 coroborate cu cele ale art. 151 din Anexa la H.G. 395/2016.

Contestatorul consideră relevantă decizia C.N.S.C. nr. 3460/C2/4250 din 28.12.2017, respectiv speța similară în care autoritatea contractantă a respins oferta unui operator economic care nu a declarat subcontractantul

în documentul DUAЕ și nici nu a prezentat documentele obligatorii, decizie contestată de operatorul economic și respinsă de C.N.S.C.

De asemenea, ... consideră ca fiind relevantă și decizia civilă nr. 3938 din 13 octombrie 2017 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Se arată că, din perspectiva principiilor care stau la baza legislației achizițiilor publice – art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, acceptarea unei astfel de oferte ținând cont de toate informațiile conținute în oferta ..., conduce la încălcarea principiului tratamentului egal.

Contestatorul subliniază că propunerea tehnică depusă de către ... nu cuprinde documente suport/ doveditoare pentru toate specificațiile tehnice solicitate prin Caietul de Sarcini. În Punctul de vedere, autoritatea contractantă menționează că „propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv”, conform art. 133 alin. (2) din H.G. 395/2016, or propunerea tehnică a ofertantului ... nu poate asigura corespondența pentru toate cerințele minime solicitate.

Se precizează că, din prima pagină a Răspunsului nr. 30 din 14.08.2019 la solicitarea autorității contractante nr. A2 4616/09.08.2019, răspuns înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. A2 4724 din 19.08.2019, se constată că autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa A2 4616 din 09.08.2019, pct. 1 „*numerotarea cu nr. lotului corespunzător caietului de sarcini toate fișele de catalog, descrierile și fotografiile*”, iar ofertantul a menționat: „*Având în vedere că sunt produse care se regăsesc în mai multe loturi și pentru a se putea face verificarea din partea autorității contractante cât mai ușor posibil, vă prezentăm documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor cuprinse în caietul de sarcini numerotate și cu indicarea clară a numărului paginii unde se regăsește fiecare componentă a lotului.*”, rezultând că ofertantul a enunțat doar denumirea fiecărui produs din componența lotului, nu și specificația detaliată așa cum apare în specificațiile Caietului de sarcini.

Contestatorul reiterează neconformitățile ofertei pe fiecare lot în parte, astfel cum a reținut în cuprinsul contestației și arată că, așa cum menționează autoritatea contractantă în Punctul de vedere, toate produsele oferite de către operatorul economic ... sunt identice cu produsele oferite de către operatorul ..., lucru care reiese foarte clar din toate documentele depuse în cadrul propunerilor tehnice. Pe de altă parte, chiar dacă produsele sunt identice, autoritatea contractantă are obligația de a evalua și verifica conformitatea fiecărei oferte cu prevederile propriei Documentații de Atribuire.

Contestatorul invocă Decizia C.N.S.C. nr. 1558/C4/1558 și consideră că autoritatea contractată avea/are obligația de a desemna oferta ... pentru loturile 8, 9, 10, 11 inacceptabilă și neconformă, iar oferta trebuie/trebuia respinsă având în vedere prevederile art. 215 alin. (4) și alin. (5) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare și art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b) și lit. k), art. 137 alin. (3) lit. a) din

H.G. 395/2016 actualizată, întrucât oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare, respectiv nu a declarat subcontractanții/terții susținători în DUAЕ, nu a prezentat un DUAЕ separat pentru aceștia și nici nu a prezentat Angajament al Terțului Susținător/ Acordul de subcontractare, clarificările/completările transmise nu sunt concludente, iar oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, aspect care rezultă atât din Propunerea Tehnică depusă, din Răspunsul nr. 30 din 14.08.2019, cât și din documentele atașate la acestea.

Urmare celor antemenționate, ... solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă toate prevederile legale la care a făcut referire în conținutul contestației, prevederile legislației achizițiilor publice incidente, Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, H.G. nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Materiale sanitare pentru instrumente de sutură mecanică necesare în secțiile de chirurgie”, cod CPV 33169000-2 – Instrumente chirurgicale (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr.

Achizitoarea a decis divizarea obiectului de furnizare supus procedurii de atribuire pe loturi, fiind identificate 12 loturi.

Potrivit anunțului de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru de achiziție publică de furnizare este de 43.212.963,43 lei, fără T.V.A.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„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 prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...).”*

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea societății contestatoare de studiere a dosarului cauzei, aceasta deplasându-se la Consiliu și formulând concluzii scrise cu actul nr. 573/09.10.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 40323/09.10.2019.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul are în vedere că acestea vizează rezultatul procedurii de atribuire, fiind aduse critici referitoare la oferta desemnată câștigătoare, depusă de ... Se are în vedere că oferta depusă de ... pentru Loturile 9, 9, 10 și 11 criticate s-a clasat pe locul al doilea.

Astfel sunt criticate următoarele aspecte:

- subcontractantii si/sau tertii susținători nu au fost declarați de către ofertantul ...;

- *ofertantul ... nu este distribuitor autorizat al produselor „Trocara fara valva”, „Tubulatura conectare trocar”;*

- *propunerea tehnică depusă de către ... nu cuprinde documente suport/doveditoare pentru specificațiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini pentru Lotul 8- Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm, pentru Lotul 9 - Instrumente de sutura mecanica pentru chirurgia deschisă 60 mm, pentru Lotul 10 - Instrumente de sutură mecanică 61 mm și pentru Lotul 11-Instrumente de sutură mecanică 61 mm.*

Referitor la primul motiv reclamat de autoarea contestației, Consiliul constată că argumentul decisiv adus în fundamentarea criticii se bazează pe faptul că prin *„omiterea” si nedeclararea subcontractanților/terțiilor sustinatori, ofertantul a dus in eroare autoritatea contractanta si s-a sustras de la obligativitatea prezentării documentului DUAЕ separat pentru subcontractant/tert susținător, precum si a documentelor privind inexistenta condițiilor de excludere.*

S-a adăugat că ofertantul ... a depus *Declarație privind neincadrarea in prevederile art 59-60, privind conflictul de interese in care a mentionat ca el („ofertantul ...”), subcontractantii si /sau tertii sustinatori nu se incadreaza in prevederile mentionate la art 59-60 din Legea 98/2016.* Iar din documentele depuse autoarea contestației susține că a constatat însa ca ... nu a declarat subcontractantii si/sau tertii sustinatori si nici nu a prezentat nici un document DUAЕ separat pentru aceștia.

În replică la cele reclamate de ..., achizitoarea menționează că operatorul economic ... nu a declarat nici un subcontractant, a completat Declarația DUAЕ in conformitate cu cerințele din fisa de date, precum si declarația de neincadrare in art. 59-60 din Legea 98/2016 cu modificările si completările ulterioare este depusă în mod corespunzător.

Trecând la analiza celor mai sus reclamate se are în vedere că ... a participat la prezenta procedură de atribuire în nume propriu cu ofertă individuală, astfel cum rezultă din înscrisurile regăsite în dosarul cauzei, respectiv în cadrul DUAЕ-ului, ... a menționat în cadrul Secțiunii A: informații privind operatorul economic, la pct. *”Operatorul economic*

participă la procedura de achiziție publică împreună cu alții?: NU” și în cadrul secțiunii C-Informații privind utilizarea capacității altor entități: NU.

Este adevărat că în cadrul *Declarației privind neincadrarea în prevederile art 59-60, privind conflictul de interese* ofertantul ... în care a menționat: *”Eu sau unul dintre terții susținători sau subcontractanți propuși”*, însă acest aspect nu conduce la ipoteza că ... are subcontractanți/terți susținători, atâta vreme cât niciunde nu a declarat subcontractanții și/sau terți susținători și a specificat calitatea sa de ofertant unic în cadrul DUAЕ-ului depus.

Așadar nefiind nominalizați nici subcontractanți și nici terți susținători cele reclamate de ... nu sunt întemeiate sub aspectul pretensei neîndepliniri de către ... a cerințelor impuse prin documentația de atribuire vizavi de terții susținători și subcontractanții.

Mai mult, în cadrul propunerii tehnice depuse de ... se regăsește *Declarația pe proprie răspundere privind angajamentul ofertantului de a nu subcontracta furnizarea produselor* potrivit căreia ... se angajează să nu subcontracteze furnizarea produselor ulterior emiterii comenzii de livrare fără acceptul autorității/entității contractante sau care nu au fost nominalizați ca fiind subcontractanții de specialitate în cadrul ofertei (..)”

Referitor la cel de-al doilea aspect reclamat se are în vedere că ... reclamă că ofertantul ... nu este distribuitor autorizat al produselor „Trocar fara valva”, „Tubulatura conectare trocar”, aspect care conduce la următoarele aspecte identificate de contestatoare:

- constatand că ofertantul nu este distribuitor autorizat al produselor ofertate („Trocar fara valva”, „Tubulatura conectare trocar”), prin urmare nu este nici avizat de Ministerul Sanatatii pentru activitatea de distributie a produselor ..., astfel este sub semnul întrebării cum a avut capacitatea de a obține documentația tehnică a dispozitivelor medicale și certificatele de calitate CE pentru produsele ofertate dacă nu prin intermediul unei terțe parti, despre care evident are cunoștința și care trebuia declarat;

- dispozitivele medicale provenind din astfel de surse neautorizate sau nedeclarate de la distribuitori neautorizați sunt dispozitive care nu provin din lanțul normal de aprovizionare, putând proveni din loturi retrase de producător, fara ca acest lucru sa fie cunoscut de furnizorul neautorizat care nu ii poate anunța despre eventualele acțiuni corective sau retrageri au potențiale efecte grave asupra pacienților.

Pe parcursul derulării procesului de evaluare se are în vedere că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ... cu actul nr. A2 4616 din 09.08.2019 clarificarea următorului aspect:

”In conformitate cu prevederile art. 134 alin (1) din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare privind atribuirea contractelor de achiziție publică, membrii comisiei de evaluare a ofertelor primite în cadrul procedurii „LICITAȚIE DESCHISĂ” din data de 05.08.2019, ;... nr ... din data de 29.06,2019, consideră necesare clarificări cu privire la oferta tehnică prezentată de societatea dumneavoastră

In urma analizării și verificării propunerii tehnice depuse pentru loturile nr. 8,9,10,11, membrii comisiei de evaluare vă solicită:

- sa traduceți in limba romana si sa numerotati cu nr. lotului, corespunzător caietului de sarcini toate fiselor de catalog, descrierile si fotografiile ;

- să prezentați "Angajamentul ofertantului: de a nu subcontracta furnizarea produselor ulterior emiterii comenzii de către autoritatea contractanta" așa cum este specificat în cadrul procedurii "Instrucțiuni pentru ofertanți instrumente sutură " - pct 3 Instrucțiuni privind oferta- A. Modul de prezentare a propunerii tehnice.

- sa prezentati documente suport privind produsele oferate așa cum este specificat în cadrul "Instrucțiuni pentru ofertanți instrumente sutură" - pct 3 Instrucțiuni privind oferta- A. Modul de prezentare a propunerii tehnice: certificat CE care să conțină și domeniul de aplicare, declarație privind respectarea obligațiilor referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii, informații referitoare la producător.

- sa prezentati documente suport privind produsele ... oferate așa cum este specificat în cadrul "Instrucțiuni pentru ofertanți instrumente sutură" - pct 3 Instrucțiuni privind oferta- A. Modul de prezentare a propunerii tehnice: scrisoare de autorizare emisă de către producătorul "... prin care să fie atestat faptul că firma dumneavoastră se află pe lista distribuitorilor autorizați pentru produsele ..., document care să conțină detalii despre producător, deoarece in cadrul Propunerii tehnice, pentru îndeplinirea cerințelor: „Trocara fără valvă”, „Tubulatură conectare la trocar”, sunt depuse pagini de Catalog/Broșură cu marcajul producătorului ”....

Răspunsul dvs. va fi transmis în SEAP semnat cu semnătură electronică extinsă până cel mai târziu la data de 14. 08.2019.”

La solicitarea de clarificare transmisa de autoritatea contractanta nr A2 4616 din 09.08.2019 referitoare la calitatea operatorului economic ... de a distribui produsele „Trocara fara valva”, „Tubulatura conectare trocar”, ofertantul menționeaza prin răspunsul la punctul 4 din solicitare următoarele:

“Răspuns pct. 4 din Solicitarea de clarificare nr. A24616/09.08.2019

În procedura de achiziție publică "LICITAȚIE DESCHISĂ Materiale sanitare pentru instrumente sutură mecanică necesare în secțiile de chirurgie" organizată in data de 05.08.2019 - anunț de participare nr. ...

Prin solicitarea de clarificare nr. A24616/09.08.2019 ni s-a pus în vedere să prezentăm documente suport privind produsele ... așa cum este specificat în "Instrucțiuni pentru ofertanți instrumente sutură " - pct. 3 Instrumente privind oferta - A Modul de prezentare a propunerii tehnice: scrisoare de autorizare emisă de către producătorul ... prin care să fie atestat faptul că subscrisa se află pe lista distribuitorilor autorizați pentru produsele ..., document care să conțină detalii despre producător, deoarece în cadrul propunerii tehnice, pentru îndeplinirea cerințelor:

"Trocar fără valvă", "Tubulatură conectare la trocar", sunt depuse pagini de Catalog/Broșură cu marcajul producătorului

Apreciem că prin solicitarea de clarificare ni se solicita îndeplinirea unor condiții noi, respectiv dovedirea calitatii de distribuitor autorizat al produselor oferite, condiție care nu a fost cuprinsă în documentația de atribuire și prin urmare subscrisa nu este obligată să dovedească îndeplinirea unor condiții suplimentare, necunoscute la momentul depunerii ofertei tehnice. Vă ducem la cunoștință că nu suntem în măsură să punem la dispoziție scrisoarea de autorizare solicitată întrucât subscrisa nu este distribuitor autorizat al produselor Totuși, vă solicităm să aveți în vedere că această cerință nu este cuprinsă în documentația de atribuire, prin urmare lipsa autorizației de distribuitor pentru produsele oferite nu poate duce la respingerea ofertei noastre.

În conformitate cu art. 72 din Legea nr. 98/2016 "Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile art. 193-197, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă". Prin urmare, la redactarea ofertei operatorul economic este ținut să respecte o serie de reguli care au fost anterior comunicate tuturor candidaților/ofertanților prin intermediul documentației de atribuire.

Astfel, stabilirea unor reguli/cerințe/criterii identice pentru toți ofertanții, încă de la publicarea anunțului de participare, este în concordanță cu scopul instituit de legislația în materia achizițiilor publice, și anume concurența între operatorii economici și are drept principiu tratamentul egal între aceștia, modalitatea în care poate fi realizat acest lucru fiind evaluarea ofertelor prin raportare la aceeași documentație de atribuire, pentru ca aceste oferte să poată fi comparate și pentru ca autoritatea contractantă să atribuiască contractul de achiziție publică celui ofertant care a prezentat cea mai avantajoasă ofertă.

Potrivit art. 3 alin. (1) pct. 26.z) din Legea nr. 98/2016 prin documentația de atribuire se înțelege "documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, . informațiile privind obligațiile generale aplicabile".

Totodată în conformitate cu art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 "Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire Potrivit alin. (1) al aceluiași articol documentația de atribuire este alcătuită din: "a) DUA și instrucțiunile către ofertanți/candidați; b)

caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urma fiind aplicabil in cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare; c) proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii; d) formulare si modele de documente".

Așadar, nu orice document întocmit in cursul procedurii de achiziție publica face parte din documentația de atribuire, ci art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 indica expres si limitativ documentele care o alcatuiesc, solicitările de clarificări neregasindu-se prin rândurile acestora. Pe cale de consecință prin solicitarea de clarificare nr. A24352/26.07.2019 nu pot fi impuse condiții suplimentare de calificare și selecție, cum este cea privind dovedirea calitatii de distribuitor autorizat pentru produsele oferate.

In ceea ce privește în Instrucțiunile pentru candidați/ofertanți - pct. 3 Instrumente privind oferta — A Modul de prezentare a propunerii tehnice la care faceți trimitere în cuprinsul solicitării de clarificare, din cuprinsul acestora rezultă că ofertanții trebuie sa cuprindă în ofertele lor descrierea produselor astfel cum sunt identificate în caietul de sarcini - tabel 4.1: informații referitoare la producător (inclusive datele de contact ale acestuia) (...), pe care le vi ie comunicăm în continuare, în conformitate cu solicitarea dvs.:

....

în ceea ce privește autorizarea în calitate de distribuitor a ofertanților pentru produsele oferate, documentul denumit Instrucțiunile pentru candidați/ofertanți, nu conține nicio mențiune, cu atât mai puțin vreo condiție obligatorie. Așadar, având în vedere că la inițierea procedurii de achiziție ați apreciat ca nu se impune deovertura calității de distribuitor oficial al produselor oferate în atribuirii "Acodrului cadru furnizare MATERIALE SANITARE PENTRU INSTRUMENTE SUTURA MECANICA NECESARE rN SECȚIILE DE CHIRURGIE" la acest moment al desfășurării procedurii nu mai puteți impune această condiție.

Mai mult potrivit art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 "Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise." Ceea ce înseamnă că și situația în care în cuprinsul Instrucțiunilor pentru candidați/ofertanți s-ar fi regăsit cerința privind calitate de distribuitor oficial al produselor oferate, lipsa acestui criteriu din cuprinsul Fisei de date, nu ar da dreptul comisiei de evaluare să ne respingă oferta pe acest motiv.

Apreciem că raportat la criteriile publicate la inițierea procedurii am demonstrat în oferta noastră prin mijloace adecvate, că oferta noastră satisface cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Va mulțumim!"

Raționamentul conturat de societatea contestatoare potrivit căruia "(...) oferta ... (pentru produsele ...) este mai curând o oferta cu subcontractanți nedeclarați, „[...] Conform Codului Civil, art 1769 [...]. Exista subcontractare ori de cate ori produsul sau serviciul care face

obiectul contractului de furnizare este în fapt furnizat în tot sau în parte de către un tert. Mai mult, faptul ca ofertantul a apelat la un subcontractant (nedeclarat însa DUAE), reprezintă răspunsul la o serie de întrebări rezultate din simpla declarația a ofertantului ... „[...] subscrisa nu este distribuitor autorizat al produselor ...” (...)” nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare prin raportare la cerințele prevăzute de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Este important de reținut referințele achizitoarei vizavi de producătorul produselor oferite de operatorii economici astfel în cadrul Secțiunii II - *Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți*, la pct. 3 - *INSTRUCȚIUNI PRIVIND OFERTA A. Modul de prezentare a propunerii tehnice, respectiv:*

”Se recomandă ca propunerea tehnică să cuprindă secțiunile din structura caietului de sarcini, după cum urmează:

”1) Descrierea produselor astfel cum sunt identificate în caietul de sarcini - tabel pct. 4.1

-informații referitoare la producător (inclusiv datele de contact ale acestuia);

-specificatiile/cerințele funcționale propuse (inclusiv cele extinse);

-deviații de la specificațiile tehnice / cerințele funcționale extinse solicitate și impactul acestora asupra îndeplinirii contractului; (...)”

În fișa de date, în cadrul secțiunii referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice sau menționat următoarele:

”IV.4 Prezentarea ofertei

IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice

Propunerea tehnica va fi întocmită în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini, acestea fiind considerate minime și obligatorii. În situația nerespectării acestor cerințe și condiții este considerată neconformă. Ofertantul are obligația de a face dovada conformității produselor oferite cu specificațiile tehnice, anexate la caietul de sarcini, prin completarea formularului din Anexa „Formulare”. Ofertantul va prezenta în propunerea tehnică o situație tabelară unde va detalia/inscrie, punct cu punct modalitatea de îndeplinire a cerinței autorității contractante din caietul de sarcini /specificatia tehnica. Ofertantul care nu introduce propunerea tehnică în sistem, nu poate fi analizat din punct de vedere tehnic și va fi exclus. Documentele se vor depune în S.E.A.P. semnate, stampilate și cu semnatura electronică extinsă ,conform art. 60 alin. (4) din HG nr.395/2016. Fișele tehnice ,descrierile vor fi traduse în limba română și vor fi numerotate cu numărul lotului corespunzător caietului de sarcini.

Din examinarea răspunsului furnizat de ... Consiliu reține că acesta a transmis datele solicitate și necesare achizitoarei, în concordanță cu cerințele documentației, mai sus amintite, respectiv:

”Denumire - ...”

Dacă autoarea contestației aprecia că se impune completarea cerinței menționate de autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini,

respectiv faptul că se impunea din partea furnizorilor a unei scrisori de autorizare din partea producătorului și că se impunea prezentarea *Avizului de Funcționare* (*"Intr-adevar, in cadrul Documentației de Atribuire nu s-a solicitat prezentarea Avizului de Funcționare. Pe de alta parte, obligația privind deținerea Avizului de funcționare cu Anexa in care se regaseste producătorul dispozivelor medicale ofertate este o obligație care rezulta din prevederilor legislației in vigoare, condiție necesar a fi indeplinita indiferent daca sunt solicitate sau nu (...)"*), cum astfel apreciază în cadrul contestației și concluziilor scrise formulate, nimic nu o împiedica pe aceasta să clarifice cu achizitoarea acest aspect, anterior depunerii ofertelor, să afle astfel poziția autorității contractante vizavi de modul propriu de interpretare a celor precizate, asupra înțeleșului cerinței din cadrul caietului de sarcini, mai sus amintită. Ori în lipsa unui astfel de demers nu i se poate reproșa achizitoarei că a evaluat oferta depusă de ... în conformitate cu cerințele menționate în cadrul caietului de sarcini, cerințe despre care au luat la cunoștință toți operatorii economici interesați de procedura în cauză.

Este de reținut că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

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

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de

încălcarea a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Ceea este important de reținut în speța analizată este că solicitarea achizitoarei a fost "*-informații referitoare la producător (inclusiv datele de contact ale acestuia)*" contrar celor susținute de autoarea contestației, respectiv autorizarea ofertantului ... *în calitate de distribuitor a ofertanților pentru produsele oferite de către producătorul*

Așadar pentru achizitoarea în speța de față este relevant ca ofertanții să ofere informații referitoare la producătorul produselor furnizate, inclusiv datele de contact ale acestuia.

Împrejurarea că ... a prezentat în cadrul propunerii tehnice depuse *Scrisoarea de autorizare/02.08.2019* prin care ... autorizează pe ... să vândă produsele ..., nu conduce la evaluarea ofertelor depuse la prezenta procedură în raport de acest înscris, atâta vreme cât respectivul document nu a fost solicitat în cadrul documentației de atribuire și nu se regăsește în cadrul cerințelor menționate în cadrul caietului de sarcini.

Astfel solicitarea de către comisia de evaluare a unui document care nu a fost solicitat în vederea îndeplinirii cerinței de calificare în discuție nu ar fi întemeiată, raportat la prevederile documentației de atribuire, și ar echivala cu evaluarea ofertei în baza unui document care nu a fost solicitat. Astfel, în acord atât cu dispozițiile legale în domeniul achizițiilor,

cât și cu cele ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă trebuia să analizeze conformitatea ofertelor prezentate raportat numai la cerințele documentației și să le evalueze exclusiv pe baza cerințelor prevăzute în documentația de atribuire, și nu să introducă elemente noi de apreciere, care nu au fost cunoscute ofertanților și care nu le pot fi opozabile.

În raport de cele mai sus reținute critica ... vizavi de necesitatea autorizării în calitate de distribuitor a ofertanților pentru produsele oferite, este neîntemeiată urmând a fi respinsă de Consiliu.

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite în documentațiile de atribuire, relevante fiind următoarele:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datorii, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Așadar pentru achiziitoare în speța de față este relevant ca ofertanții să ofere informații referitoare la producătorul produselor furnizate, inclusiv datele de contact ale acestuia.

În considerarea celor antemenționate sunt relevant de reținut cele precizate de ... în cadrul răspunsului furnizat, respectiv:

"Apreciam că prin solicitarea de clarificare ni se solicita îndeplinirea unor condiții noi, respectiv dovedirea calitatii de distribuitor autorizat al produselor ofertate, condiție care nu a fost cuprinsă în documentația de atribuire și prin urmare subscrisa nu este obligată să dovedească îndeplinirea unor condiții suplimentare, necunoscute la momentul depunerii ofertei tehnice. Vă ducem la cunoștința ca nu suntem în măsura să punem la dispoziție scrisoarea de autorizare solicitată întrucât subscrisa nu este distribuitor autorizat al produselor Totuși, vă solicităm să aveți în vedere că această cerință nu este cuprinsă în documentația de atribuire, prin urmare lipsa autorizației de distribuitor pentru produsele ofertate nu poate duce la respingerea ofertei noastre.

În conformitate cu art. 72 din Legea nr. 98/2016 "Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile art. 193-197, după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă". Prin urmare, la redactarea ofertei operatorul economic este ținut să respecte o serie de reguli care au fost anterior comunicate tuturor candidaților/ofertanților prin intermediul documentației de atribuire.

Astfel, stabilirea unor reguli/cerințe/criterii identice pentru toți ofertanții, încă de la publicarea anunțului de participare, este în concordanță cu scopul instituit de legislația în materia achizițiilor publice, și anume concurența între operatorii economici și are drept principiu tratamentul egal între aceștia, modalitatea în care poate fi realizat acest lucru fiind evaluarea ofertelor prin raportare la aceeași documentație de atribuire, pentru ca aceste oferte să poată fi comparate și pentru ca autoritatea contractantă să atribuiască contractul de achiziție publică celui ofertant care a prezentat cea mai avantajoasă ofertă."

Mai mult, cu titlu de exemplu se are în vedere că Ordinul nr. 509/2011 din 14 septembrie 2011 emis de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice - ANRMAP privind formularea criteriilor de calificare și selecție sancționează astfel de prevederi în cadrul documentației de atribuire cu eliminarea acesteia, considerând că fiind restrictivă solicitarea ca operatorii economici să dețină autorizări de livrare de la producătorul sau distribuitorul produselor comercializate.

Se are în vedere că în legislația în domeniul achizițiilor publice, cu titlu jurisprudențial, este cunoscut faptul că, prin solicitarea unui document de autorizare a operatorului economic de către firma producătoare /reprezentantă, autoritatea contractantă încalcă dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cerința prezentării autorizației de la producător îngreunează accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor

antementionate. Este limpede că nu ra putea intra în competiție un operator economic oricât de capabil ar fi, dacă producătorul nu dorește să îi elibereze respectiv autorizare.

Prin Ordinul Președintelui Concurenței nr. 131.2006 s-a stabilit că *"autorizarea pentru livrarea produselor este un instrument la îndemîna producătorului care, în funcție de propriile interese, saiu în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege să fie acordată autorizarea numai unuia dintre distribuitori, discriminîndu-i astfel pe ceilalți, fie o poate acorda tuturor ditribuitorilor, autorizîndu-i să oferteze loturi diferite de produse. Ambele situații sunt de natură a elimina concurența între distribuitori."*

Prin introducerea cerinței de autorizare practic se acordă producătorului, distribuitorului sau terțului a cărui certificare se cere, în mod gratuit și fără suport legal, acesta neavînd calitate în procedura de achiziție, capacitatea de a decide în mod arbitrat dacă un agent economic se califică sau nu într-o procedură de achiziție publică.

Instanțele judecătorești acționează în direcția amintită, relevante fiind Deciziile civile nr. 636/21.03.2011, nr. 1546/07.07.2011 și 3425/15.11.2011 ale Curții de Apel București.

În raport de cele mai sus reținute, se constată netemeinicia criticii formulate de ... referitoare la faptul că ofertantul ... nu este distribuitor autorizat al produselor „Trocara fara valva", „Tubulatura conectare trocar".

Referitor la cel de-al treilea motiv reclamat de ... vizavi de ... se are în vedere că acesta vizează aspecte legate de faptul că *"propunerea tehnică depusă de către ... nu cuprinde documente suport/doveditoare pentru specificațiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini pentru Lotul 8-Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm, pentru Lotul 9 - Instrumente de sutura mecanica pentru chirurgia deschisă 60 mm, pentru Lotul 10 - Instrumente de sutură mecanică 61 mm și pentru Lotul 11-Instrumente de sutură mecanică 61 mm"*.

... a depus în cadrul propunerii tehnice (filele 109-134 din DAP) tabelul solicitat de achizitoare referitor la modalitatea de indeplinire a cerintelor autoritatii contractante din caietul de sarcini /specificatiile tehnice, unde la fiecare produs solicitat a fi descrisă specificația tehnică aferentă a prezentat corespondența cu pliantul/broșura producătorului, cu identificarea filelor aferente.

Se are în vedere că achizitoarea a solicitat ... cu actul mai sus amintit nr. A2 4616 din 09.08.2019 la primul punct următoarele:

"- sa traduceți in limba romana si sa numerotati cu nr. lotului, corespunzător caietului de sarcini toate fiselor de catalog, descrierile si fotografiile (...)."

La solicitarea de clarificare transmisă de autoritatea contractantă nr A2 4616 din 09.08.2019, ... menționează prin răspunsul la punctul 1 din solicitare următoarele:

"Răspuns pct. 1 din Solicitarea de clarificare nr. A24616/09.08.2019

Prin solicitarea de clarificare nr. A24616/09.08.2019 -pct.I ni s-a pus în vedere să traducem în limba română și să numerotăm cu nr lotului corespunzător caietului de sarcini toate fisele de catalog , descrierile și fotografiile :

Având în vedere că sunt produse care se regăsesc în mai multe loturi și pentru a se putea face verificarea din partea autorității contractante cât mai ușor posibil, va prezentăm documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor cuprinse în caietul de sarcini numerotate și cu indicarea clară a numărului paginii unde se regăsește fiecare componentă a lotului. De asemenea am prezentat și codurile produselor pe care le ofertăm , informație care facilitează verificarea rapidă din partea autorității contractante. Pentru documentele care nu sunt în limba română, am prezentat și traducerea autorizată a acestora.

Opis documente prezentate răspuns pct. 1 din Solicitarea de clarificare nr. A24616/09.08.2019

<u>Document</u>	<u>Obs</u>
Situație tabelară a loturilor	Indicarea nr. paginii unde se regăsește fiecare componentă a loturilor
Ifu Cutter & cartuș Echelon - lot 8 & 9	pg. 1 - 9
Ifu cartuș cu suprafața gripată - lot 8	pg. 10 -19
Ifu cartuș cu suprafața gripată - lot 9	pg. 20 -30
Ifu instrument & cartuș sutura mecanică liniară lot 10 & 11	pg. 31- 40
Broșura ... lot 8 ,9 ,10,11	pg. 41 - 46
Traducere broșura ... lot 8,9 ,10,11	pg. 47 - 52
Dovada traducerii autorizate	pg. 53."

Din examinarea celor furnizate de ... cu ocazia transmiterii răspunsului, Consiliul reține că ofertantul a prezentat următoarele:

- un opis al documentelor prezentate răspuns pct. 1 din solicitarea de clarificare adresată de achizițitor;
- o situație tabelară a produselor oferite cu indicarea clară a numărului paginii unde se regăsește fiecare componentă a lotului;
- pliantele/broșurile și dovada traducerii autorizate pentru produsele oferite.

Nemulțumirea societății contestatoare vizează faptul că ... pentru produsele oferite la Loturile 8, 9 10 și 11 nu face dovada îndeplinirii cerințelor care vizează *tipul de țesut pentru care se folosește dispozitivul* și cerința prin care se solicită explicit ca produsele aferente loturilor amintite să fie „sterile”.

În cazul lotului nr. 8, autoarea contestației reclamă următoarele:

"a) În cadrul cerințelor C4 până la C13 se solicită *tipul de țesut pentru care se folosește dispozitivul*: „ Rezerva pentru instrument de sutura mecanică [...] pentru țesut foarte subțire; țesut subțire/vascular; țesut normal; țesut intermediar; țesut gros" ori din documentația depusă la Propunerea tehnică nu reiese îndeplinirea acestor cerințe.

b) *In cadrul cerințelor C14, C54 se solicita explicit ca produsele sa fie „sterile” ori din documentația depusa la Propunerea tehnica nu reiese indeplinirea acestor cerințe.”*

În replică la cele reclamate achizitoarea menționează cu titlu de exemplu în cazul lotului nr. 8 următoarele:

”pentru lotul 8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm) cerințele C4- C13 sunt indeplinite, (se ofertează instrumentele cu codurile ECR 45M- C4, ECR 45W- C5, ECR 45B- C6, ECR 45D- C7, ECR 45G- C8, pag.4, GST 45W- C9, GST 45B - C10, GST 459-Cil, GST 45G- C12, GST 45T- C13, pag. 12, din răspunsul la solicitarea de clarificare);

(...)

evaluarea tehnică a comisiei autorității contractante în ceea ce privește loturile nr.8 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 45 mm), nr. 9 (Instrumente de sutură mecanică pentru chirurgia deschisă 60 mm), nr.10 (Instrumente de sutură mecanică 61 mm) și nr. 11 (Instrumente de sutură mecanică pentru tăiere și agrafare 81 mm), este în conformitate cu cerințele solicitate prin caietul de sarcini. Precizăm că documentele invocate în contestație, respectiv propunerea tehnică și documentele suport conțin informații care dovedesc că cerințele sunt îndeplinite:

(...)

-cerința C14, pentru care se ofertează produsul cu codul GST45T (conform fișelor tehnice de la paginile 12 si 15) din răspunsul la solicitarea de clarificare) este îndeplinită, lucru evident din documentația depusă de către operatorul economic ...

- cerința C15, produsul oferat de către operatorul economic ..., conform fișelor tehnice de la paginile 41- 53 din răspunsul la solicitarea de clarificare, este identic cu produsul oferat de către operatorul economic ... conform fișelor tehnice de la paginile 17- 20.”

Din examinarea răspunsului furnizat de ..., la paginile indicate de achizitoare se regăsesc următoarele:

- în cadrul cerințelor C4 pana la C13 in cadrul Caietului de sarcini II Specificații tehnice sutura mecanica (Anexa 7, paginile 1-2) se solicita tipul de tesut pentru care se folosește dispozitivul: "Rezerva pentru instrument de sutura mecanica [...] pentru tesut foarte subțire; tesut subțire/vascular; tesut normal; tesut intermediar; tesut gros" ori din documentația depusa la Propunerea tehnica si răspunsul la clarificare nu rezultă. Așa cum a reținut și contestatoarea "oferantul indica in paginile 172 verso-173 din dosarul CNSC, (Anexa 6 din documentația atașata) corespondenta pentru specificațiile tehnice la paginile 4 si 12 (Anexa 8 la prezenta) ori din aceste documente NU rezulta tipul de tesut pentru care se foloseste dispozitivul" în cuprinsul filelor indicate de ..., ca referințe pentru pliantele/broșurile pentru fiecare componentă a lotului, nu se identifică referințe vizavi de tipul de tesut pentru care se foloseste dispozitivul, astfel cum se solicită în cadrul caietului de sarcini.

- la filele 12-15 pentru C14 și 41-53 pentru C15, indicate de achizitoare pentru fișele tehnice menționate de ... în cadrul răspunsului transmis nu rezultă în mod clar îndeplinirea cerinței ca *dispozitivele să fie sterile*. În considerarea celor antemenționate sunt juste mențiunile societății contestatoare potrivit cărora: *"In cadrul cerințelor C14, C15 in documentul Caiet de sarcini II Specificații tehnice sutura mecanica (Anexa 7, pagina 3), se solicita explicit ca produsele sa fie „sterile” ori din Răspunsul la solicitarea autorității contractante, pagina 172 verso din dosarul CNSC, (Anexa 6 la prezenta) rezulta ca ofertantul a ales doar sa prezinte denumirea produselor, respectiv Trocar fara valva si Tubulatura conectare la trocar „omitand” sa menționeze specificațiile tehnice solicitate, indicandu-se doar pagina 46 (Anexa 9 la prezenta) ori la aceasta pagina nu rezulta ca produsele sunt sterile."*

Împrejurarea că toate produsele oferite de către operatorul economic ... sunt identice cu produsele oferite de către operatorul economic ... astfel cum precizează autoritatea contractantă nu este de natură a conduce la îndeplinirea cerințelor solicitate în cadrul documentației de atribuire, fiind de interes în speța de față ca ... prin documentele prezentate să facă dovada îndeplinirii cerințelor solicitate.

În mod similar nu vor fi reținute nici susținerile achizitoarei potrivit cărora *"Propunerile tehnice oferite la procedură sunt parte a acordului cadru/contractului încheiat cu operatorii economici câștigători, astfel conform art.147 alin.(2) din H.G. 395/2016, " în cazul în care, pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini", astfel doar la livrare se poate constata "neconformitatea" produselor din punct de vedere tehnic, mostrele si orice alt document nefiind parte a propunerii tehnice deci nici a procesului de evaluare", cele menționate nefiind de natură a suplini conformitatea produselor oferite în etapa de evaluare a ofertelor, prin raportare la dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 care prevăd printre atribuțiile comisiei de evaluare aceea a verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, coroborate cu cele ale art. 133 alin. (2) din același act normativ care dispun că propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini (...).*

Astfel Consiliul constată că, nefiind precizate la filele indicate de achizitoare referințe clare vizavi de modul de îndeplinire a cerințelor reclamate (respectiv pentru C4-C13 nu se identifică referințe vizavi de tipul de tesut pentru care se folosește dispozitivul, astfel cum se solicită în cadrul caietului de sarcini și nu rezulta ca produsele sunt sterile pentru C14 și C15), rezultă că evaluarea realizată a înregistrat abateri de la cadrul legal, impunându-se continuarea acțiunii de clarificare cu ... a aspectelor reclamate, respectiv în cazul Lotului nr. 8 cum este îndeplinită cerința din caietul de sarcini care prevede *tipul de tesut pentru care se folosește*

dispozitivul în cazul cerințelor C4-C13 și cum este îndeplinită cerința prin care se solicita explicit ca produsele aferente cerințelor C14 și C15 să fie „sterile”.

Raționamentul conturat de Consiliu este incident și cu privire la Lotul nr. 9, la filele indicate de ... și ulterior de achiziitoare neregăsindu-se în mod clar precizate cerințele a căror îndeplinire este reclamată, impunându-se continuarea acțiunii de clarificare cu ... a aspectelor reclamate, respectiv, în cazul Lotului nr. 9 cum este îndeplinită cerința din caietul de sarcini care prevede *tipul de tesut pentru care se folosește dispozitivul* în cazul cerințelor C4-C12 și cum este îndeplinită cerința prin care se solicita explicit ca produsele aferente cerințelor C13 și C14 să fie „sterile”.

În mod similar, cele precizate de Consiliu anterior, sunt incidente și în cazul Loturilor 10 și 11 impunându-se ca și în cazul loturilor precedent analizate continuarea acțiunii de clarificare cu ... a aspectelor reclamate, respectiv cum este îndeplinită cerința C2 din caietul de sarcini, care prevede *tipul de tesut pentru care se folosește dispozitivul* și cum este îndeplinită cerința prin care se solicita explicit ca produsele aferente cerințelor C3 și C4 să fie „sterile”.

Astfel se impune analizarea documentelor depuse de ... în vederea stabilirii îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor reclamate și continuarea acțiunii de clarificare cu ... a aspectelor reclamate.

În atare situație, Consiliul reține că nu se poate substitui în atribuții comisiei de evaluare, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertei depuse de ... prin verificarea de către membrii comisiei de evaluare a cerințelor reclamate în cazul Loturilor 8, 9 10 și 11.

Jurisprudența Consiliului este constantă, în sensul că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele.

În consecință, pentru toate considerentele expuse anterior, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ... și anulează în parte Raportul procedurii de atribuire nr. A₂ 5283/16.09.2019, în secțiunea aferentă Loturilor 8, 9, 10 și 11, actele subsecvente, respectiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii precum și actele care au stat la baza raportului și a actelor subsecvente.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de ... pentru Loturile 8, 9 10 și 11, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul de corespondență în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ... și anulează în parte Raportul procedurii de atribuire nr. A₂ 5283/16.09.2019, în secțiunea aferentă Loturilor 8, 9, 10 și 11, actele subsecvente, respectiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii precum și actele care au stat la baza raportului și a actelor subsecvente.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de ... pentru Loturile 8, 9 10 și 11, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...