

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. 987/C1/704

Data: 17.04.2024

Prin contestația nr. 7851/11.03.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 14743/11.03.2024, formulată de SRL cu sediul în, str., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, împotriva raportului procedurii nr. 5141/27.02.2024 publicat în SEAP la data de 29.02.2024, aferent loturilor 25 și 29, emis de către, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Materiale sanitare – Acord cadru pentru 48 de luni” - cod CPV 33140000-3, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 5141/ 27.02.2024, publicat în data de 29.02.2024, pentru lotul 25, în ceea ce privește oferta depusa de SRL, pentru lotul 29 în ceea ce privește oferta SRL;
- anularea comunicărilor aferente loturilor contestate;
- reevaluarea ofertelor depuse de SRL pentru lotul 25, oferta SRL, pentru lotul 29 și respingerea acestora, ca fiind neconforme;
- obligarea autorității contractante de a relua procedura de la etapa de evaluare tehnică, respectiv de reevaluare a ofertelor sus-menționate și respingerea acestora, aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile și restabilirea clasamentului aferent loturilor 25 și 29.

Prin adresa nr. 54/21.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 17178/21.03.2024, ... SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, formulează cerere de intervenție voluntară, prin care solicită respingerea contestației depusă de SRL, în ceea ce privește lotul 29.

Prin adresa nr. 7691/22.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 17808/25.03.2024, ... SRL, cu sediul în, str., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. având cod unic de înregistrare, formulează cerere de intervenție voluntară, prin care

solicită, pe cale de excepție, respingerea ca inadmisibilă a acțiunii contestatorului, cu privire la lipsa de interes în promovarea contestației; pe fondul cauzei, solicită respingerea ca nefondată și netemeinică a contestației, aferentă lotului 25.

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

Preliminar, ... SRL precizează că, ulterior publicării în SEAP, la data de 29.02.2024, a raportului procedurii, a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, la data de 04.03.2024, prezentându-se la sediul autorității contractante.

Apreciază că acceptarea ofertelor depuse de SRL (lot 25) și SRL (lot 29), nu s-a realizat cu respectarea prevederilor legale în vigoare, acestea fiind neconforme, în baza prevederilor art. 133 alin. (1) și alin. (2) și art. 137 alin. (1) și alin (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, precum și art. 215 alin. (3) și (5) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește oferta SRL – lot. 25, contestatorul precizează că potrivit specificațiilor tehnice minime solicitate în caietul de sarcini pentru rolele de sterilizare, acestea ar trebui să respecte cerințele: „Indicatorul - indicatorii de proces vor fi între 2 straturi ale peliculei (intra pelicula) pentru a preveni migrația”, „Compoziția materialului să fie: strat - 12μm poliester verde laminat la 40μm polipropilena”, „hârtie tipărită aprobată de EN 868-3”, „Să fie prevăzută cu indicatori de proces pentru sterilizarea cu abur, gaz EO și formaldehida”, „Parametri de sigilare recomandați: 170- 185°C”.

Astfel, față de specificațiile caietului de sarcini, se constată că, în cadrul documentelor depuse și în cadrul procesului verbal de evaluare tehnică, nu se regăsesc informații privind modul de îndeplinire a respectivelor cerințe.

Mai mult, susține că, verificând documentația tehnică depusă de ofertantul SRL, nu a fost regăsită fișa tehnică a produsului, document care ar putea confirma îndeplinirea cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire.

Contestatorul consideră că au fost încălcate prevederile art. 215 alin. (3) și (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În consecință, solicită Consiliul să dispună, în consecință, având în vedere că, în cazul reevaluării ofertei și depunerii de noi documente/documente tehnice, ar putea deveni incidente prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și ar fi încălcate principiile din domeniul achizițiilor publice.

În ceea ce privește oferta depusă de SRL pentru lotul 29, contestatorul arată că, potrivit specificațiilor tehnice minime din caietul de sarcini, pentru etichete dublu adeziv (un singur produs), s-a solicitat următoarea cerință minimă: Prezintă 2 indicatori chimici tip 1 pentru sterilizarea cu abur și plasmă. Însă, așa cum rezultă din documentele

puse la dispoziție de autoritatea contractantă, operatorul a oferat două produse separate în loc de un singur produs, respectiv etichete dublu adezive sterilizare abur și etichete dublu adezive sterilizare plasmă.

Față de cele mai sus menționate, consideră că autoritatea contractantă a declarat conformă și câștigătoare o ofertă în cadrul căreia au fost oferate alte produse față de cele solicitate în caietul de sarcini.

Contestatorul consideră că au fost încălcate prevederile art. 215 alin. (3) și (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În consecință, solicită Consiliul să dispună, în consecință, având în vedere că, în cazul reevaluării ofertei și depunerii de noi documente/documente tehnice, ar putea deveni incidente prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și ar fi încălcate principiile din domeniul achizițiilor publice.

Autoritatea contractantă transmite punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr. 16527/19.03.2024, în care precizează că, întrucât, oferta depusă de contestator pentru lotul 25 și lotul 29 a fost respinsă, ca neconformă și inacceptabilă, și, având în vedere că nu justifică niciun interes legitim, născut și actual în contestarea deciziei de desemnare câștigătoare a ofertelor depuse de SRL pentru lotul 25 și SRL pentru lotul 29, invocă excepția lipsei de interes în formularea contestației, ținând cont și de faptul că, prin contestația depusă nu critică decizia de respingere a propriei oferte.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată următoarele:

Lotul 25

Oferta SRL.

Conform Dosar tehnic - 18 pag, Imagine produs - 1 pag, Manual de utilizare-1 pag (Documente atașate separat) – se constată că oferta îndeplinește cerințe minime conform caiet de sarcini, produsele fiind testate.

Precizează că cerința din caietul de sarcini a fost ca „indicatorii de proces vor fi între 2 straturi ale peliculei (intra pelicula) pentru a preveni migrația”.

Astfel, menționează că în urma evaluării de către personalul medical specializat a eșantioanelor prezentate de către ofertanți, mostra SRL a fost considerată corespunzătoare conform tuturor solicitărilor din caietul de sarcini, inclusiv în ceea ce privește cerința privind straturile peliculei pentru prevenirea migrației.

Subliniază că a aplicat, în mod corespunzător, prevederile art. 133 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016, în ceea ce privește evaluarea ofertelor, operatorii economici fiind invitați să depună eșantioane din produsele oferate pentru ca personalul medical calificat să confirme dacă produsele oferate respectă cerințele minime din caietul de sarcini.

Arată că după evaluarea documentelor prezentate și a eșantioanelor, comisia de evaluare a considerat că produsul oferit de SRL corespunde tuturor cerințelor minime solicitate prin caietul de sarcini.

Lotul 29

Oferta SRL.

Autoritatea contractantă precizează că, potrivit specificațiilor tehnice minime din caietul de sarcini pentru etichete dublu adeziv (un singur produs), s-a solicitat următoarea cerință minimă: „Prezintă 2 indicatori clinici tip 1 pentru sterilizarea cu abur și plasmă”.

Menționează că potrivit fișei tehnice Paginile 5-8, cerințele minime din caietul de sarcini au fost îndeplinite și produsele au fost testate.

Arată că cerința pentru etichete dublu adezive a fost ca acestea să fie oferite etichete individuale autocolante, care conțin trei straturi de hârtie și două straturi autocolante între ele, fără a exista restricții privind ofertarea exclusiv a unui singur produs.

Pe cale de consecință, consideră total neadecvată susținerea contestatorului, conform căreia ar fi trebuit oferit un produs aplicabil și pentru sterilizarea cu aburi și sterilizarea cu plasmă.

Prin adresa nr. 54/21.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 17178/21.03.2024, ... SRL formulează cerere de intervenție voluntară, prin care solicită respingerea contestației depusă de SRL, în ceea ce privește lotul 29.

..... SRL precizează că propunerea tehnică a fost transparentă și s-au depus pentru evaluare fișa tehnică pentru etichete cu indicator pentru abur și fișa tehnică pentru etichete cu indicator pentru plasmă.

Prin adresa nr. 7691/22.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 17808/25.03.2024, ... SRL, formulează cerere de intervenție voluntară, prin care solicită, pe cale de excepție, respingerea, ca inadmisibilă, a acțiunii contestatorului cu privire la lipsa de interes în promovarea contestației; pe fondul cauzei, solicită respingerea, ca nefondată și netemeinică a contestației aferentă lotului 25.

Intervenientul face trimitere la prevederile specifice caietului de sarcini, respectiv, faptul că s-au impus următoarele standarde:

- ISO 11140-1 Sterilization of health care products — Chemical indicators — Part 1: General requirements;
- EN ISO 11607-1 Packaging for terminally sterilized medical devices - Part 1: Requirements for materials, sterile barrier systems and packaging systems;
- EN 868-5 Packaging for terminally sterilized medical devices - Part 5: Sealable pouches and reels of porous materials and plastic film construction - Requirements and test methods

Arată că acestea sunt standarde de produs finit de tipul „role de sterilizare”, cât și un standard de material și, anume: EN 868-3 Packaging for terminally sterilized medical devices - Part 3: Paper for use

in the manufacture of paper bags (specified in EN 868-4) and in the manufacture of pouches and reels (specified in EN 868-5) - Requirements and test methods, acesta din urma fiind un standard pentru materia prima ce urmează a fi transformată în role de sterilizare.

Subliniază că, din titlul standardului rezultă faptul că este inclus în cadrul evaluării standardului EN 868-5, deoarece, nu se poate produce un produs conform cu Standardul EN868-5 din materie primă care sa nu fie în conformitate cu același standard general EN868.

Referitor la faptul că se invocă neconformitatea cu standardul EN 868-3, se poate observa că acesta este un standard pentru materialul de hârtie, fiind inclus în cadrul evaluării standardului EN 868-5 care face referire la produsul finit de tipul role de sterilizare.

Prin adresa nr. 7878/25.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 18112/25.03.2024, contestatorul formulează concluzii scrise, prin care susține și reiterează aspectele privind neconformitatea ofertei SRL pentru lotul 25, precum și a ofertei SRL pentru lotul 29.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19407/29.03.2024, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 7856/13.03.2024 înregistrată la CNSC sub nr. 15466/13.03.2024, contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210041547/1, din 13.03.2024, tranzacția nr. 1434111650/219036409 în cuantum de 6.627,84 lei, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Victoriei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Materiale sanitare – Acord cadru pentru 48 de luni” - cod CPV 33140000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare .../03.09.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 10.953.936,00 lei fără TVA. Criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... SRL a depus cererea de intervenție nr. 7691/22.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 17808/25.03.2024 și SRL a depus cererea de intervenție nr. 54/21.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 17178/21.03.2024, ambele prezentând natura juridică a unor cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererile de intervenție drept cereri de intervenție accesorie formulate în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici (...) participanți la procedura de atribuire pot

formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (...)” și având în vedere faptul că la data de 12.03.2024, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „[.../01328] Contestație lot 25 și 29 din 11.03.2024 .pdf”, contestația formulată de SRL, Consiliul constată că cererile de intervenție sunt formulate în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SRL are calitatea de ofertant câștigător pentru lotul 25, ... SRL are calitatea de ofertant câștigător pentru lotul 29, iar cererile lor privesc menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererile de intervenție formulate astfel cum au fost calificate, iar în conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererile de intervenție aparținând SRL și SRL împreună cu contestația formulată de SRL.

Consiliul, având a se pronunța, conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu întâietate, asupra excepției lipsei de interes a contestatorului SRL, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, urmează a o respinge, ca nefondată, având în vedere considerentele ce urmează:

În opinia autorității contractante, criticile contestatorului SRL privind pretinsa nelegalitate a modalității de evaluare a ofertelor desemnate câștigătoare pentru loturile 25 și 29, aparținând SRL și SRL, ar trebui respinse, ca lipsite de interes, deoarece, prin alegerea de a nu formula critici cu privire la modalitatea de evaluare a propriei sale oferte sau, altfel spus, prin acceptarea statutului de ofertant respins în cadrul celor 2 loturi, ... SRL nu mai poate accede la calitatea de ofertant desemnat câștigător al procedurii și, în consecință, nu mai poate obține un folos material și direct din reevaluarea ofertelor câștigătoare pentru loturile 25 și 29.

Contrar opiniei autorității contractante, Consiliul reține că SRL, are un interes în legătura cu prezenta procedură de atribuire, interes constând în respingerea unicei oferte admisibile pentru fiecare din cele 2 loturi și, subsecvent, anularea procedurii de atribuire în ceea ce privește loturile 25 și 29.

În cauza **C-689/13, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„24. La punctul 33 din Hotărârea Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), Curtea a considerat că acțiunea incidentă a adjudecatarului nu poate conduce la respingerea căii de atac a unui ofertant respins în ipoteza în care legalitatea ofertei fiecăruia dintre operatori este pusă în discuție în cadrul aceleiași proceduri, dat fiind că,

Într-o asemenea ipoteză, fiecare dintre concurenți poate invoca un interes legitim care să însemne excluderea ofertei celorlalți, ceea ce poate să conducă la constatarea imposibilității pentru autoritatea contractantă de a efectua selecția unei oferte legale.

25. La punctul 34 din aceeași hotărâre, Curtea a interpretat, prin urmare, articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în sensul că această dispoziție se opune ca o cale de atac a unui ofertant a cărui ofertă nu a fost selectată să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate invocate în cadrul căii de atac incidente a adjudecatarului, fără o pronunțare cu privire la conformitatea celor două oferte în discuție cu specificațiile caietului de sarcini.

26. Această hotărâre constituie o concretizare a cerințelor dispozițiilor dreptului Uniunii citate la punctul 23 din prezenta hotărâre, în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă.

27. Într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract. Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către celălalt a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a celor doi ofertanți și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul”.

Aplicând acest raționament, Consiliul urmează a respinge excepția lipsei de interes, urmând a proceda la analiza, pe fond, a criticilor privind oferta desemnată câștigătoare.

În sprijinul acestei concluzii, urmează a fi reținute prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) pct. i) coroborat cu art. 3 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, care definesc sintagma „persoană care (...) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire” în sensul „o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Prin urmare, pentru a fi exclus definitiv, contestatorul trebuia să îndeplinească 2 condiții:

- să îi fie notificată excluderea
și
- să fie considerată legală de către CNSC/instanță sau să nu mai poată face obiectul unei căi de atac.

În speță, autoritatea contractantă a notificat contestatorului respingerea prin publicarea în SEAP, în data 29.02.2024, a raportului procedurii nr. 5141/27.02.2024 iar acesta a formulat prezenta

conestație criticând admiterea ofertelor contracandidaților săi pentru loturile 25 și 29, a căror eventuală respingere ar conduce la anularea procedurii pentru cele 2 loturi, la data formulării contestației, ... SRL regăsindu-se în situația descrisă la art. 3 alin. (1) lit. f) pct. i) coroborat cu art. 3 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 care definesc sintagma „persoană care (...) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire”.

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul reține că, în ceea ce privește lotul 25, ... SRL este nemulțumit de modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta aparținând SRL, despre care susține că nu ar conține informații privind modul de îndeplinire al următoarelor cerințe din caietul de sarcini:

- „indicatorul – indicatorii de proces vor fi între 2 straturi ale peliculei (intra pelicula) pentru a preveni migrația”;
- „compoziția materialului să fie: strat – 12 μm poliester verde laminat la 40 μm polipropilenă”;
- „hârtie tipărită aprobată de EN 868-3”;
- „să fie prevăzută cu indicatori de proces pentru sterilizarea cu abur, gaz EO și formaldehidă”;
- „parametri de sigilare recomandați: 170-185°C”.

Având în vedere criticile referitoare la lotul 25, din contestația formulată de SRL, Consiliul reține că, potrivit mențiunilor de la punctul II.2 intitulat „descriere” din anunțul de participare, obiectul lotului 25 este achiziționarea unor „accesorii sterilizare”.

În anexa 1 la caietul de sarcini, publicată, în SEAP, în anexa anunțului de participare, în fișierul cu identificatorul „[.../00003] anexa - specificații caiet de sarcini .xlsx.p7s”, autoritatea contractantă a enumerat produsele care urmează a fi achiziționate, respectiv „Rolă plată sterilizare 100mm x 200m”, „Rolă plată sterilizare 150mm x 200m”, „Rolă plată sterilizare 250mm x 200m”, „Rolă plată sterilizare 300mm x 200m”, „Rolă plată sterilizare 400mm x 200m”, „Bandă adezivă cu indicator”, „Bandă adezivă fără indicator” și „Rola imprimanta STERIVAP 112 mm” și a formulat următoarele specificații tehnice prin care a descris, conform prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, produsele pentru a căror achiziționare a fost organizat lotul 25 al prezentei proceduri de atribuire:

„Rolele de sterilizare să fie realizate pe o parte cu hârtie și cealaltă parte cu o peliculă transparentă;

Peliculă cu rezistență la rupere – o peliculă unică care să fie formată pentru a elimina ruperea, un defect major al materialelor standard. Rezistența la rupere să fie de 10 ori mai mare și să prevină virtual orice sfărâmare a dispozitivului de etanșare la deschidere;

Hârtia – hârtia folosită rolele de sterilizare să încorporeze o tratare a suprafeței adaptată care să nu permită doar lipirea la cald în mod

constant și uniform, dar de asemeni, va reduce considerabil și formarea rostului la deschidere;

Indicatorul – indicatorii de proces vor fi între 2 straturi ale peliculei (într-o peliculă) pentru a preveni migrația;

Vor fi prevăzuți cu culori pentru 3 metode de sterilizare: roz pentru abur, bleu pentru EO și mov pentru gaz formalin.;

Parametri de sigilare recomandați: 170–185°C;

Compoziția materialului să fie: strat - 12 μm poliester verde laminat la 40 μm polipropilenă;

Stratul de hârtie: 60 gsm hârtie tipărită aprobată de EN 868-3;

Să fie prevăzută cu indicatori de proces pentru sterilizarea cu abur, gaz EO și formaldehidă;

Să fie în conformitate cu ISO11140-1, EN ISO 11607 – 1, EN 868-5
Marcaj CE va fi specificat pe cutie;

Dimensiuni: 100 mm x 200m; 150 mm x 200m; 210 mm x 200m; 250 mm x 200m; 300 mm x 200m ; 400 mm x 200m".

Totodată, se reține că, la secțiunea „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP sub identificatorul „[.../00008] FisaDate_DF1189234.pdf”, intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat: „Propunerea tehnică se va prezenta la rubrica special prevăzută în SEAP în acest sens, respectiv „Documente de calificare și propunere tehnică” și va include:

1) Un comentariu articol cu articol al caietului de sarcini - și cantitățile aferente loturilor pentru care se ofertează

2) Documentele tehnice care nu conțin informații legate de prețuri.

(...)

Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței cu cerințele/specificațiile prevăzute în cadrul prezentei secțiuni, respectiv cu cele prevăzute în cadrul Caietului de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire (...).

Cerințele anterior menționate, cu privire la modalitatea de elaborare a propunerii tehnice, sunt completate de cele aflate la pag. 9 din caietul de sarcini, la capitolul „21. Documentații ce trebuie furnizate Autorității/entității contractante în legătură cu produsul”, în care autoritatea contractantă a precizat explicit, că solicită, printre altele:

„(...)

- Fișe tehnice detaliate, în limba română, cu privire la produsul oferat. Fișele tehnice trebuie să cuprindă toate informațiile necesare în vederea determinării corespondenței între produsul oferat și cerințele minimale din Caietul de Sarcini;

- Cataloage, pliante și alte înscrisuri din care să reiasă cele precizate în oferta tehnică

(...)”.

Din economia celor mai sus redată rezultă, în mod clar, că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrieri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

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.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită lucrărilor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă, ca efect, introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării rolurilor/benzilor de sterilizare 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.

În raport cu prevederile legale antementionate, rezultă fără putință de tăgadă, faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricăror indicatoare de sterilizare, deoarece, necesitatea ei constă în achiziționarea unora care să îndeplinească integral și cumulativ specificațiile tehnice din caietul de sarcini iar, potrivit mențiunilor din fișa de date coroborat cu cele de la capitolul 21 din caietul de sarcini, ofertanții aveau obligația să demonstreze caracteristicile produselor oferite prin prezentarea de documente tehnice, cum sunt fișele tehnice detaliate, în limba română, cu privire la produsul oferit, cataloage, pliante și alte înscrieri.

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.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției detaliate coroborate cu cele ale caietului de sarcini, operatorii economici participanți aveau obligația să includă în propunerea tehnică atât un comentariu elaborat pe formatul unei matrice de conformitate cât și documente tehnice de natura celor menționate anterior, respectiv fișe tehnice, cataloage, pliante, înscrisuri prin care să demonstreze **modalitatea concretă în care vor duce la îndeplinire** contractul care urmează a fi atribuit în urma prezentei proceduri de atribuire.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că cerințele din fișa de date și caietul de sarcini referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și cu privire la lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a include în propunerea tehnică toate documentele și informațiile solicitate (inclusiv fișe tehnice, cataloage, pliante și alte documente similare),
cât și
- riscurile ce decurg din neincluderea acestor informații în propunerea tehnică, parte a ofertei depusă în SICAP.

Din analiza dosarului achiziției, transmis de către autoritatea contractantă în format electronic (pe CD) la dosarul cauzei, Consiliul reține că SRL a depus, în cadrul lotului 25, o fișă tehnică, însă aceasta apare ca fiind insuficientă pentru demonstrarea îndeplinirii, de către produsele respectivului ofertant, a tuturor caracteristicilor solicitate prin caietul de sarcini, neputând fi identificate în aceasta, spre exemplu, dimensiunile (grosimile) straturilor componente, temperatura de sigilare, rezistență etc.

Totodată, Consiliul reține că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a recunoscut că oferta SRL nu conține fișe tehnice, pliante sau pagini de catalog care să demonstreze îndeplinirea tuturor specificațiilor tehnice din caietul de sarcini însă justifică desemnarea respectivei oferte drept câștigătoare prin faptul că personalul medical din cadrul unității sanitare ar fi „evaluat” eșantioanele/mostrele prezentate de către SRL, sub aspectul cerinței „Indicatorul – indicatorii de proces vor fi între 2 straturi ale peliculei (intra pelicula) pentru a preveni migrația”.

Or, cu privire la această modalitate improprie de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare, Consiliul va reține, în primul rând că, singurul loc din legislația privind achizițiile publice în care este menționată sintagma „eșantioane” este art. 179 lit. (I) din Legea nr. 98/2016, care nu reglementează modalitatea de elaborare a propunerii tehnice, ci,

reglementează modalitatea de dovedire a îndeplinirii cerințelor de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, de către ofertanți.

Prin urmare, având în vedere faptul că cerințele cu privire la mostre/eșantioane sunt prevăzute la art. 179 lit. (I) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că acestea au caracterul unor cerințe de calificare, situație în care sunt incidente prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”*, cele ale art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, care stabilesc faptul că **locul în care trebuie menționate criteriile de calificare impuse de către autoritatea contractantă este anunțul de participare/simplificat/de concurs**, iar, potrivit alin. (6) al aceleiași norme juridice: ***„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”***.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, cerințele de la pag. 9 – 10 din caietul de sarcini, potrivit cărora *„În scopul susținerii conformității produsului ofertat, urmează sa se prezinte eşantioane, la cererea achizitorului, , de către operatorii economici aflați in etapa de evaluare tehnica. Eşantioane vor fi prezentate pentru fiecare categorie de produs ofertat. si vor fi depuse la registratura Spitalului, la adresa menționata mai sus. Prin aceasta cerința, autoritatea contractanta urmărește sa se asigure ca produsele corespund pe de o parte destinației si pe de alta parte nivelului calitativ urmărit, descris in caietul de sarcini dar si pentru a se asigura ca pe parcursul derulării contractelor subsecvente fiecare livrare va menține nivelul calitativ inițial prin compararea produselor livrate cu eşantioanele”* sunt, în fapt, cerințe de calificare menționate impropriu doar în caietul de sarcini fără a fi preluate în anunțul de participare, situație sancționată conform 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, în sensul considerării drept clauze nescrise atât pentru ofertanți, în activitatea de elaborare a ofertelor, cât și pentru autoritatea contractantă în exercitarea atribuțiilor sale prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, se reține că oferta SRL a fost desemnată drept admisibilă și câștigătoare în baza unei clauze nescrise din documentația de atribuire.

Câtă vreme autoritatea contractantă nu a impus prin anunțul de participare simplificat vreo cerință de calificare privind prezentarea de mostre/eșantioane, rezultă că operatorii economici nu aveau obligația demonstrării deținerii acestui înscris, iar, autoritatea contractată nu avea obligația verificării acestui aspect și, pe cale de consecință, nici temei legal de desemnarea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei SRL.

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

„42. Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

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

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

În al doilea rând, Consiliul reține că, potrivit art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților se face prin compararea acestora cu prevederile caietului de sarcini, nu cu alte cerințe, cum sunt cele de calificare și selecție.

Rezultă că autoritatea contractantă ar fi trebuit să evalueze conformitatea propunerii tehnice din oferta aparținând SRL prin analiza înscrisurilor tehnice solicitate la secțiunea „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date coroborate cu cele de la capitolul „21. Documentații ce trebuie furnizate Autorității/entității contractante în legătură cu produsul” din caietul de sarcini, respectiv prin analiza fișelor tehnice/pliante/ cataloage depuse de către respectivul ofertant în cadrul propunerii sale tehnice.

Consiliul subliniază că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie, 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 atribuire 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.

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 lea stabilit** (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit” și a precizat că **„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”**.

Cauza Cartiera dell’Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13) considerentul 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** (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111)”.

Caracterul subiectiv și nelegal al modalității de verificare a ofertei aparținând SRL rezultă și din evidenta discrepanță dintre cerințele detaliate din caietul de sarcini, cum ar fi dimensiunile exprimate în microni (miimi de milimetru) și activitatea comisiei de evaluare, care, nefiind în stare să măsoare astfel de dimensiuni reduse, a verificat doar dispunerea indicatorului de proces (cu alte cuvinte, doar dacă substanța care își schimbă culoarea este sau nu prinsă între alte 2 straturi de hârtie).

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind lotul 25.

În ceea ce privește lotul 29, Consiliul reține că, în anexa 1 la caietul de sarcini, autoritatea contractantă a menționat denumirea produselor, dintre care, relevant în soluționarea contestației, este produsul intitulat „Etichete dublu adeziv”, precum și următoarele specificații tehnice:

„Etichete individuale autocolante care conțin trei straturi de hârtie și două straturi autocolante între ele;

Dimensiune minimă: 25 mm x 40 mm;

Prezintă 2 indicatori chimici tip 1 pentru sterilizarea cu abur și plasmă;

Spațiu disponibil pentru printarea a minim 7 rânduri, câte unul pentru fiecare informație necesară la asigurarea trasabilității;

Număr sterilizator, număr lot, data sterilizare, data expirare, cod și nume trusa sau pachet, nume operator și nume secție sau departament;

Permit printarea a minim 30 caractere pe rând;

Etichetele pot fi folosite pentru pungi și role sigilabile, seturi împachetate în hârtie crep sau SMS sau containere reutilizabile”.

Din analiza sintagmei „prezintă 2 indicatori chimici tip 1 pentru sterilizarea cu abur și plasmă”, rezultă că cerința autorității contractante a fost ca etichetele să conțină indicatori chimici pentru sterilizarea cu abur și indicatori chimici pentru sterilizarea cu plasmă, fără, însă, a impune, în mod explicit, ca ambii indicatori să se regăsească pe aceeași etichetă.

În acest sens, Consiliul reține că sintagma „etichete dublu adeziv (un singur produs)”, evidențiată prin îngroșare de către SRL, se regăsește doar în contestația formulată de către acesta, însă nu și în caietul de sarcini.

Prin urmare, contrar opiniei contestatorului, propunerea tehnică aparținând intervenientului SRL, în care sunt ofertate etichete cu indicator pentru sterilizarea cu abur și etichete cu indicator pentru sterilizarea cu plasmă, nu contravine cerințelor din documentația de atribuire.

Mai mult, Consiliul reține că nici societatea contestatoare nu a oferit în cadrul prezentei proceduri etichete autocolante care să conțină simultan atât indicatori chimici pentru sterilizarea cu abur, cât și indicatori chimici pentru sterilizarea cu plasmă, deoarece, în fișele tehnice din fișierul „3. Tehnic lot 29 poz 2-semnat.pdf” din propunerea tehnică a contestatorului pentru lotul 29 (transmisă de către autoritatea contractantă în format electronic, pe CD, la dosarul cauzei) se regăsesc machete distincte pentru etichetele cu indicator de sterilizare cu abur și pentru cele cu indicator de sterilizare cu plasmă, diferențele constând atât în menționarea tipului de proces de sterilizare (cuvântul „STEAM” sau cuvântul „PLASMA”), cât și în menționarea schimbării de culoare a indicatorului, respectiv a sintagmei „Pink -> Brown” în cazul etichetelor

cu indicator pentru sterilizarea cu abur și a sintagmei „Pink -> Yellow” în cazul etichetelor cu indicator pentru sterilizarea cu plasmă.

Or, aceste texte/sintagme („STEAM” sau „PLASMA”, „Pink -> Brown” sau „Pink -> Yellow”) sunt scrise cu cerneală standard, rezistentă la temperatură și umezeală, fiind personalizate, în cazul ofertei contestatorului, de către producător, pentru fiecare tip de proces de sterilizare, similar celor din oferta intervenientului.

Prin urmare, sub acest aspect, cele 2 oferte sunt similare, ambele conținând etichete diferite pentru fiecare din cele 2 metode diferite de sterilizare, respectiv abur distinct de plasmă.

Potrivit art. 12 alin. (1) Cpc, aplicabil conform art. 68 din Legea nr. 101/2016, „Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți”, prevederi legale care nu au fost respectate întocmai de către SRL în ceea ce privește lotul 29, câtă vreme contestatorul și-a elaborat propunerea tehnică pentru acest lot tocmai în modalitatea pe care o reproșează intervenientului SRL.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, în ceea ce privește lotul 25, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va respinge cererea de intervenție formulată de SRL, va anula raportul procedurii în partea aferentă lotului 25 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL pentru lotul 25 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, partea privind lotul 29 din contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SRL.

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția lipsei de interes a contestatorului SRL, invocată de autoritatea contractantă și intervenientul SRL.

Admite, în parte, în ceea ce privește lotul 25, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe

cale de consecință, respinge cererea de intervenție formulată de SRL, anulează raportul procedurii în partea aferentă lotului 25 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL pentru lotul 25 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge, ca nefondată, partea privind lotul 29 din contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SRL.

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 deciziei

....

Redactată în 6 (șase) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.