



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. 1593/C5/1401

Data: 23.07.2021

Prin contestația nr. 20213980/04.06.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 29264/07.06.2021 și, respectiv sub nr. 29296/07.06.2021, Asocieria ... SRL - ... SRL, prin liderul de asociere ... SRL, cu sediul în municipiul ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 3075/27.05.2021, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, a acordului-cadru având ca obiect „Dispozitive de oxigenoterapie umidificată, cu flux crescut (high-flow oxigenotherapy device)”, cod CPV 33157810-6 (Rev. 2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat:

„1. anularea Raportului procedurii de atribuire nr. 3070CN/27.05.2021 nepublicat și netransmis tuturor operatorilor economici participanți la procedură;

2. anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire;

3. anularea actelor care au stat la baza emiterii Raportului procedurii de atribuire de atribuire (...), precum și a actelor subsecvente acestui raport;

4. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei subscrisei și a tuturor ofertelor declarate conforme din punct de vedere tehnic, respectiv admisibile;

5. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers;

6. anularea procedurii de achiziție publică, în ultima fază, dacă celelalte solicitări nu pot fi puse în practică”.

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

În susținerea contestației, cu privire la nelegalitatea respingerii ofertei sale ca neconformă, contestatoarea a precizat faptul că în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, inclusiv răspunsul consolidat al autorității contractante la solicitările de clarificări, cu oferta și răspunsurile societății sale la solicitările de clarificări transmise, ... SRL consideră că membrii comisiei de evaluare nu au analizat corect, legal și tehnic oferta, întrucât a îndeplinit cerințele impuse.

În ceea ce privește cerința „Alarmer legate de utilizarea echipamentului vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului”, contestatoarea susține că, în ofertă, a făcut trimitere la manual la pagina 20, nota 23. Comisia de evaluare și expertul cooptat au solicitat clarificări. În urma solicitării de clarificări, s-a depus declarația pe propria răspundere din partea Lowenstein Medical, care este importator și distribuitor al acestui produs și activează ca producător în regim OEM, întrucât pe dispozitiv se regăsește marca Lowenstein Medical, iar Broșura și Manualul de utilizare sunt emise de acesta. În declarație se specifică faptul că sistemul se blochează dacă filtrul este înfundat. Alarma pentru filtrul înfundat se declanșează conform setărilor din fabrică, după cum se indică la pagina 24 din manualul de utilizare, filtrul de admisie aer se înlocuiește la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1000 ore. Această perioadă de utilizare se contorizează de către aparat, ducând la înfundarea filtrului după ce atinge limita maximă de utilizare. Alarma vizuală acustică se declanșează în partea de utilizare clinică a aparatului.

Referitor la cerința „Toate componentele să prezinte rezistență crescută la toate metodele de dezinfecție”, contestatoarea arată că în ofertă a depus o declarație pe propria răspundere. Comisia de evaluare și expertul cooptat au solicitat clarificări. În urma solicitării de clarificări, s-a depus declarația pe propria răspundere din partea Lowenstein Medical, care este importator și distribuitor al acestui produs și activează ca producător în regim OEM, întrucât pe dispozitiv se regăsește marca Lowenstein Medical, iar Broșura și Manualul de utilizare sunt emise de acesta. În declarație, se afirmă că toate componentele au rezistență crescută la toate metodele de dezinfecție și se face trimitere la manual de utilizare pag. 23.

Referitor la cerința „Posibilitate de încălzire a amestecului de aer și oxigen până la 37°C cu o umiditate relativă de 100%”, contestatoarea arată că la pagina 2, nota 9 din Broșura anexată ofertei sale, s-a menționat acest aspect.

Cu privire la umiditatea relativă de 100% s-a depus declarație pe propria răspundere. Comisia de evaluare și expertul cooptat au solicitat clarificare pentru umiditatea relativă. În urma solicitării de clarificare, s-a depus declarația pe propria răspundere din partea Lowenstein Medical, care este importator și distribuitor al acestui produs și activează ca producător în regim OEM, întrucât pe dispozitiv se regăsește marca Lowenstein Medical, iar Broșura și Manualul de utilizare sunt emise de

acesta. În declarație, Lowenstein Medical afirmă faptul că echipamentul permite încălzirea amestecului de aer și oxigen până la 37°C cu o umiditate relativă de 100%.

... SRL consideră că cerințele sunt dovedite, prin documentele aflate în cadrul ofertei și/sau detaliate prin răspunsurile la solicitările de clarificări și precizează că, în conformitate cu documentația de atribuire, unde s-a solicitat depunerea de declarații din partea producătorului, a prezentat declarații din partea LOWENSTEIN MEDICAL, care este importator și distribuitor al produsului oferat, dar care activează pe piața europeană ca și producător în regim „OEM”, adică se asimilează cu producătorul original al produsului, precizarea din comunicarea finală fiind total lipsită de fundament, membrii comisiei de evaluare și, inclusiv, expertul cooptat, necunoscând termenii de producător, importator și distribuitor în regim „OEM”, fapt pentru care, în mod nelegal și nejustificat i-a respins oferta.

În speță, contestatoarea susține că „OEM” este SHENYANG MEDICAL RMS TECH CO, iar LOWENSTEIN MEDICAL este un „PBL” (private brand labeler), astfel că, în comparație cu „MDD”, „PLB”-ul se angajează să aibă de la „OEM” toată documentația tehnică a echipamentului pus pe piață, ale căror acorduri sunt confidențiale și nu pot fi puse la dispoziția terților. Astfel, în speță, comisia de evaluare, în mod greșit și ilicit, nu a luat în calcul declarația prezentată din partea LOWENSTEIN MEDICAL – LM, importator și distribuitor care are aceleași drepturi cu un producător, fiind asimilat pe piața europeană cu operatorul economic intitulat „producător”.

... SRL a precizat că eroarea de drept și de fapt în care persistă comisia de evaluare, inclusiv expertul cooptat, este dovedită de nerespectarea principiilor statuate în art. 2 din Legea nr. 98/2016, afirmație susținută de acceptarea, în cazul altor ofertanți, a unor declarații din partea ofertantului și nu a producătorului, ori a importatorului/ distribuitorului în regim de producător „OEM”. Această afirmație susține solicitarea ... SRL de a se anula toate documentele rezultate de la finalizarea evaluării tehnice până la comunicările finale și necesitatea reevaluării ofertelor declarate admisibile. Față de acest aspect, autoarea contestației a menționat că a fost realizată o comparație cu cerințele pentru care oferta sa a fost respinsă, cerințe acceptate pentru ceilalți ofertanți, deși, din documentele aflate la dosar nu s-a dovedit a fi îndeplinite.

În consecință, din punct de vedere tehnic, oferta ... SRL ar fi trebuit calificată în etapa de conformitate/neconformitate tehnică întrucât, conform datelor detaliate/corelate din ofertă, cu cele din răspunsurile la solicitările de clarificări, îndeplinește cerințele respective. Pe lângă argumentele anterior descrise prin care se dovedește că oferta sa, în mod ilicit și nejustificat, a fost respinsă, contestatoarea susține că prin deciziile luate, s-ar crea avantaje majore altor ofertanți, cu nerespectarea prevederilor Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016 și cu impact negativ asupra utilizării eficiente și corecte a banilor publici. Totodată, ... SRL a precizat că a participat la o altă procedură de achiziție publică, asemănătoare, inițiată de aceeași autoritate contractantă și a fost desemnată câștigătoare. Astfel, ... SRL se întreabă retoric, care au fost motivele pentru care aceeași autoritate

contractantă, cu aceeași nevoie, respectiv achiziționare de „dispozitive de oxigenoterapie umidificată, cu flux crescut”, cu specificații tehnice identice cu cele din prezenta procedură contestată, a descalificat-o în etapa de evaluare a propunerilor tehnice.

Pe lângă viciile procedurale legate de modul defectuos și ilicit de aplicare a legii și de corelare a cerințelor din documentația de atribuire cu fiecare ofertă în parte, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, ... SRL a precizat că a constatat și alte abateri legislative, care au determinat-o să solicite, în cazul în care măsurile de remediere solicitate prin contestație nu mai pot fi adoptate, anularea procedurii, întrucât:

- nu există în strategia de contractare o fundamentare clară, concisă și cu argumente plauzibile cu referințe legislative naționale a inițierii unei negocieri fără publicare prealabilă, așa cum se solicită, în mod obligatoriu, la art. 104 din Legea nr. 98/2016;

- nu există în dosarul achiziției publice procedura internă aferentă inițierii, derulării și finalizării unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț, așa cum în mod obligatoriu se stipulează în Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și Ordinul nr. 400/2015 pentru aprobarea Codului controlului intern/managerial al entităților publice.

Mai mult decât atât, în niciun document, nu este invocată procedura internă operațională privind inițierea, derularea și finalizarea unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț, ceea ce dovedește încă un viciu procedural existent și care nu reprezintă o critică a documentației de atribuire, ci o constatare procedurală, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, constatare ce nu putea fi făcută decât în cazul studierii dosarului.

- Raportul procedurii nu a fost publicat pe site, pe SEAP și nici nu a fost transmis ofertanților, așa cum prevede art. 216 din Legea nr. 98/2016, aducându-se grave prejudicii principiului transparenței. Autoritatea contractantă avea posibilitatea de a publica pe site, pe SEAP ca și versiune actualizată a anunțului publicitar sau să-l transmită tuturor ofertanților prin e-mail, în forma și conținutul standardizat, conform Ordinului ANAP, la data primirii comunicării finale niciun ofertant din cei respinși, neștiind cine a câștigat procedura, așa cum, în mod clar, se menționează în legislația incidentă.

- comunicarea finală nu conține toate elementele obligatorii impuse prin lege, respectiv nu precizează oferta desemnată câștigătoare și nici valoarea acesteia, precum și posibilitățile de contestare.

În dovedirea contestației, ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri, grupate în trei anexe (Anexele 1, 2 și 3 ale contestației)

Prin adresa nr. 29596/1401/C5/08.06.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei ... SRL să transmită la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii și contestația, iar în copie, actul atacat, dovada datei luării la cunoștință a actului atacat, precum și dovada asocierii încheiată între ... SRL și ... SRL.

Prin adresa nr. 29785/1401/C5/09.06.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită, la dosarul cauzei, precizări privind valoarea, în lei, a celui mai mare contract subsecvent aferent achiziției și să remită documente probante în acest sens, în vederea stabilirii

cuantumului cauțiunii prevăzut de art. 61¹ alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă a transmis, de două ori, prin mijloace electronice (e-mail), corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 29884/09.06.2021 și, respectiv nr. 29973/09.06.2021, reprezentând Strategia de contractare.

Prin adresa nr. 20214007/09.06.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 30014/09.06.2021, ... SRL a răspuns adresei CNSC nr. 29596/1401/C5/ 08.06.2021.

Ulterior, ... SRL a transmis, în original, adresa nr. 20214008/09.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 30016/09.06.2021, având, printre altele, anexată, în original, Recipisa de consemnare nr. 207255611/1 din 09.06.2021, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoriei, în sumă de 645.888,00 RON.

Prin adresa nr. 30415/1401/C5/11.06.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea documentelor necesare soluționării contestației.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 3270/CN/11.06.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 30561/11.06.2021, împreună cu o copie a dosarului achiziției publice.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației ca nefondată și menținerea Raportului procedurii nr. 3070/CN/27.05.2021, precum și a actelor premergătoare și ulterioare acestuia, având în vedere următoarele aspecte:

1. În ceea ce privește declararea ofertei contestatoarei ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 365/2016, autoritatea contractantă a respectat, în totalitate, prevederile legislației în materia achizițiilor publice. Astfel, conform documentației de atribuire, produsul oferat trebuia să prezinte, ca și specificație tehnică minimă, „Alarmer legate de utilizarea echipamentului vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului”. Această specificație tehnică se referă la necesitatea înlocuirii filtrului conform indicațiilor producătorului și nu din cauza defectării acestuia, astfel cum a fost detaliat și explicat în cadrul răspunsului consolidat la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire nr. 16390/MC/06.05.2021, publicat pe site-ul <http://onac.gov.ro>, în secțiunea „Anunțuri de interes public”, „comunicate ONAC”, în SEAP la secțiunea „Publicitate anunțuri” și transmis către contestatoare, prin e-mail, în data de 06.05.2021, respectiv la solicitarea/răspunsul nr. 21 se precizează:

Solicitarea nr. 21:

„Referitor la cerința tehnică: «Alarmer legate de utilizarea echipamentului: epuizarea apei, necesitate de schimbare a filtrului» pentru asigurarea unui cadru concurențial corect și respectarea regulilor general - aplicabile în materia desfășurării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, vă rugăm să eliminați această cerință. Conform recomandărilor producătorilor de filtre, se recomandă înlocuirea acestuia o dată la 24 de ore”.

Răspuns pentru solicitarea 21:

„Nu se acceptă această modificare. Durata de utilizare a kitului este variabilă între producători, astfel încât această alarmă este inclusă în

lista caracteristicilor obligatorii pentru sistemelor de oxigenare cu flux crescut, publicată pe site-ul Organizației Mondiale a Sănătății în data de 15 aprilie 2020”.

Autoritatea contractantă menționează că, nici în cadrul propunerii tehnice, în care, conform notelor 20 și 23, se precizează existența unei alarme pentru „Sistem blocat”, respectiv „Verificați dacă admisia aerului pentru aparat sau filtrul este înfundat”, și nici în răspunsul la solicitarea de clarificări, în care, prin declarația importatorului și distribuitorului Lowenstein Medical, se precizează existența unei alarme „în cazul utilizării unui filtrul bacterian defect”, contestatoarea nu face dovada respectării cerinței tehnice, respectiv existența unei alarme pentru necesitatea de schimbare a filtrului conform indicațiilor tehnice ale producătorului, respectiv „la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1.000 ore”, așa cum este precizat în manualul de utilizare depus în cadrul propunerii tehnice, pagina 24.

Explicația oferită de către contestatoare în cadrul contestației depuse, respectiv „Această perioadă de utilizare se contorizează de către aparat, ducând la înfundarea filtrului după ce atinge limita maximă de utilizare. Alarma vizuală și acustică se declanșează în partea de utilizare clinica a aparatului”, chiar dacă nu pare plauzibilă, nu se regăsește nici în cadrul propunerii tehnice sau a anexelor acesteia, respectiv manualul de utilizare, broșură prezentare, etc. și nici în răspunsul la solicitarea de clarificări privind îndeplinirea cerinței tehnice.

În susținere, autoritatea contractantă a anexat punctul de vedere al expertului cooptat pe lângă comisia de evaluare, dr. Cristian Cobilinschi.

Autoritatea contractantă a observat că anexa 1 la contestație, la care contestatoare face referire în susținerea conformității produsului oferat, nu i-a fost pusă la dispoziție.

2. În ceea ce privește declararea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră că a respectat în totalitate prevederile legale incidente, deoarece răspunsurile transmise de către ofertant, înregistrate cu nr. 16477/MC/18.05.2021, la solicitarea de clarificări nr. 16462/MC/ 17.05.2021 nu sunt concludente, ofertantul anexând declarații emise de către un importator și distribuitor al produsului oferat, respectiv Lowenstein Medical (Germania) și nu de către producătorul echipamentului, respectiv Shenyang RMSMedical TechCo., Ltd., așa cum a solicitat autoritatea contractantă.

În fapt, în urma analizării propunerii tehnice depusă de către ... SRL, comisia de evaluare a constatat că, pentru justificarea modului de îndeplinire a anumitor specificații tehnice, respectiv „Posibilitate de încălzire a amestecului de aer și oxigen până la 37°C cu o umiditate relativă de 100%” și „Toate componentele să prezinte rezistență crescută la toate metodele de dezinfecție”, contestatoarea a depus declarații pe propria răspundere. Având în vedere faptul că ofertantul nu avea nicio calitate de a emite declarații privind specificațiile tehnice și modul de funcționare al unui echipament pe care nu îl produce, autoritatea contractantă i-a solicitat, fie ca respectivele declarații să fie date de către producătorul echipamentului, fie depunerea de alte documente relevante din care să reiasă modul de îndeplinire a cerințelor tehnice.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, ... SRL a anexat declarații ale unui importator și distribuitor al produsului, respectiv Lowenstein Medical (Germania), fără a face dovada că acesta societate are statut de „producător în regim OEM” al produsului, așa cum se afirmă în contestație. Totodată, autoritatea contractantă a precizat faptul că din niciunul din documentele depuse în cadrul ofertei sau a răspunsului la solicitarea de clarificări nu reiese acest statut al societății Lowenstein Medical (Germania). În susținere, autoritatea contractantă a făcut trimitere la următoarele documente:

- poza cu marcajul de pe produs unde se precizează că producătorul echipamentului este societatea Shenyang RMSMedical TechCo., Ltd. atât pentru denumirea comercială LM Flow 100, cât și pentru denumirea HUMID-BH, iar calitatea societății Lowenstein Medical (Germania) nu este precizată;

- declarații conformitate, Certificat CE, Certificat ISO 13485 pentru producătorul echipamentului, respectiv Shenyang RMSMedical TechCo., Ltd.

Mai mult decât atât, societatea Lowenstein Medical (Germania), în cadrul declarațiilor oferite, nici măcar, nu se declară producător în regim OEM al produsului oferit sau că se asimilează cu producătorul original al produsului, ci se declară generic „producător de stații de lucru pentru anestezie, paturi încălzite, unități de reanimare, ventilatoare NICU”.

Autoritatea contractantă apreciază că împreună cu declarațiile societății Lowenstein Medical (Germania), contestatoarea trebuia să trimită și documente care să justifice calitatea acelei societăți, în raport cu produsul oferit, respectiv că aceasta activează ca producător în regim OEM, adică se asimilează cu producătorul original al produsului, după cum afirmă în cadrul contestației.

Totodată, autoritatea contractantă a precizat că doar declarația Lowenstein Medical (Germania), pentru care contestatoarea nu a justificat calitatea de producător sau că acesta se asimilează cu producătorul, susține îndeplinirea cerințelor tehnice menționate anterior.

În susținere, autoritatea contractantă a anexat punctul de vedere al expertului cooptat pe lângă comisia de evaluare, respectiv dr. Cristian Cobilinschi.

Totodată, autoritatea contractantă a învederat faptul că anexa 2 la contestație, la care ... SRL face referire în susținerea punctului de vedere privind Lowenstein Medical (Germania), nu i-a fost pusă la dispoziție.

3. În privința următoarelor afirmații ale ... SRL,

- „acceptarea în cazul altor ofertanți a unor declarații din partea ofertantului și nu a producătorului, ori a importatorului/distribuitorului în regim de producător OEM”;

- „pentru a oferi o imagine de ansamblu, în anexa nr. 3 a fost realizată o comparație cu cerințele pentru care oferta subscrisei a fost respinsă, dar cerințe acceptate pentru ceilalți ofertanți, deși din documentele aflate la dosar nu s-a dovedit a fi îndeplinite”;

- „atașăm punctual - Anexa 1 documentele relevante în susținerea îndeplinirii cerințelor pentru care, în mod ilicit, am fost respinși”;

- „în speța de față OEM (original equipment manufacturer) fiind Shenyang Medical RMS TechCo, iar Lowenstein Medical (LM) este un PBL (private brand labeler), față de MDD, PLB-ul (Lowenstein Medical LM în

acest caz) se angajează să aibă de la OEM (Shenyang Medical RMS TechCo - RMS în acest caz) toată documentația tehnică a echipamentului pus pe piață, ale căror acorduri sunt confidențiale și nu pot fi puse la dispoziția terților, afirmații întemeiate legal prin informațiile din anexa nr. 2”,

autoritatea contractantă arată că Anexele 1, 2 și 3 ale contestației, nu i-au fost comunicate în vederea analizării și formulării unui punct de vedere cu privire la datele menționate în acestea, astfel că sunt inacceptabile, în raport cu imposibilitatea autorității contractante de a formula un punct de vedere față de elementele înscrise în cele trei anexe.

4. Referitor la afirmațiile ... SRL cu privire la faptul că membrii comisiei de evaluare nu au evaluat în mod obiectiv, corect și legal ofertele, motivând că a mai participat la o procedură de atribuire organizată de ONAC, având același obiect al contractului, autoritatea contractantă a menționat că, în mod evident, contestatoarea nu ține cont de faptul că, prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări ale documentației de atribuire anumite specificații tehnice au fost modificate sau clarificate, astfel după cum este și cazul specificației tehnice „Alarmer legate de utilizarea echipamentului vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului”, pentru care contestatoarea nu a dovedit, în cadrul ofertei, și a clarificărilor depuse că produsul oferat îndeplinește cerința tehnică iar oferta acesteia a fost declarată neconformă.

Mai mult, contestatoarea nu ține cont nici de faptul că reprezintă obligația ofertantului de a transmite răspunsuri concludente la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă, în caz contrar, comisia de evaluare având obligația, conform art. 134 alin (5) din HG nr. 365/2016, de a declara oferta respectivă inacceptabilă. Comisiile de evaluare își desfășoară activitatea în litera și în spiritul legii, însă acționează independent una față de alta. Acest fapt nu împiedică, în niciun fel, un ofertant în a transmite răspunsuri clare și concludente la solicitările de clarificări, precum și orice document care poate justifica răspunsurile transmise.

5. În ceea ce privește afirmația contestatoarei cu privire la faptul că „nu există în strategia de contractare o fundamentare clară, concisă și cu argumente plauzibile cu referințe legislative naționale a inițierii unei negocieri fără publicare prealabilă”, autoritatea contractantă consideră că aceasta este netemeinică, alegerea tipului procedurii, astfel cum este documentat și în Strategia de contractare la Capitolul 4.4, respectiv „negociere fără publicare prealabilă”, făcându-se fundamentat și conform:

- art. 4 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 11/2020, care prevede că „Se desemnează ... ca instituție abilitată pentru organizarea și derularea procedurilor de atribuire, în vederea încheierii de acorduri-cadru:

b) până la atingerea nivelului maxim, pentru acoperirea necesităților de produse stocuri de urgență medicală, inclusiv a scannerelor termice, prevăzute în anexă, în regim de urgență, prin procedura de negociere fără publicare prealabilă, conform prevederilor art. 68 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 69 alin. (4) și art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

- art. 5 alin. (1) lit. (a) din Legea nr. 55/2020, care prevede că „Măsurile pentru creșterea capacității de răspuns sunt:

a) achiziționarea bunurilor și serviciilor de necesitate imediată în gestionarea situației de urgență pentru care a fost declarată starea de alertă, prin negocierea fără publicare prealabilă”, coroborat cu prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă a menționat că s-a avut în vedere, așa cum este menționat la Cap. 2 al Strategiei de contractare și OUG nr. 194/2020 care, prevede în Anexă, la poziția 19 „Dispozitive de oxigenoterapie umidificată, cu flux crescut (high-flow oxigenotherapy device)”.

6. În privința procedurii interne aferente inițierii, derulării și finalizării unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț, autoritatea contractantă a precizat că, în mod evident ... SRL interpretează greșit prevederile legale la care face referire, deoarece nu există nicio prevedere legală care să oblige autoritatea contractantă la elaborarea unei proceduri operaționale privind negocierea fără publicare prealabilă, aceasta desfășurându-se conform prevederilor Legii nr. 98/2016 și HG nr. 365/2016, care stipulează clar și fără echivoc cum se desfășoară o procedura de atribuire a unui contract, termenele ce trebuie respectate, conținutul documentației, atribuțiile comisiei de evaluare, etc.

7. Referitor la afirmația contestatoarei privind faptul că Raportul procedurii nu a fost publicat pe site, pe SEAP și nici nu a fost transmis ofertanților, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- art. 216 din Legea nr 98/2016, invocat de către contestatoare, nu prevede obligația autorității contractante de a transmite Raportul procedurii ofertanților, prin e-mail sau prin altă metodă de transmitere și nici publicarea acestuia pe propriul site;

- obligativitatea autorității contractante de publicare, în SEAP, a raportului procedurii în aceeași zi cu transmiterea comunicărilor, conform art. 216 din Legea nr. 98/2016, se referă la procedurile de atribuire desfășurate on-line (prin intermediul SEAP). În cazul în care o autoritate contractantă alege, fundamentat și legal, un alt tip de procedură care nu se desfășoară prin intermediul SEAP, în speță „negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare”, nu poate avea obligația publicării Raportului de atribuire în SEAP, neavând cum să îl asocieze cu un anunț de participare. Interpretarea legii și identificarea unor metode alternative de publicare de către contestatoare nu au temei legal și sunt făcute, în mod clar și fără echivoc, pentru a leza imaginea autorității contractante.

Totodată, cu privire la acest aspect, autoritatea contractantă a subliniat faptul că principiul transparenței este respectat, prin publicarea anunțului de atribuire în SEAP, conform prevederilor legale în vigoare.

8. Referitor la conținutul comunicărilor privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) și c) din Legea nr. 98/2016, în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute, are obligația de a cuprinde:

- „b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”, respectiv comunicările transmise operatorilor economici participanți în acordul procedurii de atribuire a căror oferte au fost declarate respinse;

c) fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru”, respectiv comunicările transmise operatorilor economici participanți în cadrul procedurii de atribuire a căror oferte au fost declarate admisibile dar necâștigătoare.

Prin adresa nr. 20214037/17.06.2021, inițial transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 31725/18.06.2021 și, respectiv sub nr. 31978/ 22.06.2021, ... SRL a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante în cuprinsul căruia a precizat că sunt lipsite de fundament afirmațiile autorității contractante.

Astfel, în ceea ce privește afirmațiile că nici măcar Lowenstein Medical, în cadrul declarațiilor oferite, nu se declară producător în regim OEM al produsului ofertat sau că se asimilează cu producătorul original al produsului, se observă că se declară generic „producător de stații de lucru pentru anestezie, paturi încălzite, unități de reanimare, ventilatoare NICU”.

Autoritatea contractantă apreciază că împreună cu declarațiile Lowenstein Medical (Germania), ... SRL trebuia să trimită și documente care să justifice calitatea acelei societăți în raport cu produsul ofertat, respectiv că aceasta activează ca producător în regim OEM, adică se asimilează cu producătorul original al produsului, după cum afirmă în contestație.

Plecând de la premiza că, identic cu speța de față, a participat la o altă procedură inițiată de aceeași autoritatea contractantă, având același obiect al contractului și cu același tip de echipament, la care a fost desemnată câștigătoare, în prezenta procedură de atribuire contestatoarea nu a detaliat aspectele legate de faptul că producătorul, în regim OEM, se asimilează producătorului original al echipamentului, informație ce ar fi trebuit cunoscută de către membrii comisiei de evaluare, fiind elementele de bază în etapa de evaluare a echipamentelor/dispozitivelor medicale care au o legislație specifică, motiv pentru care, ulterior primirii comunicării finale a detaliat/fundamentat regimul juridic al producătorului OEM, versus producătorul original.

Astfel, autoritatea contractantă se folosește de faptul că ... SRL nu a explicat informații obligatorii a fi cunoscute de o entitate care analizează oferte având ca sursă de finanțare bani publici, motiv pentru care este lipsit de fundament motivul de respingere al ofertei. Mai mult, însăși autoritatea contractantă recunoaște că în același timp, ... SRL a precizat că doar declarația Lowenstein Medical (Germania), pentru care nu a justificat calitatea de producător sau că acesta se asimilează cu producătorul, susține îndeplinirea cerințelor tehnice menționate anterior, ceea ce reprezintă încă un argument pentru afirmația legată de necesitatea anulării deciziei de respingere a ofertei sale și de reevaluare.

Mai mult decât atât, ... SRL a formulat critici cu privire la nelegalitatea deciziei de admisibilitate a ofertelor calificate în ultima etapă, la care autoritatea contractantă nu a formulat puncte de vedere,

mizând pe contraargumente aduse contestației pe fondul respingerii ilicite a ofertei și uitând cu desăvârșire ca a acceptat niște oferte deși nu respectă documentația de atribuire, cu efect direct asupra utilizării ilicite a banilor publici și a nerespectării principiilor statuate în legislația în materie de achiziții publice și a celei privind finanțele publice.

Legat de respingerea ofertei sale, ... SRL a reprodus solicitarea 21 și răspunsul aferent, respectiv:

Solicitarea nr. 21 – *„Referitor la cerința tehnică: Alarmer legate de utilizarea echipamentului: epuizarea apei, necesitate de schimbare a filtrului, pentru asigurarea unui cadru concurențial corect și respectarea regulilor general-aplicabile în materia desfășurării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, vă rugăm să eliminați această cerință. Conform recomandărilor producătorilor de filtre, se recomandă înlocuirea acestuia o dată la 24 de ore”.*

Răspuns pentru solicitarea 21: *„Nu se acceptă această modificare durată de utilizare a kitului este variabilă între producători, astfel încât această alarmă este inclusă în lista caracteristicilor obligatorii pentru sistemele de oxigenare cu flux crescut, publicată pe site-ul Organizației Mondiale a Sănătății în data de 15 aprilie 2020”.*

... SRL a subliniat că specialiștii din cadrul autorității contractante confundă termenii de specialitate „filtru”, ca fiind un element, iar „KIT-ul”, ca fiind un ansamblu al unui circuit al pacientului format din tub, camera apă și filtru bacterian, cerința făcând referire la alarme legate de utilizarea echipamentului.

Oferta ... SRL, așa cum se poate constata din documentele din dosar și din contestație, include o alarmare când filtrul se înfundă, ceea ce înseamnă că atunci când alarma se activează, înseamnă că filtrul trebuie schimbat. În comunicare se specifică faptul că nu s-a făcut dovada posibilității schimbării filtrului, „ignorând” caracteristica tehnică ofertată legată de alarmare în caz de blocare a filtrului, care dovedește că filtrul trebuie schimbat.

Pentru a-și fundamenta decizia de respingere a ofertei, se menționează, motiv de neîndeplinire a cerinței legate de alarmare.

În punctul de vedere se menționează obligativitatea apariției unui mesaj pe ecran „cu schimbarea filtrului” care nu a fost explicat în documentația de atribuire, lăsând loc la interpretări, ca fiind o alarmă de verificare și înlocuire a filtrului, fapt dovedit de o procedură identică derulată de aceeași autoritate contractantă, care a acceptat același aparat, însă în prezenta procedură a aceasta a detaliat cerința în vederea acoperirii viciilor de evaluare.

În ceea ce privește cerința „Posibilitatea de încălzire a amestecului de aer și oxigen până la 37°C cu o umiditate relativă de 100%”, autoritatea contractantă oferă argumente lipsite de fundament și ignoră cu desăvârșire, informațiile din oferta sa și nu aduce contraargumente criticilor aduse ofertelor admisibile. În plus, nu se înțelege fundamentul tehnic al explicației expertului cooptat Cristian Cobilinschi, că, pentru obținerea unei umidități relative de 100% 37°C, este necesară o umiditate absolută de 43 mg/l. În acest sens, ... SRL a făcut trimiterea la următoarele documente: Eximia pag. 25 „performanță umiditate:»33 mg/l” și „Linde Gas pag. 163 ieșire umidificator nu trebuie să fie mai mică de 33 mg/l la o tinte de 37°C”.

În baza prevederilor Codului de procedura civilă și a cerințelor din documentația de atribuire, ... SRL dorește să i se detalieze, tehnic și cu date din ofertele celor două societăți, declarate admisibile, cum au reușit aceste 2 echipamente „să treacă” de valoarea de 43 mg/l considerată minimă sub care nu există umiditate relativă de 100%, fiind declarate admisibile, deși nu îndeplinesc o cerință minimă din caietul de sarcini.

... SRL a observat că autoritatea contractantă nu aduce argumente legate de criticile referitoare la lipsa de temei legal și tehnic, a declarării admisibile a ofertelor ... și EXIMIA, focusându-se, pentru a acoperi erorile din evaluare, pe dovedirea temeiniciei respingerii ofertei sale.

În ceea ce privește o altă viciere reliefată de societatea sa este lipsa unor proceduri interne legate de derularea „negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, la care autoritatea contractantă, în calitate de instituție publică care derulează proceduri de achiziție publică la valori foarte mari, afirmă că nu există obligativitate legală, ignorând cu desăvârșire prevederile Ordinului nr. 400/2015 pentru aprobarea Codului controlului intern/managerial al entităților publice.

Un alt viciu de procedură, respectiv nerespectarea principiului transparenței și tratamentului unitar, este reprezentat de lipsa de informare corectă și de întocmire corespunzătoare a scrisorii de comunicare privind rezultatul final al evaluării, ... SRL în comunicarea pe care o contestă și a cărei efect dorește a fi anulat prin decizia CNSC, nu a fost înștiințată cu privire la societatea/societățile desemnate câștigătoare, așa cum se stipulează a fi obligatoriu în documentul „Instrucțiuni pentru ofertanți”, legiferat în Legea nr. 98/2016 și detaliat în „Ghidul privind achizițiile publice” publicat pe site-ul ANAP, autoritatea contractantă limitându-se la a afirma că nu există nicio lege care să o oblige să menționeze aceste date, ignorând legislația în vigoare. În acest sens, ... SRL a făcut trimitere la jurisprudența Consiliului.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a făcut dovada comunicării adresei nr. 20214007/09.06.2021 către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 33352/1401/C5/29.06.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei ... SRL să facă dovada transmiterii către autoritatea contractantă a Anexelor 1, 2 și 3, atașate contestației.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 33567/29.06.2021, ... SRL a făcut dovada transmiterii către autoritatea contractantă a Anexelor 1, 2 și 3.

Prin adresa nr. 20214065/29.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 33976/01.07.2021, ... SRL a precizat faptul că datorită volumului mare de documente a transmis autorității contractante doar contestația, iar anexele contestației sunt documente cu caracter public care se regăsesc atât în dosarul achiziției, cât și în spațiul public online.

Prin adresa nr. 34237/1401/C5/02.07.2021, Consiliul a informat autoritate contractantă cu privire la posibilitatea de a transmite la dosarul cauzei eventuale susțineri cu privire la anexele contestației.

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), corespondența nr. 3477/05.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 34500/05.07.2021, intitulată „completare la punctul de vedere”,

reiterând faptul că Anexele 1, 2 și 3 la contestație, nu i-au fost comunicate, în vederea analizării și formulării unui punct de vedere cu privire la datele menționate în acestea.

Autoritatea contractantă a precizat că ținând cont de faptul că Tabelul comparativ inclus în Anexa nr. 3, reprezintă o comparație a specificațiilor tehnice ale echipamentelor oferite în cadrul procedurii, iar analiza acestor elemente trebuie efectuată inclusiv de către expertul cooptat de pe lângă Comisia de evaluare, această analiză nu a putut fi efectuată într-un timp atât de scurt. Totodată, autoritatea contractantă a subliniat că acest lucru reprezintă obligația contestatoarei de a-i aduce la cunoștință toate elementele și toate documentele anexate contestației, în același timp cu aceasta, pentru a putea elabora, în mod corect și profesionist, punctul de vedere raportat la situația de fapt.

Astfel, autoritatea contractantă consideră anexele la contestație ca fiind inacceptabile în raport cu imposibilitatea autorității contractante de a formula un punct de vedere față de elementele înscrise în acestea, inclusiv față de criticile aduse de ... SRL legate de „lipsa de temei legal și tehnic a declarării admisibile a ofertelor ... și EXIMIA”.

În ceea ce privește concluziile scrise formulate de ... SRL ca urmare a punctului de vedere, autoritatea contractantă consideră că cele afirmate nu au susținere legală și nici tehnică, raportat la documentația de atribuire, aceasta interpretând prevederile legale și specificațiile tehnice în mod eronat.

Prin adresa nr. 20214097/06.07.2021, transmisă inițial prin mijloace electronice (e-mail), iar ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 34977/07.07.2021 și, respectiv sub nr. 35331/ 08.07.2021, ... SRL a precizat că a trimis anexele către ONAC, iar autoritatea contractantă avea posibilitatea să îi solicite respectivele anexe sau să le studieze la sediul CNSC. Totodată, ... SRL a menționat că abordarea autorității contractante este una menită să inducă în eroare Consiliul.

Prin corespondența nr. 16910/MC/22.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 38050/22.07.2021, autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), un punct de vedere al expertului tehnic cooptat (dr. Cristian Cobilinschi).

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire, prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, a acordului-cadru cu toți operatorii economici ale căror oferte sunt admisibile, având ca obiect „Dispozitive de oxigenoterapie umidificată, cu flux crescut (high-flow oxigenotherapy device)”, cod CPV 33157810-6 (Rev. 2), prin publicarea pe site-ul propriu a invitației de participare nr. 2573/CN/29.04.2021, stabilind „data limită de depunere a ofertelor preliminare” la 06.05.2021 ora 12:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț” și valoarea estimată de 16.147.200,00 RON, fără TVA, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 16.147.200,00 RON, fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 8 operatori economici, printre care și asocierea ... SRL – ... SRL, contestatoarea din

prezenta speță, aspect consemnat în procesul verbal nr. 16393/MC/07.05.2021.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 3070/27.05.2021, stabilind ca fiind câștigătoare ofertele depuse de ... SRL, ... SRL și ... SRL, în timp ce oferta depusă de asocieria ... SRL – ... SRL a fost respinsă ca neconformă, în temeiul art. 215. alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumită de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. 3075/27.05.2021, asocieria ... SRL – ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207255611/1 din 09.06.2021, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoriei, în sumă de 645.888,00 RON.

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

Din conținutul contestației rezultă nemulțumirea autoarei acesteia de decizia de respingere a ofertei sale, contestatoarea considerând că membrii comisiei de evaluare nu au analizat corect, legal și tehnic oferta sa și formulând următoarele critici:

- cerința privind „alarme legate de utilizarea echipamentului vizibile și auditibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului” este îndeplinită, întrucât, în propunerea tehnică s-a indicat pagina 20 nota 23, iar prin răspunsul transmis autorității contractante s-a prezentat declarația pe propria răspundere din partea Lowenstein Medical, importator și distribuitor al acestui produs, care activează ca producător în regim OEM;

- cerința privind „toate componentele să prezinte rezistență crescută la toate metodele de dezinfecție” este îndeplinită, întrucât s-a depus o declarație pe proprie răspundere din partea Lowenstein Medical, importator și distribuitor al acestui produs, care activează ca producător în regim OEM;

- cerința privind „posibilitatea de încălzire a amestecului de aer și oxigen până la 37°C cu o umiditate relativă de 100%” este îndeplinită, întrucât s-a depus o declarație pe proprie răspundere din partea Lowenstein Medical, importator și distribuitor al acestui produs, care activează ca producător în regim OEM;

- a prezentat declarații din partea Lowenstein Medical, importator și distribuitor al produsului ofertat, care activează pe piața europeană ca și producător în regim OEM, adică se asimilează cu producătorul original al produsului;

- nu există în strategia de contractare o fundamentare clară, concisă și cu argumente plauzibile a inițierii negocierii fără publicare prealabilă a unui anunț;

- nu există în dosarul achiziției, procedura internă aferentă inițierii derulării și finalizării unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț;

- raportul procedurii nu a fost publicat pe site, pe SEAP și nici nu a fost transmis ofertanților;

- comunicarea finală nu conține toate elementele obligatorii impuse prin lege, respectiv nu precizează oferta desemnată câștigătoare și nici valoarea acesteia, precum și posibilitățile de contestare.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că prin actul atacat, respectiv adresa nr. 3075/27.05.2021, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei faptul că oferta acesteia a fost respinsă:

- ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu respectă următoarea cerință a Caietului de sarcini: *„ofertantul nu face dovada că produsul ofertat dispune de alarmă pentru necesitatea de schimbare a filtrului conform indicațiilor producătorului (la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1.000 ore - manual utilizare pag. 24) ci doar când acesta este defect”*;

- ca inacceptabilă, potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsurile transmise de către ofertant, înregistrate cu nr. 16477/MC/18.05.2021, la solicitarea de clarificări nr. 16462/MC/17.05.2021 nu sunt concludente, ofertantul anexând declarații emise de către un importator și distribuitor al produsului ofertat, respectiv Lowenstein Medical (Germania) și nu de către producătorul echipamentului, respectiv Shenyang RMSMedical TechCo., Ltd.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la primul motiv de respingere a ofertei sale, și anume *„ofertantul nu face dovada că produsul ofertat dispune de alarmă pentru necesitatea de schimbare a filtrului conform indicațiilor producătorului (la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1.000 ore - manual utilizare pag. 24) ci doar când acesta este defect”*,

Consiliul constată următoarele:

În Anexa nr. 1 a Caietului de sarcini, este menționată la punctul III

- *Alarmer*, următoarea specificație tehnică:

„Alarmer legate de utilizarea echipamentului:

Vizibile și auditive pentru:

(...) necesitatea de schimbare a filtrului (...)”.

În legătură cu această specificație tehnică, în Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici interesați, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 16390/MC/06.05.2021, ... a menționat următoarele:

„Solicitarea nr. 21:

Referitor la cerința tehnică: «Alarmer legate de utilizarea echipamentului: epuizarea apei, necesitate de schimbare a filtrului» pentru asigurarea unui cadru concurențial corect și respectarea regulilor general-aplicabile în materia desfășurării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică vă rugăm să eliminați această cerință. Conform recomandărilor producătorilor de filtre, se recomandă înlocuirea acestuia o dată la 24 de ore.

Răspuns pentru solicitarea 21:

NU SE ACCEPTĂ această modificare. Durata de utilizare a kitului este variabilă între producători, astfel încât această alarmă este inclusă în lista caracteristicilor obligatorii pentru sistemelor de oxigenare cu flux

crescut, publicată pe site-ul Organizației Mondiale a Sănătății în data de 15 aprilie 2020”.

Analizând propunerea tehnică a asocierii ... SRL – ... SRL, Consiliul reține că aceasta a oferit modelul LM FLOW 100 – importator și distribuitor Lowenstein Medical – Germania.

În legătură cu specificația tehnică: „Alarmer legate de utilizarea echipamentului:

Vizibile și auditive pentru: (...) necesitatea de schimbare a filtrului (...)”, în cadrul tabelului comparativ, la pag. 4 a propunerii tehnice, ofertantul contestator a menționat următoarele:

„Alarmer legate de utilizarea echipamentului:

Vizibile și audibile pentru: nota 17

(...)

Necesitatea de schimbare a filtrului: nota 23

(...)

Conform Manual de utilizare dispozitive de oxigenoterapie umidificată, cu flux crescut model LM Flow 100, pag. 18, 19, 20, 21 nota de la 17 la 24”.

În Manualul de utilizare și descriere tehnică aferent aparatului High-Flow cu umidificator de căi respiratorii, cu posibilitate de încălzire, aflat în propunerea tehnică a contestatoarei se menționează la pag. 19, 20 și 24 următoarele:

- pag. 19 **Nota 17:** „Aparatele High-Flow din seria LM Flow sunt echipate cu semnale acustice de alarmare. Semnalul de alarmare vizual apare, dacă pe parcursul utilizării aparatului High-Flow este declanșată o alarmă. Cauzele semnalelor de alarmă trebuie să fie remediate cât mai curând cu putință, pentru a evita riscurile”;

- pag. 20:

„Următoarele alarmer sunt ordonate conform priorității lor interne:

(...)

Sistem blocat
camera

În cazul în care aparatul detectează

Verificați dacă este blocată

un blocaj, este afișată o alarmă și
după 10s se aude o alarmă acustică

de apă, furtunul de terapie sau
canula nazală. Verificați dacă
admisia aerului pentru aparat

sau

Nota 20

filtru este înfundat
Nota 23”;

- pag. 24:

„Înlocuiți filtrul de admisie aer la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1000 ore”.

Verificând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin cererea de clarificări nr. 16.462/MC/17.05.2021, aceștia au solicitat asocierii contestatoare următoarele:

„5. Referitor la solicitarea din caietul de sarcini Alarmer vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului, în documentația prezentată **nu este precizată existența alarmei pentru înlocuirea filtrelor conform specificațiilor tehnice și a recomandărilor date de producător.**

Vă solicităm să detaliați modul de îndeplinire a cerinței tehnice, anexând documentele relevante și specificând numele documentului, numărul paginii și paragraful unde se regăsesc informațiile edificatoare”.

La această solicitare de clarificări, asocierea ... SRL – ... SRL a răspuns prin adresa nr. 20213920/18.05.2021, precizând următoarele:

„5. Cerința: Alarmer vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului. Depunem atașat documentul emis de producător - Lowenstein Medical (Germania), în limba engleză și în limba română tradus autorizat, în care acesta confirmă faptul ca aparatul oferat model LM Flow 100, are alarme vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului. De asemenea redepunem paginile 16, 20 și 25 din manualul de utilizare, în care am marcat tipurile de alarmă și problema care este identificată la respectiva alarmă (necesitatea schimbării filtrului). Alarmerle date de aparat sunt atât vizuale, cât și audibile”.

Anexat acestui document, ofertantul contestator a depus următoarele documente:

- o scrisoare purtând antetul Lowenstein Medical – Germania, intitulată „Confirmare” datată 18.05.2021, în cuprinsul căreia se menționează următoarele:

„Subscrisa M/S Lowenstein Medical SE & Co KG (...) în calitate de producător de stații de lucru pentru anestezie, paturi încălzire, unități de reanimare, ventilatoare NICU confirmă prin prezenta că:

(...)

Unitățile LM Flow 100 au o alarmă vizibilă și sonoră de blocare sau scurgere la nivelul sistemului, care poate fi declanșată de sistem în cazul utilizării unui filtru bacterian defect (acesta poate cauza o blocare la nivelul sistemului de tubulatură sau scurgere în cazul deteriorării).

Vezi manual de utilizare pagina 16

Setări alarmă: O₂ mare/O₂ scăzut sau blocare alarmă vor fi consecințele dacă va exista o blocare sau o scurgere excesivă”.

- pag. 16 din Manual, în cuprinsul căreia ofertanta contestatoare a evidențiat alarmele O₂ prea înalt!/ O₂ prea jos!/Sistem blocat!;

- pag. 20 din Manual, în cuprinsul căreia ofertanta contestatoare a evidențiat, Nota 23 (reprodusă la o pagină anterioară a deciziei);

- pag. 25 din Manual în cuprinsul căreia a evidențiat următoarele:

„Căutarea erorilor:

Eroare

Debit insuficient

Analiza cauzelor

Filtru de admisie aer

sau conexiunea de evacuare

Căutarea erorilor

Înlocuiți filtrul de

admisie aer,

eliberați

blocată

orificiul de evacuare
de blocaj”

Analizând primul motiv de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul îl apreciază ca fiind întemeiat pentru următoarele motive:

Specificația tehnică menționată în Anexa nr. 1 a Caietului de sarcini, - punctul III. Alarmer, și anume: „**Alarmer legate de utilizarea echipamentului: Vizibile și auditive pentru: (...) necesitatea de schimbare a filtrului (...)**”, a fost lămurită/precizată prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici interesați, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 16390/MC/06.05.2021 (răspunsul 21, aferent întrebării 21), în sensul că echipamentul oferat trebuie să prezinte alarmă vizuală și auditivă la expirarea duratei de utilizare a filtrului care este diferită de la producător la producător.

Astfel, un operator economic interesat a solicitat autorității contractante eliminarea acestei cerințe deoarece **„conform recomandărilor producătorilor de filtre, se recomandă înlocuirea acestuia o data la 24 de ore”**.

Răspunsul autorității contractante a fost în sensul că **„NU SE ACCEPTĂ această modificare. Durata de utilizare a kitului este variabilă între producători, astfel încât această alarmă este inclusă în lista caracteristicilor obligatorii pentru sistemelor de oxigenare cu flux crescut, publicată pe site-ul Organizației Mondiale a Sănătății în data de 15 aprilie 2020”**, iar acesta, în opinia Consiliului, nu poate fi interpretat decât în contextul întrebării adresate referitoare la filtre, orice critică referitoare la folosirea incorectă a termenului „kit” fiind tardivă în actualul stadiu al procedurii de atribuire.

În situația în care autoarea contestației aprecia că răspunsul la clarificări nr. 21 din Răspunsul consolidat nr. 16390/MC/06.05.2021 emis de autoritatea contractantă, era neclar/contradictoriu/incorect nimic nu o împiedica să solicite clarificarea acestuia sau chiar să-l conteste conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, în situația în care contestatoarea aprecia că întrebarea nr. 5 din solicitarea de clarificări nr. 16.462/MC/17.05.2021 pe care a primit-o de la autoritatea contractantă în etapa de evaluare a propunerii tehnice și anume: **„5. Referitor la solicitarea din caietul de sarcini Alarmer vizibile și audibile pentru necesitatea de schimbare a filtrului, în documentația prezentată nu este precizată existența alarmei pentru înlocuirea filtrelor conform specificațiilor tehnice și a recomandărilor date de producător.**

Vă solicităm să detaliați modul de îndeplinire a cerinței tehnice, anexând documentele relevante și specificând numele documentului, numărul paginii și paragraful unde se regăsesc informațiile edificatoare”, exceda prevederilor documentației de atribuire nimic nu o împiedica să o conteste în cadrul termenului stipulat art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Neprocedând de această manieră s-a născut obligația acesteia de a răspunde întocmai la solicitarea autorității contractante care a fost clară/concisă și a pornit de la realitatea potrivit căreia în documentația prezentată de ofertanta contestatoare nu este precizată existența alarmei pentru înlocuirea filtrelor conform specificațiilor tehnice și a recomandărilor date de producător, în condițiile în care, așa cum Consiliul a arătat anterior, în propunerea tehnică a contestatoarei, la pag. 24, se menționează în mod expres următoarele: **„Înlocuiți filtrul de admisie aer la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1000 ore”**.

Analizând răspunsul ofertantei contestatoarei la solicitarea de clarificări a autorității contractante, Consiliul constată că prin acesta asocierea contestatoare nu a făcut dovada că echipamentul oferat are o alarmă dedicată pentru schimbarea filtrului conform specificațiilor producătorilor **„la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1000 ore”**.

Atât documentele prezentate în cadrul propunerii tehnice, cât și cele prezentate prin răspunsul la clarificări demonstrează că alarma se declanșează când survine un blocaj la nivelul camerei de apă, furtunului

sau canulei nazale. Conform răspunsului la clarificări alarma poate fi declanșată numai în cazul utilizării unui filtru defect.

În cadrul contestației, autoarea acesteia susține că *„Alarma pentru filtrul înfundat se declanșează conform setărilor din fabrică, după cum se indica la pag. 24 din manualul de utilizare, filtrul de admisie aer se înlocuiește la fiecare 2 luni sau după o perioadă de operare de 1000 ore. Această perioadă de utilizare se contorizează de către aparat, **ducând la înfundarea filtrului după ce atinge limita maximă de utilizare.** Alarma vizuală și acustică se declanșează în partea de utilizare clinică a aparatului”,* fără a depune niciun mijloc de probă în acest sens, deși potrivit dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”,* această regulă fiind exprimată și prin adagiul *„actori incubit onus probandi”* (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Relevant este faptul că, explicația oferită în cadrul contestației nu se regăsește în răspunsul contestatoarei la clarificări sau în documentele anexate de asocierea ... SRL – ... SRL acestuia. La momentul formulării răspunsului la clarificări, contestatoarea avea obligația de a oferi toate argumentele și mijloacele de probă necesare în vederea lămuririi aspectului în legătură cu care autoritatea contractantă a solicitat clarificări.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că în prezenta procedură de atribuire, autoarea contestației nu a făcut dovada că produsul ofertat respectă cerința minimă menționată în Caietul de sarcini,

astfel cum a fost lămurită/precizată prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici interesați, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 16390/MC/ 06.05.2021 (răspunsul 21, aferent întrebării 21), ca echipamentul ofertat să prezinte alarmă vizuală și auditivă la expirarea duratei de utilizare a filtrului.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la faptul că același produs a fost ofertat și acceptat și în cadrul altei proceduri de atribuire derulată de aceeași autoritate contractantă, Consiliul le va respinge întrucât autoarea contestației nu a făcut dovada că documentația de atribuire aferentă acelei proceduri de atribuire a fost lămurită/precizată de către autoritatea contractantă printr-un răspuns la clarificări de natura celui care se regăsește în răspunsul consolidat nr. 16390/MC/06.05.2021 (răspunsul 21, aferent întrebării 21), document care are o deosebită importanță în soluționarea prezentei critici.

În aceste condiții, Consiliul va respinge critica autoarei contestației referitoare la primul motiv de respingere a ofertei sale menționat în cadrul actului atacat.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsurile transmise de către ofertant, înregistrate cu nr. 16477/MC/18.05.2021, la solicitarea de clarificări nr. 16462/ MC/17.05.2021 nu sunt concludente, ofertantul anexând declarații emise de către un importator și distribuitor al produsului ofertat, respectiv Lowenstein Medical (Germania) și nu de către

producătorul echipamentului, respectiv Shenyang RMSMedical TechCo., Ltd, Consiliul constată următoarele:

Analizând propunerea tehnică a contestatoarei, Consiliul reține că în cadrul acesteia se regăsesc următoarele informații relevante în analiza prezentei contestații, referitoare la produsul oferat:

- Pag. 1 se menționează: „modelul LM FLOW 100 – importator și distribuitor Lowenstein Medical – Germania”;

- Declarație pe propria răspundere a asocierii contestatoare ... SRL – ... SRL cu privire la faptul că dispozitivul oferat îndeplinește anumite specificații tehnice;

- Broșură Sistem de terapie cu debit mare cu umidificator integrat, emisă **sub antetul Lowenstein Medical**;

- Manual de utilizare emis **sub antetul Lowenstein Medical** (În exemplarul prezentat în limba engleză figurează următoarele informații:

 - Shenyang RMS Medical TechCo., Ltd

 - Import and Distribution: Lowenstein Medical;

- Declarație CE de conformitate - Shenyang RMS Medical TechCo., Ltd (**producător** Umidificator respirator încălzit cu debit ridicat) pentru diverse modele, și anume: **HUMID-BM, HIMID-BH, HUMID-BHR.**

- Declarație CE de conformitate - Shenyang RMS Medical TechCo., Ltd (producător Circuite de respirat încălzite) – diverse modele;

- Declarație CE de conformitate - Shenyang RMS Medical TechCo., Ltd (producător canule nazale de oxigen) – diverse modele;

 - Certificat CE - Shenyang RMS Medical TechCo.;

 - Certificat EN ISO 13485:2016 Shenyang RMS Medical TechCo.;

- Aviz de funcționare nr. 6288 din 23.05.2019 emis de ANMDM, pentru asociatul ... SRL din care rezultă că unitatea este distribuitor al mai multor **producători** printre care și Lowenstein Medical GMBH & CO.KG.

Verificând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin cererea de clarificări nr. 16462/MC/17.05.2021, punctele 1 și 2, în legătură cu două specificații tehnice, membrii Comisiei de evaluare au solicitat contestatoarei să transmită, „fie Declarație pe propria răspundere a producătorului privind îndeplinirea cerinței, fie documente relevante specificând numele documentului, numărul paginii și paragraful unde se regăsesc informații edificatoare”.

Autoarea contestației a răspuns prin adresa nr. 20213920/18.05.2021 precizând: „*Depunem atașat documentul emis **de producător - Lowenstein Medical (Germania)**, în limba engleză și în limba română tradus autorizat, în care acesta confirmă faptul că (...)*”.

Anexat, ofertanta contestatoare a prezentat autorității contractante o scrisoare purtând antetul Lowenstein Medical – Germania, intitulată „Confirmare” datată 18.05.2021, în cuprinsul căreia se menționează următoarele:

„Subscrisa M/S Lowenstein Medical SE & Co KG (...) în calitate de producător de stații de lucru pentru anestezie, paturi încălzire, unități de reanimare, ventilatoare NICU confirmă prin prezenta că: (...)”.

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei ca inacceptabilă potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece răspunsurile transmise de către ofertant, înregistrate cu nr. 16477/MC/18.05.2021, la solicitarea de clarificări nr.

16462/ MC/17.05.2021 nu sunt concludente, ofertantul anexând declarații emise de către un importator și distribuitor al produsului oferat, respectiv Lowenstein Medical (Germania) și nu de către producătorul echipamentului, respectiv Shenyang RMSMedical TechCo., Ltd, Consiliul o apreciază ca eronată și insuficient fundamentată având în vedere faptul că informațiile aflate la dispoziția autorității contractante cu privire la producătorul dispozitivului oferat erau contradictorii și necorelate astfel cum rezultă din evidențierile Consiliului prin bold existente la pag. 20-21 ale prezentei decizii.

În speță, membrii Comisiei de evaluare trebuiau să aibă un rol activ și să clarifice, conform dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, calitatea Lowenstein Medical (Germania) în raport de produsul oferat.

În soluționarea prezentei critici, Consiliul reține ca relevante următoarele prevederi:

- art. 1, paragraf 2, litera f) din Directiva nr. 42/1993 privind dispozitivele medicale:

„producător” – „reprezintă persoana fizică sau juridică responsabilă pentru proiectarea, fabricarea, ambalarea și etichetarea unui dispozitiv înainte de a fi introdus pe piață sub numele său propriu, indiferent dacă aceste operațiuni sunt efectuate de însăși persoana respectivă sau de o terță parte în numele ei.

Obligațiile menționate de prezenta directivă impuse producătorilor se pun în aplicare în egală măsură în privința oricărei persoane fizice sau juridice care assemblează, ambalează, prelucrează, recondiționează în totalitate și/sau etichetează unul sau mai multe produse gata făcute și/sau le atribuie acestora scopul propus ca dispozitiv în vederea introducerii pe piață în numele său propriu. Prezentul paragraf nu aplică persoanei care, fără a fi un producător în temeiul primului paragraf, assemblează sau adaptează dispozitive deja existente pe piață, în conformitate cu scopul propus lor, pentru un anumit pacient”,

- art. 16 din Regulamentul nr. 745/2017 privind dispozitivele medicale, de modificare a Directivei 2001/83/CE, a Regulamentului (CE) nr. 178/2002 și a Regulamentului (CE) nr. 1223/2009 și de abrogare a Directivelor 90/385/CEE și 93/42/CEE ale Consiliului (Text cu relevanță pentru SEE):

„Cazuri în care obligațiile producătorilor se aplică importatorilor, distribuitorilor sau altor persoane

*(1) Un distribuitor, un importator sau o altă persoană fizică sau juridică **își asumă obligațiile care revin producătorilor** dacă întreprind oricare din următoarele acțiuni:*

(a) pune la dispoziție pe piață un dispozitiv sub numele său, denumirea sa comercială înregistrată sau marca sa comercială înregistrată, cu excepția cazurilor în care distribuitorul sau importatorul încheie un acord cu un producător prin care producătorul este identificat ca atare pe etichetă și este responsabil pentru îndeplinirea cerințelor impuse producătorilor în prezentul regulament;

(b) modifică scopul propus al unui dispozitiv deja introdus pe piață sau pus în funcțiune;

(c) modifică un dispozitiv deja introdus pe piață sau pus în funcțiune astfel încât conformitatea cu cerințele aplicabile poate fi afectată.

Primul paragraf nu se aplică niciunei persoane care, deși nu este considerată producător astfel cum este definit la articolul 2 punctul 30, assemblează sau adaptează pentru un anumit pacient un dispozitiv deja aflat pe piață, fără a-i schimba scopul propus.

(...)

(3) Un distribuitor sau un importator care efectuează oricare dintre activitățile menționate la alineatul (2) literele (a) și (b) indică pe dispozitiv, sau, în cazul în care acest lucru nu este realizabil, pe ambalajul acestuia sau într-un document care însoțește dispozitivul, activitatea efectuată, împreună cu numele său, denumirea sa comercială înregistrată sau marca sa comercială înregistrată, sediul social și adresa la care poate fi contactat, astfel încât acesta să poată fi localizat.

Distribuitorii și importatorii se asigură că dispun de un sistem de management al calității care include proceduri care asigură faptul că traducerea informațiilor este corectă și actualizată și că activitățile menționate la alineatul (2) literele (a) și (b) sunt efectuate prin mijloace și în condiții care conservă starea originală a dispozitivului și că ambalajul dispozitivului reambalat nu este defect, de slabă calitate sau cu aspect neglijat. Sistemul de management al calității constă, printre altele, din proceduri prin care se asigură că distribuitorul sau importatorul este informat cu privire la orice acțiune corectivă întreprinsă de către producător în legătură cu dispozitivul în cauză, pentru a soluționa probleme legate de siguranță sau pentru ca acesta să devină conform cu prezentul regulament.

(4) Cu cel puțin 28 de zile înainte de a pune la dispoziție pe piață dispozitivul reetichetat sau reambalat, distribuitorii sau importatorii care desfășoară oricare dintre activitățile menționate la alineatul (2) literele (a) și (b) informează producătorul și autoritatea competentă din statul membru în care intenționează să pună la dispoziție dispozitivul cu privire la intenția de a pune la dispoziție dispozitivul reetichetat sau reambalat și, la cerere, furnizează producătorului și autorității competente un exemplar sau o machetă a dispozitivului reetichetat sau reambalat, inclusiv orice etichetă și instrucțiuni de utilizare a dispozitivului traduse. În aceeași perioadă de 28 de zile, distribuitorul sau importatorul transmite autorității competente un certificat, eliberat de un organism notificat și desemnat pentru tipul de dispozitive care fac obiectul activităților menționate la alineatul (2) literele (a) și (b), care atestă faptul că sistemul de management al calității al distribuitorului sau al importatorului este în conformitate cu cerințele prevăzute la alineatul (3)".

În cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă menționează că împreună cu declarațiile societății Lowenstein Medical (Germania), contestatoarea trebuia să transmită și documente care să justifice calitatea acelei societăți, în raport cu produsul oferit, respectiv că aceasta activează ca producător în regim OEM, adică se asimilează cu producătorul original al produsului, omițând că evaluarea ofertelor depuse în procedură trebuie să se facă pe baza unor informații certe,

verificate, astfel încât orice decizie cu privire la ofertele depuse în procedură trebuie să fie fundamentată în mod complet.

Față de cele mai sus menționate, constatând că la dispoziția autorității contractante s-au aflat informații contradictorii cu privire la calitatea Lowenstein Medical (Germania) în raport de produsul oferat „modelul LM FLOW 100”, Consiliul apreciază că, în speță, se impunea ca autoritatea contractantă să aibă un rol activ și să solicite clarificări ofertantei contestatoare, în legătură cu aspectul mai sus menționat. De asemenea, se impunea clarificat și aspectul referitor la faptul că în poza cu marcajul de pe produs, depusă prin răspunsul la clarificări este menționat doar producătorul Shenyang RMSMedical TechCo. pentru modelul LM 100, motiv pentru care această critică a contestatoarei apare ca fiind întemeiată.

În cadrul contestației, asocierea ... SRL – ... SRL critică faptul că în cazul altor ofertanți autoritatea contractantă a acceptat declarații din partea ofertantului și nu a producătorului ori a importatorului/distribuitorului în regim de producător OEM. Contestatoarea susține că în acest context a solicitat anularea tuturor documentelor rezultate de la finalizarea evaluării tehnice și până la comunicările finale și necesitatea reevaluării ofertei sale și a ofertelor declarate admisibile. Pentru a oferi o imagine de ansamblu, contestatoarea arată că în Anexa 3 a contestației a realizat o comparație cu cerințele pentru care oferta sa a fost respinsă, dar cerințe acceptate pentru ceilalți ofertanți, deși din documentele aflate la dosar NU s-a dovedit a fi îndeplinite.

Analizând Anexa 3 a contestației, Consiliul constată că aceasta cuprinde sub formă tabelară o analiză comparativă între oferta contestatoarei și celelalte trei oferte admisibile în care sunt evidențiate cu roșu critici cu privire la ofertele ... SRL, ... SRL și ... ROMÂNIA SRL.

Însă această anexă, parte integrantă din contestație, care conține critici cu privire la ofertele depuse de ... SRL, ... SRL și ... ROMÂNIA SRL nu a fost comunicată autorității contractante în cadrul termenului stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 ci abia la data de 29.06.2021, ca urmare a adresei CNSC nr. 33.352/1401/C5/29.06.2021 (sesizarea Consiliului a fost realizată la 07.06.2021).

În cadrul adresei nr. 20214065/29.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 33976/01.07.2021, contestatoarea arată că, dat fiind volumul mare de documente, a transmis autorității contractante doar contestația, anexele fiind depuse doar la sediul CNSC, unde puteau fi consultate. Autoritatea contractantă, în cazul în care dorea să acceseze aceste anexe, avea posibilitatea de a le consulta la sediul CNSC sau să-i solicite în scris/telefonic transmiterea acestora.

Consiliul apreciază ca fiind eronată poziția contestatoarei deoarece, raportat la dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele: *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”*.

Întrucât Anexa 3 a contestației care conține critici cu privire la modul în care au fost evaluate ofertele depuse ... SRL, ... SRL și ... ROMÂNIA SRL, a fost comunicată autorității contractante abia la data de **29.06.2021** [în afara termenului stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din

Legea nr. 101/2016, care s-a împlinit la data de 07.06.2021, în condițiile în care 06.06.2021 a fost zi nelucrătoare – duminică], Consiliul apreciază aceste critici ca fiind tardive în raport de dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și data comunicării anexei nr. 3 către autoritatea contractantă.

Pentru motivele anterior menționate, Consiliul nu va analiza criticile contestatoarei cu privire la modul în care au fost evaluate ofertele depuse ... SRL, ... SRL și ... ROMÂNIA SRL.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la faptul că nu există în strategia de contractare o fundamentare clară, concisă și cu argumente plauzibile a inițierii negocierii fără publicare prealabilă a unui anunț.

Consiliul va respinge această critică deoarece în cadrul Strategiei de contractare la punctul 4.4.1. se regăsesc menționate temeiurile de drept ale inițierii prezentei proceduri de atribuire și situația de fapt care a condus la demararea prezentei proceduri de atribuire (pag. 7 – 8):

„4.4 Alegerea și justificarea procedurii de atribuire

4.4.1 Tipul procedurii: *Negociere fără publicare prealabilă conform prevederilor art. 4 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 11/2020, coroborat cu prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 5 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19.*

Pentru a asigura respectarea legislației în vigoare autoritatea contractantă a decis publicarea pe site-ul propriu a invitației de negociere însoțită de documentația de atribuire, cât și în secțiunea publicitate anunțuri din SEAP, pentru participarea unui număr ridicat de ofertanți la procedura de negociere fără publicare prealabilă.

Justificare:

La art. 4 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 11/2020 se prevede ca atribuirea acordurilor-cadru pentru acoperirea, în regim de urgență, a necesităților de produse stocuri de urgență medicală, prevăzute în Anexa la ordonanță coroborat cu prevederile Legii nr. 55 din 15.05.2020, art. 5 alin. (1) lit. a), să se realizeze prin procedura de negociere fără publicare prealabilă, conform prevederilor art. 68 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 69 alin. (4) și art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, la art. 5 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19 se prevede achiziționarea bunurilor și serviciilor de necesitate imediată în gestionarea situației de urgență pentru care a fost declarată starea de alertă, prin negocierea fără publicare prealabilă.

De asemenea, la art. 32 alin. (2) lit. c) din Directiva 2004/UE/24 se prevede utilizarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă pentru contractele de achiziții publice de produse pentru motive de extremă urgență determinate de evenimente care nu puteau fi prevăzute de către autoritatea contractantă, iar termenele pentru procedurile deschise sau restrânse sau procedurile competitive cu negociere nu pot fi respectate.

În cadrul comunicării COM 2020/C 108 1/01, se precizează că în cazuri de extremă urgență se poate utiliza procedura de negociere fără publicare, dreptul Uniunii oferind un instrument suplimentar, care permite o atribuire mai rapidă a contractelor, pentru a se putea răspunde nevoilor legate de pandemia de COVID-19, putând fi realizată chiar o atribuire directă de facto, supusă doar constrângerilor fizice/tehnice legate de disponibilitatea efectivă și rapiditatea livrării.

Achiziționarea în regim de urgență a produselor a apărut în urma necesității completării stocurilor de urgență medicală pentru gestionarea infecțiilor cu noul Coronavirus.

În plus, precizăm faptul că potrivit comunicării Comisiei (2020/C 108 1/01) - Orientările Comisiei europene pentru utilizarea cadrului privind achizițiile publice în situația de urgență legată de criza COVID-19, denumită în continuare comunicarea

COM, aceste evenimente trebuie considerate drept imprevizibile pentru orice autoritate contractantă. Nevoile specifice ale spitalelor și ale altor instituții sanitare pentru a asigura tratamentul (...), inclusiv toate echipamentele tehnice, nu puteau fi prevăzute și planificate în prealabil și constituie, prin urmare, un eveniment imprevizibil pentru autoritățile contractante.

De asemenea, nu poate fi pus la îndoială faptul că nevoile imediate ale spitalelor și ale instituțiilor sanitare trebuie să fie satisfăcute cât mai rapid posibil.

Cu privire la legătura de cauzalitate dintre evenimentul neprevăzut și extrema urgență, COM notează că pentru a satisface nevoile imediate ale spitalelor și ale instituțiilor sanitare într-un interval de timp foarte scurt, legătura de cauzalitate cu pandemia de COVID-19 nu poate fi pusă la îndoială în mod rezonabil.

În contextul COVID-19, se utilizează procedura negociată din motive de extremă urgență, ceea ce înseamnă că potențialii ofertanți sunt identificați cu ajutorul unei analize de piață și că numai societățile invitate pot depune ofertă, în conformitate cu COM(2020) 318 final din 15.07.2020.

COM mai notează că procedurile de negociere fără publicare prealabilă pot oferi posibilitatea de a răspunde unor necesități imediate. Ele acoperă lacunele până la găsirea unor soluții mai stabile, cum ar fi contractele-cadru pentru bunuri și servicii, atribuite prin procedurile obișnuite existente (inclusiv procedurile accelerate).

În subsidiar menționăm faptul că, potrivit notei de fundamentare a proiectului de OUG, prin adresa nr. 1567/04.02.2020, Consiliul Concurenței a precizat că proiectul ordonanței de urgență a Guvernului, care prevede încheierea acordurilor-cadru pentru produsele din Anexa la OUG nr. 11/2020 prin procedura de negociere fără publicare prealabilă până la atingerea nivelului maxim, nu conține aspecte de natură să contravină prevederilor Legii concurenței nr. 21/1996 sau reglementărilor în domeniul ajutorului de stat.

Astfel, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, iar procedura aplicată pentru achiziționarea produselor medicale necesare constituirii stocurilor de urgență medicală de strictă necesitate este negociere fără publicarea prealabilă.

Pentru această achiziție este necesară adaptarea continuă la condițiile pieței în domeniul sănătății și ținând cont de gradul de volatilitate al pieței este imposibil de anticipat și de definit toate aspectele înainte de demararea achiziției, astfel devine necesar să aplicăm un principiu privind flexibilitatea în luarea deciziilor, care deși nu au fost anticipate și argumentate în prezenta strategie de contractare, să poată fi adoptat în condițiile respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, aplicabile negocierii fără publicarea prealabilă și achiziției de produse care prezintă o urgență extremă, cauzate de criza sanitară încă de actualitate.

În plus, atât în legislația națională privind achizițiile publice, cât și în cadrul normativ european nu se prevăd pași ori reguli care să genereze constrângeri pentru achizițiile care prezintă o urgență extremă și imprevizibilă”.

În plus, critica apare ca tardivă la acest moment, contestatoarea putând să conteste tipul de procedură de atribuire ales de autoritatea contractantă pentru atribuirea prezentului acord-cadru cu toți operatorii care au prezentat oferte admisibile, fără reluarea competiției între operatorii economici care sunt parte la acordul-cadru, în termenul stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, care a început să curgă de la data publicării pe site-ul autorității contractante a invitației de participare nr. 2573/CN/29.04.2021, criticarea acestui aspect la data de 07.06.2021 fiind tardivă.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la faptul că nu există în dosarul achiziției, procedura internă aferentă inițierii, derulării și finalizării unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț.

Consiliul va respinge ca fiind nefondată această critică a contestatoarei deoarece nu există o prevedere legală care să oblige autoritatea contractantă la elaborarea unei proceduri interne, aferentă inițierii, derulării și finalizării unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț, așa cum există, de exemplu, în cadrul Serviciilor sociale și a altor servicii specifice.

În plus, în Strategia de contractare se regăsesc informații cu privire la:

- durata acordului-cadru;
- modalitatea de atribuire a acordului-cadru;
- modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente - conform art. 118 alin. (1) lit. a) din legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare;
- frecvența de atribuire a contractelor subsecvente;
- justificarea privind decizia de a reduce termenele în condițiile legii;
- număr de zile până la care se pot solicita clarificări;
- perioada minimă pentru care ofertantul trebuie să își mențină oferta;
- alegerea și justificarea criteriilor de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție;
- criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;
- modalitatea de achiziție;
- contractul;
- garanția de participare;
- garanția de bună execuție;
- alte justificări - nu este cazul;
- aspecte privind modul de prezentare.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că raportul procedurii nu a fost publicat pe site, pe SEAP și nici nu a fost transmis ofertanților, Consiliul constată următoarele:

Prezenta procedură de atribuire nu a fost inițiată prin publicarea în SEAP, fiind inițiată prin publicarea pe site-ul autorității contractante a invitației de participare nr. 2573/CN/29.04.2021, astfel încât ... nu avea obligația de a publica în SEAP, raportul procedurii.

Autoarea contestației a primit actul atacat, respectiv adresa nr. 3075/27.05.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, a putut studia dosarul achiziției la sediul autorității contractante, a solicitat transmiterea unor documente scanate care i-au și fost remise de autoritatea contractantă putând sesiza Consiliul în cadrul termenului legal, nefiind prejudiciată de faptul că odată cu actul atacat nu i-a fost comunicat și raportul procedurii.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la faptul că actul atacat (comunicarea finală), nu conține toate elementele obligatorii impuse prin lege, respectiv nu precizează oferta desemnată câștigătoare și nici valoarea acesteia, precum și posibilitățile de contestare.

Consiliul va respinge această critică a contestatoarei întrucât oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, situație în care autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 215 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv i-a comunicat acesteia motivele

concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale. Ofertele desemnate câștigătoare și valoarea acestora se comunică, așa cum stipulează art. 215 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, numai ofertelor admisibile, oferta contestatoarei nefiind admisibilă (aceasta a fost declarată neconformă și inacceptabilă de către membrii Comisiei de evaluare).

În ceea ce privește faptul că în cadrul actului atacat, autoritatea contractantă nu a precizat termenul de contestare, Consiliul constată că această situație nu a fost de natură a o prejudicia pe contestatoare care a sesizat CNSC în cadrul termenului legal, în plus în speță având incidență adagi-ul „nemo censetur ignorare legem”, nimeni nu poate invoca necunoașterea legii.

În consecință, pentru argumentele anterior menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și, pe cale de consecință și solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 28 pagini.