CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația FN, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul (ales si în vederea comunicării actelor de procedură) în ....., ..., ..., având CUI RO ..... și număr de ordine în Registrul Comerțului ....., reprezentată legal de dl. ..... – director executiv, formulată împotriva deciziei de anulare a procedurii de licitație deschisă, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Dispozitive medicale de resort gastroenterologie Lot 3, Denumire: Trusă de videoecoendoscopie de înaltă performanță cu sonda slim și I-scan”, s-a solicitat .....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SA critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii pentru Lotul 3 - Trusă de videoecoendoscopie de înaltă performanță cu sonda slim și I-scan, și de anulare, în consecință, a procedurii, în condițiile în care nu a mai existat un alt ofertant.

În fapt, contestatoarea arată că a fost singurul ofertant care a o ofertă pentru Lotul 3 - Trusă de videoecoendoscopie de înaltă performanță cu sonda slim și I-scan, ofertă care, însă, i-a fost

respinsă ca inacceptabilă, pentru lipsa din cuprinsul acesteia a certificatului EN 60601-2-52:2010 privind siguranța pacientului.

Contestatoarea arată că, referitor la respectivul certificat a purtat o corespondență de clarificări cu partea autorității contractante, în cadrul căreia a transmis un răspuns comprehensiv și exhaustiv, la care a atașat chiar și fișa producătorului precum și manualul aferent, prin care se demonstra că solicitarea în cauză era îndeplinită și că nu există niciun risc în ceea ce privește pretinsa siguranță a pacientului, fiind întrunită condiția standardului certificatului produsului ofertat.

Mai arată contestatoarea că produsul ofertat aparține producătorului ..., unul din producătorii cei mai mari și performanți în domeniu, la nivel mondial, în special în ceea ce privește produsele medicale e genul celor ce au făcut obiectul procedurii. De asemenea, precizează că, manualul tehnic de utilizare atestă caracteristicile produsului ofertat, iar declarația de conformitate asumată de producător confirmă faptul că video-procesoarele și endoscoapele ... Medical sunt conforme cu standardul IEC EN 60601-1-2.

În acest context, contestatoarea consideră profund nefondată respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale, pentru motivul menționat anterior, prin răspunsul la solicitările de clarificări demonstrându-se că echipamentele ofertate se circumscriu standardelor solicitate. În opinia sa, în condițiile în care prevederile legale permit respingerea ca inacceptabilă a unei oferte dacă clarificările/completările sunt neconcludente, autoritatea contractantă avea obligația de a motiva în ce măsură nu sunt concludente clarificările prezentate și, în baza rolului activ și al respectării principiului transparenței, să solicite chiar suplimentarea clarificărilor sau alte completări prin care să se facă dovada îndeplinirii condițiilor impuse prin caietul de sarcini.

Contestatoarea invocă nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și prin prisma faptului că autoritatea contractantă nu a analizat în profunzime manualul utilizatorului și caracteristicile tehnice ale produsului ofertat, astfel cum au fost emise de producător, și nici explicațiile din cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări, ocazie cu care s-ar fi putut observa că cerința în cauză este îndeplinită, existând o identitate clară între caracteristicile produsului ofertat și cele din cuprinsul caietului de sarcini.

Mai mult, chiar din denumirea lotului și din echipamentele și accesoriile ce compun trusa, se poate observa că acestea reprezintă aparate destinate procedurilor de video endoscopie și intră în categoria aparatelor electromedicale, având în componență părți și componente electrice și electronice. Astfel, cerința de la pct. 1 al specificației tehnice, privind conformitatea cu normele europene

pentru echipamentele medicale și paturi de spital : EN 60601-2-52 – siguranța pacientului, a fost îndeplinită.

Contestatoarea arată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări a autorității contractante, în care a păstrat pentru identificarea solicitării expresia EN 60601-2-52:2010, a indicat mai precis modul de îndeplinire a respectivei cerințe, și anume prin declarația producătorului, menționată în manualul de utilizare al fiecărui echipament ce compune trusa și printr-o declarație a producătorului, care se arată că echipamentele de endoscopie sunt conforme cu standardul EN 60601-1-2.

Totodată, SC ..... SA mai susține că, potrivit Asociației de Standardizare din România, standardul EN 60601-1-2 se referă la aparatele electromedicale, partea 1-2: cerințe generale de securitate de bază și performanțe esențiale, fiind un standard colateral, respectiv perturbații electromagnetice. Astfel, contestatoarea consideră că echipamentele ofertate îndeplinesc cerința de a fi în conformitate cu normele europene pentru echipamentele medicale, referitoare la siguranța pacientului.

Tot conform Asociației menționate anterior, contestatoarea arată că standardul solicitat de autoritatea contractantă, respectiv EN-60601-2-52-2010 este un standard particular al standardului ce se referă la aparatele electromedicale, partea 2-52 prevăzând cerințe particulare de securitate de bază și performanțe esențiale pentru paturile medicale. Or, caracterul nefondat al deciziei autorității contractante provine și din faptul că, standardul invocat ca fiind lipsă din ofertă se referă la paturi medicale, acest produs nefăcând parte din cerințele caietului de sarcini și nici din oferta SC ..... SA, având o cu totul altă destinație față de aparatele de endoscopie.

În opinia contestatoarei, solicitarea îndeplinirii unei cerințe care nu este compatibilă cu însăși condiția aferentă caietului de sarcini, este un viciu care afectează grav caietul de sarcini și totodată, este o eroare de formă care nu poate fi imputabilă decât autorității contractante. Standardul menționat este aplicabil în mod exclusiv paturilor de spital, care nu fac obiectul achiziției, iar pe de altă parte, acesta nu poate fi aplicat echipamentelor și accesoriilor de endoscopie. În aceste condiții, contestatoarea apreciază că, potrivit prevederilor art. 134 și art. 135 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă ar fi putut corecta această eroare, iar faptul că acest demers nu a fost făcut înainte de luarea deciziei de anulare a procedurii, reprezintă o încălcare a principiilor stabilite de Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Din cele prezentate până acum contestatoarea consideră că se desprind alte două motive de nelegalitate a decizie de declarare a ofertei SC ..... SA ca fiind inacceptabilă, motive ce reiese din blocajul nejustificat la procedurii, fapt ce contravine atât scopului

cât și principiilor privind transparența, eficiența, proporționalitatea și echitatea procedurii, în ceea ce privește poziția ofertantului, aducându-se astfel atingere dispozițiilor art. 209 alin. (2) și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. d) și e) din același act normativ.

Potrivit contestatoarei, este o omisiune și o eroare a autorității contractante în prevederea unei condiții de formă care nu putea fi impusă, nelegalitatea decizie fiind evidentă, mai ales că trebuia să se constate că acele caracteristici solicitate privind produsul ofertat de SC ..... SA se circumscriu obiectului achiziției, art. 2 din Legea nr. 98/2016 clarificând ca admisibilă și situația în care este acceptabil chiar un produs care întrunește caracteristici care are legătură cu obiectul contractului și este proporțional, prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia.

În consecință, contestatoarea apreciază că au fost încălcate prevederile art. 155 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, prin solicitarea certificatului EN 60601-2-52, acesta fiind un standard aplicabil unor echipamente medicale care nu fac obiectul acestei proceduri.

Prin punctul de vedere nr. A2/4089/04.07....., înregistrat la Consiliu cu nr. 26764/04.07....., ... a precizat că au fost respectate prevederile legale din Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, inclusiv principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, și a considerat că nu sunt necesare măsuri de remediere.

Invocând prevederile art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă arată că a întocmit specificațiile tehnice prin raportare la cerințele de performanță și prin trimitere la specificațiile tehnice. De asemenea, arată că, din greșeală a solicitat certificatul EN 60601-2-52, referitor la paturile medicale.

În ceea ce privește răspunsul SC ..... SA la solicitarea de clarificări ce i-a fost transmisă și care a privit prezentarea certificatului EN 60601-2-52, și documentele atașate acestuia, autoritatea contractantă arată că, din cuprinsul acestora a rezultat că dispozitivele ofertate, și anume echipamentele de endoscopie, sunt conforme cu standardul EN 60601-1-2 și nu cu standardul EN 60601-2-52, solicitat prin caietul de sarcini.

Având în vedere că solicitarea respectivului standard a fost un viciu al caietului de sarcini, s-a considerat că au fost încălcate prevederile legale din domeniu. Autoritatea contractantă aflându-se în situația de a nu mai putea dispune măsuri de corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, în afară de cerința privind certificatul EN 60601-2-52, contestatoarea a îndeplinit toate celelalte cerințe ale caietului de sarcini.

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea a transmis „Notele scrise și răspunsul” FN, înregistrate la Consiliu cu nr. 27448/07.07....., prin care arată că, prin cele susținute, autoritatea contractantă își justifică măsura luată prin propria sa culpă, atitudine care, în baza principiului de drept Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, este nelegală și neîntemeiată.

Contestatoarea consideră că, prin declararea ofertei sale ca inacceptabilă și anularea, în consecință, a procedurii, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să-și acopere propria culpă, sancționând o ofertă care a îndeplinit toate condițiile de eligibilitate din cuprinsul caietului de sarcini și care ar fi avut vocația de a fi declarată câștigătoare a procedurii.

De asemenea, reia o serie de precizări din cuprinsul contestației, referitoare la faptul că, în baza art. 134 și art. 135 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă ar fi putut să-și corecteze eroarea pe care o recunoaște, iar faptul că nu a făcut acest lucru înainte de a lua decizia de anulare a procedurii, reprezintă o încălcare a principiilor stabilite de Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Dispozitive medicale de resort gastroenterologie Lot 3, Denumire: Trusă de videoecoendoscopie de înaltă performanță cu sonda slim și I-scan”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..... din ..... Valoarea estimată a acordului-cadru ce urmează a fi încheiat este intre 2.618.120 lei și 7.880.375 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ..... SA prin adresa nr. A2 3494 din 12.06....., în care se arată că oferta acestei societăți, depusă pentru lotul 3, a fost declarată inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece nu a fost prezentat certificatul solicitat EN 60601-2-52:2010 – privind siguranța pacientului.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ..... SA a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea raportului procedurii și a hotărârii autorității contractante de anulare a procedurii, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de la momentul în care a fost anulată, cu aprecierea legitimității sale procesuale și a caracterului nelegal și netemeinic al soluției contestate pendinte causae prin care s-a considerat că se impune respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta SC ..... SA, Consiliul constată că, pentru prima dată, ambele părți (autoarea contestației și autoritatea contractantă) remarcă și sunt de acord cu faptul că, în mod eronat, a fost solicitată prin caietul de sarcini prezentarea certificatului EN 60601-2-52:2010 - siguranța pacientului, cu ocazia prezentului litigiu generat de faptul că oferta SC ..... SA a fost respinsă pentru neprezentarea acestui certificat.
Astfel, nici față de documentația de atribuire și nici față de solicitarea autorității contractante din adresa nr. A2 2979 din 19.05....., de clarificare a ofertei SC ..... SA depusă pentru lotul 3 (și prin care s-a cerut în mod expres prezentarea certificatului EN 60601-2-52:2010 - siguranța pacientului), ofertanta nu a avut vreo reacție în sensul remarcării nelegalității cerinței în disputa. Prin adresa din 23.05....., înregistrată la autoritate cu nr. A 2 3083 din 24.05....., a răspuns la cererea autorității contractante arătând că modalitatea de îndeplinire a cerinței referitoare la standardul EN 60601-2-52:2010 constă în declarația producătorului în acest sens, în cadrul manualului de utilizare a echipamentelor ofertate, și menționând că depune anexat declarația producătorului și extrase din manualele de utilizare a aparatelor ce compun trusa ofertată, conform specificației tehnice depuse în cadrul procedurii. Consiliul constată că ofertanta, cu ocazia răspunsului la solicitarea expresă a autorității contractante de a prezenta certificatul EN 60601-2-52:2010- siguranța pacientului, nu remarcă acesteia faptul că, în mod eronat, a fost inserată în caietul de sarcini o astfel de cerință care nu are legătură cu obiectul achiziției.

Față de o asemenea conduită a ofertantei contestatoare, Consiliul reține că aceasta a acceptat toate condițiile documentației de atribuire, pe care avea obligația să le urmeze, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 (ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției), precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 (ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire). Prin depunerea ofertei la procedură, se presupune că ofertanta și-a însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Pe de altă parte, deși în punctul său de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă arată că, prin eroarea de solicitare constatată, au fost încălcate prevederile legale, fiind afectată procedura de atribuire, și că s-a aflat în imposibilitatea de a adopta măsuri corective [posibila situație de anulare a procedurii reglementată prin dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016], în raportul procedurii nr. A2 3494 din 12.06....., măsura anulării procedurii pentru lotul 3 a rezultat din faptul că a fost depusă o singură ofertă declarată inacceptabilă, fiind astfel incidentă cauza de anulare prevăzută la art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În egală măsură, nu poate fi nesocotită nici culpa autorității contractante în întocmirea deficitară a caietului de sarcini aferent lotului 3. Însă, remedierea unei atari abateri trebuie examinată raportat atât la posibilitatea concreta de realizare, cât și la evitarea încălcării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) [așa cum obligă prevederea de la art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

Astfel, având în vedere etapa procedurii în care a fost constatată nelegalitatea, caietul de sarcini nu mai poate fi modificat astfel încât să fie posibilă corespondența acestuia cu specificul achiziției, cu atât mai mult cu cât, conform art. 147 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016, caietul de sarcini este anexă la contractul de achiziție publică. Ignorarea specificației nelegale și evaluarea ofertei societății contestatoare prin raportare la conținutul caietului de sarcini, fără a fi luată în considerare și cerința prezentării certificatului EN 60601-2-52:2010 - siguranța pacientului nu este o măsură legală, deoarece, pe de o parte, caietul de sarcini și propunerea tehnică câștigătoare devin anexe la contract [conform art. 147 alin. (1) lit. a) si b) din HG nr. 395/2016] și trebuie să se reflecte în clauzele acestuia și în prestația realizată de contractantă, iar pe de altă parte, o atare măsură de „remediere” este de natură să conducă la încălcarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și transparenței, consacrate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, este de presupus că alți operatori economici au apreciat oportunitatea participării la procedura de atribuire în funcție de cerințele autorității contractante, așa cum au fost descrise în documentația de atribuire, ori stabilirea unei oferte câștigătoare în condiții diferite de cele date publicității încalcă dreptul respectivilor operatori la șansa câștigării competiției în condiții similare cu cele avute în vedere de autoritate la atribuire.

art. 209 Cât despre decizia autorității contractante de a respinge oferta SC ..... SA ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că aceasta nu are caracter nelegal, raportat la cerința caietului de sarcini de a fi prezentat certificatul EN 60601-2-52:2010 - siguranța pacientului și la solicitarea expresă a autorității contractante, de transmitere a

acestui certificat, din adresa nr. A2 2979 din 19.05.2017, la care ofertanta nu a răspuns concludent, nedepunând respectivul certificat. Mențiunile acesteia din adresa de răspuns sunt, evident, neconcludente față de specificația caietului de sarcini și față de solicitarea expresă a autorității contractante. Astfel, Consiliul remarcă incidența legală a dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, conform cărora "În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar […] clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă."

Date fiind cele evocate, Consiliul stabilește că singura măsură de remediere a situației de fapt incidente în cauză este măsura anulării procedurii, pe considerentele avute în vedere de legiuitor în reglementarea de la art. 212 din Legea nr. 198/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)."

În aceasta situație, Consiliul retine caracterul nefondat al contestației depuse de SC ..... SA.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SA în contradictoriu cu .....

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 4 exemplare, conține 9 pagini.