



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 726/19.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45528/20.10.2020, formulată de SC SRL, cu sediul în, .., sector 2, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI .., reprezentată legal prin administrator și convențional prin .., formulată împotriva măsurilor de remediere publicate în SEAP la data de 13.10.2020, de către, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică, împărțit pe loturi, având ca obiect „Furnizare și instalare echipamente medicale”, LOT 4, 5 și 7, cod CPV principal 33100000-1 – Echipamente medicale (Rev.2), s-au solicitat:

- *Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a contestației, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;*

Constatarea faptului că:

- *Autoritatea contractantă a încălcat procedura de soluționare a contestațiilor prevăzută de art. 9 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. (3) și (4) din același act normativ;*

- *..... SRL e decăzută din dreptul de a mai formula contestație în fața CNSC, în termenul legal de 7 zile, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016;*

- *Autoritatea contractantă a aplicat în mod greșit procedura de soluționare a contestațiilor reglementată de Legea nr. 101/2016 și*

procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică reglementată de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

- Obligarea autorității contractante la anularea deciziei prin care societatea sa a fost eliminată din procedura de licitație și obligarea acesteia la atribuirea contractului de achiziție publică conform comunicării privind rezultatului procedurii nr. 496/07.10.2020, publicată în SEAP în data de 07.10.2020.

Prin cererea de intervenție voluntară nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., ... SRL, cu sediul în, ..., ..., cu număr de înmatriculare în Registrul Oficiului Comerțului nr., având CUI, solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ca nefondată.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL critică măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 13.10.2020, vizând loturile 4, 5 și 7, de către, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că, potrivit raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii nr. 496/07.10.2020, oferta sa a fost declarată câștigătoare pentru loturile 4, 5 și 7. Ulterior, în urma unor măsuri de remediere postate în SEAP la data de 13.10.2020, a luat cunoștință că autoritatea contractantă a revenit asupra evaluării propunerii tehnice și a declarat oferta sa ca neconformă, conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016. Aceste măsuri au fost luate ca urmare a unei adrese primite în mod direct de la un alt ofertant participant în procedură, clasat pe locul doi în clasament.

Având în vedere modul în care autoritatea contractantă a admis solicitarea formulată de ofertantul clasat pe locul doi, printr-o simplă adresă, contestatorul apreciază că a fost încălcată procedura de contestație reglementată de art. 9 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. (3) și (4) din același act normativ. Procedura în cauză, arată contestatorul, prevede clar că autoritatea contractantă poate adopta măsuri de remediere, în cel mult 3 zile de la primirea unei contestații, cu precizarea că acea contestație poate fi depusă, exclusiv, la CNSC sau la instanța de judecată competentă după caz, în termenul legal de 7 zile prevăzut de art. 8 din aceeași lege.

Mai mult, raportat la modul ilegal în care comisia de evaluare a decis declararea ofertei sale ca neconformă, în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât nu îndeplinește toate cerințele minime din caietului de sarcini, contestatorul susține că pretinsa neîndeplinire a cerinței privind personalul calificat instruit la producător pentru instalare, punere în funcțiune și instruire personal medical, a fost solicitată exclusiv doar pentru loturile 4 și 7, nu și pentru lotul 5.

Contestatorul mai susține că, în baza certificatului privind capacitatea tehnică și/sau profesională, producătorul aparatelor, în speță, furnizorul societății sale, atestă că SC SRL are personal calificat, instruit la producător pentru instalare, punere în funcțiune și instruire personal medical.

În vederea interpretării noțiunii de producător, contestatorul invocă Decizia CNSC nr. 2972 din data de 22.11.2018.

Concluzionând, față de motivele prezentate, raportat la dispozițiile art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, contestatorul apreciază că se impune admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă.

Prin punctul de vedere nr. 10551/26.10.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 46584/26.10.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, și menținerea, ca valabile și legale, a actelor a căror anulare se solicită.

Referitor la măsurile de remediere dispuse pentru loturile 4, 5 și 7, publicate în SEAP la data de 13.10.2020, autoritatea contractantă apreciază că acestea nu trebuie privite prin prisma art. 9 din Legea nr. 101/2016. Măsura adoptării reevaluării ofertei SC SRL a intervenit urmare a unei solicitări din partea ofertantului clasat pe locul doi în clasament, acesta atrăgând atenția asupra unor erori în procesul de evaluare a ofertei depusă de contestator.

Așadar, în urma reevaluării ofertei SC SRL, comisia de evaluare a constatat că acesta nu deține personal instruit de la producătorul echipamentelor ofertate, pentru instalare, punere în funcțiune și instruire personal medical, așa cum a fost solicitat în caietul de sarcini.

În justificarea deciziei de reevaluare a ofertelor, autoritatea contractantă apreciază că au fost respectate principiile și legile achizițiilor publice, potrivit cărora ofertantul câștigător se desemnează în baza criteriului de atribuire, dintre ofertele conforme, așa cum este prevăzut în art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Decizia de reevaluare a ofertei în discuție a fost luată cu respectarea prevederilor Legii nr. 101/2016, întrucât prin revenirea asupra comunicării rezultatului procedurii, a corectat o greșeală comisă în cadrul evaluării ofertelor.

Referitor la motivele de neconformitate a ofertei SC SRL, autoritatea contractantă învederează că Certificatul de training și

Autorizația de distribuție și service de la ..., nu corespund cerințelor din caietul de sarcini. De reținut este că ... este un simplu distribuitor de echipamente medicale, și nu producătorul echipamentelor oferite, care este

Prin urmare, ofertantul în cauză nu a făcut dovada că dispune de personal instruit de către producătorul ... și nici că este autorizat de producătorul ... pentru a desfășura activitățile de service pe teritoriul României, rezumându-se la a prezenta documente emise de, operator economic care nu are calitatea de producător/fabricant al produselor oferite de SC SRL.

Or, susținerea contestatorului conform căreia societatea sa dispune de personal instruit de ... și are dreptul de a efectua service pentru produsele marca , nu poate fi reținută.

De asemenea, argumentele ofertantului contestator, conform cărora documentele emise de ... trebuie luate în considerare pentru îndeplinirea celor două cerințe, pe motiv că Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate l-ar asimila ca producător/fabricantul produselor oferite, nu pot fi reținute, întrucât legea amintită vizează exclusiv protecția consumatorilor persoane fizice și nu a consumatorilor persoane juridice, și că, în urma finalizării procedurii de atribuire, se va stabili un raport între operator economic și o persoană juridică.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că în cadrul avizului de funcționare, ce conferă dreptul contestatorului de a furniza produse medicale, este nominalizat doar producătorul ... și nu distribuitorul ..., iar, analizând informațiile de la adresa web https://www.samsunghealthcare.com/en/about_us/global_network, se constată că nu apare ca fiind distribuitor partener al companiei .

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că nu există niciun temei pentru a aprecia că un distribuitor de echipamente medicale, cum este ..., se poate substitui producătorului ... și își poate asuma angajamente în numele și pe seama acestuia.

Referitor la calitatea de producător și obligațiile acestuia, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 2 alin. (1) din HG nr. 54/2019 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, unde este definită noțiunea de producător, precum și Decizia Consiliului nr. 1879/C11/2086 din 28.10.2019.

În consecință, din analiza documentelor prezentate de contestator în cadrul ofertei nu reiese că ... are calitatea de producător/reprezentant autorizat ..., așa cum acesta este definit de Regulamentul (UE) 2017/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 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/...../CEE și 93/42/CEE ale Consiliului.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă consideră contestația SC SRL nefondată, solicitând respingerea acesteia și

menținerea ca fiind valabile și legale actele a căror anulare o solicită contestatorul.

În replică, prin adresa nr. 734/27.10.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 47075/28.10.2020, contestatorul a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Reluând solicitările și motivele în concret din cuprinsul contestației, SC SRL susține că, raportat la motivele de respingere a ofertei sale, în cuprinsul caietului de sarcini, pagina 31, reprezentând Propunerea tehnică lotul 5, autoritatea contractantă nu a prevăzut printre condiții ca Furnizorul să dețină autorizație de distribuție și service de la producător, astfel cum a solicitat în cazul loturilor 4 și 7.

Mai mult, contestatorul subliniază că pentru loturile 4 și 7, autoritatea contractantă nu s-a referit în mod special la producătorul Samsung, ci la noțiunea de producător, în sens general, noțiune ce trebuie interpretată în lumina art. 2 lit. d) din Legea nr. 449/2003.

În aceste condiții, se consideră de contestator că modalitatea în care a fost enunțată cerința tehnică pentru loturile 4 și 7, nu impune prezentarea unei autorizații exprese pentru asigurarea distribuției și service-ului direct de la producătorul aparatelor, respectiv compania Samsung, ci doar a unei garanții care să ateste capacitatea societății sale de a asigura mentenanța și reparația echipamentelor medicale licitate, fapt ce rezultă din:

- Avizul de funcționare nr. 5797 din 09.01.2019, eliberat de către Agenția Națională a Medicamentelor și a Dispozitivelor Medicale, în care se menționează că se avizează funcționarea unității pentru import, distribuție medicamente, distribuție medicamente, distribuție dispozitive medicale și reparație, mentenanță și punere în funcțiune/instalare. Totodată, în cuprinsul acestui document se menționează că unitatea este distribuitor al unor producători, printre care și al Samsung Medison Co. LTD;

- Împuternicirea Power of Attorney, emisă de furnizorul .. GmbH care dă dreptul SC SRL să distribuie produsele ... comercializate de către aceștia din urmă pe piața din România;

- Certificatul de instruire intitulat *Certificate of Technical Service Training*, prin care atestă că dl. Ing. Iulian Marius a fost instruit pentru asigurarea instalării, mentenanței și service-ul pentru aparatele Samsung comercializate de furnizor.

Mai arată contestatorul că, prin decizia nr. 2972/22.11.2018, Consiliul a reținut că asigurarea service-ului se garantează de către ofertantul câștigător prin contractul de vânzare-cumpărare, calitatea de producător al aparatelor fiind definită de art. 2 din Legea nr. 449/2003.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin cererea de intervenție voluntară nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., ... SRL solicită respingerea

contestației formulată de SC SRL, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ca nefondată.

Detaliind cerințele documentației de atribuire, intervenientul arată că ofertanții participanți în procedură aveau obligația de a elabora propunerea tehnică cu respectarea integrală a cerințelor minimale stabilite în cadrul acesteia. Astfel, în susținerea activității de service, s-a solicitat dovada existenței personalului calificat prin orice document emis de producător din care să rezulte că personalul ofertantului a fost instruit de acesta, document nu mai vechi de 24 de luni, și, totodată, deținerea autorizației de distribuție și service de la producător.

Din analiza celor două cerințe stabilite, rezultă că ofertanții participanți pentru loturile 4, 5 și 7, trebuiau să prezinte documente emise de producătorul echipamentelor ofertate din care să rezulte că dispune de personal instruit de producător și documente prin care să facă dovada că este autorizat de producătorul echipamentelor ofertate pentru a efectua intervenții service pe teritoriul României.

Raportat la cerințele sus menționate, SC SRL nu a făcut dovada că dispune de personal instruit de către producătorul ... și nici că este autorizat de producătorul ... pentru a desfășura activități de service pe teritoriul României, acesta rezumându-se la a prezenta documente emise de ..., operator economic care nu are calitatea de producător/fabricat al produselor ofertate.

Referitor la afirmația contestatorului conform căreia documentele emise de ... trebuiau luate în considerare pentru îndeplinirea celor două cerințe pe motiv că Legea nr. 449/2003 ar asimila ofertantul cu însăși producătorul/fabricantul produselor ofertate, intervenientul susține că aceasta nu poate fi reținută, întrucât legea invocată vizează exclusiv protecția consumatorilor persoane fizice și nu a consumatorilor persoane juridice. În atare situație, Legea nr. 449/2003 sau OG nr. 21/1992 vizează doar raporturile dintre un operator economic și o persoană fizică.

Pe de altă parte, în urma finalizării procedurii de atribuire se va stabili un raport între un operator economic și o persoană juridică. Prin urmare, dispozițiile legale invocate de contestator pentru a justifica relevanța documentelor emise de ... nu sunt opozabile autorității contractante și nu pot fi invocate pentru a justifica modul de elaborare a ofertei depuse în procedura de atribuire.

De reținut este că autoritatea contractantă a solicitat ca ofertanții să prezinte Certificat de conformitate CE emis de un organism notificat și Declarație de conformitate CE. Pentru a face dovada îndeplinirii acestei cerințe SC SRL a prezentat un certificat de conformitate emis de producătorul ... și nu de distribuitorul Mai mult, în cadrul avizului de funcționare ce conferă dreptul operatorului economic de a furniza produse medicale este nominalizat doar producătorul .. și nu distribuitorul

Mai evidențiază intervenientul că din analiza informațiilor regăsite pe site-ul producătorului, se poate constata că operatorul economic ... nici măcar nu este un distribuitor partener al companiei ...

Pe cale de consecință, intervenientul apreciază că nu există niciun temei pentru a se aprecia că un distribuitor de echipamente medicale, cum este, se poate substitui producătorului ... și își poate asuma angajamente în numele și pe seama acestuia.

În susținerea celor afirmate, intervenientul invocă jurisprudența Consiliului, precum și prevederile art. 75 și art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, precum și pe cele ale art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, conform cărora contestatorul avea obligația să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire respectiv, să prezinte documente edificatoare prin care să facă dovada îndeplinirii tuturor cerințelor.

Or, din analiza propunerii tehnice a SC SRL, se poate observa că aceasta nu a fost elaborată în conformitate cu cerințele minimale stabilite prin caietul de sarcini.

Referitor la argumentele prezentate în contestația SC SRL, intervenientul susține că acestea sunt neconcludente și nefondate. Legea nr. 449/2003, invocată de contestator, în opinia intervenientului are caracter de lege generală și vizează orice tip de produse. Domeniul comercializării echipamentelor medicale are o reglementare specifică, iar noțiunea de producător are înțelesul dat de dispozițiile art. 2 alin. (1) din HG nr. 54/2019 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale.

Așadar, noțiunea de *producător* în materia comercializării dispozitivelor medicale are un înțeles cu totul diferit față de noțiunea de *producător* prevăzută de Legea nr. 449/2003.

În atare condiții, intervenientul susține că, în domeniul dispozitivelor medicale, KPI Healthcare Europe este un simplu distribuitor de echipamente care nu îndeplinește niciunul dintre atributele pe care trebuie să le aibă un producător, în înțelesul HG nr. 54/2019.

Prin urmare, orice referire la dispozițiile Legii nr. 449/2003 în raporturile dintre un comerciant și o persoană juridică, este lipsită de orice efect.

Referitor la invocarea contestatorului a unei decizii CNSC ca speță similară cauzei de față, intervenientul susține că soluția pronunțată de o instanță de judecată este obligatorie doar pentru părțile respectivei cauze, nicio altă persoană sau instanță nefiind obligată să aplice aceeași soluție și în alte cauze. Mai mult, între cauza invocată de contestator și situația ce face obiectul prezentului litigiu există diferențe fundamentale.

În ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia KPI Healthcare Europe este producător, intervenientul precizează că acesta nu se regăsește în lista producătorilor din Avizul de funcționare emis de Ministerul Sănătății al ofertantului SC SRL.

În concluzie apreciind că SC SRL apelează la motive și interpretări ale unor legi care nu se supun procedurilor de achiziție publică pentru a fi admis în cadrul procedurii și totodată de a tergiversa derularea procedurii de achiziție publică, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică, împărțit pe loturi, având ca obiect „Furnizare și instalare echipamente medicale”, cod CPV principal 33100000-1 – Echipamente medicale (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1021844/16.06.2020, la care a anexat documentația de atribuire.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 14 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 495/07.10.2020, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, rezultatul evaluării ofertelor primite, precum și ofertele câștigătoare pentru fiecare lot în parte.

Ulterior, autoritatea contractantă a decis adoptarea unor măsuri de remediere pentru loturile 4, 5 și 7, constând în reevaluarea tehnică a ofertei depusă, pentru aceste loturi, de SC SRL, desemnată inițial câștigătoare, în urma căreia s-a decis respingerea, ca neconformă, a acestei oferte, deoarece nu îndeplinește toate cerințele din caietul de sarcini, și s-a refăcut clasamentul ofertelor admisibile, pentru loturile amintite.

A fost întocmit raportul procedurii nr. 506/12.10.2020, în care s-a consemnat modul de desfășurare al procedurii, ofertele admise și cele respinse, motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și ofertele desemnate câștigătoare pentru fiecare lot în parte.

Nemulțumit de măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 13.10.2020, prin care oferta sa depusă pentru lotul 4 - Ecograf portabil cu 2 sonde, lotul 5 - Ecograf portabil cu 3 sonde și lotul 7- Ecograf DOPPLER a fost respinsă, SC SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Referitor la solicitarea contestatorului de suspendare a procedurii, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea definitivă a contestației, Consiliul a respins-o ca nefondată, prin Încheierea nr. 1985/C2/2299 din 23.10.2020.

Față de cererea de intervenție formulată de SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes

legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător pentru loturile 4, 5 și 7, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 506/12.10.2020, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

Pe fond, examinând susținerile părților, dispozițiile legale aplicabile și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Printr-o primă critică, autorul contestației reclamă demersul autorității contractante de a adopta măsura remedierii actelor întocmite în procedură, demers întreprins în urma primirii unei adrese din partea unui ofertant, iar nu a unei contestații, sens în care, apreciază contestatorul, achizitorul nu era îndreptățit legal să procedeze la infirmarea primului rezultat, prin raportare la dispozițiile în vigoare ale Legii nr. 101/2016.

În soluționare, Consiliul reține că, într-adevăr, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei contestatorului depusă pentru loturile 4, 5 și 7, în urma adresei nr. 342/08.10.2020 primite din partea SC, prin care se solicita, pe de o parte, accesul la dosarul achiziției, iar, pe de altă parte, era semnalat faptul că ofertantul SRL nu este distribuitor autorizat al producătorului produselor oferate.

Însă, contrar susținerilor contestatorului, Consiliul apreciază că această situație nu este în măsură să conducă la infirmarea dreptului autorității contractante de a-și revoca propriile acte, atunci când apreciază că au existat erori în procesul de evaluare al ofertelor primite.

Dispozițiile art.9 alin.1 din Legea nr.101/2016, potrivit cu care *„După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult trei zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării lor. (...)”* reprezintă, în fapt, expresia principiului revocabilității actelor administrative, care presupune că emitentul unui act administrativ poate oricând proceda la revocarea lui, astfel că măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă nu pot fi infirmate de Consiliu, independent de ceea ce susține contestatorul.

În cazul de față, autoritatea contractantă fiind sesizată cu privire la anumite aspecte în legătură cu rezultatul evaluării, Consiliul constată că nu există nicio dispoziție legală care să-i interzică acesteia să revină asupra celor stabilite inițial, astfel că, în concordanță cu principiul asumării răspunderii, statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea este singura în măsură să aprecieze necesitatea revocării rezultatului inițial, în ceea ce privește situația loturilor 4, 5 și 7.

Lipsa unei contestații formulată în baza Legii nr. 101/2016, apreciază Consiliul, nu infirmă dreptul autorității contractante de a remedia actele întocmite, drept de care aceasta poate uza sau nu, după cum consideră.

Pe cale de consecință, criticile contestatorului expuse în acest sens, vor fi înlăturate, ca neîntemeiate.

Cât privește criticile de pretinsă nelegalitate a deciziei de respingere, ca neconformă, a ofertei aferentă loturilor 4, 5 și 7, Consiliul reține că, ceea ce i se impută contestatorului, este faptul că propunerea sa tehnică nu îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini, respectiv Certificatul de training și Autorizația de distribuție și service provin de la KPI Europe GmbH, care nu este producătorul echipamentelor oferate.

În acest context, cu titlu preliminar, se constată că aceste motive au fost precizate clar în documentul intitulat „Măsurile de remediere pentru loturile 4, 5 și 7”, conform cu care oferta a fost respinsă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 (*În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*), înscris pe care ofertantul contestator l-a anexat contestației sale.

Analizând conținutul caietului de sarcini, Consiliul observă că, pentru lotul 4, autoritatea contractantă a stabilit următoarele cerințe minime și obligatorii:

„Personal calificat instruit la producător pentru instalare, punere în funcțiune și instruire personal medical.

În vederea susținerii activității de service se va face dovada existenței personalului calificat. Documente solicitate: orice document emis de producător din care să rezulte că personalul ofertantului a fost instruit de producător, document nu mai vechi de 24 de luni.

Furnizorul să dețină autorizație de distribuție și service de la producător.” (pag. 31)

Aceleași cerințe au fost stabilite și pentru lotul 5, așa cum rezultă din informațiile regăsite la pag. 43 a caietului de sarcini, iar, în ceea ce privește lotul 7, conform specificațiilor de la pag. 46, s-au solicitat doar *„Personal calificat instruit la producător pentru instalare, punere în funcțiune și instruire personal medical. În vederea susținerii activității de service se va face dovada existenței personalului calificat. Documente solicitate: orice document emis de producător din care să rezulte că personalul ofertantului a fost instruit de producător”.*

Raportat la cele stabilite prin caietul de sarcini, contrar susținerilor contestatorului, Consiliul observă că doar în cazul lotului 7 lipsește cerința ca *„Furnizorul să dețină autorizație de distribuție și service de la producător”*, respectiv solicitarea ca documentul emis de producător, din care să rezulte că personalul ofertantului a fost instruit de producător, să nu fie mai vechi de 24 de luni, însă, comune celor trei loturi în discuție sunt cerințele privind demonstrarea deținerii de personal calificat de producător pentru instalare, punere în funcțiune și

instruire personal medical, dovedită printr-un document emis de producător.

În soluționare, se reține că, în opinia contestatorului, documentele regăsite în propunerea sa tehnică sunt suficiente pentru îndeplinirea cerințelor reiterate anterior, sens în care sunt indicate Certificatul de training și Autorizația de distribuție și service emise de ..., furnizorul produselor oferite de societatea sa.

Astfel, un prim aspect care poate fi constatat din însăși apărările contestatorului, este acela că societatea ... are calitatea de furnizor al produselor oferite de contestator, produse fabricate de ...

De altfel, observă Consiliul, că diferendul dedus judecății își are originea în înțelesul pe care contestatorul îl dă noțiunii de „producător”, care, în accepțiunea sa, trebuie interpretată în lumina dispozițiilor art. 2 lit. d) Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora.

Analizând dispozițiile acestui act normativ, se constată că el reglementează aspecte privind vânzarea produselor, inclusiv a celor executate la comandă, și garanțiile asociate acestora, în vederea asigurării protecției consumatorului, iar, potrivit definițiilor regăsite la art. 2, „consumatorul” este persoana astfel definită la art. 2 pct. 2 din OG nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare, respectiv *„orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale”*.

Având în vedere că, în cazul de față, autoritatea contractantă nu poate fi asimilată consumatorului, așa cum este acesta definit de dispozițiile Legii nr. 449/2003, apreciază Consiliul, că baza legală la care contestatorul face trimitere nu este incidentă cauzei.

Pe de altă parte, dată fiind natura obiectului procedurii, respectiv furnizare echipamente medicale, înțelesul termenului de „producător”, necesar a fi lămurit, se regăsește reglementat prin HG nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, conform cu care:

Art. 2 alin. (1) În sensul prezentei hotărâri, termenii și expresiile de mai jos se definesc după cum urmează:

1. dispozitiv medical - orice instrument, aparat, echipament, software, material sau alt articol, utilizate separat sau în combinație, inclusiv software-ul destinat de către producătorul acestuia a fi utilizat în mod specific pentru diagnosticare și/sau în scop terapeutic și necesar funcționării corespunzătoare a dispozitivului medical, destinat de către producător a fi folosit pentru om (...)

9. reprezentant autorizat - orice persoană fizică sau juridică cu domiciliul sau sediul în Uniunea Europeană, care, în urma desemnării explicate de către producător, acționează și poate fi contactată de autoritățile și organisme din Uniunea Europeană în locul

producătorului cu privire la obligațiile acestuia conform prezentei hotărâri;

14. producător - persoana fizică sau juridică care poartă răspunderea pentru proiectarea, fabricarea, ambalarea și etichetarea unui dispozitiv, înainte de a fi introdus pe piață sub numele său propriu, indiferent dacă aceste operații sunt efectuate de ea însăși sau, în numele său, de o terță parte.

Aceste definiții se regăsesc precizate și în OMS nr. 566/2020 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a titlului XX din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, referitoare la avizarea activităților în domeniul dispozitivelor medicale, act normativ conform cu care noțiunea de „distribuitor” reprezintă „orice persoană fizică sau juridică din lanțul de aprovizionare, alta decât producătorul sau importatorul, care pune la dispoziție dispozitive medicale în cursul unei activități comerciale”.

De asemenea, relevante vor fi reținute și definițiile regăsite la art. 2 din Regulamentul (UE) 2017/745 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 5 aprilie 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/...../CEE și 93/42/CEE ale Consiliului, și anume:

30. „producător” înseamnă o persoană fizică sau juridică care fabrică sau recondiționează complet un dispozitiv sau care gestionează proiectarea, fabricarea sau recondiționarea completă a dispozitivului respectiv și pe care îl comercializează sub denumirea sau marca sa;(...)

32. „reprezentant autorizat” înseamnă orice persoană fizică sau juridică stabilită în Uniune, care a primit și a acceptat un mandat scris din partea unui producător din exteriorul Uniunii, pentru a acționa în numele producătorului în legătură cu sarcini specificate privind obligațiile acestuia din urmă care decurg din prezentul regulament;

34. „distribuitor” înseamnă orice persoană fizică sau juridică din lanțul de aprovizionare, alta decât producătorul sau importatorul, care pune la dispoziție pe piață un dispozitiv, până în momentul punerii în funcțiune.

Stabilit fiind sensul noțiunilor de mai sus, Consiliul reiterează faptul că solicitarea caietului de sarcini a cărei neîndeplinire îi este imputată ofertantului contestator, face referire la deținerea de personal calificat instruit de către producător pentru instalare, punere în funcțiune și instruire personal medical, documentul solicitat pentru demonstrarea acestei cerințe fiind orice înscris emis de producător, pe de o parte, iar, pe de altă parte, dovedirea faptului că furnizorul deține autorizație de distribuție și service de la producător.

În prezenta procedură, contestatorul a oferat echipamente fabricate de ..., acesta având, așadar, calitatea de producător. De altfel, inclusiv în Avizul de funcționare nr. 5797/09.01.2019, se arată că SRL este distribuitor al producătorilor enumerați în cuprinsul acestui document, printre care se regăsește și producătorul ...

În referire la cerințele caietului de sarcini amintite mai sus, ofertantul a depus în propunerea sa tehnică un document intitulat „Certificate of Technical Service Training” emis de ..., la data de 10.01.2018, prin care se certifică faptul că dl. ing. a fost instruit pentru instalarea, mentenanța și service-ul sistemelor .. (...).

De asemenea, în ofertă s-a regăsit o autorizație emisă tot de ..., prin care această societate confirmă că SRL este distribuitorul său pentru produsele amintite și că service-ul în timpul și după perioada de garanție va fi asigurat de acesta.

Așa cum rezultă din același înscris, ... este re-vânzător de echipamente medicale de diagnostic, deci distribuitor (iar nu producător/reprezentant autorizat) al sistemelor Samsung Ultrasound.

Din informațiile regăsite în documentele probatorii depuse de SRL în propunerea sa tehnică, rezultă, pe de o parte, că înțelege să ofere echipamente produse de, iar, pe de altă parte, că înscrisurile prin care înțelege să facă dovada îndeplinirii cerinței privind deținerea personalului calificat sunt emise de un terț, în speță ..., care, la rândul său, se declară a fi distribuitor al produselor

Or, cerințele caietului de sarcini, sub aspectul dezbătut, reține Consiliului că au fost clare și fără echivoc, respectiv, se solicita *„orice document emis de producător din care să rezulte că personalul ofertantului a fost instruit de producător”*, eliberat, în cazul loturilor 4 și 5, în ultimele 24 de luni.

Analizând documentele depuse de SRL, prin raportare la textele legale invocate mai sus, Consiliul constată că acesta nu a depus documente emise de producător, deoarece, din documentele aferente propunerii tehnice nu rezultă calitatea ... de producător/reprezentant autorizat al produselor, așa cum acesta este definit în legislația incidentă, ci doar că acesta revinde echipamente medicale de diagnostic, produse de

Or, în lumina dispozițiilor legale anterior citate, nefiind producătorul echipamentelor oferite, pentru a putea fi avută în vedere certificarea eliberată de, pentru instruirea personalului, era necesară prezentarea dovezii că acest operator este autorizat, la rândul său, de, să instruiască personal pentru a efectua instalare și punere în funcțiune a echipamentelor

Astfel spus, în cazul în care nu se achiziționează produsul direct de la producător, se impune prezentarea unor dovezi că toți operatorii economici din lanțul de livrare sunt autorizați, la rândul lor, din acest punct de vedere.

Nici cerința comună loturilor 4 și 5, respectiv *„Furnizorul să dețină autorizație de distribuție și service de la producător”*, nu poate fi considerată îndeplinită câtă vreme, similar celor reținute mai sus, nu există nicio dovadă că operatorul economic deține autorizație de distribuție și service de la producătorul și că este autorizat de producător să emită, în numele său, un astfel de document.

Însă, Consiliul apreciază că, anterior emiterii deciziei de respingere, ca neconformă, a ofertei contestatorului, comisia de evaluare ar fi trebuit să dea curs dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 134 alin. 1 din HG nr. 395/2016, pentru a se edifica asupra situației reale a informațiilor regăsite în oferta analizată. În acest scop, este necesară parcurgerea cu ofertantul contestator a unor clarificări punctuale în referire la calitatea de producător/reprezentant autorizat al KPI Europe GmbH pentru produsele marca, oferate la loturile 4, 5 și 7, respectiv pentru a se verifica în ce măsură poate emite documentele în analiză, ca acestea să reprezinte o dovadă a îndeplinirii cerințelor caietului de sarcini, astfel cum au fost stabilite pentru fiecare lot în parte.

Aceste clarificări reprezintă completări formale sau de confirmare a informațiilor regăsite în oferta prezentată de contestator, în acord cu scopul procedurii de achiziție, cu principiul proporționalității și impusă tocmai de acesta, și nu pot fi interpretate, în contextul dat, ca fiind contrare celorlalte principii privind transparența și tratamentul egal.

La acest moment, neputându-se verifica, cu certitudine, calitatea și drepturile primite de ... din partea producătorului ... CO. LTD, pentru ca să se considere îndeplinite cerințele caietului de sarcini, solicitarea contestatorului de a fi obligată autoritatea contractantă la atribuirea contractului către societatea sa, este neîntemeiată.

Trimiterile autorității contractante la informațiile regăsite pe site-ul producătorului echipamentului, nu pot fi reținute ca fiind suficiente, câtă vreme evaluarea ofertelor primite are la bază documentele prezentate de ofertanți.

De asemenea, față de decizia CNSC pe care contestatorul o invocă în susținerile sale, Consiliul observă că aceasta a avut în vedere un alt context al cerințelor stabilite de autoritatea contractantă, diferit de cel existent în prezenta cauză.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 506/12.10.2020, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, aferentă loturilor 4, 5 și 7, precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, respinge, ca nefondate, celelalte solicitări ale contestatorului.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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:

Admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 506/12.10.2020, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, aferentă loturilor 4, 5 și 7, precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca nefondate, celelalte solicitări ale contestatorului.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de, și o respinge.

Obligatorie.

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 COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practicaua deciziei:

.....