



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. , înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. , depusă de SRL, cu sediul în, Str. , jud., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin Administrator, privind procedura de licitație deschisă, online, pentru încheierea contractului având ca obiect „Furnizare echipamente și consumabile pentru dezinfectare În cadrul proiectului: «Consolidarea capacității - de a reacționa la criza de sănătate publică cauzată de răspândirea virusului SARS-CoV2»”, cod CPV 33140000-3, organizată de cu sediul în Orașul, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- Anularea Raportului procedurii nr. și a actelor subsecvente acestuia;
- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , SRL, cu sediul , înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. și având Cod Unic de Identificare , reprezentată prin administrator , în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a formulat „cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante”, prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante și respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Contestatorul arată că, la data de , autoritatea contractanta a publicat în SEAP anunțul de participare nr. privind organizarea procedurii în cauză.

Ulterior depunerii și vizualizării ofertelor, contestatorul menționează faptul că, autoritatea contractantă a postat în SEAP (în data de orele) lista cu participanții care au depus ofertă pentru procedură, printre aceștia regăsindu-se și societatea sa.

Mai departe, contestatorul precizează că, prin atribuțiunile comisiei de evaluare, aceasta a procedat la evaluarea garanției de participare, a formularului DUAЕ și documentelor care-l însoțesc, astfel cum reiese din documentul/înscrisul denumit Proces-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor și de inventariere a documentelor depuse, având nr. .

Astfel, contestatorul menționează că, urmând cursul desfășurării procedurii (în partea vizând propunerea tehnică depusă de către societatea sa), prin adresa nr. autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, cu termen de răspuns de 2 zile de la data publicării în SEAP a acesteia, la care a răspuns aplicat și punctual tuturor solicitărilor de clarificare din adresa respectivă. Astfel, cu privire la prezentarea Certificatului de înregistrare a dispozitivelor medicale aferent produsului Maști de protecție FFP2, contestatorul arată că, a concluzionat în răspunsul transmis că standardul FFP2 se aplică doar la materialele de protecție și nu la dispozitivele medicale, prin urmare produsul prezentat de societatea sa este însoțit de documente care atestă caracterul de material de protecție, conform EN 149:2001 + A1:2009 ca echivalență, având în vedere că însăși autoritatea contractantă i-a dat posibilitatea, conform cerinței din Fișa de date a achiziției, cap. VI.3 „Informații suplimentare”, punctul 7: *„Cerințele tehnice definite la nivelul anunțului de participare, caietului de sarcini sau altor documente complementare, prin trimiterea standardelor, la un anumit producător, la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție/metoda specifică de fabricație/prestare/execuție, vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea «sau echivalent»”*.

Așadar, având în vedere faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, contestatorul consideră că „autoritatea contractantă a greșit în aprecierea făcută”.

Contestatorul arată că, prin adresa nr. autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, respectiv faptul că oferta sa a fost considerată inacceptabilă motivat de faptul că produsul ofertat: Model: BRK:02, adică mască FFP2 nu respectă cerința imperativă: „Produsele trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”.

Astfel, contestatorul menționează că, a procedat la studierea dosarului achiziției, în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatorul precizează că, în oferta declarată câștigătoare, măștile FFP2 sunt produse de , cu sediul în Bulgaria. Mai mult, din corespondența purtată între societatea contestatoare și ANMDMR - Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România, care la rândul-i a purtat diligențe cu Autoritatea Competentă din Bulgaria, rezidă faptul că toate aparatele respiratorii testate conform standardului EN149 + AC sunt echipamente de protecție personală și nu pot fi introduse pe piață ca dispozitive medicale. Într-adevăr, contestatorul arată că nu a „amendat” documentația de atribuire în termenul legal dat de legiutor (nu a contestat/nu a solicitat clarificări), cu privire la cerința autorității contractante de a prezenta pentru Măștile de protecție FFP2 - Certificatul de înregistrare a dispozitivelor

medicale, „impunere” care, în opinia sa, contravine dispozițiilor legale și nu au corespondent nici în caracteristicile reale ale măștilor de tipul FFP2 și face imposibilă participarea oricărui producător/ distribuitor/revânzător...etc, la procedura de achiziție publică cu o ofertă conformă, aceste dispozitive de protecție suportând un regim juridic individual și nu pot fi încadrate în noțiunea de dispozitive medicale, cum greșit a solicitat autoritatea contractantă. Cu alte cuvinte, contestatorul susține că, necesitatea avizării ANMDMR este contrară precizărilor Departamentului de Reglementare din cadrul aceleiași agenții, autoritate națională competentă în domeniul medicamentului de uz uman, dispozitivelor medicale și evaluării tehnologiilor medicale, care a menționat faptul că echipamentele individuale de protecție nu se încadrează în categoria dispozitivelor medicale, prin urmare nu sunt supuse procedurii de avizare de către ANMDMR.

Prin urmare, contestatorul susține că, măștile respiratorii FFP2 sunt echipamente individuale de protecție și se supun dispozițiilor normative din Ordinul nr. 2376/2022 din 4 decembrie 2020, emis de Guvernul României - Agenția Națională pentru Achiziții Publice, privind conținutul, modalitatea de completare și modul de utilizare a documentelor standard - Instrucțiuni pentru ofertanti/candidați și Caiet de Sarcini: la atribuirea Contractului cadru/contractului de achiziție publică/sectorial având ca obiect măști de protecție de uz sanitar de tip II, IIR, FFP2, FFP3. Așadar, contestatorul apreciază că, cerința autorității contractante privind prezentarea Certificatului de înregistrare a dispozitivelor medicale pentru măștile FFP2 dar și evaluarea ofertelor, ținând cont de această cerință, „pare nelegală”, în sensul că avizarea măștilor FFP2 ca dispozitive medicale nu pot fi încadrate, nici din punct de vedere legal și nici din punct de vedere funcțional, în această categorie.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă apreciază în mod eronat, în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii că măștile FFP2 trebuie să corespundă Standardului SR EN 14683 + AC 2019.

Mai mult, contestatorul apreciază că, solicitarea ca măștile FFP2 să corespundă standardului SR EN 14683 „nu doar că excede, în abstract, criteriilor standardului de performanță, dar contravine Regulamentului UE 2016/425 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 martie 2016 privind echipamentele individuale de protecție”, fiind descrise de către standardul SR EN 149, iar potrivit Directivei 89/686/CEE nu necesită certificat de înregistrare a dispozitivelor medicale și nici notificare pentru producător din partea ANMDMR. Pentru a deosebi dacă măștile FFP2 sunt dispozitive medicale și pentru a distinge incidența sau nu a dispozițiilor cuprinse în O.M.S. nr. 1009/2016, contestatorul consideră că se impune analizarea noțiunii în cauză. Astfel, se arată că, conform art. 2 din H.G. nr. 54/2009: *„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 în scop de:*

- a) *diagnosticare, prevenire, monitorizare, tratament sau ameliorare a unei afecțiuni;*
- b) *diagnosticare, monitorizare, tratament, ameliorare sau compensare a unei leziuni sau a unui handicap;*

c) *investigare, înlocuire sau modificare a anatomiei sau a unui proces fiziologic;*

d) *control al concepției,*
și care nu își îndeplinește acțiunea principală pentru care a fost destinat în organismul uman sau asupra acestuia prin mijloace farmacologice, imunologice sau metabolice, dar a cărui funcționare poate fi asistată prin astfel de mijloace;"

Pe de-o parte, contestatorul învederează că, măștile de tip filtre de particule, FFP2 astfel cum sunt descrise de către standardul SR EN 149 sunt aparate de protecție respiratorie, acestora fiindu-le aplicabil Regulamentul UE 2016/425 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 martie 2016 privind echipamentele individuale de protecție, iar Autoritatea competentă în domeniul echipamentelor individuale de protecție este Ministerul Muncii și Protecției Sociale, iar nu ANMDMR.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că, cerințele de reglementare privind dispozitivele medicale sunt cuprinse în Directiva europeană 93/42/CEE privind dispozitivele medicale (transpusă în legislația națională prin H.G. nr 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale) și Regulamentul UE 2017/745. Din coroborarea considerațiilor și textelor normative indicate, contestatorul apreciază că, concluzia care se desprinde este aceea că produsele FFP2 - limitându-se la acestea întrucât fac obiectul contestației în cauză - nu pot fi încadrate în noțiunea de dispozitive medicale.

Pe cale de consecință, contestatorul susține că, produsele Măști de protecție FFP2 din Caietul de sarcini nu sunt dispozitive medicale și le pot fi aplicate dispozițiile art. 4 din O.M.S. nr. 1009/2016 privind înregistrarea la ANMDMR, în niciun caz Standardul SR EN 14683 + AC 2019 - după care a fost analizată oferta sa.

În plus, contestatorul învederează faptul că, avizul de funcționare prezentat în oferta desemnată câștigătoare nu aparține ofertantului & SRL, ci unei alte societăți cu numele & SRL. Astfel, dacă ofertantul SRL nu deține aviz de funcționare emis de Ministerul Sănătății, contestatorul susține că, acesta nu are dreptul să comercializeze dispozitivele medicale oferite, respectiv mască de unică folosință, mănuși de unică folosință, sterilizator portabil, fapt care face declararea ofertei sale - inacceptabilă, ca fiind tendențioasă și nelegală.

În ceea ce privește dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul precizează că a îndeplinit dispozițiile legale ce-i sunt adresate în speță.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, cât și a H.G. nr. 395/2016 și legislația națională incidentă.

În susținere, au fost depuse, anexat: corespondență cu ANMDMR; solicitări de clarificare din partea AC și răspunsurile date, recipisa de consemnare a cauțiunii în valoare de 18.463,98 lei.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere asupra contestației depusă de SRL, învederând următoarele:

Astfel, având în vedere faptul că SRL a depus contestația nr. , autoritatea contractantă consideră că se impune amânarea semnării contractului de furnizare cu operatorul economic declarat câștigător, până la, și

în funcție de, pronunțarea hotărârii completului 10 al Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor.

Referitor la cererile contestatorului, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

1.Referitor la cererea de anulare a Raportului procedurii nr. 1125/23.05.2022 și a actelor subsecvente acestuia, autoritatea solicită a se reține că nu se impune anularea acestora, deoarece contestația este tardivă în înțelesul art. 16 alin. 1 coroborat cu art. 8 din Legea nr. 101/2016, cât timp vizează o cerință din caietul de sarcini și anume cea potrivit căreia măștile de tip FFP2: „Trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019” (pag. 12/40 din Caietul de sarcini), în timp ce procedura se află în etapa premergătoare semnării contractului de furnizare cu operatorul economic declarat câștigător.

2.Referitor la obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare, autoritatea contractantă arată că, în virtutea prevederilor art. 137 alin. 1 din HG 395/2016: „comisia de evaluare ARE OBLIGAȚIA de a respinge oferte inacceptabile și neconforme”, iar oferta tehnică a contestatorului nu respectă cerința din caietul de sarcini cu privire la măștile de tipul FFP2 care: „Trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”, conform prevederilor art. 137 alin. 3 din HG nr. 395/2016.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în data de , ora 09.44, a transmis spre publicare anunțul de participare nr în SEAP în data de , vând termen limită pentru depunerea ofertelor data de , 15:00.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr. , a publicat în data de , documentul denumit "Clarificări din oficiu" prin care a operat o serie de modificări la caietul de sarcini, dar exclusiv pentru produsele: „dezinfecant pentru mâini” și „soluție dezinfecantă pentru suprafețe” și doar ca urmare a unei inițiative proprii, deoarece, la secțiunea „Clarificări/Întrebări”, niciun operator economic nu a solicitat vreo clarificare.

Mai mult, autoritatea menționează faptul că, potrivit Fișei de date, secțiunea VI.3 „Informații suplimentare”: *„Termenul până la care orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire este de 20 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor. Autoritatea contractantă va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificari în a 11 a zi înainte de data limită de depunere a ofertelor. Solicitățile de clarificari vor fi transmise în format editabil.”*

Totodată, autoritatea arată că, sub nr. , a publicat procesul verbal de deschidere a ofertelor în data de Proces verbal nr. în data de , Proces verbal evaluare tehnică nr. în data de , Proces verbal evaluare financiară nr. în data de , Proces verbal nr. în data de și Raportul procedurii nr. publicat în data de .

În ceea ce privește contestatorul SRL și oferta acestuia, autoritatea subliniază „câteva” aspecte:

1.A depus formularului Propunere tehnică prezentând la secțiunea: „Specificații tehnice ofertate” exact cerințele din caietul de sarcini (pag. 7).

2. Nu a făcut nicio mențiune din care să rezulte fie că produsul propus nu ar putea respecta cerința Autorității Contractante, fie că cerința respectivă ar exceda cadrului legal.

3. Nu a depus niciun document suport aferent produsului: Mască FFP2.

4. Deși întrunea condițiile prevăzute în art. 215 din Legea nr. 98/2016, în temeiul prevederilor art. 134 alin. 2 din HG nr. 395/2016, în data de 01.04.2022 prin solicitarea de clarificări nr. 579, pentru produsul Măști FFP2 i s-a cerut să transmită fișa tehnică și certificate aferente produsului oferat, astfel cum era precizat în CS.

5. A răspuns solicitării de clarificări nr. în data de , ora 21:47 (Data limită de răspuns: precizând următoarele: „Privind produsul Măști de protecție FFP2, vă comunicăm că standardul FFP2 se aplică la materiale de protecție, nu la dispozitive medicale, prin urmare acest produs este însoțit de documente care atestă caracterul de material de protecție, conform EN 149:2001, ca echivalent al certificatului de înregistrare dispozitiv medical pentru dispozitivele medicale.”

6. Prin răspunsul dat, contestatorul încearcă să convingă comisia de evaluare că: „atestă caracterul de material de protecție, conform EN 149:2001, ca echivalent al certificatului de înregistrare dispozitiv medical” și că nu se impune ca produsul să fie realizat în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019.

7. Având în vedere faptul că, în caietul de sarcini cerința privind standardul SR EN 14683 + AC 2019 era imperativă iar acesta nu este echivalent cu standardul EN 149:2001, nu s-au mai impus alte clarificări, deoarece, răspunsul contestatorului enunța clar că acesta nu a vizat un produs care "să fie realizat în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019" ci un produs considerat material de protecție.

8. În temeiul art. 137 din Legea nr. 98/2016, Autoritatea Contractantă arată că, a respins oferta SRL.

Astfel, autoritatea arată că, în termenul de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu mențiunile din Strategia de contractare, ... SRL a depus contestația nr. , contestație care nu vizează aspecte administrative ale procesului de evaluare, ci o cerință prevăzută în Caietul de sarcini la pag. 12 și prin care se solicită respectarea standardului SR EN 14683 + AC 2019 pentru mască de tip FFP2, deoarece proiectul vizează intervenția în „răspândirea virusului SARS-CoV-2”.

Așadar, ca urmare a celor prezentate, Autoritatea Contractantă apreciază că se poate constata că „a realizat toate etapele de evaluare a ofertelor în cadrul procedurii aferente anunțului de participare , a dat șansa operatorului economic contestator de a completa cu documente oferta tehnică propusă, și a evaluat în perfectă concordanță cu prevederile Caietului de sarcini.”

Referitor la cerința impusă prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Motivația pentru care a fost impusă această cerință constă, în faptul că achiziția în speță are un rol determinant în atingerea rezultatelor, indicatorilor și obiectivelor proiectului: „Consolidarea capacității Școlii nr. 3 -....., de a reacționa la criza de sănătate publică cauzată de răspândirea virusului SARS-CoV-2” identificat prin SMIS 143133.

Potrivit art. 10 alin. 4 din contractul de finanțare nr. , în cazul în care Beneficiarul (în speță Școala Gimnazială nr. 3) ar diminua indicatorii de proiect, finanțatorul ar sancționa acest aspect prin diminuarea valorii totale eligibile a Proiectului. Așadar, Autoritatea Contractantă arată că, în cazul în care ar achiziționa produse care nu corespund obiectivului proiectului și

anume: „Dotarea în nouă luni a Școlii Gimnazială nr. 3 -, ..., cu echipamente de protecție medicală necesară pentru a preveni răspândirea coronavirusului SARS-COV-2”, aceasta va suporta consecințe în raport cu finanțatorul proiectului. Pe cale de consecință, autoritatea susține că, echipamentele și produsele achiziționate prin proiect trebuie să vizeze prevenirea răspândirii SARS-COV-2.

Mai mult, Autorității Contractante arată, astfel cum și SRL a semnalat în răspunsul său nr. la solicitarea de clarificări nr. , că: măștile de protecție FFP2 oferite sunt "materiale de protecție, nu la dispozitive medicale", deci nu pot fi considerate produse cu rol în a „preveni răspândirea coronavirusului SARS- COV-2”, acesta fiind motivul, necontestat de niciun operator economic, în termenul legal de 20 de zile înainte de data limită pentru depunerea ofertelor, pentru care a impus prin documentația de atribuire (CS, pag. 12/24), ca produsul Mască tip FFP2: „TREBUIE să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că „nu punem la îndoială corespondența operatorului economic cu producătorul din Bulgaria însă subliniem 2 aspecte:

1.Procedura de achiziție aferentă anunțului de participare nr. CN se supune legislației din România

2.Produsul este de tip FFP2 este certificat conform Directivei 93/42/EEC și îndeplinește cerințele standardului EN 14683:2019 +AC:2019. Așa cum rezultă și din raportul de analiză , Declarația de conformitate CE dar și Avizul nr. care evidențiază potrivit anexei din data de 04.01.2022 faptul că vizează dispozitive medicale și nu materiale de protecție.”

Așadar, autoritatea apreciază că „ne aflăm” în situația achiziționării unui produs mască de tip FFP2 care trebuie să fie realizat în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019 pentru a putea contribui la prevenirea „răspândirii coronavirusului SARS-COV-2”. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă consideră că, chiar și în cazul unei reevaluări a ofertei depuse de, tot nu s-ar putea constata îndeplinirea acestei cerințe deci tot nu ar putea fi stabilit un alt rezultat al procedurii.

În drept, autoritatea contractantă invocă:

1. Privind tardivitatea depunerii contestației: art. 16 alin. 1 coroborat cu art. 8 din Legea nr. 101/2016.

2. Privind decizia corectă a comisiei de evaluare și necesitatea menținerii Raportului procedurii nr. și a actelor subsecvente: art. 215 din Legea nr. 98/2016, art. 137 alin. 1 din HG 395/2016.

3. Privind redundanța reevaluării ofertei: art. 75 din Legea nr. 98/2016, art. 134, alin. 2 din HG nr. 395/2016, art. 137 alin. 1 și 3 din HG nr. 395/2016.

Concluzionând, autoritatea consideră că:

1. SRL nu a depus nicio solicitare de clarificări/ contestație cu privire la cerința referitoare la măști tip FFP2: „Trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”

2. Evaluarea ofertei depuse de către SRL s-a realizat în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire.

3. Formularul Propunere tehnică depus de către contestator nu conține informații potrivit cărora produsul oferit nu ar putea îndeplini cerințele din CS.

4. Prin răspunsul nr. la solicitarea de clarificări a nr. 579/01.04.2022, contestatorul recunoaște că produsul propus nu îndeplinește cerința „TREBUIE să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”, dar afirmă că cele 2 standarde sunt echivalente.

5. După publicarea Raportului procedurii, ... SRL a contestat cerința autorității contractante cu privire la măștile de tipul FFP2.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea în totalitate a contestației, „să admiteți poziția Autorității Contractante și să dispuneți continuarea procedurii prin încheierea contractului de furnizare”.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , contestatorul a depus „concluzii scrise”, la punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, prin care a reiterat solicitarea privind:

- Anularea Raportului procedurii nr. și actelor subsecvente acestuia;
- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare.

În motivare, contestatorul arată, încă de la început, că „intimata a pregătit o documentație de atribuire în partea aferentă măștilor FFP2 pentru singurul ofertant care putea demonstra cerințele impuse în documentația de atribuire (Caiet de sarcini) și nu pentru a crea o competitivitate între potențialii ofertanți”, astfel, încălcând dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Mai departe, contestatorul consideră că „și fără amendarea prin solicitare de clarificare din partea vreunui ofertant (aspect care lipsește din prezenta procedură), intimata ar fi trebuit să modifice condițiile privind standardele măștilor FFP2, odată cu modificarea survenită documentației de atribuire și publicată sub numele de Clarificare din oficiu, în data de 16.02.2022, unde s-au operat modificări pentru alte două produse care urmau să fie livrate.”

De asemenea, contestatorul arată că, chiar dacă nu a solicitat un punct de vedere din partea intimatei (în conformitate cu termenele din fișa de date a achiziției privind solicitările de clarificare aferente documentației de atribuire) și a depus contestație după primirea comunicării privind rezultatul procedurii, aceasta (contestația) nu poate fi încadrată, în opinia sa, ca excepție pentru tardivitate, ci trebuie analizată și judecată pe fond, contrar celor opinat de intimată.

Tot contrar celor învederate de intimată, contestatorul învederează că, a depus odată cu oferta și documente suport pentru produsul prezentat spre vânzare - mască FFP2, răspunzând aplicat și la obiect solicitărilor de clarificare.

Contestatorul consideră că, atingerea rezultatelor și indicatorilor proiectului în cauză, în viziunea intimatei, dar fără a ține cont de scopul acestuia și anume prevenirea răspândirii coronavirusului SARS-COV-2, se face exact prin prevenție, iar măștile FFP2 au rolul de a preveni o îmbolnăvire, o contractare de virus sau o contractare cât mai mică a acestui virus, prin protejarea corpului uman la interacțiunea cu acest virus, în situația dată. Cu alte cuvinte, contestatorul precizează că, măștile FFP2 sunt materiale de protecție și prevenție și nu dispozitive medicale cum greșit le încadrează intimata.

Așadar, contestatorul apreciază faptul că intimata folosește foarte des chiar obsesiv *sintagma/se prevalează de necontestarea acestei situații (ca măștile FFP2 să fie fabricate sub standardul greșit ales - SR NE 14683 + AC 2019) de niciun potențial operator economic în termenul legal de 20 de zile (...)*, aspect care întărește și mai mult că opinia că „nu este sigură pe specificațiile tehnice pe care le-a folosit la întocmirea Caietului de sarcini

(așteptând o ipotetică amendare de către un potențial ofertant - adică mergând blind cu documentația) dar și crezul că aceasta a făurit o documentație de atribuire adresată doar acelui operator economic care a și fost declarat/desemnat câștigătorul procedurii în cauză.”

Ca ultimă chestiune, contestatorul învederează faptul că, Avizul de la ANMDMR este emis pentru societatea comercială Hermes GIFT Ltd fapt care nu înseamnă că Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale din România a avizat particular produsul FFP2 (lucru de altfel imposibil conform comunicării cu ANMDMR anterior transmisă) ofertat de societatea mai sus amintită.

În susținere, contestatorul invocă Decizia Consiliului nr. 596/C2/555/24.03.2021 într-o speță asemănătoare.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, cât și a H.G. nr. 395/2016 și legislația națională incidentă.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. SRL, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a formulat „cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante”, prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată.

Preliminar, intervenientul învederează faptul că la data de Autoritatea Contractantă a publicat anunțul de participare nr. având ca obiect „Furnizare echipamente și consumabile pentru dezinfectare în cadrul proiectului: „Consolidarea capacității Școlii nr. 3 -, de a reacționa la criza de sănătate publică cauzată de răspândirea virusului SARS-CoV-2” finanțat prin fonduri europene, prin cadrul programului POIM.

De asemenea, intervenientul arată că, în cadrul caietului de sarcini, Autoritatea Contractantă a prevăzut ca pentru produsul „Măști de protecție FFP2” acestea să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683+AC 2019, respectiv standardul medical.

Raportat la prevederile documentației de atribuire impuse de către autoritatea contractantă, care nu a făcut obiectul vreunei contestații, intervenientul susține că prevederile din caietul de sarcini au dobândit caracter obligatoriu, atât pentru ofertanți care, potrivit prevederilor art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cât și pentru comisia de evaluare care, în conformitate cu art. 133 alin. (1) și (2) din același act normativ, are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, în condițiile în care propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

Astfel, intervenientul menționează că, autoritatea Contractantă a dorit achiziționarea unui produs performant, cu standard medical împotriva infectării cu SARS-CoV-2, iar Societatea sa a ofertat un produs conform, o mască medicală FFP2 cu standard medical efectuat pe produsul respectiv. Mai mult, acesta susține că produsul ofertat respectă în totalitate cerințele caietului de sarcini, fiind un produs fabricat în 5 straturi, astfel cum se poate observa din cele precizate la pag. 15 a documentului *Documente FFP2*, aceasta fiind o mască FFP2 cu aviz ANMDM.

Observând cerințele stricte ale caietului de sarcini, societatea intervenientă precizează că a reușit să găsească un produs care îndeplinește în totalitate cerințele caietului de sarcini, respectiv o mască medicală cu standardul SR EN 14683+AC:2019.

II. Intervenientul consideră că oferta este neconformă.

Astfel, intervenientul susține că, Autoritatea Contractantă a respins în mod legal și temeinic oferta tehnică a operatorului întrucât acesta a oferat o mască de protecție de tip FFP2, însă fără standardul medical prevăzut în caietul de sarcini.

Așadar, faptul că a adus argumente prin răspunsul prezentat în urma solicitării de clarificare, în susținerea faptului că avizele nu sunt necesare - declarațiile de conformitate fiind considerate de aceasta suficiente, nu poate să conducă, în opinia intervenientului, la conformitatea ofertei.

Intervenientul precizează că, argumentele prezentate urmare a solicitării, trebuiau prezentate de anterior datei de depunere a ofertei, pentru a da posibilitatea autorității contractante să formuleze un răspuns pentru toți operatorii economici interesați, cu asigurarea transparenței și tratamentului egal în procedura de atribuire.

De asemenea, intervenientul apreciază că trebuie avut în vedere că societatea contestatoare avea obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor art. 71 din Legea nr. 98/2016 și 123 alin. (1) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016.

Mai mult, intervenientul susține că, ... avea posibilitatea, astfel cum de altfel afirmă și aceasta, de a solicita autorității contractante clarificări în condițiile art. 160 din Legea nr. 98/2016, eventual de a formula contestație în condițiile capitolelor I și III din Legea nr. 101/2016.

Totodată, intervenientul apreciază relevantă în cauză și Decizia CNSC nr. 1523/2021 conform căreia *„Se mai impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației si clauzele legii, lato sensu, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, si în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație)”*.

Mergând mai departe cu raționamentul, CNSC, prin aceeași decizie a reținut că *„Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai, de către ofertanți, a prescripțiilor documentației”*.

III. Intervenientul susține că, raportul procedurii este legal, având în vedere că, autoritatea Contractantă a procedat temeinic și legal cu privire la conformitatea ofertei, declarând-o admisibilă tocmai deoarece respecta în totalitate toate specificațiile tehnice funcționale prevăzute în caietul de sarcini și a respins oferta din cauza neconformității produsului Masca Protecție FFP2.

Referitor la susținerile cu privire la oferta sa, intervenientul învederează faptul că contestatorul nu a investit CNSC cu soluționarea acestui petit, singurele două petite cu care CNSC a fost investit fiind: (i) anularea

raportului procedurii și celelalte acte subsecvente și (ii) reevaluarea ofertei Prin urmare, Consiliul nu poate trece la o analiză pe fond a ofertei sale deoarece nu a fost investită cu un astfel de capăt de cerere.

Intervenientul consideră că susținerile raportat la oferta sa nu pot fi analizate în prezentul demers judiciar, instituția nefiind legal investită pentru a proceda astfel. Prin urmare, intervenientul apreciază că contestația nu poate avea în prezenta contestație alte pretenții, diferite de obiectul dosarului, întrucât nu mai este în termenul legal de a completa o astfel de contestație, astfel că o modificare a contestației asupra admisibilității ofertei sale, este tardivă.

Așadar, având în vedere cele de mai sus arătate, intervenientul arată că nu va mai prezenta contra-argumentele pentru care oferta sa respectă cerințele caietului de sarcini.

Concluzionând, pentru toate argumentele anterior menționate, intervenientul solicită:

(i) Admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în favoarea Autorității Contractante;

(ii) Respingerea contestației formulate de către SRL.

În drept, se invocă dispozițiile art. 17 alin. 3 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale la care s-a făcut referire.

Contestatorul a constituit cauțiunea în sumă de ron, conform art. din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. , emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de .

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru încheierea contractului având ca obiect „Furnizare echipamente și consumabile pentru dezinfectare În cadrul proiectului: «Consolidarea capacității - de a reacționa la criza de sănătate publică cauzată de răspândirea virusului SARS-CoV2»”, cod CPV 33140000-3. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. , criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au depus ofertă 2 operatori economici, printre care și contestatorul, ce au fost accesate în data de , la sediul autorității contractante.

Prin raportul procedurii nr. , autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă SRL, oferta contestatorului fiind respinsă, în baza art. 137 alin.(3) lit. a) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că „produsul oferit Model: BRK:02, adică mască FFP2 nu respectă cerința imperativă: „Produsele trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”.

Împotriva rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii nr. , ... a formulat contestația în cauză care face obiectul dosarului nr. .

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL; acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii, potrivit raportului procedurii nr. , fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii nr. , ... SRL a transmis contestația nr. , atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, inițial prin e-mail (poșta electronică), aceasta fiind înregistrată la Consiliu sub nr. , și ulterior prin servicii de curierat, AWB-ul firmei de curierat fiind datat

Astfel, luând în considerare că se critică rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. , despre care a luat la cunoștință la data de (data postării în SEAP), raportat la data formulării contestației, respectiv Consiliul reține că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

În ceea ce privește fondul contestației SRL, Consiliul reține următoarele:

Contestatorul critică decizia de respingere a ofertei sale în temeiul art. 137 alin.(3) lit. a) din HG nr. 395/2016, considerând-o nelegală.

Potrivit documentelor flate la dosarul cauzei, Consiliul reține faptul că motivul respingerii ofertei contestatorului a fost: „*produsul ofertat Model: BRK:02, adică mască FFP2 nu respectă cerința imperativă: „Produsele trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019”.*

De asemenea Consiliul reține și faptul că în caietul de sarcini autoritatea contractantă a solicitat pentru măștile de tip FFP2: „*Trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019*” (pag. 12/40 din Caietul de sarcini).

Pentru a verifica îndeplinirea acestei cerințe, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului clarificări, prin adresa nr.579/01.04.2022, iar acesta a transmis răspunsul său, precizând următoarele: „*Privind produsul Măști de protecție FFP2, vă comunicăm că standardul FFP2 se aplică la materiale de protecție, nu la dispozitive medicale, prin urmare acest produs este însoțit de documente care atestă caracterul de material de protecție, conform EN 149:2001, ca echivalent al certificatului de înregistrare dispozitiv medical pentru dispozitivele medicale.*”

Contrar susținerilor contestatorului, Consiliul apreciază că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale este întemeiată, acesta neîndeplinind o cerință prevăzută în mod expres în documentația de atribuire.

Potrivit dispozițiilor art. 123 alin.(1) teza I din HG nr.395/2016, „*Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire....*”.

Prin urmare, ofertanții au obligația de a depune ofertele cu respectarea cerințelor documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, în condițiile în care propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevazute în caietul de sarcini.

În situația în care ofertantul contestator ar fi considerat cerința referitoare la faptul că măștile de tip FFP2 trebuie să fie realizate în conformitate cu standardul SR EN 14683 + AC 2019 ca fiind nelegală/restrictivă, ar fi avut posibilitatea să o conteste în termenul legal, ceea ce în cauză nu s-a întâmplat.

În aceste condiții, Consiliul nu poate primi ca pertinente alegațiile contestatorului referitoare la faptul că solicitarea din caietul de sarcini nu ar fi necesară pentru măștile de tip FFP2, întrucât, pe de o parte, cunoștea această cerință încă de la publicarea documentației de atribuire în SEAP în data de 12.02.2022 și nu a contestat-o, iar, pe de altă parte, acceptarea unui produs care nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire ar însemna încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Prin urmare, Consiliul apreciază că solicitarea contestatorului de reevaluare a ofertei sale nu are suport legal, decizia de respingere a acesteia fiind întemeiată.

În ceea ce privește afirmațiile contestatorului referitoare la oferta desemnată câștigătoare, Consiliul reține, pe de o parte, că acestea nu formează obiectul petitului contestației (acesta solicitând anularea raportului procedurii și celelalte acte subsecvente și reevaluarea propriei oferte) iar, pe de altă parte, mai reține că produsul ofertat de competitorul său îndeplinește cerințele standardului EN 14683:2019 +AC:2019, așa cum a fost solicitat în caietul de sarcini.

Prin urmare, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea copcontractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....

