

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2300 / C4 / 2602

Data: 02.10.2023

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ...SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare „Echipamente pentru laboratorul de microbiologie - proiect SALUS prin PNRR/2022/C12/MS/I2.4/Echipamente și materiale destinate reducerii riscului de infecții nosocomiale”, lotul 4 - Analizor microbiologie MALDI-TOF MS, cod CPV 38434540-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 09.06.2023, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat să se dispună reanalizarea îndeplinirii de către ofertantul desemnat câștigător a condiției privind experiența similară și constatarea că nu o îndeplinește, urmată de desemnarea câștigătoare a ofertei ...SRL.

**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 ofertantul ...SRL reclamă decizia autorității contractante ... de declarare câștigătoare a ofertei ... SRL, la licitația antemenționată, învederând în motivare că autoritatea a impus prin caietul de sarcini cerința: *„Pentru Lotul 4 se solicită o experiență de minim 3 ani în domeniul spectrometriei de masă. Experiența va fi dovedită prin contracte similare în domeniu în ultimii trei ani, calculați de la data limită de depunere a ofertelor, produse similare în valoare de cel puțin 1.050.000,00 lei în cadrul a cel mult trei contracte.”*, iar ... SRL distribuie echipamente care se încadrează în categoria „spectrometre de masă” abia din 2022, ceea ce înseamnă că nu îndeplinește cerința reprodușă.

Anterior ofertării, s-a solicitat în mod expres autorității să renunțe la cerință, răspunsul fiind unul negativ:

SOLICITAREA DE CLARIFICARE NR 3	RĂSPUNSUL AUTORITĂȚII
Lotul 4 - Analizor microbiologie MALDI-TOF MS "Pentru Lotul 4 se solicită o experiență de minim 3 ani în domeniul spectrometriei de masă. Experiența va fi dovedită prin contracte similare în domeniu în ultimii trei ani, calculați de la data limită de depunere a ofertelor, produse similare în valoare de cel puțin 1.050.000,00 lei în cadrul a cel mult trei contracte." Solicitare: Vă rugăm să reformulați paragraful în așa fel încât experiența minimă solicitată să fie conform legii, dovedită prin contracte similare în domeniu în ultimii trei ani, calculați de la data limită de depunere a ofertelor, produse similare în valoare de cel puțin 1.050.000,00 lei în cadrul a cel mult trei contracte. Prin solicitarea unei experiențe de minim 3 ani în domeniul spectrometriei de masă, se elimină dreptul de participare al companiilor care au o experiență mai mică în domeniul spectrometriei de masă, deși acestea îndeplinesc solicitările din caietul de sarcini și au personal calificat atât pentru service cât și pentru aplicații pentru echipamentul solicitat la lot 4 - Analizor microbiologie Maldi TOF MS. Prin urmare vă rugăm să eliminați solicitarea „Se solicită o experiență de minim 3 ani în domeniul spectrometriei de masă”.	Având în vedere complexitatea deosebită a echipamentului care se intenționează să fie achiziționat de către Autoritatea Contractantă, cu o valoare de achiziție ridicată, apreciem că o experiență relevantă în domeniu se impune a fi necesară. Ținând cont de specificul în care Autoritatea Contractantă activează considerăm că se impune menținerea condiției referitoare la obligativitatea unei experiențe relevante în domeniu, astfel încât dispozițiile prevăzute în descrierea lotului nr. 4 vor rămâne neschimbate. Cerințele din caietul de sarcini sunt minime și obligatorii, autoritatea contractantă va accepta un echipament din domeniul spectrometriei de masă similar și cu caracteristici tehnice superioare specificațiilor din caietul de sarcini.

În condițiile în care autoritatea a decis menținerea în totalitate a cerinței, este posibil să fi fost indusă în eroare la evaluare de către firma ... SRL. Prin urmare, se impune reanalizarea îndeplinirii de către aceasta a cerinței experienței de minimum trei ani în domeniul spectrometriei de masă.

Domeniul „spectrometrie” cuprinde o gamă largă de tehnici, dintre care cele mai importante sunt:

- spectrometria de masă;
- spectrometria optică;
- spectrometria RMN.

În ipoteza în care ... SRL a depus documente în domeniul spectrometriei în sens larg, altele decât „spectrometria de masă”, nu ar avea nicio relevanță la licitație.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă arată în apărare că cerinței în discuție îi sunt aplicabile prevederile art. 30 alin. (4) și (6) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.”* și *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”*

Din interpretarea celor două texte se desprinde concluzia că cerințele de calificare își consolidează forța obligatorie prin includerea lor în anunțul de participare, nu în caietul de sarcini, destinat specificațiilor tehnice.

Cerința se referă la experiența relevantă pe care ofertantul o are în livrări de produse similare într-un interval de timp anterior, nu la experiența profesională în domeniul respectiv, cum greșit interpretează contestatoarea.

În procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea a aplicat art. 2 din Legea nr. 98/2016 și a analizat ofertele prin raportare la cerințele privind capacitatea tehnică și profesională formulate în fișa de date a achiziției și anunțul de participare.

Procedura a fost monitorizată de verificatori din partea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, care au emis avize conforme necondiționate pentru fiecare etapă.

...SRL a transmis concluziile scrise nr. ..., înregistrate la Consiliu cu nr. ..., prin care răspunde punctului de vedere al autorității.

Văzând solicitarea de a i se permite studierea documentelor dosarului cauzei, Consiliul a invitat la sediul său contestatoarea în acest scop, prin adresa nr. ..., dar nu s-a prezentat. În schimb, ...SRL a transmis precizarea nr. 216/28.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., prin care menționează că, întrucât autoritatea a comunicat că nu a luat în considerare cerința experienței similare din cauză că a fost prevăzută în caietul de sarcini, solicitarea de studiere a documentației este, practic, rămasă fără obiect.

Contestatoarea adaugă că nu mai insistă în analizarea dovezilor depuse de către ofertantul desemnat câștigător, văzând că autoritatea nu a verificat dacă ofertantul câștigător îndeplinește cerința experienței similare.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 07.05.2023, autoritatea contractantă ..., a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de diverse echipamente și consumabile pentru laboratorul său de microbiologie, grupate în 12 loturi și estimate valoric la 2.444.014,56 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 07.05.2023, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, pentru lotul 4 - Analizor microbiologie MALDI-TOF MS, s-au prezentat patru operatori economici, între care și ...SRL, a cărei ofertă a fost clasată pe locul secund (99,73 puncte), iar câștigătoare a fost desemnată oferta ... SRL (100 puncte). Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ...SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 21.000 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., ..., la data de 14.09.2023.

Rezultatul evaluării ofertelor pentru lotul indicat a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. CA/B(1)-808/06.09.2023, rezultat comunicat competitorilor în ziua următoare. Prin contestația sa, ...SRL se plânge că autoritatea achizitoare nu trebuia să accepte oferta ... SRL, întrucât această societate nu dispune de experiența necesară solicitată în caietul de sarcini, la pag. 21 (astfel cum a fost revizuită prin clarificarea nr. CA/B(1)-458/09.05.2023):

Pentru Lotul 4 se solicita o experiență de minim 3 ani în domeniul spectrometriei de masă. Experiența va fi dovedită prin contracte similare în domeniu în ultimii trei ani, calculati de la data limita de depunere a ofertelor, produse similare în valoare de cel puțin 1.050.000,00 lei în cadrul a cel mult trei contracte.

În apărarea sa, ..., se prevalează de dispozițiile art. 30 alin. (4) și (6) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.”* și *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”*, apreciind că cerința experienței de minimum 3 ani în domeniul spectrometriei de masă, regăsită în caietul de sarcini, reprezintă o clauză nescrisă. Totodată, Serviciul achizitor a pus în aplicare cerința din anunțul de participare și fișa de date privind experiența similară:

III.1.3) Capacitatea tehnica si profesionala:

2.) Loturile: 4

Pentru contractele de achizitie de bunuri: executarea de livrari de tipul specificat

2) Ofertantul trebuie sa faca dovada ca a furnizat in ultimii trei ani, calculati de la data limita de depunere a ofertelor, produse similare în valoare de cel puțin 1.050.000,00 lei în cadrul a cel mult trei contracte. Prin produse similare se intelege diverse echipamente din domeniul spectrometriei de masă.

În interpretarea forului administrativ de jurisdicție, nesincronizarea cerințelor din caietul de sarcini și anunț/fișa de date trebuie tratată acordând prioritate cerinței anunț, la care face trimitere textuală art. 181 din Legea nr. 98/2016 – *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.”*, pe fondul art. 30 alin. (6) din normele de aplicare a legii – *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”* Prin urmare, cerința ca experiența ofertantului să fie de minimum 3 ani reprezintă o clauză nescrisă, întrucât nu figurează în anunțul de participare. Ea este o cerință legată de calificarea ofertantului, nu o specificație tehnică aferentă analizorului. Fiind o clauză nescrisă (inexistentă), nu are niciun efect în privința evaluării ofertelor. Autoritatea contractantă nu poate respinge oferta în temeiul unei clauze nescrise, clauză lipsită de orice efect juridic. Argumentul că ... SRL

distribuie echipamente care se încadrează în categoria „spectrometre de masă” din 2022 nu are relevanță, relevante fiind livrările din cel mult ultimii trei ani.

În consecință, în mod judicios, în etapa de evaluare a ofertelor, organizatoarea licitației s-a raportat doar la cerința astfel redactată în anunțul de participare:

Ofertantul trebuie să facă dovada că a furnizat în ultimii trei ani, calculați de la data limita de depunere a ofertelor, produse similare în valoare de cel puțin 1.050.000,00 lei în cadrul a cel mult trei contracte. Prin produse similare se înțelege diverse echipamente din domeniul spectrometriei de masă.

Pentru dovedirea îndeplinirii ei, ... SRL a prezentat autorității documente de contractare, facturare, livrare și punere în funcțiune a două sisteme MALDI Biotyper® sirius, în cadrul a două contracte încheiate în noiembrie 2022 cu societăți beneficiare private, implementate în decembrie 2022 și februarie 2023, contracte ale căror prețuri însumate depășesc valoarea de 1.400.000 lei, fără TVA, peste pragul stabilit de autoritatea achiziitoare. Documentele se regăsesc, în copie, la filele 353-375 din dosarul achiziției publice transmis de autoritate (biblioraftul nr. 2).

Cele două sisteme MALDI Biotyper® sirius livrate de adjudecatar fac parte din categoria spectrometrelor de masă. De altminteri, același sistem este oferit chiar de contestatoare.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a admis oferta ... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și în limita criticilor formulate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

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

Respinge, ca nefondată, contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu
cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate
formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei,

...

Redactată în patru exemplare, conține șase pagini.