

În conformitate cu prevederile art. 14 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. 2958/C1/3308

Data: 15.12.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 64135/22.11.2023, formulată de, cu sediul în, având cod de înregistrare fiscală, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., prin -, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, și convențional prin avocat, împotriva comunicării nr. 39983 din 17.11.2023 și a raportului procedurii nr. 39982/17.11.2023, emise de către autoritatea contractantă, cu sediul în, str. Republicii, nr. 37, județul, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Cromatograf de lichide cuplat cu spectrometru de masă tip cuadrupol - 1 buc” cod CPV 38432200-4 s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la anularea comunicării nr. 39983/17.11.2023, ca netemeinică și nelegală;
- obligarea autorității contractante la respingerea ofertei SRL, ca neadecvată și neconformă;
- obligarea autorității contractante să dispună anularea raportului procedurii nr. 39982/17.11.2023 și a tuturor actelor subsecvente, ca netemeinice și nelegale.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 65318/28.11.2023, ...SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată prin administrator, a formulat cerere de intervenție voluntară, solicitând:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;
- respingerea ca neîntemeiată a contestației.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

I. Contestatorul precizează că a participat la procedura de atribuire „Cromatograf de lichide cuplat cu spectrometru de masă tip cuadрупol - 1 buc”, inițiată de autoritatea contractantă, prin anunțul de participare SICAP nr. CN1060169/ 01.10.2023.

De asemenea, arată că, în data de 06.11.2023 a primit solicitarea de clarificări nr. 38510, din partea autorității contractante, referitoare la constituirea garanției de participare pentru procedura în cauză, având în vedere că, în cadrul documentelor depuse de societate la deschiderea ofertelor, nu se regăsește garanția de participare, în cuantum de 10.500 lei.

Sustine că a răspuns în data de 06.11.2023 arătând motivele pentru care a existat o eroare materială cu privire la constituirea garanției de participare și transmițând documentele în completare. Cu toate acestea autoritatea contractantă a decis să dispună respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, reținând că nu a avut constituită garanția de participare.

Consideră respingerea ofertei sale, pentru acest motiv, ca netemeinică și nelegală, pentru motivele ce le va arăta pe parcurs.

Pe de altă parte, în ceea ce privește evaluarea ofertei SRL, consideră că autoritatea contractantă a făcut o evaluare nelegală și netemeinică, în ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale a acestui ofertant, nedovedită prin înscrisurile depuse și conformitatea ofertei tehnice, raportat la echipamentul ofertat. În acest sens, menționează că va demonstra că oferta SRL trebuia respinsă, ca neadecvată, pentru

nerespectarea cerințelor de calificare și neconformă, pentru nerespectarea specificațiilor tehnice menționate în caietul de sarcini.

Pentru toate aceste motive, pe care le va dezvolta în următoarele secțiuni, solicită Consiliului să admită prezenta contestație.

II. Respingerea ofertei sale de către autoritatea contractantă este netemeinică și nelegală.

Cu privire la respingerea ofertei sale, de către autoritatea contractantă, contestatorul o consideră netemeinică și nelegală, având în vedere următoarele aspecte:

1. Garanția de participare a fost în mod legal constituită, ulterior solicitării de clarificări, complinind obligațiile ce îi incumbă prin răspunsul la clarificări, în condițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În acest sens, arată Consiliului că a constituit garanția de participare pentru prezenta procedură prin virament bancar, în temeiul art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Arată însă, că, aceasta constituie o eroare materială, garanția de participare, constituită prin ordinul de plată nr. 431 din data de 02.11.2023, pentru prezenta procedură, are valoarea de 5000 lei. Astfel, prin prezentul răspuns la clarificare, înțelege să îndrepte această eroare materială și suplimentează suma depusă ca garanție de participare prin ordinul de plată nr. 447 din data de 07.11.2023, pe care îl depune atașat. În acest sens, arată că termenul pentru care ea a fost constituită, respectiv, perioada de valabilitate, este aferentă prezentei proceduri, ceea ce demonstrează, pe lângă declarația expresă din răspunsul la clarificare, că această garanție de participare este constituită în integralitate, astfel cum s-a arătat.

Conform art. 35 alin. (1) din H.G. 395/2016: „Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”. Astfel, arată că scopul garanției de participare, conform articolului precitat, este de a garanta autorității contractante că aceasta nu va putea fi supusă niciunui fel de vătămare în cazul unui comportament necorespunzător al ofertantului. Răspunsul său la solicitarea de clarificări din data de 06.11.2023, a venit să întărească faptul că garanția de participare, astfel cum a fost suplimentată, este aferentă prezentei proceduri, declarație însușită de el și care produce efecte juridice corespunzător. Prin corectarea acestei erori materiale, arată că și-a îndeplinit toate obligațiile legale.

Consideră că nu există niciun fel de vătămare a autorității contractante, îndreptând eroarea materială ante-menționată, în sensul că a suplimentat garanția de participare până la concurența sumei de 10.500 RON – prin urmare ea trebuia acceptată de autoritatea contractantă, în consecință.

De asemenea, arată că CNSC are o largă practică în ceea ce privește clarificarea constituirii garanției de participare, conform căreia, prin răspunsul la clarificări, ofertantul poate să remedieze orice aspecte privind garanția de participare în etapa clarificărilor.

Astfel, ceea ce dorește să sublinieze, este faptul că scopul urmărit de legiuitor prin prevederea de la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, este de a da șansa operatorului economic de a remedia orice erori, neconcordanțe în ceea ce privește constituirea garanției de participare - autoritatea contractantă fiind ținută să accepte clarificările prezentate de ofertant, iar în măsura în care acestea sunt lămuritoare să nu respingă oferta. Ori, în cazul de față, prin prezentul răspuns la clarificări, el a îndreptat eroarea materială, suplimentând cuantumul garanției de participare până la concurența sumei de 10.500 lei, constituită pentru prezenta procedură, prin cele două ordine de plată, respectiv, ordinul de plată nr. 431 din data de 02.11.2023 și ordinul de plată nr. 447 din data de 07.11.2023 - motiv pentru care consideră că nu există niciun temei pentru care oferta sa să fie respinsă, în baza acestui răspuns.

În concluzie, raportat la practica CNSC și a instanțelor de judecată, precum și textele de lege incidente, consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să ia act de faptul că, prin răspunsul la clarificare prezentat de el la data de 06.11.2023, a înțeles să îndrepte această eroare materială și suplimentează cuantumul garanției de participare până la concurența sumei de 10.500 lei pentru prezenta procedură. Pentru toate aceste motive, a solicitat autorității contractante să nu respingă oferta sa, aceasta îndeplinind condițiile prevăzute în documentația de atribuire, prin îndreptarea erorii materiale și, pe cale de

consecință, aceasta trebuia să treacă la următorul pas din procesul de evaluare. Din păcate însă, neluând în considerare răspunsul la clarificări transmis de către el, consideră că autoritatea contractantă a decis, în mod nelegal și netemeinic, să respingă oferta sa, ca inacceptabilă. Ori, consideră că, prin această decizie autoritatea contractantă decide, în mod nelegal, să nu dea eficiență juridică textului art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care permite tocmai complinirea acestor eventuale lipsuri a garanției de participare. Astfel, arată că, deși se solicită clarificări, aceasta este doar o procedură formală lipsită de efectele juridice de remediere, pe care legiuitorul le-a instituit prin acest text de lege - ceea ce consideră că este nelegal.

În concluzie, pentru aceste motive, solicită Consiliului să admită prezenta contestație și să oblige autoritatea contractantă să ia act de remedierea neconcordanțelor referitoare la garanția de participare constituită de el, astfel cum aceasta a demonstrat prin răspunsul la clarificări, în condițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 - considerând astfel oferta sa ca admisibilă. În acest sens, solicită Consiliului să dispună anularea comunicării nr. 39983/17.11.2023, a raportului procedurii nr. 39982/17.11.2023 și a tuturor actelor subsecvente ca netemeinice și nelegale.

2. Comunicarea nr. 39983/17.11.2023 și raportul procedurii nr. 39982/17.11.2023, sunt netemeinice și nelegale, având în vedere lipsa motivării deciziei de respingere și indicarea greșită a temeiului de drept pentru care oferta sa a fost respinsă.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă reține în comunicarea nr. 39983/17.11.2023, de respingere a ofertei, următoarele:

„Oferta depusă de către societatea dumneavoastră este declarată inacceptabilă, fiind respinsă, deoarece nu ați constituit garanția de participare conform prevederilor art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016 actualizat, fapt pentru care în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 actualizată”.

De asemenea, arată că autoritatea contractantă reține în raportul procedurii nr. 39982/17.11.2023 cu privire la respingere a ofertei următoarele:

„La data de 07.11.2021 ofertantul a răspuns în SEAP solicitării de clarificări prezentând OP 447/07.11.2023 în suma de 5.500 lei emis la UniCredit Bank, ca și completare la garanția de participare depusă inițial.

Din documentele prezentate, rezultă faptul că, la momentul depunerii ofertelor, ... nu a avut constituită garanția de participare conform prevederilor art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016 actualizată.

Având în vedere cele menționate mai sus, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 actualizat oferta este declarată inacceptabilă, fiind respinsă”.

Arată Consiliului că, din ambele motivări reținute de către autoritatea contractantă, în actele contestate, aceasta nu a luat în considerare în niciun fel motivele prezentate de către sine, în răspunsul la solicitarea de clarificări, pentru a decide cu privire la constituirea garanției de participare. Astfel, consideră că este eludat, în integralitate, spiritul și scopul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și chiar scopul solicitării de clarificări, din moment ce motivele nu au niciun fel de relevanță pentru autoritate.

De asemenea precizează, că, chiar și în cazul în care autoritatea contractantă ar fi decis să nu accepte motivele prezentate prin răspunsul la clarificări, deși, acestea erau întemeiate și susținute de practica Consiliului - trebuia să le respingă motivat.

Arată Consiliului că actele de comunicare a rezultatului procedurii și raportul procedurii contestate, reprezintă acte administrative ale autorității contractante emise în cadrul procedurii. Aceste acte administrative, ca oricare altele emise în cadrul procedurii trebuie motivate, de către autoritatea contractantă nu doar în mod formal pentru a îndeplini această obligație impusă de lege, ci inteligibil, cu indicarea în concret a motivelor ce au determinat respingerea ofertei sale ca inacceptabilă.

Argumentele indicate în motivare trebuie să aibă la bază neîndeplinirea culpabilă de către ofertant a obligațiilor care îi incumbă, care au determinat respingerea ofertei, ca inacceptabilă. Ori, în

documentele contestate, observă că autoritatea nu arată motivele pentru care consideră că, în temeiul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, au fost îndepărtate motivele de complinire a neconcordanțelor privind quantumul garanției de participare, prezentate în răspunsul la clarificări.

De asemenea, gradul de detaliere a motivelor indicate, trebuie să permită ofertantului verificarea veridicității acestora și nu indicarea lor, generică. Ori, astfel cum se poate observa, autoritatea reține doar că s-a depus o completare a garanției de participare depusă inițial, fără a arăta de ce, în condițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, aceasta nu a fost acceptată de către autoritatea contractantă ca un mijloc de remediere.

Contestatorul nu înțelege de unde a ajuns autoritatea contractantă la concluzia că acesta nu a ieșit din pasivitate și nu a adoptat măsuri de remediere menite să dispună excluderea - din moment ce a depus completare a quantumului garanției de participare - arătând, totodată și motivele pentru care aceasta trebuie primită de către autoritatea contractantă.

În acest sens, arată Consiliului că, potrivit unei jurisprudențe constante, obligația de motivare depinde de natura actului în cauză și de contextul în care acesta a fost adoptat. Motivarea trebuie să evidențieze, în mod clar și neechivoc, raționamentul autorității contractante, astfel încât, pe de o parte, să permită persoanelor interesate să cunoască justificările măsurii adoptate, pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, să permită instanței să exercite controlul de legalitate (hotărârea Curții din 14 februarie 1990, Delacre și alții/Comisia, C-350/88, Rec., p. I-395, punctele 15 și 16, și hotărârea Tribunalului din 9 aprilie 2003, Forum des migrants/Comisia, T-217/01, Rec., p. II-1563, punctul 68).

Obligația de motivare constituie o normă fundamentală de procedură, care trebuie distinsă de problema temeiniciei motivării, aceasta din urmă fiind o componentă a legalității pe fond a actului în litigiu (Hotărârea Curții din 22 martie 2001, Franța/Comisia, C-17/99, Rec., p. I-2481, punctul 35, și Hotărârea Tribunalului din 12 noiembrie 2008, Evropaiki Dynamiki/Comisia, T-406/06, punctul 47).

În concluzie, pentru toate aceste motive, solicită Consiliului să constate că actele contestate sunt lipsite de conținutul prevăzut de art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv, de a indica motivele concrete care au determinat respingerea ofertei sale, fiind astfel netemeinice și nelegale pentru lipsa motivării, motiv pentru care solicită anularea lor.

3. Comunicarea nr. 39983/17.11.2023 și raportul procedurii nr. 39982/17.11.2023 sunt netemeinice și nelegale, având în vedere

indicarea greșită a temeiului de drept pentru care oferta sa a fost respinsă.

Conform comunicării atacate, oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă, conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Examinând prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, contestatorul constată că, conținutul normativ al acestora nu are nicio legătură cu situația de fapt și motivele invocate de către autoritatea contractantă.

Astfel, arată că oferta sa îndeplinește toate criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire și nu este pusă în discuție niciunde și nu este aplicabilă necompletarea DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă. În aceste condiții, nu înțelege cum ar fi aplicabil art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, din moment ce nu se află în ipoteza descrisă de acest text de lege.

Consideră că, neputând identifica un motiv real pentru respingerea ofertei sale și declararea acesteia ca inacceptabilă, au fost invocate texte de lege care par a fi cele mai apropiate de situația premisă, însă, în realitate, reglementează alte situații juridice.

Având în vedere inaplicabilitatea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 la oferta sa, consideră că acest fapt dovedește, încă o dată, nelegalitatea procesului de evaluare și a actelor contestate, motiv pentru care solicită Consiliului să dispună anularea acestora.

III. Referitor la evaluarea nelegală și netemeinică a ofertei SRL, ce trebuia respinsă, ca neadecvată și neconformă.

În ceea ce privește evaluarea ofertei SRL, consideră că autoritatea contractantă a făcut o evaluare nelegală și netemeinică, în ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale a acestui ofertant, nedovedită prin înscrierile depuse și conformitatea ofertei tehnice, raportat la echipamentul oferat.

1. Oferta SRL trebuia respinsă de autoritatea contractantă, ca neadecvată, raportat la prevederile art. 215 alin. (6) raportat la prevederile art. 172 alin. (1) lit. a) și art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, arată că art. 215 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, prevede următoarele: „Solicitarea de participare este considerată neadecvată în situația în care candidatul se află în una dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 sau nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite de autoritatea contractantă”.

Arată Consiliului că prevederile art. 172 alin. (1) lit. a) și art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, se referă la criterii de calificare și selecție.

De asemenea, arată că, în fișa de date a procedurii, autoritatea contractantă menționează la pct. III 1.1. b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, următoarele:

„III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Se va prezenta avizul de funcționare emis de MS pentru ofertantul autorizat să îndeplinească următoarele activități: -> comercializare, distribuire, instalare și întreținere a dispozitivelor medicale, conform prevederilor legale privind dispozitivele medicale cu modificările și completările ulterioare (conform Legii 95/2006), pentru echipamentele medicale oferate. În cazul operatorilor economici străini din cadrul UE sau SEE, aceștia trebuie să prezinte documente echivalente prin care să dovedească că își desfășoară în mod legal activitatea de comercializare, distribuire, instalare și întreținere a dispozitivelor medicale în statul lor de origine.

Astfel, se va depune DUAE la termenul limită de depunere a ofertelor, urmând ca respectivul aviz sau documentele echivalente emise în conformitate cu legislația aplicabilă în țara de rezidență pentru ofertanții străini din cadrul UE sau SEE, să se prezinte la solicitarea autorității contractante de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”.

Contestatorul precizează că acest aviz de funcționare, emis de MS, pe care ofertantul SRL trebuia să-l prezinte, la care face referire această secțiune din fișa de date, ca cerință de calificare, era avizul de funcționare ANMDM, în care trebuia specificat, expres,

echipamentul oferat, care este un „dispozitiv medical din grupa - Cromatograf de lichide cuplat cu spectometru de masă tip cuadrupol”.

Analizând avizul de funcționare ANMDM nr. 6738/01.08.2022, depus de către ofertantul SRL, constată că echipamentul oferat, cromatograf de lichide - 6475 Triple Quadrupole LC/MS, nu este inclus în niciuna dintre grupele de dispozitive medicale din primul tabel. În acel tabel sunt incluse alte tipuri de dispozitive medicale, dar nu acesta (vezi grupa dispozitive medicale).

De asemenea, este de menționat că kit-ul oferat (clinical toxicology kit) nu este marca CE, deci nu are o declarație de conformitate, astfel cum se solicită de către autoritatea contractantă. Ori, aceste dispozitive medicale, precum cel oferat de către ofertantul SRL, trebuie să aibă declarație de conformitate și marcaj CE. În acest sens, depune declarația de conformitate cu marcajul CE, pe care însă ofertantul SRL nu îl are și nu l-a depus în prezenta procedură.

Astfel, susține că autoritatea contractantă a făcut o evaluare nelegală și netemeinică a ofertei SRL, considerând, în mod nelegal și netemeinic, că avizul de funcționare ANMDM nr. 6738/01.08.2022 - depus de către ofertantul SRL - îndeplinește cerința de calificare solicitată, deși, în mod real, acest dispozitiv medical nu este cuprins în avizul depus.

În concluzie, pentru aceste motive, solicită Consiliul să oblige autoritatea contractantă să constate că oferta SRL trebuie respinsă de autoritatea contractantă, ca neadecvată, raportat la

prevederile art. 215 alin. (6) raportat la prevederile art. 172 alin. (1) lit. a) și art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

2. Oferta SRL trebuia respinsă de autoritatea contractantă, ca neconformă, raportat la prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016

În acest sens, arată că art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, prevede următoarele: „Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută”.

De asemenea, arată că art. 137 alin. lit. a) din HG nr. 395/2016 prevede următoarele: „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”;

În caietul de sarcini, în secțiunea tabel privind specificațiile tehnice ce trebuie îndeplinite de către echipamentul oferat, la pag 9, pct. 3, secțiunea „Spectrometru de masă triplu cuadrupol (MS/MS)”, autoritatea contractantă solicită următoarele „Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenicol trebuie să conțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850 000:1”.

Cu privire la acest aspect, arată că ofertantul SRL, depune împreună cu propunerea tehnică în dovedirea îndeplinirii specificațiilor tehnice solicitate în caietul de sarcini, fișa de date a echipamentului Agilent 6475 Triple Quadrupole LC/MS System, unde în secțiunea tabel „Instrument performance specifications” la rândul 4 apare mențiunea „S/N Negative Ion - S/N > 850.000:1 - 1 pg cholramhenicol on column”. Deși, specificația tehnică pare astfel îndeplinită, din fișa de date oficială a echipamentului Agilent 6475 Triple Quadrupole LC/MS System, pe care o depune, atașată prezentei contestații, în secțiunea tabel „Instrument performance specifications”, la rândul 4, apare mențiunea „S/N Negative Ion - S/N > 350.000:1 - 1 pg cholramhenicol on column”.

Astfel, consideră că adevăratul conținut, respectiv conținutul real al fișei de date oficiale a echipamentului Agilent 6475 Triple Quadrupole LC/MS System, a fost alterat, falsificat, pentru a corespunde specificațiilor tehnice solicitate de către autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Consideră că o astfel de conduită nu dovedește doar reaua-credință a ofertantului SRL, care, de altfel, poate fi considerată ca fiind un fals și uz de fals, ci duce la concluzia simplă că echipamentul astfel oferat, Agilent 6475 Triple Quadrupole LC/MS System, este

neconform, raportat la specificația tehnică solicitată de autoritatea contractantă „Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenical trebuie să conțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850000:1” - din moment ce sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenical a echipamentului oferat conține, în mod real, un raport semnal zgomot de 350 000:1”, deci nu de cel puțin 850 000:1.

În concluzie, pentru aceste motive, consideră că oferta tehnică a SRL este neconformă, neîndeplinind specificația tehnică arătată mai sus. În aceste condiții, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să respingă oferta SRL, ca neconformă, raportat la prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016

Pentru toate aceste motive, solicită Consiliului să admită, în tot, prezenta contestație, cu privire la toate capetele de cerere formulate.

În drept, își întemeiază contestația pe prevederile art. 215 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, art. 132 alin. (3) și 137 din HG nr. 395/2016, precum și a celorlalte prevederi legale, invocate în prezenta cauză.

Prin adresa nr. 41182/27.11.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 65108/27.11.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Referitor la motivele invocate de către contestator, autoritatea contractantă solicită ca acestea să fie respinse, în totalitate, ca fiind lipsite de orice temei, pentru considerentele ce urmează a fi prezentate:

I. Autoritatea contractantă precizează că în procedura de achiziție publică derulată, este respectată atât legislația achizițiilor publice, cât și normele incidente acestui domeniu, precum și dreptul comun.

Ca urmare a procesului de evaluare, comisia de evaluare, numită prin Decizia nr.3301/04.10.2023, a analizat și evaluat ambele oferte cu respectarea principiilor ce guvernează și stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, în special a tratamentului egal.

II. Ca răspuns la motivele invocate de către contestator în cuprinsul contestației, cu privire la garanția de participare, autoritatea contractantă menționează următoarele:

1.) Își menține în continuare decizia de respingere a ofertei prezentate de către - prin Sucursala București, datorită lipsei, la momentul depunerii ofertei, a garanției de participare în valoarea solicitată în Fișa de date a achiziției și, anume, 10.500 lei.

Întrucât, la momentul depunerii ofertei, contestatorul a depus garanția de participare prin ordinul de plată nr. 431 din 02.11.2023 în valoare de 5.000 lei, consideră că acesta nu a respectat cerința din fișa de date a achiziției cu privire la valoarea garanției de participare.

Prin adresa nr. 38510 din 06.11.2023 a solicitat contestatorului să prezinte dovada că, până la data depunerii ofertelor și anume 03.11.2023 ora 15.00, garanția de participare a fost constituită în cuantumul corect.

La data de 07.11.2023. ofertantul a răspuns în SEAP solicitării de clarificări prezentând ordinul de plată nr. 447 din 07.11.2023, în sumă de 5.500 lei emis de UniCredit Bank, ca și completare la garanția de participare depusă inițial, cea ce demonstrează că, la momentul depunerii ofertei, și anume 03.11.2023, ofertantul nu a avut constituită garanția de participare în cuantumul solicitat în fișa de date a achiziției. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ... nu a clarificat cuantumul garanției de participare, ci, a adus completări la garanția depusă inițial, ceea ce duce la modificarea documentelor depuse în cadrul ofertei.

Totodată, precizează faptul că, neprezentarea la momentul depunerii ofertei, a valorii integrale a garanției de participare nu constituie o eroare materială, ci o neîndeplinire a cerinței din fișa de date a achiziției. Cum până la data limită de depunere a ofertelor în cadrul licitației care face obiectul prezentei a mai fost depusă o ofertă de preț care a prezentat garanția de participare conform solicitării din lista de date a achiziției, comisia de evaluare, în verificarea garanțiilor de participare, a ținut cont de prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016 actualizată.

2.) Ca răspuns la acuzele contestatorului cum că „oferta câștigătoare prezentată de către SRL ar trebui sa fie respinsă ca și neadecvată” - menționează următoarele:

a) Autoritatea contractantă a procedat conform precizărilor fișei de date a procedurii, punctul III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale. Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

„Se va prezenta avizul de funcționare emis de MS pentru ofertantul autorizat să îndeplinească următoarele activități:

- comercializare, distribuire, instalare și întreținere a dispozitivelor medicale, conform prevederilor legale privind dispozitivele medicale cu modificările și completările ulterioare (conform Legii 95/2006), pentru echipamentele medicale oferite. În cazul operatorilor economici străini din cadrul UE sau SEE, aceștia trebuie să prezinte documente echivalente prin care să dovedească că își desfășoară în mod legal activitatea de comercializare, distribuire, instalare și întreținere a dispozitivelor medicale în statul lor de origine. Astfel, se va depune DUAE la termenul limită de depunere a ofertelor, urmând ca respectivul aviz sau documentele echivalente emise în conformitate cu legislația aplicabilă în țara de rezidență pentru ofertanții străini din cadrul UE sau SEE, să se prezinte la solicitarea autorității contractante de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”.

Autoritatea contractantă susține că s-a ținut cont de faptul că ofertantul SRL a prezentat Avizul de funcționare emis de ANMDM cu numărul 67378/01.08.2022.

În ceea ce privește invocarea lipsei declarației de conformitate și/sau marcajului CE, aceasta este artificial adusă în discuție de către contestator, întrucât, se solicita a fi prezentate la recepția produselor, așa cum este menționat la punctul 8 din caietul de sarcini.

„8. RECEPȚIA

8.1 Recepția cantitativă/calitativă se va face de către autoritatea contractantă în prezența reprezentantului furnizorului în ziua livrării produsului și în momentul instalării și instruirii personalului achizitorului (cel puțin 2 la număr), ocazie cu care se va întocmi documentul de recepție, în baza următoarelor documente:

- factura fiscală
- avizul de însoțire (dacă este cazul)
- certificate de garanție tehnică
- certificat CE
- proces verbal de instalare și punere în funcțiune (modelul ofertantului).

Recepția se va face la Serviciul de Medicina Legală. Calea Clujului 50 de luni până vineri între orele 08.00-14.00”.

În consecință, precizează că, la momentul evaluării ofertelor, comisia de evaluare nu avea nicio bază legală să solicite aceste documente și, cu atât mai mult, să considere că oferta depusă de SRL este neconformă.

b) Cerința contestată: „Oferta SRL trebuia respinsă de autoritatea contractantă ca neconformă raportat la prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016”.

În rezumat, autoritatea contractantă arată că societatea contestatoare afirmă că echipamentul propus de ofertantul câștigător nu este conform cu una din cerințele caietului de sarcini, invocând, ca argument, o fișă de date pe care ofertantul SRL a prezentat- o în cadrul propunerii tehnice, și anume, este vorba de specificația „sensibilitate în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenicol trebuie să se obțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850 000:1”, despre care contestatorul susține că, de fapt, la firma câștigătoare, ar fi în valoare de 350000:1.

Cu privire la acest aspect, autoritatea susține că, în cadrul propunerii tehnice, ofertantul SRL a prezentat fișa de date cu numărul 5994-4930EN emisă în luna august 2022.

În urma verificării conformității cu cerințele caietului de sarcini, atât a ofertei tehnice cât și a documentației de susținere a sa, comisia de evaluare a constatat conformitatea totală a lor, inclusiv faptul că cerința din caietul de sarcini cu privire la „sensibilitate în modul ESI negativ: la

injecția de 1 pg cloranfenicol trebuie să se obțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850 000:1", este respectată.

Având în vedere cele menționate mai sus, comisia de evaluare a considerat că oferta depusă de ofertantul SRL este conformă cu cerințele caietului de sarcini.

Față de cele prezentate, solicită Consiliului să respingă contestația formulată de prin Sucursala București, ca fiind nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 65318/28.11.2023, a formulat cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației.

I. Aspecte procedurale. Admisibilitatea în principiu a prezentei cereri:

Intervenientul solicită Consiliului a observa că justifică un interes personal actual pentru promovarea unei cereri de intervenție voluntare în cadrul procedurii litigioase pendinte, în calitate de „operator economic participant la procedura de atribuire”, respectiv ofertant și ofertant câștigător, conform raportului procedurii, fila 10.

Față de aceasta împrejurare, apreciază că prezenta cerere de intervenție este aptă a fi admisă în principiu în cadrul procedurii litigioase pendinte, prin aplicarea art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că dovedește un interes direct în desfășurarea procedurii, fiind în fapt și ofertantul câștigător.

În plus, solicită a se avea în vedere că prezenta cerere va putea fi completată, ulterior permiterii accesului la dosarul aflat pe rolul CNSC.

Intervenientul consideră criticile contestatorului ca fiind neîntemeiate și vădit nefondate, problema principală în prezenta contestație o reprezintă respingerea ofertei contestatorului pentru neconstituirea garanției de participare, conform dispozițiilor legale în vigoare.

Intervenientul precizează că, societatea contestatoare nu a constituit garanția de participare în valoare de 10.500 de lei, conform legii, ci, prin ordinul de plată nr. 431/02.11.2023, aceasta a constituit o garanție de participare de numai 5.000 de lei, susținând, prin contestație, că a făcut o eroare materială pe care a îndreptat-o ulterior, în 07.11.2023, când a emis ordinul de plată nr. 447 pentru restul de sumă în valoare de 5.500 de lei.

1. Referitor la critica „Garanția de participare a fost în mod legal constituită, ulterior solicitării de clarificări subscrisa complinind obligațiile ce îi incumbă prin răspunsul la clarificări în condițiile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016”.

Potrivit prevederilor art. 35 și 36 din Normele Metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

„Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire”.

În acest sens, arată că instrumentele de garantare prevăzute la art. 154 alin. (4) lit. b) din Lege se transmit în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

Având în vedere natura și scopul garanției de participare, aceasta trebuia să fie constituită în mod legal, atât în ce privește cuantumul, cât și valabilitatea, la momentul prevăzut de legiuitor.

În opinia sa, garanția de participare reprezintă un element esențial al procedurilor de achiziții publice, având un rol vital în asigurarea integrității și corectitudinii acestora. Ofertanții sunt încurajați să respecte cu strictețe condițiile de constituire și să fie conștienți de importanța garanției în contextul procesului de atribuire.

Intervenientul precizează că nu poate să se ralieze susținerii contestatorului că dispozițiile alin. (3) din art. 132 din Norme prevăd în

fapt o repunere în termenul de constituire a garanției de participare pentru că, în acest caz, termenul în sine prevăzut de legiuitor nu ar mai avea nicio acoperire și deci niciun efect juridic. În interpretarea contestatorului, a da eficiență echivalează automat cu prelungirea termenului de constituire a garanției, ori, dacă legiuitorul dorea acest lucru, el trebuia prevăzut expres în lege. Nu există o dispoziție legală în acest sens.

Prin urmare, garanția trebuia constituită în suma prevăzută în documentație, respectiv 10.500 de lei și nu 5.000 de lei ,cât a constituit contestatorul.

În opinia sa, clarificarea în sine nu poate și nu echivalează cu acordarea unui nou termen pentru constituirea garanției de participare pentru că sensul termenului prevăzut de lege este însăși garantarea participării la procedură.

2. Referitor la critica „Comunicarea nr. 39983/17.11.2023 și raportul procedurii nr. 39982/17.11.2023 sunt netemeinice și nelegale având în vedere lipsa motivării deciziei de respingere și indicarea greșită a temeiului de drept pentru care oferta sa a fost respinsă”, arată că, la fila 5 din contestație se citează din chiar motivarea autorității.

Faptul că nu este de acord cu opinia autorității nu echivalează cu nemotivarea respingerii, aceasta este motivată și se menționează expres că: „din documentele prezentate rezultă faptul că la momentul depunerii ofertelor nu a avut constituită garanția de participare...”. În ciuda susținerilor făcute, autoritatea contractantă reține depunerea completării la garanție, nu o ignoră, însă menționează că acest aspect nu poate suplini dispozițiile legale ce prevăd

obligativitatea constituirii în forma și cuantumul legal, la momentul depunerii ofertelor.

În opinia sa, autoritatea nu avea nicio obligație legală în a motiva de ce nu a acceptat constituirea garanției, peste termen, pentru simplul fapt că există o dispoziție legală în sine ce prevede un termen expres pentru constituirea acesteia. Autoritatea a explicat acest aspect și, deci, a motivat respingerea constituirii garanției peste termen.

Prin urmare, raționamentul autorității contractante a fost evidențiat, în mod clar și concret - la momentul depunerii ofertei, aceasta nu a constituit garanția de participare de 10.500 de lei, ci, doar de 5.000 de lei, iar, acest aspect atrage respingerea ofertei.

În ceea ce privește indicarea greșită a temeiului de drept pentru care a fost respinsă oferta, menționează că, potrivit susținerilor contestatorului, oferta a fost declarată inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, mai precis a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare.

Consideră că garanția de participare este fără îndoială unul dintre criteriile de calificare esențiale aferent modului de prezentare a ofertei și fără de care oferta nici nu poate fi avută în vedere. În acest context, consideră corectă încadrarea autorității, motiv pentru care solicită respingerea, ca neîntemeiată, a susținerii contestatorului.

1. Referitor la critica „Oferta SRL trebuia respinsă de autoritatea contractantă ca neadecvată raportat la prevederile art. 215 alin (6) raportat la prevederile art. 172 alin. (1) lit. a) și art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016”, arată că societatea contestatoare invocă faptul că SRL nu a prezentat avizul de funcționare în care să fie menționat, expres, echipamentul ofertat. Susține că contestatorul ignoră faptul că echipamentele din categoria „Cromatografe de lichide cuplate cu spectrometru de masa triplucudrupol” nu sunt echipamente medicale.

În acest sens, arată ce este menționat pe pagina web a Agenției Naționale a Medicamentelor și Dispozitivelor Medicale din România:

„Emitere negație

ANMDMR emite, la cerere, negații cu privire la încadrarea unor produse sub incidența definiției dispozitivului medical.

Negațiile nu se emit pentru toate produsele puse în circulație pe piața UE care nu sunt dispozitive medicale.

Negațiile se emit la cerere în cazul în care solicitantul nu are certitudinea încadrării unor produse în categoria dispozitivelor medicale sau în cazul în care negația îi este necesară pentru a fi prezentată unei

autorități (pentru finalizarea procedurilor vamale, pentru clarificarea unor aspecte la Licitării etc)”.
Așadar se menționează fără echivoc că „Negațiile nu se emit pentru toate produsele puse în circulație pe piața europeană”.

Intervenientul precizează că pentru el a fost evident că prin prisma prevederilor legale și a definiției dispozitivelor medicale, echipamentul 6475A spectrometru de masă nu este dispozitiv medical.

Totuși, pentru a întări această afirmație, a solicitat ANMDMR un punct de vedere și a fost obținută negația privind încadrarea cromatografului de lichide 1260 Infinity II cuplat cu spectroemtru de masă triplucadupol 6475 în categoria dispozitivelor medicale, document atașat cererii de intervenție.

În această situație, consideră că nu există niciun motiv să fie menționat în avizul de funcționare de la ANMDMR, iar solicitarea contestatorului este nefundamentată.

Referitor la celălalt aspect menționat de contestator - absența declarației de conformitate pentru kitul de toxicologie clinică - face precizarea că, în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini (pct. 8 Recepția), declarația de conformitate trebuie prezentată în timpul recepției produselor și nu pe parcursul etapei de evaluare.

În consecință, consideră că și această cerință este nefundamentată.

2. Referitor la critica „Oferta SRL trebuia respinsă de autoritatea contractantă ca neconformă raportat la prevederile art. 115 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016”, arată că societatea contestatoare dorește să

demonstreze că echipamentul ofertat de el nu este conform cu una din specificațiile caietului de sarcini, respectiv:

„Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția cloranfenicol trebuie să se obțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850 000:1”.

Pentru a-și susține afirmația făcută, contestatorul invocă o așa-numită fișă de date oficială a echipamentului 6475, fără a preciza, însă, sursa acesteia sau de unde a fost/se poate obține ea.

Conform acestei „fișe de date oficiale” valoarea raportului semnal: zgomot este de 350 000:1.

Deoarece nu este în posesia acestei „fișe de date oficiale”, intervenientul precizează că nu poate să facă observații asupra ei, însă, judecând după conținut, consideră că este o fișă de date mai veche și unde, cu certitudine, este menționată fraza „This information is subject to change without notice”.

Intervenientul aduce la cunoștința Consiliului că, pentru susținerea conformității specificațiilor tehnice ale echipamentului ofertat cu cerințele caietului de sarcini, a folosit următorul document „Data Sheet DS-6475 5994-4930EN” care a fost emis în August 2022 și în care este menționat fără echivoc că pentru această specificație tehnică valoarea este cea indicate de el:

S/N Negative Ion S/N > 850,000:1 1pg cloramphenicol on column

Toate afirmațiile contestatorului legate de falsificarea fișei de date le va pune pe seama relei credințe, dublată de o informare deficitară a acesteia.

În opinia sa, reaua credință a contestatorului este susținută și de faptul că, deși a observat datele calendaristice diferite de emitere ale fișelor de date, a încercat totuși să inducă în eroare Consiliul și autoritatea contractantă.

În concluzie, susține că datele prezentate de, sunt eronate, iar, solicitarea acestuia de a respinge oferta sa, ca nefiind conformă tehnic, nu are susținere în documentele procedurii de achiziție.

În drept, arată că prezenta cerere este întemeiată pe dispozițiile din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate celelalte prevederi legale, menționate în cuprinsul prezentei.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 66024/05.12.2023 contestatorul transmite Note scrise față punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

1. Referitor la constituirea garanției de participare.

Contestatorul susține că în punctul de vedere autoritatea contractantă doar reiterează situația de fapt prezentată și de el în contestație, fără a analiza în niciun fel argumentele prezentate, raportate

la mecanismul clarificărilor prevăzut de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Astfel, consideră că aceasta este o practică a autorității contractante de a nu lua în considerare clarificările și motivele aduse de el în procesul de evaluare.

În acest sens, arată Consiliului că nu a încercat niciun moment să denatureze realitatea și cursul evenimentelor. A arătat prin contestație că, dintr-o eroare, cuantumul cauțiunii pentru prezenta procedură a fost constituit în sumă mai mică, de doar 5.000 lei, la data depunerii ofertei în SEAP, adică data de 02.11.2023, iar ulterior în urma solicitării de clarificări la data de 07.11.2023 a fost suplimentată cu suma de 5.500 lei.

În opinia sa, este netemeinică susținerea autorității contractante că suplimentarea cuantumului garanției de participare depusă inițial „duce la o modificare a documentelor depuse în cadrul ofertei”, din moment ce nu este o modificare, ci, o clarificare/completare permisă de lege în sensul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, este netemeinică susținerea autorității contractante că „neprezentarea la momentul depunerii ofertei a valorii integrale a garanției de participare nu constituie o eroare materială, ci, o neîndeplinire a cerinței din fișa de date a achiziției”, din moment ce mecanismul de clarificare și remediere prevăzut de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, are tocmai acest rol.

În acest sens, arată că mecanismul de clarificare instituit de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 - are ca rol remedierea/complinirea unor aspecte formale sau de fond a garanției de participare depuse de

operatorii economici participanți la procedură. Acesta este spiritul legii, pentru asta există instituția clarificării reglementată de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Negarea acestui mecanism de către autoritatea contractantă și interpretarea eronată a acestuia, duce la a face inoperantă una dintre instituțiile esențiale ale autorităților contractante în procesul de evaluare, privind garanția de participare, ceea ce este nelegal, astfel cum susține și practica CNSC și a instanțelor naționale.

Reiterează prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care fac vorbire expresă și la garanția de participare: „În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.

Având în vedere aceste aspecte, precum și claritatea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care fac vorbire expresă la cuantumul garanției de participare, solicită Consiliului să respingă, ca nefondate, apărările autorității și să admită contestația cu privire la acest capăt de cerere, astfel cum a fost formulată.

2. Referitor la respingerea ofertei SRL, ca neadecvată, raportat la Avizul de funcționare emis de ANMDM pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu face niciun fel de analiză, cu privire la argumentele prezentate de el, care dovedesc caracterul neadecvat al ofertei SRL, ci, se limitează la a reitera o stare de fapt care nu dovedește îndeplinirea cerinței de calificare de către acest ofertant.

Autoritatea contractantă reține astfel: „s-a ținut cont că ofertantul a prezentat Avizul de funcționare emis de ANMDM cu numărul 67378/01.08.2022”. Ori, el nu a contestat că s-a depus acest aviz, ci, că acesta nu are niciun fel de legătură cu echipamentul ofertat, acesta neregăsindu-se menționat în aviz. În aceste condiții, consideră că apărarea autorității contractante nu poate fi reținută, ca fiind temeinică și legală, din moment ce Avizul de funcționare emis de ANMDM cu numărul 67378/01.08.2022, pe care îl indică, nu dovedește îndeplinirea cerinței de calificare, motiv pentru care, în mod legal, oferta trebuia respinsă, ca neadecvată. Autoritatea contractantă are obligația de a analiza documentele primite, iar în prezenta contestație de a se apăra în concret, arătând de ce consideră că un aviz de funcționare ANMDM care

nu conține echipamentul oferat este considerat valabil și viabil în prezenta procedură.

În ceea ce privește marajul de conformitate CE, autoritatea susține, în mod netemeinic și nelegal, că este un aspect „artificial adus în discuție”, din moment ce acesta trebuie prezentat doar la recepția produselor. Ori, contestatorul crede că, în temeiul principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, este obligația autorității contractante de a verifica existența tuturor documentelor solicitate în procedură, anterior încheierii contractului și recepției produselor. De altfel, la acel moment, neconformitatea aceasta, dacă ea se probează astfel cum susține el nu mai poate fi remediată decât prin rezilierea contractului, ori cu siguranță nu acesta este scopul procesului de evaluate instituit de lege. Pentru aceste motive, consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate că operatorul SRL nu are certificarea CE pentru echipamentul oferat, spre deosebire de echipamentul oferat de el – și, pe cale de consecință, să dispună respingerea ofertei ca neadecvată.

3. Referitor la specificația tehnică „Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenicol trebuie să conțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850000:1” - neîndeplinită de către oferta International.

Contestatorul precizează că, deși nu doar a indicat ci, a și atașat broșura echipamentului oferat de către, respectiv, cromatograf de lichide - 6475 Triple Quadrupole LC/MS - în care nu se regăsește îndeplinită specificația tehnică a raportului semnal, zgomot de cel puțin 850.000:1, ci se menționează 350.000:1 - autoritatea

contractantă nu își ridică niciun semn de întrebare și consideră, în mod netemeinic și nelegal, că oferta tehnică depusă și documentația de susținere dovedesc îndeplinirea cerinței.

Ori, în opinia sa nu se poate nega evidentul, există două documentații emanând de la același operator economic, ...SRL, care conțin informații contradictorii privind specificația tehnică „raportului semnal, zgomot de cel puțin 850.000:1”. Documentul depus de contestator este unul public, ce pare însă să nu aibă niciun fel de valoare pentru autoritatea contractantă care preferă să continue procedura prin raportarea la un document potențial nelegal sau alterat.

În temeiul principiului interesului public superior, al cheltuirii eficiente a banului public și al asumării răspunderii, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, consideră că este obligația autorității contractante de a face verificări concrete și detaliate cu privire la aspectele sesizate, tocmai pentru legalitatea rezultatului procedurii.

Având în vedere aceste aspecte, solicită Consiliului să constate nelegalitatea evaluării ofertei SRL și să oblige autoritatea contractantă să o declare neconformă.

În concluzie, pentru toate aceste motive, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, cu privire la toate capetele de cerere.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 66024/05.12.2023 contestatorul transmite Note scrise față cererea de intervenție, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

1. Referitor la constituirea garanției de participare.

Contestatorul arată că intervenientul susține că, în temeiul art. 35 și 36 din HG nr. 395/2016, faptul că garanția de participare trebuia constituită în suma prevăzută în documentația de atribuire, la momentul prevăzut de legiuitor, completarea ei ulterioară, prin aplicarea prevederilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 echivalează cu o repunere în termen.

Consideră eronată interpretarea intervenientului cu privire la prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, având în vedere că mecanismul de clarificare prevăzut de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, are tocmai rolul de remediere, acolo unde rezultă că nu există nicio vătămare prin această remediere, nu cauzează nicio întârziere, iar aspectul ce este clarificat este unul pur formal, datorat unei erori materiale și nu unul de fond.

De asemenea, susține că nu i s-a acordat un nou termen de depunere a ofertei, prin mecanismul prevăzut de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, astfel cum, în mod eronat, încearcă se induce ideea autoritatea contractantă, ci, aceasta a putut completa cuantumul

garanției de participare, deja depusă inițial în procedură, într-un quantum eronat.

Pentru aceste motive, nu consideră că a fost repus în termenul de depunere a ofertelor, oferta fiind depusă în termenul solicitat, singurul aspect completat, în mod legal, a fost quantumul garanției de participare. Nu se află în ipoteza în care el nu a depus deloc garanția de participare în prezenta procedură, ci, se află în ipoteza în care a depus-o într-un quantum mai mic, dintr-o eroare materială - ori într-o astfel de ipoteză, atât practica CNSC cât și a instanțelor consideră că remedierea pe calea mecanismului de clarificare de la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 este posibilă și legală.

În ceea ce privește lipsa motivării, nu poate fi primită apărarea intervenientului că aceasta există din moment ce, din simpla lecturare a adresei de comunicare contestată, este evident că nu sunt invocate motivele care au dus la respingerea ofertei sale, cu atât mai mult cu cât, această respingere vine după depunerea răspunsului la clarificări de către el. Ceea ce a subliniat și se reflectă și în practica CNSC și CJUE, este că motivarea trebuie să fie pe fondul aspectelor de respingere a ofertei de către autoritatea contractantă. Ori autoritatea contractantă a arătat doar obiectul respingerii, „nu a avut constituită garanția de participare”, indicând un text de lege eronat, fără a arăta în concret din analiza răspunsului la clarificări prezentat de el, de ce a considerat că motivele invocate nu sunt de natură a remedia aspectele supuse clarificării.

Subliniază faptul că mecanismul de clarificare instituit de art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 - are ca rol remedierea/complinirea unor

aspecte formale sau de fond a garanției de participare depuse de operatorii economici participanți la procedură. În cazul în care acesta nu ar fi interpretat, ca atare, acest text de lege nu ar avea niciun fel de eficiență juridică.

În plus, dorește să arate că în toate celelalte cazuri când se clarifică orice alte aspecte într-o procedură de atribuire și nu doar garanția de participare, operatorul economic poate depune, pe lângă explicații scrise în care prezintă motive de justificare, documente suplimentare suport. Dacă ar fi să accepte interpretarea intervenientului, ar însemna că, în niciun caz, în niciun tip de răspuns la clarificări, nu se pot depune documente de completare, suport, care să complinească aspectele ce se doresc a fi clarificate.

Această interpretare a intervenientului este nelegală și solicită Consiliului să o respingă și, pe cale de consecință, să admită contestația cu privire la acest capăt de cerere, astfel cum a fost formulată.

2. Referitor la respingerea ofertei SRL, ca neadecvată, raportat la Avizul de funcționare emis de ANMDM pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, intervenientul susține că, pentru echipamentul ofertat ,cromatograf de lichide Agilent 6475 Triple Quadrupole LC/MS, nu trebuia să obțină un aviz de funcționare de la ANMDM și nici o negație, pe motiv că echipamentul nu este un dispozitiv medical.

Cu toate acestea, observă că operatorul economic se contrazice singur, pentru că, în procedură, pentru a crea o aparență de legalitate și complinire a tuturor condițiilor de calificare, a depus Avizul de funcționare emis de ANMDM cu numărul 67378/01.08.2022, în care însă, într-adevăr, echipamentul nu se regăsește. Ori se întreabă retoric, de ce a depus operatorul Avizul de funcționare emis de ANMDM cu numărul 67378/01.08.2022, dacă într-adevăr astfel cum susține nu avea nevoie de un astfel de document.

Din punctul său de vedere, intervenientul, cu bună-știință a depus Avizul de funcționare emis de ANMDM cu numărul 67378/01.08.2022, care nu are nicio legătură cu echipamentul ofertat, astfel cum, în mod corect, a remarcat și a sesizat el Consiliul, pentru a induce în eroare autoritatea contractantă - ceea ce de altfel s-a și întâmplat, văzând punctul de vedere al autorității contractante, care invocă acest aviz de funcționare ANMDM ca fiind cel care îndeplinește cerința privind capacitatea economică a ofertantului.

Depunerea la acest moment a negației nr. 306579E din 16.11.2023, cu 14 zile după termenul limită de depunere a ofertelor, care a fost data de 02.11.2023, în opinia sa nu dovedește decât depunerea unei oferte incomplete, ce ar fi trebuit să ducă la respingerea ofertei ca neadecvată, cum de altfel a solicitat în

prezenta contestație. Astfel că nu vede care este rolul depunerii acestui document la acest moment.

Pe de altă parte, arată că autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, necontestată, a solicitat prezentarea avizului de funcționare al MS, adică avizul de funcționare ANMDM, ca cerință de calificare. În aceste condiții, nefiind contestată documentația de atribuire, ofertantul și-a asumat depunerea avizului sau a oricărui alt document pentru îndeplinirea acestei cerințe de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale - nedepunerea acestuia trebuind să ducă la respingerea ofertei, ca neadecvată.

Un ultim aspect, pe care dorește să îl sublinieze, este că negația depusă, prin documentul nr. 306579E/16.11.2023, este una nuanțată și nu una absolută. Astfel, ANMDM reține, în ultimul paragraf, următoarele: „produsul menționat mai sus nu se încadrează în categoria dispozitivelor medicale și prin urmare, cât timp scopul declarat al acestuia nu se modifică, nu intră sub incidența Regulamentului (UE) 2017/745 pentru dispozitive medicale”. Ori, din înscrisul depus nu rezultă care este SCOPUL DECLARAT, astfel, consideră că probabil înscrisul este fabricat pro causa.

În aceste condiții, atâta timp cât intervenientul nu depune documente oficiale emanând de la ANMDM, din care să rezulte scopul declarat, consideră că nu poate fi reținut acest înscris ca având forța probantă pe care intervenientul o clamează.

3. Referitor la specificația tehnică „Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenicol trebuie să conțină un raport

semnal: zgomot de cel puțin 850 000:1" - neîndeplinită de către oferta International.

Contestatorul susține că intervenientul are apărări contradictorii în ceea ce privește neîndeplinirea acestei specificații tehnice.

Astfel, pe de o, parte intervenientul arată că broșura echipamentului oferat, respectiv, cromatograf de lichide - 6475 Triple Quadrupole LC/MS, depusă de către contestator, în care nu se regăsește îndeplinită specificația tehnică a raportului semnal, zgomot de cel puțin 850.000:1, ci, se menționează 350.000:1 - nu este „OFICIALĂ”, pentru că nu a precizat sursa de unde a fost obținută.

Pe de altă parte intervenientul apreciază că „este o fișă de date mai veche”, unde apare mențiunea „this information is subject to change without notice.

Deci, deși, inițial, nu recunoaște că este fișa de date aparținând echipamentului, apoi încearcă să inducă în eroare Consiliul, spunând că este o fișă de date mai veche, deci ,a echipamentului oferat totuși, dar că cea nouă a fost emisă în august 2022. Astfel, intervenientul recunoaște, indirect, că este fișa de date a echipamentului, însă, încearcă să inducă ideea că sunt mai multe variante ale acesteia. Și dacă ar fi să îmbrățișeze această explicație, netemeinică vădit din punctul său de vedere, consideră că intervenientul trebuie să facă dovada generațiilor diferite de echipamente, precum și a faptului că nu doar această specificație tehnică s-a schimbat, ci și altele, dacă vorbește de generații diferite ale aceluiași echipament. Ori, în mod evident, această probă nu va fi făcută, fiind imposibilă.

Pentru aceste motive, solicită Consiliului să respingă aceste argumente, ca nefondate și să constate că, în baza documentelor prezentate de el, oferta intervenientului trebuia respinsă, ca neconformă.

În concluzie, pentru toate aceste motive, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, cu privire la toate capetele de cerere.

Prin adresa nr. O-419/08.12.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 67329/11.12.2023, ...SRL transmite Concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

Intervenientul consideră criticile contestatorului ca fiind neîntemeiate și vădit nefondate, în contextul în care autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să respecte și să aplice procedurile obligatorii prevăzute de Legea nr. 98/2016 și Normele de aplicare ale acesteia.

În fapt arată că problema principală în prezenta contestație o reprezintă respingerea ofertei contestatorului pentru neconstituirea garanției de participare, conform dispozițiilor legale în vigoare.

Așa cum menționează încă de la început, contestatorul nu a constituit garanția de participare în valoare de 10.500 de lei, conform legii, ci, prin ordinul de plata nr. 431/02.11.2023, aceasta a constituit o garanție de participare de numai 5.000 de lei, susținând că a făcut o eroare materială pe care a îndreptat-o ulterior, în 07.11.2023 când a emis ordinul de plată nr. 447 pentru restul de sumă în valoare de 5.500 de lei.

Având în vedere natura și scopul garanției de participare, consideră că aceasta trebuia să fie constituită în mod legal, atât în ce privește cuantumul, cât și valabilitatea, la momentul prevăzut de legiuitor.

În opinia sa, garanția de participare reprezintă un element esențial al procedurilor de achiziții publice, având un rol vital în asigurarea integrității și corectitudinii acestora. Ofertanții sunt încurajați să respecte cu strictețe condițiile de constituire și să fie conștienți de importanța garanției în contextul procesului de atribuire.

Intervenientul apreciază că nu poate să se ralieze susținerii contestatorului că dispozițiile alin. (3) din art. 132 din Norme prevăd în fapt o repunere în termenul de constituire a garanției de participare pentru că, în acest caz, termenul în sine prevăzut de legiuitor nu ar mai avea nicio acoperire și deci niciun efect juridic. În interpretarea contestatorului, a da eficiență echivalează automat cu prelungirea termenului de constituire a garanției ori, dacă legiuitorul dorea acest lucru, el trebuia prevăzut expres în lege. Nu există o dispoziție legală în acest sens.

În opinia sa clarificarea în sine nu poate și nu echivalează cu acordarea unui nou termen pentru constituirea garanției de participare

pentru că sensul termenului prevăzut de lege este însăși garantarea participării la procedura.

Pe de altă parte, deși contestatorul susține ca respingerea nu a fost motivată, în argumentarea acestui punct dezvoltă pe larg motivele autorității contractante astfel încât evident că aceasta susținere este neîntemeiată. În acest sens arată că, la fila 5 din contestație se citează din chiar motivarea autorității contractante.

Faptul că nu este de acord cu opinia autorității nu echivalează cu nemotivarea respingerii, aceasta este motivată și se menționează expres că: „din documentele prezentate rezultă faptul că la momentul depunerii ofertelor nu a avut constituită garanția de participare...”.

Raționamentul autorității contractante a fost evidențiat în mod clar și concret - la momentul depunerii ofertei aceasta nu a constituit garanția de participare de 10.500 de lei, ci doar de 5.000 de lei iar acest aspect atrage respingerea ofertei.

În ce privește indicarea greșită a temeiului de drept pentru care a fost respinsă oferta, menționează că, potrivit susținerilor contestatorului, oferta a fost declarată inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, mai precis a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare.

În opinia sa garanția de participare este fără îndoială unul dintre criteriile de calificare esențiale aferent modului de prezentare a ofertei și fără de care oferta nici nu poate fi avută în vedere. În acest sens, consideră corectă încadrarea autorității, context în care solicită respingerea ca neîntemeiată a susținerii contestatorului.

Cu privire la respingerea ofertei SRL

Intervenientul arată că contestatorul invocă faptul că SC nu a prezentat avizul de funcționare în care să fie menționat expres echipamentul oferat.

În acest sens arată că contestatorul ignoră (probabil cu bună știință) faptul că echipamentele din categoria „Cromatografe de lichide cuplate cu spectrometru de masă triplu cuadrupol” nu este echipament medical.

Iata ce este mentionat pe pagina web a Agentiei Nationale a Medicamentelor si Dispozitivelor Medicale din Romania:

ANMDMR emite, La cerere, negații cu privire la încadrarea unor produse sub incidența definiției dispozitivului

Negațiile nu se emit pentru toate produsele puse în circulație pe piața UE care nu sunt dispozitive medicale.

Negațiile se emit La cerere în cazul în care solicitantul nu are certitudinea încadrării unor produse în categoria dispozitivelor medicale sau în cazul în care negația îi este necesară pentru a fi prezentată unei

autorități (pentru finalizarea procedurilor vamale, pentru clarificarea unor aspecte La Licitării etc.)

Intervenientul arată că pe pagina web a Agenției Naționale a Medicamentelor și Dispozitivelor Medicale din România se menționează fără echivoc că „Negațiile nu se emit nu pentru toate produsele puse în circulație pe piața europeană”. Pentru Atium Internațional SRL, a fost evident că prin prisma prevederilor legale și a definiției dispozitivelor medicale, echipamentul 6475A spectrometru de masă nu este dispozitiv medical.

Referitor la celălalt aspect menționat de contestator - absența declarației de conformitate pentru kitul de toxicologie clinică - face precizarea că, în conformitate cu precizările din caietul de sarcini, declarația de conformitate trebuie prezentată în timpul recepției produselor și nu pe parcursul etapei de evaluare.

De asemenea precizează că contestatorul dorește să demonstreze că echipamentul oferit de intervenient nu este conform cu una din specificațiile caietului de sarcini, și anume:

„Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția cloranfenicol trebuie să se obțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850 000:1”.

În acest sens, pentru a-și susține afirmația făcută, invocă o așa-numită fișă de date oficială a echipamentului 6475 fără a preciza însă sursa acesteia sau de unde a fost/se poate obține ea. Conform acestei „fișe de date oficiale” valoarea raportului semnal: zgomot este de 350 000:1.

Din analiza documentației depuse de contestator se observă că această „fișe de date” este una mai veche ca documentul depus de

intervenient pentru susținerea ofertei tehnice, respectiv a fost emisă în Mai 2022.

Intervenientul dorește să aducă la cunoștința Consiliului ca pentru susținerea conformității specificațiilor tehnice ale echipamentului oferat cu cerințele caietului de sarcini, a folosit următorul document „Data Sheet DS-6475 5994-4930EN” care e fost emis în august 2022 și în care este menționat fără echivoc că pentru această specificație tehnică valoarea este cea indicate de el.

Așadar arată că toată susținerea contestatorului s-a bazat pe o informare deficitară asupra performanțelor echipamentului care a făcut obiectul ofertei sale.

În concluzie, susține că datele prezentate de, sunt eronate iar solicitarea acestuia de a respinge oferta sa ca nefiind conformă tehnic nu are susținere în documentele procedurii de achiziții.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 64539/24.11.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209722052/1 tranzacția nr. 1394608469/155776089 din 22.11.2023, eliberată de CEC Bank - Sucursala Victoria, în cuantum de 21.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Cromatograf de lichide cuplat cu spectrometru de masă tip cuadropol - 1 buc” cod CPV 38432200-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1060169/01.10.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.050.000,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ...SRL a formulat cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. **65318/28.11.2023**, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP*

a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că:
„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că data formulării prezentei contestații este **22.11.2023**, Consiliul constată că cererea de intervenție a SRL este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ., dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire, în cauză, ...SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de

Procedând la analiza primei critici din contestație, se reține că aceasta se referă la decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatoarei, pe motiv că, urmare a solicitării clarificări efectuate de autoritatea contractantă, aceasta și-a suplimentat quantumul garanției de participare de la suma de 5000 lei la suma de 10.500 lei ,ajungând astfel la suma solicitată de autoritate.

Cu privire la garanția de participare, Consiliul reține că, în instrucțiunile către ofertanți intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la secțiunea III „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, capitolul III.1.6.a) „Garanție de participare”, s-a stipulat următoarele:

„Conform Legii nr. 208/11.07.2022 pentru modificarea și completarea Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, GP este 1% din valoarea estimată fără tva a contractului de furnizare.

Modalități de constituire a garanției de participare:

1) Garanția de participare trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

2) a) virament bancar;

3) b) instrumente de garantare emise în condițiile legii, astfel:

4) (i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare sau de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat;

5) (ii) asigurări de garanții emise:

6) - fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul ASF, după caz;

7) - fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către ASF;

8) c) prin depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

9) Dacă plata se face prin Virament bancar sau Ordin de plata, atunci contul este: RO72TREZ0765006XXX009861 deschis la Trezoreria Municipiului

Perioada de valabilitate a garanției de participare va fi de minim 120 de zile de la data limita de depunere a ofertelor.

Autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare, în baza articolului 37 din Legea 98/2016. Dovada constituirii garanției de participare se va depune, scanată, în SICAP, până cel mai târziu la data și ora limita de depunere a ofertelor.

Dovada constituirii GP se va depune scanată până cel mai târziu la data și ora limita de depunere a ofertelor”.

Se reține, în soluționarea cauzei, că a constituit garanția de participare în cuantum de 5000 lei prin ordinul de plată nr. 431/02.11.2023.

Având în vedere că acesta nu a respectat cerința din fișa de date a achiziției cu privire la valoarea garanției de participare, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatorului prin adresa nr. 38510/06.11.2023 să prezinte dovada constituirii până la data depunerii

ofertelor și anume 03.11.2023 ora 15.00, a garanției de participare în cuantumul corect.

La data de 07.11.2023, contestatorul a răspuns în SEAP solicitării de clarificări, prezentând ordinul de plata nr. 447 din 07.11.2023, în suma de 5.500 lei, emis de UniCredit Bank, ca și completare la garanția de participare depusă inițial, ceea ce, a determinat autoritatea contractantă să aprecieze că, la momentul depunerii ofertei și anume 03.11.2023, acesta nu a avut constituită garanția de participare în cuantumul solicitat în fișa de date a achiziției, iar, în urma solicitării de clarificări, ar fi adus completări la garanția depusă inițial, ceea ce duce la modificarea documentelor depuse în cadrul ofertei.

Documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date) devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Constituirea garanției de participare are rolul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament

necorespunzător din partea ofertanților pe parcursul procedurilor de atribuire. Obligatorietatea constituirii garanției de participare reprezintă garanții stabilite de dispozițiile legale, în vederea ocrotirii intereselor autorităților contractante împotriva exercitării abuzive sau cu rea credință a drepturilor și obligațiilor lor de care beneficiază ofertanții participanți, în cadrul unor proceduri de achiziție publică, fiind incidente, în acest caz, următoarele dispoziții legale:

- art. 35 din HG nr. 395/2016: *„(1) Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”;*

- art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016: *„Garanția de participare trebuie să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire (...)”;*

- art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”;*

- art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016: *„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la quantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă”.*

Modul concret de aplicare a prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în cazul documentelor aferente garanției de participare, se regăsește în cadrul art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, anterior citat, din care rezultă că scopul reglementării, în mod expres, a posibilității autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la neconcordanțele întâlnite la garanția de participare depusă de ofertanți este tocmai acela de a oferi șansa operatorilor economici de a lămuri aceste neclarități prin depunerea de înscrisuri care trebuie analizate de membrii comisiei de evaluare cu rigurozitate, fără să aducă vreun avantaj vreunui operator economic, potrivit prevederilor legale.

Ori, Consiliul nu poate reține drept pertinent și legal motivul de respingere a ofertei contestatorului, deoarece, decizia de respingere a

ofertei a fost adoptată de către comisia de evaluare fără respectarea prevederile legale în domeniu, respectiv, deși a solicitat contestatorului clarificări privind cuantumul garanției, astfel cum avea obligația conform prevederilor art. 209 alin. (1) coroborat cu art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare nu a procedat și la verificarea concludenței răspunsului transmis de contestator.

Solicitarea informațiilor necesare evaluării ofertelor este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care are loc pe baza dovezilor prezentate. În speță, prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în ceea ce privește cuantumul garanției de participare depusă de contestator, iar, prin răspunsul formulat, ... a răspuns concludent, completând cuantumul garanției de participare, cu 5500 lei.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a aplicat prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, doar în parte, în sensul că a solicitat clarificări prin adresa nr. 38510/06.11.2023, deoarece, a constatat că suma/cuantumul garanției de participare nu acoperă cuantumul solicitat în fișa de date, însă, nu a acceptat răspunsul prin care contestatorul și-a completat valoarea garanției constituite, ci, a ales să respingă, ca inacceptabilă, oferta acestuia, golind astfel de sens atât noțiunea de răspuns concludent/neconcludent, cât și prevederile exprese ale art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care pun în sarcina autorității contractante clarificarea eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia.

Consiliul nu poate reține, ca întemeiat, motivul de respingere a ofertei contestatorului, având în vedere faptul că legiuitorul permite comisiei de evaluare să clarifice orice neconcordanță cu privire la condițiile de formă, cuantumul și valabilitatea garanției de participare prezentată de ofertanți, în termenul prevăzut la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Mai mult, Consiliul reține că respingerea ofertei contestatorului în condițiile în care acesta și-a completat cuantumul garanției, acoperind astfel întreaga valoare solicitată de autoritatea contractantă nu sunt în concordanță nici cu jurisprudența europeană având în vedere că, în cauza **T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene**, Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg s-a pronunțat în sensul că *„principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se re-curgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite”*.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare a documentelor care însoțesc oferta, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea verificării garanțiilor de participare depuse de către contestator este fondată, urmând să fie admisă.

De asemenea, în ceea ce privește criticile contestatoarei privind nerespectarea de către ofertantul desemnat câștigătorul procedurii, respectiv, ...SRL a unor cerințe de calificare și specificații tehnice ale caietului de sarcini, Consiliul urmează a le admite, având în vedere considerentele care urmează.

Astfel, în ceea ce privește nerespectarea cerinței privind *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”*, pe motiv că avizul de funcționare emis de Ministerul Sănătății – ANMDM cu nr. 6738/01.08.2022 nu cuprinde și echipamentul oferat cromatograf de lichide – 6475 Triple Quadrupole LC/MS, se reține că, în Fișa de date, autoritatea contractantă a menționat la pct. III 1.1. b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, următoarele:

„Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

*Se va prezenta avizul de funcționare emis de MS pentru ofertantul autorizat să îndeplinească următoarele activități: -> **comercializare, distribuie, instalare și întreținere a dispozitivelor medicale,***

conform prevederilor legale privind dispozitivele medicale cu modificările și completările ulterioare (conform Legii 95/2006), **pentru echipamentele medicale oferite**. În cazul operatorilor economici străini din cadrul UE sau SEE, aceștia trebuie să prezinte documente echivalente prin care să dovedească că își desfășoară în mod legal activitatea de comercializare, distribuie, instalare și întreținere a dispozitivelor medicale în statul lor de origine.

Astfel, se va depune DUAE la termenul limită de depunere a ofertelor, urmând ca respectivul aviz sau documentele echivalente emise în conformitate cu legislația aplicabilă în țara de rezidență pentru ofertanții străini din cadrul UE sau SEE, să se prezinte la solicitarea autorității contractante de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”.

Din interpretarea cerinței documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă că, din autorizația de funcționare prezentată de ofertanți, trebuie să rezulte că sunt autorizați să comercializeze, distribuie, instaleze și să presteze servicii de întreținere a dispozitivelor medicale care fac obiectul procedurii de atribuire (cromatograf de lichide cuplat cu spectrometru de masă tip cuadrupol).

Or, analizând avizul de funcționare emis de Ministerul Sănătății - ANMDM nr. 6738/01.08.2022, depus de către ofertantul SRL, se constată că echipamentul oferit, cromatograf de lichide - 6475 Triple Quadrupole LC/MS, nu este inclus în niciuna dintre grupele de dispozitive medicale din primul tabel.

Consiliul nu poate reține că pe deplin justificată afirmația intervenientului potrivit căreia acest echipament nu face parte din

categoria de dispozitive medicale care să presupună existența vreunei autorizări, fiind depusă în susținerea acestei afirmații o adresă emisă de Ministerul Sănătății – ANMDM cu nr. 306579E/10.11.2023 (pag. 57, vol. 1), în condițiile în care adresa emisă face referire la produsul : „**Lichid cromatograf cu spectrometru de masă triplu cuadrupol.**”

Prin urmare, pentru a lămuri acest aspect, autoritatea contractantă trebuia să procedeze la clarificarea documentelor prezentate pentru cerința în cauză, dreptul autorității contractante de a solicita clarificări/completări rezidă din prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, care stipulează că, în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente sau acestea nu îndeplinesc condițiile de formă impuse, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților / candidaților clarificări și după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, autoritatea contractantă neavând ca prin clarificările / completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant / candidat,

și

dispozițiile art. 134 alin.(1) din HG nr. 395/2016, care prevăd:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte”.

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu exactitate dacă documentele de calificare depuse de ofertanți sunt reale și îndeplinesc condițiile de formă solicitate, numai în urma obținerii și verificării clarificărilor transmise de ofertanți putea stabili conformitatea și realitatea acestora.

Riscul, ca, în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul ofertei nu a fost verificată în mod corespunzător îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică/profesională, aparține autorității contractante.

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor ce se impuneau a fi solicitate de autoritatea contractantă, de a lămuri anumite elemente ale ofertei, respectiv, de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare/selecție asumate la momentul depunerii ofertei, la care ofertanții în cauză au

obligatia de a se conforma și de a le trata cu maximă competență și diligență.

Necesitatea solicitării de clarificări se impunea și în ceea ce privește cerința privind certificarea CE pe kit-ul ofertat, precum și a specificației tehnice menționate la pct., pag. 9 din caietul de sarcini, potrivit căreia: „Sensibilitatea în modul ESI negativ: la injecția de 1 pg cloranfenicol trebuie să conțină un raport semnal: zgomot de cel puțin 850.000:1”, în condițiile în care, deși, în cadrul specificației tehnice aferente echipamentului Agilent 6475 Quadrupole LC/MS System, din cadrul ofertei SRL, este menționat faptul că: **„instrument performance specifications – S/N Negative Ion- S/N > 850.000>1-1 pg cholramhenicol”**, din fișa de date oficială a aceluiași echipament depus de contestatoare, rezultă că acest echipament figurează cu specificația: **„S/N Negative Ion- S/N > 350.000>1-1 pg cholramhenicol”**.

Specificațiile tehnice propuse de ofertanți nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, ci, reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice, a căror realitate/conformitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că în etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt propria documentație de atribuire, alegând să verifice în mod parțial și superficial cerințele impuse pentru produsele oferite și să desemneze

drept admisibilă și ulterior câștigătoare oferta acestuia în baza simplei prezumții că echipamentul medical oferat îndeplinește în totalitate specificațiile tehnice solicitate.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor produse care nu îndeplinesc cerințele tehnice impuse doar în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua propunerile tehnice ținând seama de toate elementele avute în vedere la descrierea produselor propuse, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea acestora.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente /neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei, sens în care Consiliul reține că prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 instituie asupra autorității contractante obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, motiv pentru care, înainte de a adopta o decizie privind admiterea sau respingerea ofertei SRL, ar fi trebuit să se asigure că acest operator economic respectă întocmai cerințele documentației de atribuire și a legislației specifice în materie.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, **CJUE** s-a pronunțat în cauza **C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile proprii documentației de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Altfel spus, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că propunerile tehnice ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin ofertarea unor produse care nu respectă în totalitate specificațiile tehnice

prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor.

Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice și financiare, elaborarea solicitărilor de clarificări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f), j) și i) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei depusă de SRL, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei câștigătoare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va respinge ,ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor aparținând și SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor aparținând și SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 34 (treizecișipatru) pagini