

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

DECIZIE

Nr. 1859/C3/1976

Data: 02.09.2022

Prin contestația nr. 872/11.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 40157 din data de 11.08.2022, înaintată de SRL, cu sediul în, .., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, str. .., ..., înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată prin director general, formulată împotriva rezultatului procedurii nr. A 4609/4/04.08.2022, dar și a actelor subsecvente, inclusiv a raportului procedurii de atribuire nr. A4603/4/04.08.2022, întocmite de SPITALUL MILITAR DE URGENȚĂ "... " (.....), cu sediul în, str. ..., județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect "Furnizare TESTE RAPIDE COVID 19 ANTIGEN", inițiată cu anunțul de participare nr. CN1042777/19.05.2022, s-au solicitat anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, precum și studiul dosarului achiziției publice, la sediul CNSC.

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

Prin contestația nr. 872/11.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 40157/11.08.2022, ... SRL atacă rezultatul procedurii nr. A 4609/4/04.08.2022, dar și actele subsecvente, inclusiv raportul procedurii de atribuire nr. A 4603/4/04.08.2022, întocmite de SPITALUL MILITAR DE URGENȚĂ "DR. "), potrivit căruia oferta sa a fost declarată neconformă.

În prealabil, contestatoarea arată că are un interes legitim, personal, născut și actual, în vederea promovării unui demers juridic.

Contestatoarea susține că oferta sa a fost respinsă, potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395 din 2016, deoarece nu ar fi îndeplinit toate condițiile minime solicitate prin caietul de sarcini, respectiv: "Lipsește aprobarea pentru utilizarea testului de către OMS în momentul achiziției".

De asemenea, contestatoarea arată că, în mod greșit, autoritatea contractantă a procedat la declararea neconformă a ofertei sale, întrucât motivul pe baza căruia a luat această decizie este ilegal.

Astfel, la nivelul caietului de sarcini, cerința la care face referire autoritatea contractantă este prezentă la "cap.2.11.2 Livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului" și se referă, după cum se poate observa, la contractanți.

Calitatea de contractant este dobândită după semnarea acordului-cadru și a contractului subsecvent, deci cerința în cauză nu este o cerință tehnică ce trebuia îndeplinită de către ofertanții care au depus oferta tehnică în cadrul acestei proceduri.

Mai mult decât atât, contestatoarea precizează că, pentru cerința în cauză, chiar dacă aceasta nu se adresează ofertanților, autoritatea contractantă nu a stabilit niciun document ca dovadă a îndeplinirii acesteia.

Drept urmare, este firească întrebarea legată de modalitatea în care autoritatea contractantă a stabilit că din oferta sa tehnică "lipsește aprobarea pentru utilizarea testului de către OMS în momentul achiziției", atât timp cât nu a solicitat în clar acest document la nivelul caietului de sarcini.

Contestatoarea invocă o evaluare superficială și tendențioasă a ofertei sale, atât timp cât autoritatea contractantă, nici măcar, nu i-a transmis vreo solicitare de clarificări legată de modalitatea în care ar putea îndeplini cerința, dacă într-adevăr aceasta s-ar aplica ofertanților și nu contractanților, așa după cum chiar autoritatea contractantă a stabilit în caietul de sarcini.

Concluzionând, contestatoarea susține că este fără dubiu că toți operatorii economici participanți la procedura de achiziții publice din speță, dar și autoritatea contractantă, aveau obligativitatea de a respecta prevederile documentației de atribuire, în forma întocmită de autoritatea contractantă.

În drept, contestatoarea invocă Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. A-5055/25.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 42830 din data de 29.08.2022, autoritatea contractantă a transmis copia dosarului achiziției, susținând că, întrucât a expirat termenul prevăzut de art. 18 din Legea nr. 101/2016, nu mai poate comunica un punct de vedere la contestație.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, CNSC reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă SPITALUL MILITAR DE URGENȚĂ "DR." a inițiat, cu anunțul de participare nr. CN1042777/19.05.2022, o licitație deschisă, în vederea încheierii unui

acord-cadru având ca obiect Furnizare TESTE RAPIDE COVID 19 ANTIGEN.

Împotriva respingerii ofertei sale, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând invalidarea măsurii autorității contractante.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208315266/1, în valoare de 1.760 lei, eliberată de CEC Bank – SUCURSALA VICTORIA, la data de 12.08.2022.

CNSC observă că oferta SRL a fost respinsă, ca neconformă, sub motivația că "Lipsește aprobarea pentru utilizarea testului de către OMS în momentul achiziției".

În caietul de sarcini, la secțiunea "Alte informații", autoritatea a specificat: *„Produsele trebuie să fie fabricate cu respectarea cerintelor de calitate conform Certificat ISO 13485:2003 sau echivalent al producătorului, Certificat de marcaj european CE. Testele rapide COVID 19 antigen să fie aprobate pentru utilizare de către OMS (Organizația Mondială a Sănătății) în momentul achiziției¹. Testul trebuie să fie obligatoriu autorizat/aprobat de către organismele de reglementare națională. Se vor prezenta avizul de la ministerul sănătății, certificatul CE și aprobarea OMS.”*

În perioada anterioară depunerii ofertelor, autoritatea contractantă a postat în SEAP întrebarea și răspunsul de clarificare de mai jos:

„Vă rugăm să clarificați cerința privind înregistrarea de la OMS.

Răspuns: testul trebuie să fie aprobat pentru utilizare de către OMS (Organizația Mondială a Sănătății) la data limită de depunere a ofertei.”

În aceste condiții, este eronată susținerea contestatoarei că obligația de prezentare a aprobării testelor ar reveni doar contractanților. O asemenea obligație trebuie îndeplinită de către ofertanți, pentru a fi prevenită semnarea contractului cu un ofertant care nu deține aprobarea necesară. Acesta este și sensul clarificării autorității, ca testul să fie aprobat de către OMS la data limită de depunere a ofertei, adică anterior desemnării câștigătorului și contractului.

Din cuprinsul propunerii tehnice, Consiliul observă că ofertantul contestator a înțeles că aceste documente trebuie prezentate deodată cu oferta, la pag 3 a acesteia fiind menționate documentele aferente tipului de produs ofertat (mai puțin aprobarea OMS):

- "Autorizație de punere pe piață emisă de către Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din cadrul Ministerului Sănătății (...);

- *certificat ISO 13485:2003 privind calitatea în domeniul dispozitivelor medicale;*

- *Declarație/Certificat CE de conformitate pentru produsele ofertate, emis de către organismele abilitate din care reiese conformitatea produselor și valabilitatea Marcajului CE.”.*

La propunerea tehnică, au fost atașate:

- certificat de înregistrare a dispozitivelor medicale (emis de ANM);
- certificat CE și anexa "Instructions for use Covid-19 Antigen Rapid Test";
- declarație de conformitate CE.

Pe de altă parte, prin contestație, se invocă imprecizia caietului de sarcini, respectiv faptul că achizitorul nu ar fi stabilit nici termenul și nici modalitatea de a proba (niciun document indicat) îndeplinirea cerinței. Însă, eventuale critici aduse documentației de atribuire, după momentul ofertării, chiar în perioada de analiză a ofertelor, este tardiv formulată.

Potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016, contestatorul avea obligația să întocmească oferta cu respectarea tuturor regulilor din documentația de atribuire, implicit și a celor din caietul de sarcini și a clarificării amintite. Or, văzând că oferta SRL nu respectă amintita cerință a caietului de sarcini, iar motivele de contestare nu probează incorecta aplicare a regulii de ofertare de interes, Consiliul constată a fi lipsită de temei solicitarea de anulare a deciziei de respingere a ofertei.

De altfel, Consiliul observă că, nici pe calea contestației, ofertantul nu probează că ar deține vreun document care să demonstreze că produsul propus, este aprobat pentru utilizare de către OMS, la momentul depunerii ofertei, pentru a solicita cu succes o reevaluare a ofertei.

În consecință, considerând corectă decizia atacată a autorității contractante, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de SRL, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu SPITALUL MILITAR DE URGENȚĂ "DR.").

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

MEMBRU,
Dumitru-Viorel
PÂRVU

MEMBRU,
Ecaterina-Milica
DOBROTĂ

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere a contestației SRL, ca nefondată –, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele, sens în care se impunea admiterea contestației, anularea actelor atacate (în partea privind evaluarea ofertei contestatoarei) și obligarea Spitalului Militar de Urgență „Dr.” la clarificarea și reevaluarea temeinică a ofertei în discuție. Deschidem aici o paranteză pentru a puncta că utilizăm formula de plural, întrucât opinia separată este redactată nu în calitate de persoană privată, ci de funcționar public, agent al statului, care implică exercițiul autorității. Nu insistăm asupra acestui aspect colateral cauzei, el fiind bine-cunoscut culturii juridice, mai cu seamă că pluralul autorității este frecvent întâlnit, de pildă, în opiniile separate aparținând judecătorilor Curții Constituționale, publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I (elocvente sunt, spre pildă, opiniile individuale aferente deciziilor instanței de contencios constituțional nr. 506 din 18 septembrie 2019, nr. 505 din 18 septembrie 2019, nr. 504 din 18 septembrie 2019, nr. 394 din 5 iunie 2019, nr. 392 din 5 iunie 2019, nr. 312 din 20 mai 2019, nr. 220 din 9 aprilie 2019, nr. 127 din 6 martie 2019, nr. 26 din 16 ianuarie 2019).

De asemenea, dacă înțelegem să conferim caracter axiomatic tezei care dă expresie esenței democrației, potrivit căreia, într-o colectivitate, majoritatea are întotdeauna dreptate, argumentele înfățișate în cadrul prezentei opinii separate nu pot fi receptate ca urmărind să demonstreze contrariul, ci exclusiv ca justificare rațională a acestei opinii, diferită de aceea a majorității membrilor Consiliului.

În esență, divergența poartă [și] asupra interpretării și aplicării la situația factuală din cauză a regulilor documentației de atribuire, precum și a dispozițiilor relative la solicitarea de clarificări. Este netăgăduit că, în cuprinsul respectivei documentații (caietul de sarcini, subsecțiunea „Alte informații”), autoritatea achizitoare a pretins: *„Produsele trebuie sa fie fabricate cu respectarea cerintelor de calitate conform Certificat ISO 13485:2003 sau echivalent al producatorului, Certificat de marcaj european CE. Testele rapide COVID 19 antigen sa fie aprobate pentru utilizare de catre OMS (Organizatia Mondiala a Sanatatii) in momentul achizitiei1. Testul trebuie sa fie obligatoriu autorizat/aprobat de catre organismele de reglementare nationala. Se vor prezenta avizul de la ministerul sanatatii, certificatul CE si aprobarea OMS.”*

În perioada anterioară depunerii ofertelor, autoritatea a postat în SEAP întrebarea și răspunsul de clarificare de mai jos:

„Vă rugăm să clarificați cerința privind înregistrarea de la OMS.

Răspuns: testul trebuie să fie aprobat pentru utilizare de către OMS (Organizația Mondială a Sănătății) la data limită de depunere a ofertei.”

În condițiile factuale date, conjugate cu ansamblul cerințelor documentației, este eronată susținerea contestatoarei că obligația de prezentare a aprobării testelor ar reveni doar contractanților. O asemenea obligație trebuie îndeplinită – cu precădere – de către ofertanți, pentru a fi prevenită semnarea contractului cu un ofertant care nu deține aprobarea necesară, care ar conduce la imposibilitatea îndeplinirii contractului, prin prisma rigorilor documentației de licitare. Acesta este și sensul clarificării autorității, ca testul să fie aprobat de către Organizația Mondială a Sănătății *la data-limită de depunere a ofertei*, adică anterior desemnării câștigătorului și contractului. Cerința autorității trebuie să beneficieze de o interpretare funcțională și în direcția producerii de efecte juridice adecvate și utile tuturor părților, mai cu seamă în lumina regulilor de interpretare din Codul civil:

Interpretarea sistematică

Art. 1.267. - Clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă **din ansamblul contractului**.

Interpretarea clauzelor îndoielnice

Art. 1.268. - (1) Clauzele susceptibile de mai multe înțelesuri se interpretează **în sensul ce se potrivește cel mai bine naturii și obiectului contractului**.

(2) Clauzele îndoielnice se interpretează ținând seama, între altele, de natura contractului, de împrejurările în care a fost încheiat, de interpretarea dată anterior de părți, **de sensul atribuit în general clauzelor** și expresiilor în domeniu și de uzanțe.

(3) Clauzele se interpretează în sensul în care pot produce efecte, iar nu în acela în care nu ar putea produce niciunul.

(4) Contractul nu cuprinde decât lucrul asupra căruia părțile și-au propus a contracta, oricât de generali ar fi termenii folosiți.

(5) Clauzele destinate să exemplifice sau să înlăture orice îndoială asupra aplicării contractului la un caz particular nu îi restrâng aplicarea în alte cazuri care nu au fost expres prevăzute.

Pe de altă parte, nu poate fi ignorat faptul că nu a fost redactată în caietul de sarcini o cerință expresă, clară, ca ofertanții să includă în propriile oferte aprobarea din partea Organizației Mondiale a Sănătății, unii dintre ei putând înțelege că prezentarea este obligatorie doar ulterior semnării contractului (secțiunea 2.11.2 – „Livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului” se referă la contractant), cum a fost cazul reclamantei. Pe acest fundal, Spitalul Militar de Urgență „Dr.” trebuia să manifeste un minim rol activ și să solicite SRL o clarificare cu privire la îndeplinirea respectivei cerințe, urmând să stabilească conformitatea sau neconformitatea ofertei doar după primirea răspunsului necesar din partea ofertantei.

Nici autoritatea achiziitoare și nici forul administrativ de jurisdicție nu dispun de informații certe și mijloace probatorii pe baza cărora să concluzioneze, la acest moment, că testele SRL nu sunt aprobate

pentru utilizare de către Organizația Mondială a Sănătății, situație care presupune o prealabilă lămurire punctuală cu societatea ofertantă.

În consecință, fiindcă evaluarea ofertei SRL nu a fost completă și temeinică, Consiliul ar fi trebuit să admită contestația, din perspectiva criticii examinate, urmând ca autoritatea contractantă să solicite ofertantei clarificările de dovedire a îndeplinirii cerinței aprobării testelor la data-limită de depunere a ofertei, în baza art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și a art. 134 alin. (1) și (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Contrar poziției și argumentelor majorității, evaluarea și concluzia la care s-a oprit unitatea spitalicească, prin comisia evaluatorie abilitată, vatămă ofertanta prin prisma neacordării șansei de a își dovedi conformitatea ofertei, respectiv de a se apăra. Statele membre sunt obligate să se conformeze principiului respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere dintr-o procedură de atribuire (Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13). În sensul că statele membre ale Uniunii și, în special, autoritățile contractante trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității, ci și principiul respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție, sunt și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, și Hotărârea din 3 iulie 2014, Kamino International Logistics și Datema Hellmann Worldwide Logistics,

C-129/13 și C-130/13, EU:C:2014:2041, punctul 28, precum și

jurisprudența acolo citată.

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, suntem de părere că trebuia anulat actul de evaluare a ofertei contestatoarei, urmând ca autoritatea contractantă să procedeze la clarificarea și la reevaluarea temeinică a ei și la emiterea unui nou raport al procedurii, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a considerentelor de mai sus. De bună seamă, dacă SRL

nu va reuși să demonstreze că testele propuse beneficiau de aprobarea Organizației Mondiale a Sănătății la data-limită de depunere a ofertei, aceasta din urmă va fi respinsă ca neconformă.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie la opinia majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.

PREȘEDINTE,

.....

.....