# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE
**Nr. ...**
**Data: ...**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestaţiilor cu nr. .../27.02.2018, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ... – administrator și convențional prin ..., cu sediul ales în vederea comunicării actelor de procedură în ..., împotriva raportului procedurii nr. .../12.02.2018, privind *lotul 5 – Set de ventilație neonatală cu posibilitate de administrare oxid nitric*, emis de către ...., în calitate de autoritatea contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„CONSUMABILE PENTRU APARATURĂ ȘI MATERIALE SANITARE PENTRU NEONATOLOGIE 2”*, cod CPV 33140000-3, 33100000-1, 33141111-1, 33141760-5, 33169000-2, (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- anularea raportului procedurii nr. .../12.02.2018, în ceea ce privește rezultatul procedurii pentru lotul 5;
- anularea măsurii de declarare ca neconformă a ofertei contestatoarei pentru lotul 5;
- anularea răspunsului la notificarea prealabilă nr. .../22.02.2018;
- obligarea autorității contractante să reia procedura de atribuire pentru lotul 5 de la etapa aplicării criteriului de atribuire, cu luarea în considerare și a ofertei ....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertantă în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de către autoritatea contractantă ...., în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„CONSUMABILE PENTRU APARATURĂ ȘI MATERIALE SANITARE PENTRU*

*NEONATOLOGIE 2*”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, în cadrul acestei proceduri, a depus oferte în cadrul loturilor 2, 4 și 5 și că, în urma evaluării propunerilor depuse, acestea au intrat în etapa de licitație electronică, clasându-se pe locul 1 la loturile 4 și 5 și pe locul 2 la lotul 2. Mai precizează contestatoarea că, pentru toate loturile la care a depus ofertă, a depus același DUAE.

Ulterior depunerii documentelor justificative DUAE și a eșantioanelor, contestatoarea a primit din partea autorității contractante raportul procedurii nr. .../12.02.2018, fiind înștiințată de faptul că oferta sa depusă pentru lotul 5 a fost declarată neconformă, motivul fiind „Kit administrare și monitorizare oxid  nitric neconform cu aparatul aflat în dotarea secției”.

În opinia contestatoarei, decizia luată de autoritatea contractantă este nelegală.

În acest sens, arată, în primul rând, că, din interpretarea prevederilor art. 134 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 dar și a acelora de la Secțiunea IV-Procedura, pct. IV.2 – Criterii de atribuire, subpunctul IV.2.2, din fișa de date a achiziției, rezultă că au dreptul de intra în etapa electronică doar ofertele admisibile. De asemenea, arată că, potrivit art. 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016, ofertele admisibile sunt acele oferte care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării, iar potrivit dispozițiilor alin. (1) al aceluiași articol, sunt respinse de către comisia de evaluare ofertele inacceptabile sau neconforme. Prin urmare, apreciază că, o ofertă, odată declarată admisibilă înseamnă că nu este o ofertă neconformă sau inacceptabilă, nefiind posibilă stabilirea ulterioară a neconformității.

Or, în cazul de față, așa cum rezultă și din raportul procedurii, înainte de etapa de licitație electronică, oferta contestatoarei a fost declarată admisibilă, ceea ce presupune faptul că aceasta nu este nici inacceptabilă, nici neconformă, astfel încât autoritatea contractantă nu mai avea dreptul de a declara oferta ca neconformă, ulterior etapei electronice.

În al doilea rând, invocând prevederile art. 179 lit. l) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă are dreptul ca, atunci când atribuire un contract de furnizare, să solicite, după caz, fie eșantioane, fie descrieri, fie fotografii ale produselor pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare privind îndeplinirea capacității tehnice și profesionale și nu pentru verificarea conformităților cu cerințele caietului de sarcini.

Astfel, apreciază că prezentarea unui eșantion nu are drept scop stabilirea conformității ofertei tehnice, întrucât aceasta excede cadrului legal în materie, autoritatea contractantă urmând a stabili conformitatea

produselor din punct de vedere tehnic sau al performanțelor prin raportare la specificațiile tehnice și cerințele speciale ce fac obiectul caietului de sarcini, cerințe în raport cu care ofertanții trebuie să prezinte dovezi de conformitate în cuprinsul propunerilor tehnice. Pentru stabilirea conformității unui produs cu cerințele tehnice, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să furnizeze un raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformității sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă, astfel cum rezultă din art. 158 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Coroborând prevederile legale în vigoare, contestatoarea concluzionează că nicio ofertă nu poate fi respinsă la evaluarea tehnică în baza verificării/evaluării eșantioanelor prezentate ca dovadă a îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică. Prin urmare, susține că, după comunicarea eșantioanelor, la solicitarea autorității contractante, aceasta din urmă nu avea dreptul de a-i declara oferta ca neconformă, eșantionul având rolul de a demonstra capacitatea tehnică și profesională și nu neconformitatea produsului ofertat.

În al treilea rând, ... susține că oferta sa, depusă pentru lotul 5, îndeplinește în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, neputând fi considerată neconformă. Faptul că produsul nu este compatibil cu echipamentul aflat în dotarea autorității contractante nu poate fi imputat ofertantului, atât timp cât autoritatea contractantă nu a prezentat acele caracteristici suplimentare pe care ar trebui să le îndeplinească produsul, astfel încât să se asigure compatibilitatea lui cu alte echipamente din dotarea autorității contractante.

Potrivit contestatoarei, dacă produsul corespunde în integralitate cu cerințele tehnice din caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu poate invoca cerințele tehnice suplimentare, necuprinse în documentația de atribuire, pentru a declara o oferta neconformă, un astfel de comportament contravenind în primul rând principiului transparenței.

În plus, potrivit art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsul care fac obiectul achiziției. Prin urmare, autoritatea contractantă nu poate, în analiza conformității ofertei cu prevederile caietului de sarcini, să aplice alte criterii decât cele expres menționate în documentația de atribuire.

Cu privire la aprecierea ofertei sale, depusă la lotul 5, ca inacceptabilă, aspect comunicat prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. .../22.02.2018, contestatoarea atrage atenția, în primul rând, că autoritatea contractantă a modificat, prin acest răspuns, motivul respingerii ofertei sale, fapt contrar prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Astfel, arată că, în raportul procedurii, autoritatea contractantă a menționat, ca motiv pentru declararea ofertei depuse în cadrul lotului 5, ca neconformă: *„Kit administrare și monitorizare oxid nitric neconform cu aparatul aflat în dotarea secției*". Din formularea utilizată de autoritatea contractantă rezultă că oferta a fost respinsă ca neconformă, pe motiv că aceasta nu corespunde cerințelor caietului de sarcini. Or, prin răspunsul la notificarea prealabilă, aceasta a revenit asupra celor reținute în raportul procedurii, menționând că oferta este inacceptabilă, motivul fiind neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție cu privire la susținerea capacității tehnice.

În al doilea rând, contestatoarea consideră că, și în situația în care s-ar lua în considerare noul motiv de respingere, indicat în răspunsul la notificarea prealabilă, soluția autorității contractante este nelegală.

În acest sens, arată că, în conformitate cu prevederile fișei de date a depus DUAE, iar după prezentarea eșantioanelor, autoritatea contractantă a apreciat că nu sunt îndeplinite cerințele de calificare și selecție pentru lotul 5. Dincolo de faptul că autoritatea contractantă nu a indicat motivele concrete pentru care s-a apreciat că nu sunt îndeplinite cerințele de calificare și selecție cu privire la susținerea capacității tehnice, fiind astfel încălcat prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea solicită să se rețină că a depus același DUAE pentru toate loturile la care a depus ofertă, situație în care îi este neclar care au fost motivele pentru care s-a apreciat că sunt îndeplinite cerințele în ceea ce privește capacitatea tehnică pentru loturile 2 și 4 și că, aceleași cerințe nu sunt îndeplinite pentru lotul 5.

Potrivit contestatoarei, motivul invocat în raportul procedurii nu presupune în niciun caz o incapacitate tehnică și/sau profesională în ceea ce privește îndeplinirea contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. .../28.02.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită documentele dosarului achiziției publice, oferta contestatoarei, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, inclusiv dovada comunicării acestuia către ....

Prin punctul de vedere nr. ...01.03.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. ...07.03.2018, ... a solicitat respingerea contestației formulate de ....

Potrivit autorității contractante, la data de 19.12.2017 au fost depuse ofertele în cadrul acestei proceduri, la licitație participând doi ofertanți, respectiv ... și .... În urma evaluării ofertelor și a aplicării criteriului de atribuire s-a stabilit că oferta depusă de ... se clasează pe locul I cu un preț de 204.000 lei, pe locul doi clasându-se oferta depusă de ..., cu un preț de 224.000 lei.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu fișa de date a achiziției, a strategiei de contractare și DUAE, au fost solicitate eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor

ce urmează a fi livrate, toate acestea fiind evaluate ulterior de către membrii comisiei de evaluare.

Mai arată autoritatea contractantă că, în etapa de evaluare tehnică, toate ofertele au fost declarate conforme pe baza propunerilor tehnice, deoarece propunerile tehnice ale ofertanților sunt identice cu solicitările autorității contractante. Din acest motiv, în clasamentul intermediar se cer ofertanților clasați pe primele 3 locuri eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție cu privire la susținerea capacității tehnice.

În urma evaluării eșantioanelor ofertantului ..., pentru lotul 5, oferta acestuia a fost respinsă pe baza criteriului de calificare și selecție cu privire la susținerea capacității tehnice, deoarece produsul ofertat nu este compatibil cu aparatul din dotarea secției, acesta neputând fi folosit.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de licitație deschisă, a fost inițiată de autoritatea contractantă, ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect „CONSUMABILE PENTRU APARATURĂ ȘI MATERIALE SANITARE PENTRU NEONATOLOGIE 2”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ....

Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 2.872.972,21 lei, fără TVA.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. .../12.02.2018, pentru lotul 5 ”Set complet ventilație neonatală cu posibilitate de administrare oxid nitric”, al cărui rezultat reprezintă actul atacat prin prezenta contestație, au fost depuse 2 oferte, cea depusă de ... fiind respinsă ca neconformă deoarece eșantionul prezentat pentru poziția ”kit administrare și monitorizare oxid nitric” nu este conform cu aparatul aflat în dotarea tehnică.

Consiliul reține că la punctul ”Cerințe generale” din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat că ”pentru o mai bună evaluare se vor prezenta comisiei de evaluare eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate (...)”, comunicând astfel ofertanților că etapa de evaluare a ofertelor, pe lângă verificarea modului de respectare a cerințelor documentației de atribuire, are și o componentă referitoare la verificarea compatibilității cu echipamentele deja deținute de către autoritatea contractantă, mai ales în cazul în care produsul ce urmează a fi achiziționat funcționează în interdependență cu un echipament sau instalație existentă.

În acest sens, Consiliul apreciază că respingerea ofertei contestatoarei ca urmare a faptului că autoritatea contractantă, în urma analizei mostrei de produs ofertat, a constatat existența unei

incompatibilități între produsul ofertat și echipamentul existent se încadrează atât în prevederile documentației de atribuire, cât și în dispozițiile legale incidente, eventuala eroare în sensul că documentația de atribuire nu conține detalii concrete privind cerințe de compatibilitate neputând conduce la admiterea ofertei contestatoarei, ci cel mult la anularea procedurii de atribuire pentru acest lot, măsură excesivă raportată la interesul public, respectiv un spital capabil să furnizeze în regim continuu, gama completă de servicii necesare, mai ales în condițiile în care ofertanții ar fi avut posibilitatea de a depune diligențe în obținerea de informații, fie prin vizualizarea echipamentului existent, fie prin solicitarea de clarificări, care să-i asigure că produsul pe care îl ofertează este compatibil.

Consiliul nu reține, în soluționare, criticile contestatoarei legate de temeiul legal și de momentul respingerii ofertei sale, raportate la prevederile legale ce le reglementează, deoarece acestea reprezintă elemente care nu pot modifica caracterul inadmisibil al ofertei sale, o eventuală acceptare a acesteia conducând la obligarea autorității contractante la achiziționarea unor produse ce nu pot fi utilizate, încălcându-se scopul de eficiență economică al unei proceduri de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă de ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

**Pentru aceste motive,**

în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

**PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,**

**... ... ...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 7 (șapte) pagini.