CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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. ..... / ..... / ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de ....., lot 2 - aparat electrocardiograf, cod CPV 33123230-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 06.03....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în esență, ...

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ... nr. 86, CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ..... - director comercial, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ....., lotul 3 - nebulizator, contestatoarea a solicitat ....., precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei. Prin încheierea nr. 368/...../...../ 18.07....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului J40/21364/ 1994, reprezentată de

doamna ..... - administrator, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ....., lotul 3 - nebulizator, contestatoarea a solicitat ....., precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei. Prin încheierea nr. 387/...../...../26.07....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

La 04.08....., SC ..... SRL, având datele de identificare menționate mai sus, a înaintat Consiliului cererea de intervenție în sprijinul autorității contractante nr. 2972/04.08....., prin care solicită respingerea contestației depuse de SC ..... SRL și menținerea actualului rezultat al procedurii, lotul 3.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care ofertanții SC ..... SRL, SC ..... SRL și SC ..... SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, loturile 2 și 3, organizată de .....

În motivarea primei contestații, autoarea SC ..... SRL învederează că, în caietul de sarcini aferent lotului 2, s-a solicitat furnizarea unui aparat electrocardiograf echipat cu imprimată, pentru care au fost stabilite următoarele cerințe:

„- Imprimantă termică lățime 210 mm, hârtie împachetată;

- Imprimantă 12 canale;

- Mod de printare: câte 3, 4, 6, 12 canale pe foaie termosensibilă, lățimea hârtiei având dimensiuni tip A4 (pentru hârtie termică fără caroiaj, tip fax - înregistrează singur caroiajul)."

A fost ofertat aparatul electrocardiograf Cardio7 produs de Bionet America Inc dotat cu imprimantă termică format A4, lățime 215 mm, hârtie rolă, pentru care s-au prezentat specificații tehnice și extras din manualul producătorului:

„Product features

- Print 12-channel (ch) cardiac signals eith reports in: 3ch + 1 rhythm, 3ch + 3 rhythm, 6ch + 1 rhythm and 12ch rhythm pattenrs on A4 or Letter size printing paper;

- Record a rhythm from 1 channel for long time (1 minute, 5 minutes, 10 minutes) then print it on A4 or Letter size printing paper;

- Record and print 12 channel rhythms continuously and simultaneously.

[...]

Printer resolution

Thermal print head, Roll Paper

Report paper

- width: A4/Letter 215 mm (8,5")

- length A4 297 mm (11.7")

Letter 279 mm (11")

Resolution 8dot/mm (0,125 mmpitch)."

Prin adresa nr. A23818/21.06....., autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta a fost declarată neconformă, deoarece:

Cerințe conform caietului de sarcini	**SC …… SRL**
Imprimantă termică lățime 210 mm, hârtie împachetată	Conform propunerii tehnice **imprimanta are lățimea de 215 mm**, iar **hârtia este rolă**. În propunerea tehnică autoritatea contractantă a solicitat ca **imprimanta** să aibă lățimea de 210 mm, iar **hârtia să fie împachetată**.

Contestatoarea consideră că decizia autorității încalcă regulile obligatorii în raport de care trebuie evaluate ofertele, principiul proporționalității, și se întemeiază pe un formalism exagerat, care nu este compatibil cu legislația în materia achizițiilor publice

Specificațiile considerate neîndeplinite nu reprezintă cerințe funcționale și/sau de performanță ale echipamentului, ci exclusiv cerințe constructive ale acestuia (lățimea echipamentului). Altfel spus, cele două specificații nu influențează rezultatul clinic, iar echipamentul ofertat satisface necesitatea de utilizare a autorității contractante, respectiv asigură obținerea rezultatelor specifice investigațiilor pentru care este achiziționat.

În ceea ce privește împrejurarea că lățimea imprimantei este de 215 mm, nu de 210 mm, imprimanta cu care este dotat echipamentul ofertat asigură imprimarea atât în format A4, cât și în format *letter*. Formatul de imprimare *letter* este utilizat la scară largă în America de Nord și, de aceea, producătorul Bionet America Inc a creat un produs adaptat atât utilizatorilor din America de Nord, cât și celor din alte regiuni, care folosesc imprimarea în format A4. Formatul suplimentar *letter* presupune imprimarea pe o hârtie cu dimensiune cu 5 mm mai mare, situație în care, implicit, lățimea imprimantei este mai mare decât a unui echipament care asigură imprimarea în format exclusiv A4. O diferență de dimensiune de 2,38% nu poate fi considerată element de neconformitate a ofertei, în condițiile în care:

a) lățimea imprimantei reprezintă o caracteristică constructivă care nu influențează actul medical, respectiv obținerea pe suport de hârtie a imprimării rezultatului analizei;

b) în mod nejustificat, autoritatea a impus o lățime fixă de 210 mm, favorizând produsele care se încadrează în această dimensiune, deși specificația este nerelevantă pentru realizarea investigației medicale;

c) diferența dintre lățimea imprimantei ofertate și lățimea solicitată prin caietul de sarcini este nesemnificativă. Respingerea unei oferte pentru o abatere atât de mică, insesizabilă (5 mm), și care nu influențează în niciun fel posibilitatea de utilizare a echipamentului conform necesităților autorității contractante, întocmai ca un echipament care ar prezenta dimensiunea prevăzută în caietul de sarcini, reprezintă o măsură excesivă, care încalcă principiul proporționalității;

d) lățimea imprimantei trebuie privită în strictă corelare cu formatul hârtiei pe care este imprimat rezultatul analizei, iar sub acest aspect echipamentul ofertat este unul superior cerințelor caietului de sarcini. Echipamentul ofertat are posibilitatea de a imprima rezultatul pe două formate diferite de hârtie, inclusiv formatul solicitat prin caietul de sarcini (A4). În aceste condiții, este evident că echipamentul ofertat asigură funcționalități suplimentare și, prin urmare, este superior cerințelor stabilite prin documentația de atribuire;

e) practica instanțelor și a Consiliului sancționează comportamentul necorespunzător al autorităților contractante care procedează la o evaluare formalistă a ofertelor.

În motivarea răspunsului la notificarea prealabilă, autoritatea argumentează: *„în spital, dosarul medical al pacientului se arhivează în compartimentul special destinat, în unități arhivistice, conform Legii nr. 16/1196 cu completările și precizările ulterioare și a ordinelor și dispozițiilor interne ale Ministerului Apărării Naționale, pe suport de hârtie cu dimensiuni standard, tip A4 (210x297 mm), conform standardului internațional pentru dimensiunile de hârtie ISO 216. Menționăm faptul că dimensiuni mai mari necesită manopere suplimentare, implicit costuri mărite.”*

Așadar, dacă în cadrul adresei nr. A23818/21.06....., motivul de respingere a ofertei l-a reprezentat o abatere de la „lățimea imprimantei”, prin răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă afirmă că motivul de respingere este reprezentat de „dimensiunea hârtiei”. De asemenea, autoritatea afirmă că este absolut necesară ofertarea unui echipament care utilizează hârtie cu o lățime de 210 mm, întrucât arhivarea dosarului pacientului ar impune cu necesitate utilizarea acestui tip de hârtie,

argument ce nu poate fi primit, întrucât nu se regăsește în caietul de sarcini.

În lipsa unor argumente de natură tehnică prin care să demonstreze că echipamentul ofertat nu ar satisface într-un mod echivalent specificația tehnică impusă, autoritatea a apelat la justificări inventate, cu scopul de a crea aparența că decizia de respingerea a ofertei este legală. Niciun act normativ nu stabilește obligația de arhivare a documentelor prin utilizarea de hârtie cu o lățime de 210 mm.

Faptul că hârtia cu care funcționează imprimanta are o lățime cu 5 mm mai mare nu împiedică în niciun fel arhivarea documentului într-un dosar de tipul celui invocat de autoritatea contractantă. Practic, ceea ce trebuie să facă persoana însărcinată cu arhivarea este să îndoaie una dintre marginile documentului, iar acesta poate fi arhivat fără nicio problemă. Afirmația că ofertarea unui echipament care asigură imprimarea pe o hârtie cu 5 mm mai mare ar genera costuri suplimentare nu are niciun fundament.

Referitor la cea de a doua neconformitate invocată, respectiv forma în care este introdusă hârtia termosensibilă în imprimantă, a fost ofertat un echipament care utilizează pentru imprimare role de hârtie, autoritatea contractantă respingând oferta întrucât hârtia nu este prezentată în formă „împachetată”.

În definirea specificației tehnice, autoritatea utilizează un termen generic „împachetat”, care poate însemna orice formă de împachetare, rolă sau file suprapuse (top de hârtie). În contextul în care noțiunea de „hârtie împachetată” nu are o definiție tehnică, astfel încât să poată fi identificată o anumită formă de plasare a hârtiei în imprimantă, autoritatea nu are dreptul de a nuanța conținutul cerinței astfel încât să creeze motive artificiale de respingere a ofertelor. Presupunând că prin noțiunea de „hârtie împachetată” se înțelege plasarea acesteia în imprimantă sub forma unor file suprapuse (top de hârtie), evaluarea ofertei s-a realizat exclusiv dintr-o perspectivă formalistă, fără a se fi observat faptul că s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței într-o manieră echivalentă, potrivit art. 156 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Din analiza normei legale rezultă, fără echivoc, că nu orice abatere aparentă de la cerințele documentației de atribuire reprezintă și un motiv de neconformitate a ofertei. Comisia de evaluare formată din specialiști, cu o pregătire temeinică în domeniul obiectului contractului, are obligația de a stabili dacă aparenta abatere de la o specificație tehnică nu este îndeplinită într-un mod echivalent/alternativ.

Situația asimilată de autoritate unei neconformități reprezintă, în fapt, un exemplu clasic de îndeplinire echivalentă a unei specificații tehnice, având în vedere:

a) modalitatea în care este plasată hârtia în cadrul imprimantei (file sau rolă) este total nerelevantă pentru rezultatul investigației;

b) necesitatea autorității este de a obține rezultatul investigației realizate cu ajutorul electrocardiografului pe suport de hârtie imprimat în format A4. Or, sub acest aspect, echipamentul ofertat asigură imprimarea în format A4. Prin urmare, indiferent de modul în care este introdusă hârtia în imprimantă (rolă sau file), autoritatea contractantă va obține întotdeauna rezultatul pe hârtie în format A4;

c) practica instanțelor și a Consiliului cenzurează analizele formaliste realizate de comisiile de evaluare, care au ca efect respingerea ofertelor pentru aspecte nesemnificative în raport cu scopul pentru care sunt realizate achizițiile.

Modul impropriu în care autoritatea a procedat la evaluarea ofertei va conduce inclusiv la cheltuirea ineficientă a fondurilor publice, în contextul în care a fost ofertat un echipament care satisface necesitățile obiective ale autorității, iar valoarea propunerii financiare, respectiv 420.133,50 lei, este cu 102.271,50 lei mai mică decât valoarea ofertei clasată pe locul I, de 522.405 lei.

În punctul său de vedere nr. A24362/..... asupra contestației SC ..... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. 28808/....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că a stabilit nivelul de performanță al dispozitivului medical „aparat electrocardiograf” potrivit prevederilor art. 156 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016. Cerințele caietului de sarcini sunt minime și obligatorii. Din propunerea tehnică prezentată de SC ..... SRL reiese lățimea hârtiei folosită de imprimantă: Report paper - width: A4/Letter 215 mm (8,5"), în condițiile în care în caietul de sarcini s-a solicitat ca lățimea hârtiei să aibă dimensiuni tip A4, respectiv 210 mm. Totodată, în caietul s-au solicitat materialele consumabile:

- hârtie termosensibilă tip A4 - minim 1 top;
- gel EKG minim 1 flacon de 250 ml,

materiale consumabile necesare instalării, punerii în funcțiune, efectuării testelor de funcționare, calibrare etc.

Din propunerea tehnică a SC ..... SRL reiese că hârtia imprimantei este sub formă de rolă (urmare a faptului că dimensiunea acesteia pe lățime este de 215 mm), nu este împachetată top tip A4.

Comisia a evaluat propunerile tehnice ale operatorilor economici înscriși la procedură în baza cerințelor din caietul de sarcini și prin prisma prevederilor art. 49 din Legea nr. 98/2016 (*autoritățile contractante au obligația să acorde un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională*).

Motivele care au stat la baza deciziei comisiei de evaluare au fost următoarele:

- neîncadrarea ofertei SC ..... SRL în dimensiunile solicitate în caietul de sarcini;

- furnizarea hârtiei împachetată sub altă formă decât cea solicitată.

Argumentele suplimentare au reprezentat punctul de vedere la notificarea prealabilă și au venit în sprijinul înțelegerii deciziei comisiei de evaluare.

În contestația secundă, SC ..... SRL arată că a răspuns tuturor punctelor din solicitarea de clarificări nr. A22758/ 11.05..... În solicitare de clarificări nr. A23443/09.06....., autoritatea a reluat două dintre punctele înscrise în prima solicitare:

- consum cât mai redus (1-2 ml produs/mc profilactic, iar curativ între 3-5 ml/mc) și să nu necesite nicio afecțiune după tratament (uscare sau aerisire);

- aparatul să poată fi folosit cu substanțe complementare de tip insecticide cu aviz sanitar biocid sau produse de neutralizare mirosuri.

La întrebarea din solicitarea de clarificări nr. A23443/ 09.06.....: „vă rugăm să ne prezentați rezultate care să ateste eficacitatea și eficienta folosirii aparatului și substanței biocide în domeniul sanitar”, a fost pusă la dispoziția autorității declarația producătorului nr. ..... 002, conform căreia aparatul este garantat pentru utilizare de produse/lichide sanitare. În gama lichidelor sanitare se includ și produsele biocide utilizate în spitale.

Cu privire la întrebarea din aceeași solicitare: „nu reiese faptul că este îndeplinită cerința consum cât mai redus (1-2 ml produs/mc profilactic, iar curative între 3-5 ml/mc) și să nu necesite nicio afecțiune după tratament (uscare sau aerisire)”, din propunerea tehnică și documentul anexat nr. ..... 006 rezultă o difuzie a produsului utilizat sub 1 ml/mc (0.3:0.4:0.5 etc.). Consumul specific rezultă din același document (..... 006) unde, sub forma tabelară, sunt prezentate volumele în metri cubi (10, 25, 50 ...) și timpul (în minute), precum și consumul specific în unitatea de timp de 50 ml/h. Pentru a se verifica îndeplinirea cerinței autorității contractante, se efectuează următorul calcul: la un volum cu 10 metri cubi, în 60 minute se consumă 50 ml, iar în 5 minute se consumă (5 * 50)/60 = 250/60 = 7,2 ml.

Contestatoarea apreciază că respingerea ofertei sale este nefondată.

În punctul său de vedere nr. A24427/18.07..... asupra contestației ..... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. 29109/....., autoritatea contractantă menționează că, în răspunsul la solicitarea

de clarificare nr. A22758/11.05....., societatea a răspuns după cum urmează:

- la solicitarea prin care se cerea să se prezinte rezultate care să ateste eficacitatea și eficiența folosirii aparatului și a substanței biocide în domeniul sanitar s-au prezentat: (a) buletin de testare în domeniul agroalimentar (în limba italiană, fără a se respecta prevederile din fișa de date a achiziției, pct. IV. 3.6, conform cărora limba în care poate fi redactată oferta este română), în sensul în care după utilizarea soluției Air Refresh, bacteriile Legionella BCYE-Cys ISO 11731 nu s-au mai înmulțit, fără a rezulta dacă buletinul de testare din domeniul agroalimentar acoperă aria de riscuri pentru domeniul sanitar și dacă bacteriile au dispărut; (b) declarația producătorului nr. ..... 002, din care rezultă că produsul ofertat „este în gradul de a vaporiza lichide medicale și nu de orice tip", fără a rezulta ce tipuri de lichide medicale nu poate folosi;

- la solicitarea de prezentare documente justificative din care să rezulte îndeplinirea cerinței referitoare la „consum cât mai redus (1-2 ml produs/mc profilactic, iar curativ între 3-5 ml/mc) și să nu necesite nicio acțiune după tratament (uscare sau aerisire)", s-a răspuns printr-o declarație a producătorului (..... 006) în care este prezentat un tabel de date care nu răspunde cerinței autorității (modalitatea de calcul al consumului este prezentată în cadrul contestației, autoritatea contractantă neputând să-și asume ca, formulă de calcul, regula de trei simplă, fără a lua în calcul și alte elemente ce pot influența consumul) și în care se specifică faptul că „în general nu sunt necesare proceduri de uscare sau aerisire", fără a specifica în cazul căror lichide difuzate sunt sau nu necesare proceduri de uscare sau aerisire.

Urmare a necunoașterii îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor din caietul de sarcini, a apărut necesitatea transmiterii solicitării de clarificări nr. A23443/09.06..... În lipsa unui răspuns al contestatoarei, în termenul legal, propunerea tehnică a acesteia a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Cu nr. 2781/20.07....., înregistrate la Consiliu cu nr. 29709/ 20.07....., SC ..... SRL a formulat concluzii scrise, în urma consultării documentelor aflate la dosarul cauzei sale. Prin dispozițiile art. 156 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a instituit în sarcina autorității contractante obligația de a analiza soluțiile propuse în ofertă și stabili dacă acestea satisfac într-un mod echivalent cerințele din caietul de sarcini. Doar în ipoteza în care soluțiile propuse de ofertant nu satisfac într-un mod echivalent cerințele caietului de sarcini autoritatea este în drept să procedeze la respingerea ofertei. Nu orice aparentă abatere de la cerințele

caietului de sarcini reprezintă și un motiv întemeiat de respingere, context în care autoritatea trebuia să arate de ce echipamentul ofertat nu îndeplinește într-un mod echivalent cerințele caietului de sarcini.

Regulile referitoare la modalitatea în care autoritățile/ instituțiile publice au obligația de a arhiva documentele primite/ întocmite nu impun utilizarea unui anumit tip de hârtie. Practic, prin utilizarea unui asemenea argument, autoritatea afirmă că instituțiile/autoritățile publice nu pot utiliza pentru desfășurarea activității decât hârtie cu dimensiunile solicitate în caietul de sarcini.

În cea din urmă contestație, primită la Consiliu la ....., SC ..... SRL arată că, în urma raportului procedurii de atribuire nr. A24210/07.07....., a fost declarata câștigătoare la lotul 3 - nebulizator, iar oferta SC ..... SRL a fost respinsă (în urma solicitării de clarificări, nu a făcut dovada că personalul ce urmează să facă operațiunile de service, configurare, garanție, asistență tehnică, mentenanță și instruire este certificat de către producătorul aparatului oferit). În mod netemeinic și în lipsa unor dovezi certe, care să confirme încadrarea în dispozițiile pct. 9.8 din caietul de sarcini, autoritatea a revenit asupra rezultatului și a admis oferta SC ..... SRL (prin documentul nr. A24247/.....).

Autoritatea a interpretat în mod abuziv prevederile pct. 9.8 din caietul de sarcini, care impun ofertantului să facă dovada abilității de a realiza toate serviciile prin persoane autorizate de către producător (nu ca va face dovada la momentul când se vor îndeplini acele servicii) și a înscrierii în lista furnizorilor acceptați/unităților de service, extinzând în detrimentul celorlalți ofertanți care au făcut dovada îndeplinirii acestor condiții la momentul depunerii ofertei, ceea ce creează o poziție privilegiată SC ..... SRL. În caietul de sarcini nu apare condiția conform căreia dovada se va realiza în viitor, când vor fi prestate serviciile.

Încheierea unui contract de achiziție publică nu se bazează pe supoziția că, la un moment dat „în viitor”, un ofertant va îndeplini condiția, ci pe certitudini și predictibilitate.

Susținerile autorității în răspunsul la notificarea prealabilă au fost că SC ..... SRL și SC ..... SRL au ofertat același produs de la același producător, iar caietul de sarcini nu specifica în mod expres data la care este necesară prezentarea dovezii că serviciile vor fi efectuate, obligatoriu, de către persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor.

SC ..... SRL nu face dovada că are acceptul producătorului să comercializeze produsul Nocospay și, pe cale de consecință, nu poate îndeplini și serviciile prevăzute la pct. 9.8. din caietul de sarcini. Această dovadă nu se realizează printr-o declarație, în condițiile în care există un document cert care atestă dreptul și

capacitatea ofertantului de a distribui produsele furnizorului, respectiv avizul de funcționare emis de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale. Nu trebuie să se scrie expres obligativitatea depunerii acestui document în documentația de atribuire, ci acesta este unul dintre înscrisurile de bază cu care ofertantul își confirmă calitatea de distribuitor agreat de producător, atât în comercializarea produsului, cât și în oferirea serviciilor aferente acestuia. Autoritatea, ignorând această realitate, nu a făcut decât să favorizeze un ofertant care nu și-a dovedit calitatea de distribuitor agreat de producătorul dispozitivului medical Nocospray.

Conform art. 147 alin. (2) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016: „În cazul în care, pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini.” În aceste condiții, autoritatea concluzionează: „În situația în care ofertantul SC ..... SRL, pe timpul recepției serviciilor, nu va putea face dovada că acestea vor fi efectuate obligatoriu de către persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale și care fac dovada înscrierii în lista furnizorilor acceptați/lista unităților de service (acceptați de producător), conform cu cerințele din caietul de sarcini, acesta va pierde clasarea pe primul loc și garanția de buna execuție, urmând ca derularea contractului să se facă cu ofertantul clasat pe locul II.”

Raportarea autorității la prevederile art. 147 alin. (2) este greșită, deoarece acestea vizează situația în care contractul de achiziție publică este deja încheiat și, pe parcursul executării, apar disfuncționalități privind anumite elemente ale propunerii tehnice.

Validarea ofertei SC ..... SRL conduce la concluzia încălcării principiilor egalității de tratament și transparenței. Producătorul dispozitivului medical Nocospray nu recunoaște societatea ..... SRL ca distribuitor autorizat și, mai mult decât atât, o acuză pe aceasta de licitare ilegală și abuzivă a unui produs pe care nu este autorizată sa-l comercializeze pe teritoriul României.

SC ..... SRL este pe „lista neagră” a producătorului ..., care interzice în mod expres tuturor distribuitorilor săi să colaboreze cu SC ..... SRL, ceea ce înseamnă că ofertantul nu este importator/distribuitor autorizat al dispozitivelor medicale produse de .../..., deci nu le poate comercializa/instala/depozita/repara etc, conform Normelor metodologice de aplicare a titlului XX din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, referitoare la avizarea activităților în domeniul dispozitivelor medicale, prevăzute în Ordinul 1008/2016. Neavând autorizare de la producătorul dispozitivului medical ofertat (.../...), societatea desfășoară

activitatea în mod nelegal și se supune măsurilor coercitive impuse de art. 11 din norme.

Autoritatea contractantă nu poate invoca faptul că nu a cerut prezentarea avizului emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, în condițiile în care acesta reprezintă un document implicit de depus de către orice ofertant pentru a dovedi că poate comercializa produsul ofertat, astfel încât să fie respectate dispozițiile art. 3 lit. jj) din Legea nr. 98/2016. Acest aviz nu este facultativ, ci obligatoriu în cazul ofertării de medicamente sau .....

În punctul său de vedere nr. A24711/27.07..... asupra contestației SC ..... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. 31127/ 28.07....., autoritatea declară că, în urma evaluării propunerilor tehnice pentru lotul 3, încărcate în SEAP de SC ..... SRL și SC ..... SRL, care au ofertat același produs, de la același producător, coroborat cu faptul că în caietul de sarcini nu se specifică în mod expres data la care este necesară prezentarea dovezii că „serviciile ... vor fi efectuate obligatoriu de către persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale și care fac dovada înscrierii în lista furnizorilor acceptați/lista unităților de service (acceptați de producător)”, comisia de evaluare a hotărât că propunerile tehnice ale ambilor ofertanți corespund cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, declarându-le conforme.

Autoritatea adaugă că, în situația în care SC ..... SRL, pe timpul recepției serviciilor, nu va putea face dovada că ele vor fi efectuate obligatoriu de către persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale, societatea va pierde clasarea pe primul loc și garanția de bună execuție, urmând ca derularea contractului să se efectueze cu ofertantul clasat pe locul secund.

La 04.07....., SC ..... SRL, ofertant declarat câștigător pentru lotul 3 - nebulizator, a transmis Consiliului cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 2972/ 04.08....., în care solicită, în esență, respingerea contestației SC ..... SRL, ca nefondată.

În opinia intervenientei, criticile potrivit cărora nu ar fi făcut dovada că deține capacitatea de a realiza operațiunile de service, configurare, garanție, asistență tehnică, mentenanță și instruire, sunt netemeinice și nelegale. Prin cerința de la pct. 9.8. din caietul de sarcini doar s-a pus în vedere ofertanților că trebuie să își asume realizarea operațiunilor prin personal autorizat de producătorul dispozitivelor medicale. Niciunde în cadrul cerinței autoritatea nu a specificat că ar trebui prezentate documente în acest sens la momentul depunerii ofertelor.

Din interpretarea coroborată a art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. f) din normele anexate

Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 rezultă că, atunci când intenționează să evalueze ofertele în funcție de o serie de criterii/ cerințe, pentru a asigura ofertanților o informare corectă, completă și explicită și pentru a respecta principiul transparenței, autoritatea contractantă are obligația de a menționa respectivele cerințe în cadrul documentației de atribuire. De altfel, prin adresa nr. 2222/ 14.06..... s-a atras atenția autorității că procedează la evaluarea ofertei în baza unei cerințe care nu a fost stabilită în documentația de atribuire.

Invocând dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 133 alin. (1) și (2) și art. 134 alin. (1) din norme, intervenienta afirmă că autoritatea nu are dreptul de a proceda la evaluarea ofertelor în funcție de cerințe/criterii/reguli care nu au fost stabilite prin documentația de atribuire. În fapt, singura cerință prin care autoritatea a solicitat prezentarea în ofertă a unor documente care atestă capacitatea furnizorului de a realiza operațiunea de instalare a echipamentului se regăsește la pct. 3 - *Cerințe referitoare la instalarea și punerea în funcțiune a nebulizatorului*, din caietul de sarcini specific acestui echipament, și are următorul conținut: „Prin grija furnizorului: se specifică denumirea operatorului economic autorizat și numele persoanelor care vor efectua operațiunile de instalare; se anexează copie a documentelor care atestă autorizarea acestora.” Așadar, unica cerință prin care autoritatea a solicitat prezentarea unor documente de la producător pentru experții nominalizați se referă exclusiv la operațiunea „de instalare” a echipamentului, nu la operațiunile de service, garanție, asistență tehnică sau instruire.

Scopul urmărit de autoritatea contractantă prin stabilirea unei asemenea cerințe este ca operațiunea de instalare a echipamentului să fie realizată de persoane calificate și care au dobândit cunoștințe pentru îndeplinirea unor asemenea activități. Totuși, atunci când intenționează să stabilească criterii de calificare, pentru a respecta principiul transparenței, acestea trebuie incluse atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date a achiziției, în conformitate cu prevederile art. 30 alin. (4) din norme. Prin evaluarea ofertei în raport cu o cerință care este considerată de legiuitor inexistentă (nescrisă), autoritatea ar modifica substanțial criteriile de calificare stabilite în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, ceea ce ar conduce la anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 55 alin. (2) lit. b).

Deși este evident că evaluarea ofertei sale nu se putea realiza prin raportare la cerințele invocate în cadrul contestației, se impune a fi observat că, prin adresele nr. 2222/14.06..... și nr. 1873/ 16.05..... a furnizat autorității informații și documente relevante,

prin care a demonstrat într-un mod echivalent că are capacitatea de a realiza serviciile de punere în funcțiune cu personal calificat. În acest sens, a făcut dovada că societatea are dreptul de a realiza operațiunile de instalare, punere în funcțiune, reparare și mentenanță a dispozitivelor medicale, (inclusiv de tipul celor ofertate), aceasta fiind singura unica cerință impusă de legiuitor pentru realizarea acestor activități.

În cadrul procedurii standard de operare evaluare unități tehnico-medicale de către „ANMDM" se menționează următoarele:

Personal de specialitate - angajați ai unităților tehnico-medicale care prestează activități în temeiul competențelor dobândite și dovedite. În funcție de domeniul de activitate personalul de specialitate trebuie să îndeplinească următoarele condiții de studii și/sau să ocupe următoarele funcții:

[...]

Pentru activitatea de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare ..... - personal de specialitate cu studii superioare tehnice sau absolvenți de învățământ superior în domeniul științelor exacte (fizică, chimie, biochimie etc) care ocupă funcția de inginer/fizician/chimist și/sau cu studii medii care ocupă funcția de tehnician și are atribuții specifice înregistrate în fișa postului.

VI.1.4. Solicitanții trebuie să pună la dispoziția ANMDM - DEUTM, odată cu cererea, următoarele documente:

[...]

VI.1.4.2. Pentru activitățile de [...] sau reparare, mentenanță și punere în funcțiune/ instalare .....:

[...]

g) lista cuprinzând personalul de specialitate al unității, la care se anexează copii de pe documentele de studii și instruiri punctuale

VI.1.20. Orice acțiune de evaluare la sediul unității solicitante debutează cu prezentarea membrilor echipei de evaluare, a conducătorului unității, a personalului implicat în activitățile evaluate, urmată de inspectarea compartimentelor unde aceștia își desfășoară activitatea.

În timpul evaluării efectuate la sediul/punctul de lucru al unității tehnico-medicale se vor urmări:

- verificarea datelor completate în chestionar la evaluarea documentelor (la sediul ANMDM);
- verificarea avizului de funcționare cu anexele, în cazul în care există;
- verificarea vizuală a cerințelor privitoare la facilități;
- evaluarea personalului de specialitate prin interacțiunea cu acesta;
- dotarea cu echipamente/ instrumente, după caz;
- înregistrările; etc.

Evaluatorul poate sa solicite orice alte informații și dovezi privind competența și capabilitatea unității de a presta activitățile pentru care a solicitat avizarea.

În vederea acordării avizului de funcționare prezentat în cadrul propunerii tehnice, „ANMDM" a evaluat competența și capabilitatea personalului de care dispune și i-a permis să realizeze activități conexe livrării (reparare, mentenanță și punere în funcțiune) pentru .....

În răspunsurile către autoritate a nominalizat personalul de specialitate alocat pentru realizarea activităților de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare ....., personal evaluat de specialiștii „ANMDM" în vederea avizării societății pentru aceste activități, respectiv:

- inginer ...;

- inginer ...;
- inginer ...;
- tehnician ...,

iar pentru cei trei ingineri s-au prezentat documente care atestă studiile de specialitate, astfel cum sunt acestea prevăzute în legislație specifică.

Având în vedere că unica instituție în drept să-i acorde dreptul de a presta activități de reparare, mentenanță și punere în funcție a dispozitivelor medicale a stabilit că personalul evaluat deține calificarea necesară prestării acestor activități, nu există niciun temei pentru ca autoritatea contractantă să aprecieze în sens contrar. Niciun document din partea producătorului aparatelor furnizate nu poate înlocui necesitatea obținerii avizului de prestare a activităților de reparare, mentenanță și punere în funcțiune emis de „ANMDM”.

Serviciile conexe aferente aparatului ofertat au un grad redus de complexitate. Astfel, aparatul nu necesită operațiuni de instalare propriu-zise. Singurele operațiuni care se efectuează sunt punerea dezinfectantului în locașul destinat, setarea suprafeței camerei și apăsarea butonului de pornire. Prin urmare, stabilirea unei cerințe privind deținerii unor autorizații pentru efectuarea acestui tip de operațiuni este superfluă. Pe cale de consecință, este lipsită de temei și nejustificată cererea contestatoarei de respingere a ofertei motivată de lipsa prezentării unor autorizări din partea producătorului pentru personalul care va realiza activitățile conexe furnizării echipamentului, în condițiile în care, pe de o parte cerința are caracterul unei clauze nescrise, iar pe de altă parte, prin avizul de funcționare s-a făcut dovada deținerii capacității de a realiza activitățile de reparare, mentenanță și punere în funcțiune cu personal calificat în acest sens.

Critica adusă de contestatoare cu privire la dovada deținerii, la momentul evaluării ofertelor, a avizului de funcționare emis de „ANMDM” pentru comercializarea echipamentului ofertat este nefondată întrucât, evaluarea ofertelor se realizează exclusiv pe baza cerințelor stabilite prin documentația de atribuire. Mai mult, cerința reprezintă un criteriu de calificare referitor la capacitatea de exercitarea activității profesionale, conform art. 172 alin. (1) lit. a), coroborat cu art. 173 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Echipamentul Nacospray este produs de societatea ..., aspect care rezultă din declarația de conformitate a produsului. În schimb, adresele prezentate de contestatoare provin din partea societății ... care are calitatea de distribuitor al produselor marca .... Prin urmare, afirmația conform căreia producătorul echipamentului nu i-

ar acorda permisiunea să comercializeze echipamente produse sub marca sa este nefondată.

De asemenea, având în vedere că documentele invocate de contestatoare sunt emise doar de distribuitorul ..., la momentul actual acesta nu deține un aviz de funcționare pentru comercializarea produselor ... după cum nici nu a prezentat dovada că personalul care va realiza serviciile conexe livrării produsului sunt autorizate de producătorul ... pentru prestarea activităților.

Pe de altă parte, se impune a fi reținut că, pentru obținerea dreptului de comercializare a produselor marca ... și emiterea avizului de funcționare, „ANMDM" nu solicită ca între furnizor și producător să existe o relație directă, respectiv ca furnizorul să aibă acceptul producătorului de a îi comercializa produsele.

Prevederile art. 5 alin. (3) lit. d) din Ordinul nr. 1008/2016 fac referire la o situație ipotetică, legiuitorul menționând că notificarea (împuternicirea) de la producător se prezintă doar „dacă este cazul". În fapt, norma legală se referă la acea situație în care între producător și furnizor există un raport direct, iar acesta din urmă acționează ca un „reprezentant" al producătorului.

Pentru a se proba realitatea celor afirmate, la prezenta este atașat ca mijloc de probă raportul de evaluare nr. DM 1962/ 05.07..... prin care „ANMDM" a evaluat capacitatea SC ..... SRL de a comercializa produsele a trei noi producători, iar la pct. B - Descrierea activității de evaluare se face precizarea că documentele analizate au fost:

„a) Copie declarație de conformitate CE emisă de producător pentru dispozitivul distribuit (pentru ..... noi sau complet recondiționate);

b) Copie certificat de conformitate CE valabil pentru dispozitivul medical distribuit (pentru ..... noi sau complet recondiționate)."

De asemenea, la pct. C - *Constatări*, se face precizarea că „documentația este conformă cu cerințele legale aplicabile."

Invocând Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 131/2006 și decizia civilă nr. 636/21.03.2011 a Curții de Apel ....., intervenienta susține că nu există niciun act normativ care să condiționeze posibilitatea de comercializare a produselor medicale de obținerea în prealabil a acceptului producătorului.

Având în vedere cele de mai sus, SC ..... SRL solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SC ..... SRL, ca nefondată, cu menținerea actualului rezultat al procedurii.

Intervenienta a studiat și documentele dosarului nr. ...../ ....., fără a depune concluzii scrise în termenul acordat de Consiliu (....., ora 12).

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de diverse ....., grupate în 11 loturi, estimate valoric la 6.944.543,7 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat 21 de operatori economici, între care și SC ..... SRL, SC ..... SRL și SC ..... SRL, cu oferte pentru diverse loturi. Împotriva rezultatului licitației la loturile 2 și 3, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unor răspunsuri din partea acesteia considerate nemulțumitoare, cele trei societăți menționate au învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestațiilor care formează obiectul prezentelor cauze conexate.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamante, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru cei trei enumerați. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de

atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de prima dintre reclamante, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertelor pentru lotul 2 (electrocardiograf) a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. A24210/07.07....., care preia informațiile privind evaluarea ofertei SC ..... SRL din procesul-verbal nr. A23803/21.06....., rezultat comunicat societății amintite la 21.06..... La 03.06....., luni, societatea s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 2496/03.07....., iar ..... i-a răspuns cu adresa nr. A24110/04.07....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției la lotul 2. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Motivul respingerii ofertei, ca neconformă, a fost comunicat de autoritate cu adresa nr. A23818/21.06.....:

Cerințe ale caietului de sarcini	**SC ..... SRL**
Imprimantă termică lățime **210** mm, hârtie **împachetată**	Conform propunerii tehnice imprimanta are lățimea de 215 mm, iar hârtia este rolă. În propunerea tehnică autoritatea contractantă a solicitat ca imprimanta să aibă lățimea de

	210 mm, iar hârtia să fie împachetată.

În pofida cerinței obligatorii din caietul de sarcini, SC ..... SRL a înțeles să participe la licitație cu produsul Cardio7, fabricat de Bionet Co Ltd, pentru care a prezentat descrieri tehnice și manual de operare. În acțiunea sa introductivă, contestatoarea recunoaște că produsul ofertat depășește lățimea hârtiei de 210 mm, funcționând cu role consumabile de 215 mm lățime, iar hârtia nu este „împachetată”, ci rolă.

De asemenea, în caietul clarificat pe parcurs, autoritatea a specificat „lățimea hârtiei având dimensiuni tip A4” și „hârtie termosensibilă tip A4 - minim 1 top”. Din toate aceste specificații, interpretate conjugat, se desprinde concluzia că unitatea spitalicească beneficiară dorește să achiziționeze un echipament care să includă o imprimantă pentru hârtie cu lățimea exactă de 210 mm, iar hârtia să fie împachetată sub formă de top. Aceste cerințe nu au fost contestate de operatorii economici. Niciunde, autoritatea nu menționează că ele nu sunt obligatorii ori că ar fi cu titlu orientativ. Mai mult, deși cunoștea că autoritatea a impus lățimea hârtiei consumabile de 210 mm, nu de 215 mm sau de aproximativ 210 mm, SC ..... SRL nu a cerut nicio clarificare sau revizuire a cerinței. Standardul ISO 216:2007 – Hârtie de scris și unele categorii de imprimate – Formate finale – Seriile A și B și indicarea sensului mașinii este relevant în privința dimensiunilor formatului A4: 210 mm x 297 mm.

Toate informațiile din caietul de sarcini conturează voința autorității de a accepta doar lățimea hârtiei consumabile de 210 mm, specifică formatului A4. Din nicio informație a caietului nu reiese că autoritatea ar permite ofertarea și ar accepta să achiziționeze un electrocardiograf cu hârtie în format letter, respectiv 215 mm x 279 mm (sau 216 mm x 279 mm, cum este dimensionat acest format în American National Standards Institute/ American Society of Mechanical Engineers Y14.1M - Metric Drawing Sheet Size and Format).

Aceeași concluzie este valabilă și în privința ambalării hârtiei termosensibile în topuri sau role, autoritatea dorind să achiziționeze o un electrocardiograf cu sursă de imprimare pentru topuri, nu role. Drept consecință, orice discuție vizavi de neinfluențarea rezultatului clinic/actului medical este lipsită de relevanță în cauză, întrucât autoritatea a declarat expres dimensiunea hârtiei pe care o acceptă, precum și forma de împachetare - top.

Astfel cum s-a arătat în paginile anterioare, legislația în vigoare prescrie că operatorii economici au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire (astfel cum a fost clarificată de autoritate în SEAP). Raportat la

propunerea tehnică a SC ..... SRL, precum și la notificarea și contestația acesteia, în care reiterează că imprimanta propusă utilizează consumabile de hârtie role cu lățimea de 215 mm, Consiliul stabilește că membrii comisiei de evaluare au respectat atribuțiile legale de a verifica dacă dimensiunea și împachetarea hârtiei propuse de societate sunt sau nu conforme în integralitate cerințelor date în documentație și clarificările ulterioare la aceasta. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. Atribuțiile comisiei de evaluare, enumerate la art. 127 alin. (1) din aceleași norme, o includ și pe aceea de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini.

Prin urmare, cei cinci membri ai comisiei evaluatorii aveau sarcina de a determina dacă SC ..... SRL a încălcat sau nu atât documentația de atribuire (caietul de sarcini), cât și normele legale precitate, raportat la specificațiile anterior reproduse. Dacă se constatau abateri de la acestea, deveneau aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din norme (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale alin. (1) din aceleași norme (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), iar singura decizie legală era cea de respingere a ofertei pentru motive de neconformitate. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a normelor imperative ale documentației, astfel cum a fost completată prin clarificări.

Chiar și în situația în care autoritatea îi cere explicații punctuale despre performanțele tehnice ale echipamentului, societatea nu poate profita de interpelarea transmisă de autoritate pentru a încerca să își transforme propunerea tehnică neconformă în una conformă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din lege, cât și de prevederile art. 49 și ale art. 209 din același act normativ („*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. Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj*

evident în favoarea unui ofertant/candidat."), separat de textele evocate din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Actuala legislație pe linie de achiziții publice nu permite înlocuirea, ulterioară datei limită de depunere a ofertelor, a specificațiilor tehnice, întrucât ar lăsa loc arbitrariului, s-ar încălca obligația de menținere a ofertei în forma prezentată autorității și ar lipsi de substanță principiul tratamentului egal între ofertanți. O asemenea alterare ar afecta conținutul obligatoriu al ofertei, după cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 din norme – „*oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant*". Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire.

Drept urmare, orice eventuală modificare a soluției constructive, ca element constituent al propunerii tehnice, trebuie să atragă excluderea ca neconformă a ofertei, în baza prevederilor legale evocate mai sus.

Trebuie subliniat că autoritatea, în caiet, a impus specificații exacte, pe care orice ofertant trebuia să le îndeplinească, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă, după cum ea însăși a evidențiat la pct. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției: „*Propunerea tehnică va fi întocmită în continuare în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini, acestea fiind considerate minime și obligatorii. În situația nerespectării acestor cerințe și condiții oferta este considerată neconformă*." Mai mult, la pct. 9.2. din caietul de sarcini, spitalul a subliniat, cu rol de atenționare: „*9.2.* ***Achiziția se va executa în baza specificațiilor tehnice****, menționate mai sus.* ***Toate cerințele definite în acestea sunt minime și obligatorii.*** *Nerespectarea lor va conduce la respingerea ofertelor*." Trebuie punctat și că operatorii economici participanți sunt prezumați a fi profesioniști ai domeniului aparatelor pe care le comercializează, capabili să facă ușor distincție între tipurile de consumabilele, atât după dimensiunile lor, cât și după modul lor de ambalare (role sau topuri, pe piața de profil fiind comercializate separat).

Societatea nu a ofertat hârtie cu lățimea de 210 mm, împachetată în topuri, ci hârtie rolă cu lățimea de 215 mm, abateri care duc la concluzia că oferta este neconformă și trebuie respinsă.

Contrar opiniei contestatoarei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din

fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Vizavi de obligația de conformitate tehnică a ofertelor, în Hotărârea sa din 13 septembrie 2011, cauza T-8/09, Dredging International NV și Ondernemingen Jan de Nul NV, reclamante, împotriva Agenției Europene pentru Siguranța Maritimă, pârâtă, pct. 136, Tribunalul Uniunii Europene a reținut:

68. În această privință, trebuie adăugat că scopul procedurii de atribuire a contractelor este satisfacerea nevoilor autorității contractante în cele mai bune condiții posibile. În consecință, autoritatea contractantă trebuie să poată defini în mod liber obiectul unui contract de achiziții publice în funcție de nevoile sale, ceea ce implică faptul că nu poate fi obligată să ia în considerare o ofertă care se referă la un alt obiect decât cel avut în vedere de autoritatea menționată, astfel cum este stabilit în documentele de invitație la licitație.

69. Tot astfel, de regulă, nerespectarea obiectului contractului face imposibilă compararea efectivă a ofertelor depuse, în măsura în care elimină baza comună de referință.

70. În plus, îndepărtarea autorității contractante de la documentele de invitație la licitație, prin acceptarea unor oferte care nu corespund obiectului contractului, astfel cum este definit în documentele menționate, ar fi ireconciliabilă cu principiile transparenței și egalității de tratament.

..... De altfel, rezultă din jurisprudență că este esențial ca autoritatea contractantă să fie în măsură să se asigure cu precizie cu privire la conținutul ofertei și în special cu privire la conformitatea acesteia cu condițiile prevăzute în documentele de invitație la licitație. Astfel, atunci când o ofertă este ambiguă, iar autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a stabili, în mod rapid și eficient, care este efectiv obiectul respectivei oferte, aceasta nu are altă posibilitate decât să o respingă (Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctul 34). Aceeași consecință se impune, a fortiori, atunci când, precum în speță, oferta nu corespunde în mod evident obiectului contractului.

72. În aceste condiții, trebuie să se considere că, conformitatea cu obiectul contractului, astfel cum este descris în documentele de invitație la licitație, constituie o condiție prealabilă pe care orice ofertă trebuie să o îndeplinească pentru a putea fi luată în considerare în cadrul procedurii de atribuire a contractului. Nerespectarea acestei condiții trebuie să conducă la eliminarea de către autoritatea contractantă a ofertei în cauză, fără ca aceasta să mai fie comparată cu celelalte oferte depuse.

Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, în care se amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați. Caietul de sarcini trebuie interpretat, așadar, din punctul de vedere al principiului conform căruia actele emise de administrație sunt obligatorii pentru aceasta și al principiului respectării egalității de tratament între candidați, în scopul de a stabili dacă acesta, astfel cum susține

reclamanta, era de natură să permită întreprinderii comune acceptarea rezervelor.

Similar, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

Procedurile competitive deschise sunt caracterizate de imposibilitatea autorității contractante de a negocia cu ofertanții, ofertele acestora fiind evaluate exclusiv în funcție de conținutul lor scris.

Practic, în speță, societatea contestatoare se prevalează de propria culpă, respectiv de neconformitatea ofertei, solicitând acceptarea ei pe considerentul că dimensiunea și ambalarea hârtiei consumabile nu au impact asupra actului medical, argument care nu este validat de Consiliu, întrucât conformitatea ofertei nu este analizată doar din această perspectivă. Cert este că autoritatea a fixat anumite dimensiuni și o anumită formă de prezentare a hârtiei, specificații obligatorii, nu facultative. Relativ la echivalența pe care o invocă reclamanta, ea nu se prezumă, ci trebuie dovedită, iar cel care este ținut de sarcina dovedirii este cel care o invocă. În speță, nici prin înscrisurile care compun oferta și nici prin argumentarea probatorie din contestație sau mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, societatea contestatoare nu reușește să probeze că deficiențele sesizate ar constitui o opțiune echivalentă. Pe de altă parte, soluția propusă legată de arhivare, de îndoire a marginii documentului, această operațiune suplimentară nu este agreată de autoritatea beneficiară.

Consiliul determină că, în speța de față, evaluarea ofertei acestei societăți s-a realizat în mod temeinic și cu respectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie, care în mod judicios a observat neconformitatea ofertei cauzată de folosirea altui tip de hârtie (role cu lățimea de de 215 mm). Prin urmare, fiind încălcată documentația de atribuire (caietul de sarcini), raportat la specificațiile anterior reproduse, au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din norme (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele

inacceptabile și ofertele neconforme), iar singura decizie legală este aceea de respingere a ofertei, pentru motive de neconformitate. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației, astfel cum a fost completată prin clarificări.

Prețul mai scăzut al ofertei nu are relevanță, întrucât „comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile” (art. 34 din din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016), iar cea a reclamantei, în forma depusă la autoritate, nu este admisibilă.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii pentru lotul 2 și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Contestația secundă vizează rezultatul evaluării ofertei SC ..... SRL pentru lotul 3 – nebulizator, ofertă respinsă de autoritate, ca inacceptabilă, prin procesul-verbal nr. A23735/ 19.06....., întrucât societatea nu a răspuns în termenul acordat, respectiv până la 14.06....., la solicitarea de clarificări nr. A23443/ 09.06....., cu următorul conținut:

Referitor la licitatia deschisa desfasurata prin mijloace integral electronice privind încheierea unui acord-cadru avand ca obiect achiziția de "..... anunț de participare ..... din data de ....., în urma analizarii si verificării răspunsului dumneavoastra la solicitarea de clarificari va solicitam urmatoarele clarificari privind propunerea tehnica pentru:

LOT 3 - NEBULIZATOR

- **Va rugam sa ne prezentați rezultate care sa ateste eficacitatea si eficienta folosirii aparatului si substanței biocide in domeniul sanitar**. Menționam ca aparatul folosit cu soluția Air Refresh este testat in domeniul agroalimentar. (conform avizului nr. 610B anexat de dumneavoastra)

- Nu reiese faptul ca este îndeplinita cerința *Consum cat mai redus (1-2 ml produs / mc profilactic, iar curativ intre 3-5 ml/mc) si sa na necesite nicio acțiune după tratament (uscare sau aerisire)*. Va rugam sa prezentați documente justificative din care sa rezulte **consumul specific (ml/m3) la utilizarea (nebulizarea) profilactica si curativa**. Menționam ca din răspunsul primit in urma solicitării de clarificari nu rezulta indeplinirea cerinței.

Documentele vor fi prezentate in SEAP, semnate cu semnătură electronica extinsa, pana la data de 14.06.....

Așadar, procesul-verbal de respingere nr. A23735/19.06..... constituie un act vătămător pentru SC ..... SRL, despre existența respingerii ofertanta luând act prin înștiințarea nr. A23815/ 21.06....., primită prin fax în ziua emiterii ei, la nr. 021.252.05.86 (care figurează și în subsolul contestației). Aceasta fiind premisa de lucru, înainte de a trece la

analizarea pe fond a criticilor contestatoarei, în contextul invocării din oficiu a excepției inadmisibilității contestației ca urmare a formulării tardive a notificării, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să cerceteze cu precădere excepția.

La 05.07....., la două săptămâni depărtare de la cunoașterea respingerii ofertei sale, societatea ..... SRL a înaintat autorității achizitoare notificarea prealabilă nr. 17327/05.07....., prin care solicită revenirea asupra deciziei de respingere a ofertei. În răspunsul său nr. A24125/06.07....., autoritatea explică motivul respingerii ofertei. Din actele de la dosar reiese că reclamanta a notificat în mod tardiv respingerea ofertei sale, în raport cu data de 21.06....., la care i s-a adus la cunoștință reclamantei măsura respingerii ofertei.

Conform Legii nr. 101/2016, notificarea prealabilă reprezintă „cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia" [art. 3 alin. (1) lit. e)], se formulează în scris și trebuie să conțină cel puțin neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) din aceeași lege:

(1) **Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu,** înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată **are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere**, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, **în termen de**:

a) **10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; [...]

Potrivit art. 5 din aceeași lege:

(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.

Zilele care se iau în calcul sunt calendaristice, iar nu zilele lucrătoare (în același sens este și definiția de la art. 3 din Legea nr. 98/2016: *zile - zile calendaristice, cu excepția cazurilor în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare*).

În speță, în loc să depună la autoritate notificare prealabilă în termenul de 10 zile începând cu cea următoare luării la cunoștință despre respingerea ofertei, respectiv până luni 03.07.....,

societatea a depus notificarea abia la 05.07....., în afara termenului legal.

Operatorul economic cunoștea respingerea pe care o reclamă de la data primirii înștiințării nr. A23815/21.06..... și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a o notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea revenirea și controlul jurisdicțional asupra ei. Termenul de notificare curge din ziua următoare primirii înștiințării, durează 10 zile calendaristice și s-a împlinit la finalul zilei de 03.07....., luni, zi lucrătoare.

Consiliul nu neagă faptul că SC ..... SRL a înaintat spitalului notificarea prealabilă nr. 17327/05.07....., însă probele de la dosarul cauzei confirmă că înaintarea ei a avut loc în afara termenului legal de 10 zile, calendaristice. Termenele și condițiile de notificare și contestare sunt impuse în Legea nr. 101/2016 și nu sunt lăsate la dispoziția destinatarilor legii.

Transpuse la datele speței, cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. a) din lege, omițând să transmită în cele 10 zile acordate de legiuitor notificarea împotriva respingerii ofertei sale, ceea ce atrage sancțiunea inadmisibilității contestației [sancțiunea nu este tardivitatea, întrucât art. 6 alin. (1) din lege prescrie respingerea contestației ca inadmisibilă].

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 807 din 2 august 2016, Consiliul este obligat să verifice dacă notificarea prealabilă a fost realizată în termenul legal. Tardivitatea notificării atrage inadmisibilitatea contestației:

Cu privire la capătul de cerere vizând anularea deciziei Consiliului, Curtea consideră că acesta este nefondat.

Sub un prim aspect, Curtea consideră că termenele reglementate de art. 6 alin. (1) sunt termene imperative legale. Totodată, Curtea reține că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancțiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede și art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei și în acord cu decizia Consiliului, Curtea consideră că norma juridică ce reglementează termenele anterior precizate (ca întreaga reglementare privind notificarea prealabilă cuprinsă în art. 6 și 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică și nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susținerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesității de a încuraja dialogul prealabil între autoritățile contractante și operatorii economici, însă petenta ignoră, în acest context, scopul Legii nr. 101/2016. Astfel, conform art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, scopul acestei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanță este evident că procedura notificării prealabile depășește simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reține apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În acest sens, din analiza

dispozițiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancțiunea este respingerea contestației (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată și din oficiu), este evident că Consiliul este obligat să verifice legalitatea sesizării sale, respectiv să verifice dacă procedura notificării prealabile a fost realizată în acord cu normele legale imperative care o reglementează.

De altfel, conform art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că **numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficiență juridică acestei proceduri**, fiind dificil de acceptat, în contextul Legii nr. 101/2016, că procedura notificării prealabile ar putea fi realizată oricând de către un participant la procedură și în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorității contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanța de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reține nici apărarea petentei care critică soluția dată de Consiliu și sub aspectul încălcării principiului „*non reformatio in peius*" întrucât, invocând din oficiu excepția tardivității, acesteia i s-a îngreunat situația în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în fața Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicțională de primă instanță și nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reține nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deși notificarea prealabilă a fost tardiv depusă, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat acest aspect, cauza de nulitate a fost acoperită, ceea ce duce la salvarea actului de procedură realizat cu încălcarea legii. În acest sens, Curtea constată că, sub un prim aspect, raționamentul petentei se raportează la dispozițiile art. 193 alin. (1) și (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prealabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) și nu la dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătata mai sus, procedura notificării prealabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată și din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispozițiilor art. 177 C. proc. civ. această apărare a petentei nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 177, ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancțiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de față, nulitatea procedurii notificării prealabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulități nu dispăruse la momentul soluționării de către Consiliu a contestației.

Față de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată.

Având în vedere ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) și al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, se va respinge, ca inadmisibilă, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția inadmisibilității contestației,

Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului contestației.

Cea de a treia contestație provine de la SC ..... SRL, care a concurat pentru lotul 3 - nebulizator, la care a participat cu ofertă și SC ..... SRL, ofertă care trebuia respinsă, în opinia contestatoarei.

Rezultatul evaluării ofertelor pentru lotul 3 a fost stabilit de ..... prin raportul procedurii de atribuire nr. A24210/07.07....., rezultat comunicat ambelor societăți participante menționate la 07.07..... La ....., spitalul a emis documentul nr. A24247/....., intitulat „revenire la raportul procedurii de atribuire nr. A24210/ 07.07.....", prin care oferta SC ..... SRL a fost admisă și declarată câștigătoare (dovada îndeplinirii cerinței de la pct. 9.8 din caietul de sarcini se va prezenta la momentul realizării serviciilor la care se referă cerința). SC ..... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului revizuit, prin notificarea prealabilă nr. 65/....., iar spitalul i-a răspuns cu adresa nr. A24420/....., în sensul menținerii rezultatului, respectiv că nu va adopta măsuri de remediere a rezultatului achiziției la lotul 3. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Chestiunea în divergență privește îndeplinirea de către SC ..... SRL a cerinței de la pct. 9.8 din caietul de sarcini: „9.8. Toate serviciile (configurare, garanție, asistență tehnică, mentenanță, instruire) vor fi efectuate, obligatoriu, de către persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale și care fac dovada înscrierii în lista furnizorilor acceptați/lista unităților service." (evidențierea cu litere îngroșate aparține autorității contractante).

În anunțul de participare și în fișa de date a achiziției nu există cerințele de calificare pentru ofertanți, pe care le clamează contestatoarea.

Este subînțeles că autoritatea achizitoare nu își poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost cerute ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație, iar comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare astfel cum au fost prevăzute în anunț și în fișa de date.

Potrivit art. 163 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de calificare și selecție referitoare la:

a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;

b) capacitatea candidatului/ofertantului.

Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare (art. 181).

Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției [art. 215 alin. (4)].

În normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 se arată:

- fișa de date trebuie să conțină cel puțin informații generale standard, însoțite de formalitățile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, particularizate în funcție de contextul în care se încadrează achiziția, aspectele/cerințele care pot face obiectul DUAE, criteriile de calificare și selecție, dacă este cazul, informații privind garanția de participare, modul în care trebuie întocmite și structurate propunerea tehnică și cea financiară, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum și căile de atac ce pot fi utilizate [art. 20 alin. (3)];

- art. 30:

(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în fișa de date a achiziției, precum și în anunțul de participare.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției/ anunțul de participare sunt considerate clauze nescrise.

- oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire [art. 137 alin. (2) lit. b)].

Cerința autorității de la pct. 9.8 din caietul de sarcini nu intră sub incidența art. 30 alin. (6) de mai sus deoarece nu reprezintă un criteriu de calificare sau de selecție, ci o cerință de ordin tehnic legată de prestarea serviciilor, mai precis de asigurare că aceste servicii vor fi prestate de personal având autorizarea necesară pentru desfășurarea activității, pentru diminuarea riscului unei prestări defectuoase, în esență. Reclamanta însăși a tratat acest subiect în propunerea *tehnică*. De altminteri, cerința a fost evaluată de comisia abilitată de către autoritatea achizitoare în etapa de verificare tehnică a ofertelor, nu în etapa de calificare.

Ține de domeniul evidenței că entitatea achizitoare trebuie să își întemeieze decizia de conformitate sau de respingere a unei oferte ca neconformă tehnic prin prisma cerințelor care au fost stipulate în caietul de sarcini. În baza art. 137 alin. (3) lit. a), art. 133 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. f) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016:

- propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini;

- oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund prevederilor din caietul de sarcini.

Așadar, autoritatea nu poate admite o ofertă care nu răspunde întocmai cerințelor prestabilite după cum nu poate respinge o ofertă pe temeiul neîndeplinirii unei condiții care nu este scrisă în caietul de sarcini. Astfel cum s-a demonstrat mai sus, cerința ca toți ofertanții să prezinte „persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale și care fac dovada înscrierii în lista furnizorilor acceptați/lista unităților service” figurează în caietul de sarcini, care reflectă voința exclusivă a autorității contractante, nu a ofertanților chemați să se conformeze acestuia.

În speță, SC ..... SRL nu a declarat numele vreunei persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor, situație în care i-au fost cerute clarificări, cu adresa nr. A22754/ 11.05....., la care a răspuns cu adresa nr. 1873/16.05....., după cum urmează:

SOLICITARE 2

(..) Service-ul se asigura in Romania contra-cost de regula la sediul beneficiarului. SE VA ANEXA O DECLARAŢIE IN ACEST SENS. Nu si-a asumat îndeplinirea cerinţei.

RĂSPUNS 2

Consideram ca aceasta cerinţa a fost indeplinita prin prezentarea in oferta tehnica lot 3 a Anexei din data de 07.09.2016 la Avizul de funcţionare nr 1430/04.02.2015, prin care suntem avizaţi pentru activitati de reparare, mentenanta si punere in functiune/instalare pentru ....., respectiv pentru uz medical/general spitalicesc (pulverizatoare substante sterilizare), paragraful 3, precum si a Declaraţiei privind livrarea, instalarea, punerea in funcţiune a produselor, in care ne-am obligat, la pag. 2 (pag. 16 din fișierul pdf - oferta tehnica), sa asiguram service pe toata perioada de garanţie, iar in perioada de post garanţie, contra cost, la solicitarea beneficiarului. Reatasam pentru reconfirmare, atat aceasta declaraţie cat si Avizul de service emis de ANMDM (vezi Anexa 2).

SOLICITARE 3

Prin grija furnizorului se specifica denumirea operatorului economic autorizat si numele persoanelor care vor efectua operaţiunile de instalare — se va anexa o copie a documentelor care atesta autorizarea acestora. Furnizorul nu a nominalizat persoanele care vor efectua operaţiuni de instalare si nu a depus o copie a documentelor care atesta autorizarea acestora.

RĂSPUNS 3

Prin atașarea Avizului de service emis de ANMDM in cadrul paginilor 12-13 din cadrul ofertei tehnice - lot 3, dar si a Declaraţiei privind livrarea, instalarea, punerea in funcţiune a produselor, paginile 15-17 din cadrul ofertei tehnice - lot 3, consideram

aceasta cerinţa indeplinita cu privire la operatorul, economic autorizat sa intreprinda astfel de acţiuni. Referitor la persoanele autorizate sa realizeze operaţiunile de instalare, ţinem sa precizam ca autorizaţia de service eliberata de ANMDM s-a făcut in urma unor controale minuţioase a departamentului de service din cadrul societarii noastre cu privire la calificarea personalului implicat, pregatirea/instruirea acestuia, pe tipul de echipament pentru care am solicitat avizarea funcţionarii societarii noastre, pentru activitatea de reparare, mentenanta si punere in funcţiune/instalare pentru ..... comercializate, printre care si pulverizatoare substante sterilizare. In conformitate cu art. 926 din Legea nr. 95/2006 privind reforma in domeniul sanatatii, autorizaţia pentru a întreprinde operaţiuni de instalare, punere in funcţiune si reparare, este cea emisa de ANMDM si anexata in cadrul ofertei tehnice. Aceasta autorizaţie (anexa la avizul de funcţionare) a fost emisa in urma raportului de evaluare nr 2659/30.08.2016, raport care nu poate fi reprodus decât cu aprobarea organismului de evaluare si a unitarii de tehnica medicala, prin urmare, daca autoritarea contractanta considera ca aceasta avizare nu s-a făcut in condiţiile legii, va rugam sa va adresaţi organismului de evaluare. Menţionam ca in cadrul raportului de evaluare, personalul de specialitate evaluat este compus din:

- inginer ...
- inginer ...
- inginer ....
- tehnician ...

Pentru a obţine Avizul de service, ANMDM a evaluat urmatoarele: facilitatile de care dispune compania noastra, echipamente si instrumente cu funcţie de masurare si monitorizare; scule si dispozitive, mijloace de documentare, măsurători si evidenta a lucrărilor, desfasurarea activitatii, sistemul de management al calitatii; verificarea competentelor personalului in domeniu. Pentru verificarea competentelor personalului de specialitate, ANMDM a evaluat fisa postului cu cerinţe specifice activitatii angajatului in conformitate cu procedurile sau instrucţiunile de lucru, de asemenea, au fost luate in calcul cerinţe educaţionale indeplinite de inginerii noştri: educaţia iniţiala in domeniu, educaţie permanenta in domeniu (cursuri de perfecţionare pentru activitati de reparare, mentenanta, punere in funcţiune, instalare ..... pe fiecare categorie de dispozitive; program de instruire anuale).

In vederea asigurarii autoritatii contractante ca societatea noastra deţine personal specializat si autorizat de organele competente, va atașam in cadrul Anexei 3 urmatoarele:

- Adeverinţe si diplome de absolvire a studiilor in domeniu
- Procese verbale si alte documente care dovedesc faptul ca societatea noastra a livrat, instalat si pus in funcţiune echipamente identice dar si similare ce cele ofertate in procedura de fata [...].

Nici de această dată, SC ..... SRL nu a prezentat documente din care să rezulte că persoanele nominalizate (..., ..., ..., ...) ar deține vreo autorizare din partea producătorului dispozitivelor, împrejurare în care spitalul a revenit cu o nouă cerere de clarificări, cu adresa nr. A23447/09.06..... [„Să ne transmiteți documente din care să rezulte că personalul ce urmează să facă operațiunile de service, este certificate de către producătorul aparatului ofertat – conform cerinței din caietul de sarcini cap. IX Cerințe tehnice generale alin 9.8 Toate serviciile (configurare, garanție, asistență tehnică, mentenanță, instruire) vor fi efectuate, obligatoriu, de către persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale.”], la care societatea a răspuns cu adresa nr. 2222/14.06....., fără a depune, nici de această dată, vreun document de autorizare de către producătorul dispozitivelor medicale pe care le-a ofertat.

Niciuna dintre cele două solicitări de clarificare (nr. A22754/11.05..... și nr. A23447/09.06.....) nu a fost contestată de către SC ..... SRL.

Cu adresa nr. A23818/21.06....., autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta depusă pentru lotul 3 a fost declarată inacceptabilă, „in baza art. 134 alin. 5 din HG 395/2016, in urma solicitării de clarificari, nu ati făcut dovada ca personalul ce urmeaza sa faca operaţiunile de service, configurare, garanţie, asistenta tehnica, mentenanta, instruire este certificat de către producătorul aparatului ofertat."

Ulterior notificării prealabile nr. 2496/03.07....., înaintată de SC ..... SRL, ... a revenit și a declarat admisibilă și câștigătoare oferta notificantei, măsură pe care Consiliul o consideră neîntemeiată și nelegală.

Conform caietului de sarcini, toți ofertanții aveau obligația de a presta serviciile prin persoane autorizate de către producătorul dispozitivelor medicale, inclusiv SC ..... SRL, iar autorizarea persoanelor de către producător trebuia probată, în orice formă, sarcină pe care SC ..... SRL nu a reușit să o îndeplinească, deși i-au fost solicitate clarificări în două rânduri.

Potrivit art. 134 alin. (5) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă*.", ambele răspunsuri ale ofertantei încadrându/se în ipoteza normei reproduse – *„clarificările/completările transmise nu sunt concludente*", situație în care oferta trebuia respinsă ca inacceptabilă.

Din parcurgerea răspunsurilor date se desprinde concluzia că acestea nu au fost lămuritoare în privința autorizării domnilor ..., ..., ..., ... de către producătorul dispozitivului Nocospray. Una dintre condițiile documentației a fost ca ofertanții să beneficieze de personal autorizat de producător, cerință ce trebuie verificată nu doar la executarea contractului de achiziție publică, ci și la momentul evaluării ofertelor. Nu se poate încheia contractul cu o societate care nu dovedește că dispune de personal autorizat, cum s-a cerut. Avizul de funcționare din partea „ANMDM" nu este un document echivalent autorizației de la producător, mai cu seamă că emitentul este altă entitate. În anexa din 07.09.2016 la avizul de funcționare nr. 1430/04.02.2015 al SC ..... SRL, emis de Agenția

Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, nu apare menționată niciuna dintre cele patru persoane enumerate mai sus.

Pe de altă parte, nu pot fi aduse în discuție dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, întrucât licitația nu se mai află în etapa anterioară ofertării, în care se puteau formula critici la adresa modului în care autoritatea contractantă a înțeles să întocmească documentația de atribuire.

Întrebările de clarificare adresate de autoritate au fost clare, întrebări ce nu au fost contestate de societate, care nu poate declara acum că ele excedează cadrului documentației sau al legii, iar răspunsurile sunt, într-adevăr, neconcludente din perspectiva probării autorizării personalului. Normele metodologice precitate dau dreptul autorității de a cere clarificarea modului de îndeplinire a cerințelor caietului de sarcini:

Art. 133. - (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

(3) Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv, precum și să nu se afle în situaţia prevăzută la art. 210 din Lege.

Art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016, a punctat că particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei ca neconformă.

În considerarea celor evocate, care exprimă raționamentul logico-juridic pe baza căruia s-a ajuns la concluzia prezentată în dispozitiv, Consiliul determină că în mod neîntemeiat și nelegal autoritatea contractantă a revenit asupra evaluării inițiale a ofertei SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea primei evaluări, prin care a fost stabilit rezultatul evaluării tehnice.

La ....., ... a primit următoarea notificare de fraudă din partea OxyPharm, notificare pe care trebuia să o trateze cu maximă atenție:

Noi, societatea OxyPharm, suntem singurii titulari ai tuturor drepturilor comerciale și de proprietate intelectuală asupra Nocolyse ai Nocospray.

Avem suspiciunea că o societate română, ..., încearcă să fraudeze o licitație publică (organizată de „Spitalul Universitar de Urgenţă Militar Dr. Carol Davila", anunţ de

participare nr. .....,31.01.017 - Lot 3. Nebulizator), prin participarea cu Nocospray, deși nu sunt distribuitori autorizaţi pentru produsele OxyPharm.

Proton Impex SRL este pusă pe lista neagră de către OxyPharm care:

- nu va avea niciun fel de colaborare
- nu le va furniza niciunul dintre produsele noastre, direct sau prin intermediari
- nu va furniza know-how, documentaţie tehnică, piese de schimb etc.

Le interzicem tuturor distribuitorilor de a furniza Nocospray și Nocolyse către Proton Impex SRL, sub imediata reziliere a contractului de distributie.

Rugăm autorităţile române să fie vigilente și să ne trimită seriile codului oricărui echipament Nocospray pe care Proton Impex va încerca să-l vândă, sub suspiciunea de fraudă, furt sau reproducere ilegală a copiilor după Nocolyse, produse de către o altă societate care ne copiază produsele.

Stăm la dispoziţia dvs. pentru soluţionarea acestor situaţii neplăcute, care sunt dăunătoare, atât pentru comparator, cât și pentru reputaţia societăţii noastre.

Cu toate cele bune, ... [...]

Față de cele evocate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a admis oferta SC ..... SRL și, mai mult, a declarat-o câștigătoare, existând motivele reținute mai sus pentru revocarea acestei măsuri și pentru anularea actului prin care a fost stabilit rezultatul procedurii de atribuire, cu obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei în discuție. Astfel fiind, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., și va anula documentul nr. A24247/....., intitulat „revenire la raportul procedurii de atribuire nr. A24210/07.07.....”, urmând ca autoritatea contractantă să reevalueze oferta și să emită un nou raport al procedurii, cu respectarea legislației în vigoare și a documentației aferente achiziției. În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele autorității contractante de comunicare către contestatoare și intervenientă a rezultatului evaluării propriilor oferte, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să le comunice noul rezultat al evaluării, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

Relativ la cererea de intervenție aparținând SC ..... SRL, Consiliul ia act că societatea are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, lotul 3, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP a contestației SC ..... SRL în cadrul anunțului de participare nr. ...../....., motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Raportat la cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție aparținând asocierii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., iar contestația SC ..... SRL nr. ...../....., ca inadmisibilă, în contradictoriu cu .....

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., și anulează documentul nr. A24247/....., intitulat „revenire la raportul procedurii de atribuire nr. A24210/ 07.07.....", precum și adresele autorității contractante de comunicare către SC ..... SRL și SC ..... SRL a rezultatului procedurii la lotul 3. Obligă autoritatea la reevaluarea ofertei SC ..... SRL pentru lotul 3, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 2972/04.08....., depusă de SC ..... SRL, și o respinge ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în șase exemplare, conține treizeci și patru de pagini.