

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

DECIZIE

Nr. 2221/C5/2298

Data: 06.08.2024

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 41463/02.07.2014, formulată de SRL, cu sediul în localitatea, cod poștal 540545, județul, având CIF, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin administrator și convențional prin avocat, împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent lotului 220 „Seringă 300 ml. Multi –Use”, lotului 221 „Set preconectat de tuburi pentru injectomat Optivantage” și lotului 222 „Tub conector pacient”, emis de, cu sediul în municipiul, strada Republicii nr. 34-36, județul, în cadrul licitației deschise, organizată pe loturi, în vederea atribuirii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare consumabile medicale”, Cod CPV-33140000-3, anunț de participare nr. /31.01.2024, s-a solicitat Consiliului următoarele:

1. Cu privire la lotul 220, anularea deciziei autorității contractante, prin care oferta a fost declarată admisibilă, inclusiv anularea raportului procedurii, a înscrisului Rectificare privind raportul procedurii și a adresei nr. 2061/20.06.2024 de comunicare a rezultatului procedurii pentru loturile 19, 220, 221, 222 (în partea privind admisibilitatea ofertei contestate - lotul 220), precum și anularea înscrisurilor subsecvente, respectiv comunicările privind rezultatul procedurii.

2. Cu privire la loturile 221 și 222:

a. în principal, obligarea autorității contractante, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei CNSC, să permită accesul SRL la dosarul achiziției, respectiv la propunerea tehnică a ofertantului și pentru care nu s-a probat confidențialitatea, în vederea formulării eventualelor contestații;

b. în subsidiar, anularea deciziei autorității contractante, prin care oferta a fost declarată admisibilă, inclusiv anularea raportului procedurii, a înscrisului Rectificare privind raportul procedurii și a adresei nr. 2061/20.06.2024 de comunicare a rezultatului procedurii pentru loturile 19, 220, 221, 222 (în partea privind admisibilitatea

ofertei contestate - loturile 221-222), precum și anularea înscrisurilor subsecvente, respectiv a comunicărilor privind rezultatul procedurii;

3. continuarea procedurii prin reevaluarea ofertelor depuse de pentru lotul 220 și de pentru loturile 221-222.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică rezultatul procedurii de atribuire aferent loturilor: 220 „Seringă 300 ml. Multi –Use”, 221 „Set preconectat de tuburi pentru injectomat Optivantage” și 222 „Tub conector pacient”, respectiv declararea ca fiind admisibile a ofertelor depuse de pentru lotul 220 și de pentru loturile 221 și 222, solicitând cele redate în partea introductivă.

În prealabil, contestatoarea subliniază faptul că, prin necontestarea în termen legal, prevederile documentației de atribuire au devenit obligatorii, atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale prevăzute la art. 127 alin. (1) din anexa la H.G. nr. 395/2016.

Arată că demonstrarea conformității ofertei este în sarcina ofertantului, prin probe concludente în acest sens, nefiind acceptabile simple enunțuri/declarații nesustținute de dovezi relevante. În concret, o copie a caietului de sarcini, nu reprezintă o probă concludentă a îndeplinirii cerinței tehnice, iar pretinse explicații/declarații precizate de ofertanta câștigătoare în propunerea tehnică a acesteia, nesustținută de înscrisuri confirmatoare, nu echivalează cu dovedirea îndeplinirii cerinței.

Menționează că inadmisibilitatea unei oferte alternative este expres menționată la pct.II.2.10 din fișa de date, sens în care ofertanții trebuiau să respecte întocmai prevederile documentației de atribuire, sub sancțiunea neconformității ofertei.

Cu privire la lotul 220 „Seringă 200 ml. Multi-use”:

Contestatoarea menționează că, potrivit documentației de atribuire, produsele ofertate trebuie să fie pentru injectorul Optivantage, sens în care orice declarație cu privire la compatibilitatea unor consumabile trebuie să provină de la producătorul injectorului, acesta fiind singurul în măsură să certifice că anumite consumabile sunt conforme și pot să fie folosite cu injectorul.

Astfel, arată petenta, deși specificația tehnică a produsului ce trebuie ofertat pentru lotul 220 este „Seringă utilizare pentru injectomatul OptiVantage DH Multi-Use. Utilizare 12 ore; 350 psi (21 bar)”, ofertantul a ofertat Seringă utilizare pentru injectomatul OptiVantage DH Multi-Use - CT-200-LF. Utilizare 12 ore;

Presiune maximă 600 psi; Nonpirogenic. Setul contine 1 seringă de 200 ml, 1 tub de 150 cm, 1 tub umplere în formă de J; Perioada de valabilitate: 3 ani de la data producției/fabricației, min. 12 luni de la data recepției. Marcaj CE.

În vederea dovedirii conformității ofertei, ofertantul a prezentat ca fișă tehnică a produsului CT-200-LF.

Contestatoarea reclamă faptul că produsul oferat de „nu confirmă utilizarea de 12 ore” și este de unică folosință (pagina 2 a documentului suport, s-a atașat eticheta produsului pe care este menționat faptul că produsul este de unică folosință). De asemenea, susține că, pe certificatul CE prezentat de ofertant, este menționat expres faptul că seringile sunt de unică folosință „Seringi angiografice sterile de înaltă presiune de unică folosință”.

În opinia sa, dacă, cu ocazia reevaluării, în urma unui schimb de corespondențe între autoritatea contractantă și ofertantul, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, ofertantul și-a completat sau chiar modificat oferta, aceasta urmează a fi respinsă, întrucât:

(i) caracteristica utilizării 12 ore nu se regăsea între informațiile inițial prezentate (nu este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant - art. 135, alin. (3) din H.G. nr. 395/2016), cu consecință în imposibilitatea aplicării instituției viciilor de formă

(ii) caracteristica multi-use solicitată prin documentația de atribuire nu este specifică produsului oferat CT-200-LF, care, așa cum expres se menționează în documentația inițial prezentată, este un produs de unică folosință, sens în care, modificarea acestei caracteristici, reprezintă în fapt, depunerea unei noi oferte, practică interzisă de dispozițiile art. 134 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016.

Cu privire la loturile 221-222:

În ceea ce privește capătul de cerere principal al contestației vizând obligarea autorității contractante, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei CNSC, să permită accesul SRL la dosarul achiziției, respectiv la propunerea tehnică a ofertantului și pentru care nu s-a probat confidențialitatea, în vederea formulării eventualelor contestații, petenta învederează faptul că autoritatea contractantă i-a refuzat accesul la oferta, declarată câștigătoare pentru aceste două loturi.

În concret, arată că, în data de 21.06.2024, a solicitat accesul la oferta, iar, în data de 26.06.2024, autoritatea contractantă i-a comunicat prin e-mail faptul că, în oferta, s-ar regăsi o declarație de confidențialitate, cu consecință în imposibilitatea observării înscrisurilor care au stat la baza declarării acesteia ca fiind câștigătoare.

Contestatoarea reclamă faptul că declarația de confidențialitate a este nemotivată, în ceea ce privește oferta tehnică

(singura parte contestată), declarantul redând texte de lege și particularizând declarația doar cu următorul conținut propriu:

„1. Oferta tehnică este confidențială.

2. Oferta financiară – sunt confidențiale elementele de preț/cost, deoarece conform clauzelor contractuale încheiate cu furnizorii (producătorii), prețurile de achiziție sunt confidențiale”.

Invocând și redând prevederile art. 57 alin. (4) și ale art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea reclamă următoarele:

1. Nelegala limitare a accesului la oferta, din prisma neîndeplinirii celei de a doua condiții pentru restrângerea accesului - lipsă probe pertinente care să susțină confidențialitatea informațiilor.

Învederează faptul că, în concret, art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, impune condiția probării confidențialității nefiind suficientă doar o simplă declarație, pro cauza, din partea ofertantului, care astfel dorește să își ascundă neconformitatea ofertei și declarațiile necorespunzătoare adevărului, iar comisia de evaluare să își ascundă practicile ilegale, toate aceste aspecte fiind tratate (întărite) în clar de Îndrumarea ANAP privind analiza confidențialității ofertelor, disponibilă la adresa [web https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2023/03/Indrumare-privind-analiza-confidentialitatii-ofertelor.pdf](https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2023/03/Indrumare-privind-analiza-confidentialitatii-ofertelor.pdf).

„Subliniem că motivarea caracterului confidențial al informațiilor/elementelor din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare și/sau fundamentărilor/justificărilor de preț/cost declarate, NU IMPLICĂ DOAR O SIMPLĂ DECLARAȚIE DATĂ ÎN ACEST SENS, CI O ARGUMENTARE TEMEINICĂ ȘI PLAUZIBILĂ, conform prevederilor art. 57 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 123 alin. (1) din Anexa La HG nr. 395/2016, prin prezentarea motivelor concrete în temeiul cărora ofertantul dorește să păstreze confidențiale unele informații/elemente din cadrul propunerii tehnice și/sau din propunerea financiară prin raportare la domeniul de activitate al acestuia, cu atât mai mult cu cât respectivele informații/elemente declarate confidențiale pot viza date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau date protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

Astfel, susține petenta, în declarația de confidențialitate a ofertantului sunt doar citate dispoziții legale și mai sunt menționate aspecte pur – generale.

2. Nelegala limitare a accesului la oferta, din prisma lipsei caracterului de secret comercial pentru informații tehnice și publice (care se regăsesc pe internet prin chiar grija producătorului).

Menționând că ofertantului, la fel ca toți ofertanții, a depus, în oferta sa o broșură de prezentare a producătorului, aspecte ce țin chiar de publicitatea acestor produse, contestatoarea subliniază faptul că, în concret, secrete comerciale sunt doar acele informații care îndeplinesc cumulativ cerințele prevăzute de art. 11 lit. (e) din Legea nr.

11/1991, în sensul că nu sunt, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile, respectiv sunt informații care au o valoare comercială prin faptul că sunt secrete și au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete.

Învederează faptul că dovedirea caracterului de secret comercial/tehnic nu se face printr-o simplă declarație (mai ales în cazul informațiilor aflate deja în spațiul public), ci prin documentele/înscrierile/orice alt mijloc de probă care demonstrează măsurile întreprinse de către operatorul economic pentru protejarea respectivelor informații, ori câtă vreme aceste informații deja există în spațiul public, secretizarea lor ulterioară, prin simplă declarație într-o procedură de atribuire, nu poate produce nici un efect.

În opina sa, atât autoritatea contractantă, cât și organele cu atribuții jurisdicționale trebuie să facă „*testul prejudiciului*”, respectiv să aprecieze dacă ofertantul a demonstrat o relație clară de tip cauză-efect între dezvăluirea informațiilor și potențialul prejudiciu pe care îl poate suferi operatorul economic pentru ca acesta să poată invoca un interes în confidențialitatea ofertei.

Concluzionează că, raportat la conținutul declarațiilor de confidențialitate care doar citează prevederi legale, demonstrația nu a fost făcută, cu consecința lipsei probelor necesare demonstrării caracterului secret al tuturor informațiilor.

3. Restricționarea accesului la toate înscrierile în legătură cu oferta tehnică și economică a ofertantului reprezintă o nerespectare a dreptului SRL la o cale efectivă de atac.

Cu privire la admisibilitatea capătului principal de cerere, petenta învederează faptul că, în sensul admisibilității unei astfel de cereri s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene - cauza C-54 / 2021(<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-11/cp220186ro.pdf>). „În al treilea rând, Curtea declară că, în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații tratate în mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă sau care să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate. Termenul de formulare a unei astfel de căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul

informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidențiale." (similar și cauza C-927/19).

Astfel, arată că odată stabilit tratarea în mod eronat ca fiind confidențiale a tuturor informațiilor aferente ofertei tehnice și financiare ale ofertei câștigătoare, în mod evident trebuie adoptate măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă, în speță accesul la toate informațiile tehnice din oferta, respectiv cel puțin cele ce fac referire proba conformității produsului ofertat cu documentația de atribuire.

Apreciază că, în mod evident s-a încercat înlăturarea sa de la o cale efectivă de atac și menținerea unui mod ocult de evaluare și stabilire a ofertei câștigătoare.

În acest sens, face trimitere la practica CNSC și a instanțelor de judecată (decizia CNSC nr. 2038/C8/2181,2185/01.09.2023, Hotărârea nr. 506/2023 din 27.09.2023, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, dosar nr. 420/57/2023, Hotărârea nr. 591/10.10.2023, pronunțată de Curtea de Apel Brașov în dosarul nr. 481/64/2023).

Referitor la capătul de cerere secundar de *„anulare a deciziei autorității contractante, prin care oferta a fost declarată admisibilă inclusiv anularea raportului procedurii inclusiv înscrisul Rectificare privind raportul procedurii și comunicarea privind rezultatul procedurii pentru loturile 19, 220, 221, 222, cu nr. 2061/20.06.2024 (în partea privind admisibilitatea ofertei contestate - loturile 221-222), precum și anularea înscrisurilor subsecvente, respectiv comunicările privind rezultatul procedurii”*, cu riscul ca acest capăt de cerere să fie respins ca fiind prematur formulat (conform practicii mai sus citate), petenta învederează unele din motivele de neconformitate ale ofertei

- Lot 221 „set preconectat de tuburi pentru injectomat OptiVantage”

Și pentru acest lot se mențin susținerile conform cărora prin documentația de atribuire se solicită ca aceste produse să fie pentru injectorul Optivantage, în acest sens, orice declarație cu privire la compatibilitatea unor consumabile trebuie să provină de la producătorul injectorului, acesta fiind singurul în măsură să certifice că anumite consumabile sunt conforme și pot să fie folosite cu injectorul.

Cerința din caietul de sarcini: *„Set de umplere și injectare prevăzut cu două supape de siguranță, filtru de aer și particule care permite atât umplerea cât și injectarea substanței de contrast și a serului fiziologic, compatibil cu injectomatul OptiVantage; 150 cm+20 cm; 350 psi (21 bar); utilizare 12 ore”*.

Contestatoarea susține că produsul ofertat nu face proba utilizării 12 ore folosință multiplă/reutilizare (multi use), nu de unica folosință (single use).

- Lot 222 „Tub conector pacient”.

Cerința caietului de sarcini: *„Tub cu două supape de siguranță care împiedică contaminarea substanței de contrast; limită presiune 350 psi (21 bar); 23 cm”.*

Petenta susține că produsul oferat nu face proba conformității la cerințele de presiune (350PSI) și cerința existenței celor două supape care împiedică contaminarea substanței de contrast.

..... SRL susține că a dovedit cu studii, că supapele produsului pe care l-a oferat împiedică contaminarea substanței de contrast și a celorlalte consumabile de folosință multiplă.

În concluzie, consideră că ofertantul nu a făcut dovada conformității produselor oferate cu cerințele tehnice și standardele expres solicitate prin documentația de atribuire, respectiv nu au făcut dovada conformității ofertelor, sens în care, prin admiterea ofertelor sale, fără probele corespunzătoare și informații relevante, decizia autorității contractante, este nelegală nu numai din prisma neconformității acestor oferte, dar și din prisma încălcării tratamentului egal, prin distorsionarea procedurii, întrucât SRL, pentru a prezenta oferta conformă, a ales un produs conform, dar cu costuri de achiziție suplimentare și cu consecință în clasarea pe un loc inferior.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

În drept, actele normative mai sus menționate.

Prin punctul de vedere nr. 5648/08.07.2024, înregistrat la CNSC cu nr. 42992/08.07.2024, ... a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de SC SRL, și pe cale de consecință, menținerea ca valabile și legale a actelor atacate.

În ceea ce privește lotul nr. 220 „Seringă 200 ml. Multi -Use”, autoritatea contractantă precizează că, în cuprinsul caietului de sarcini a inserat cerința: *„seringa utilizare pentru injectomantul OptiVAntage DH Multi-use, utilizare 12h: 350 psi, 21 bar”*, iar, în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii, comisia de evaluare a declarat oferta depusă de către SC ca fiind conformă din punct de vedere tehnic.

Precizează că, la data de 11.06.2024, SC SRL i-a solicitat accesul la dosarul procedurii de achiziție, conform art. 6 din Legea nr. 544/2011 și art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, împrejurare în care a transmis contestatoarei documentele solicitate cu respectarea termenului legal de o zi lucrătoare, potrivit dispozițiilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu excepția ofertei depusă de SC, care a fost marcată ca fiind confidențială.

Arată că, ulterior, în urma analizei ofertelor, în data de 14.06.2024, ... SRL, prin cererea nr. 601/14.06.2024, înregistrată la, cu nr. 4847/14.06.2024, a solicitat adoptarea măsurilor de remediere și declararea ofertei SC ca fiind neconformă, argumentând că, din documentele depuse (fișa tehnică) de acest

oferant nu reiese faptul că seringă Multi use se poate folosi 12 h, așa cum era prevăzut în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă susține că a solicitat clarificări oferantului, în data de 18.06.2024, prin care i-a cerut acestuia să confirme posibilitatea utilizării seringii 12 ore.

Răspunzând solicitării de clarificări, a depus declarația producătorului, care confirmă posibilitatea utilizării seringii pentru un interval de până la 12 ore, acest aspect reieșind din documentele depuse la solicitarea de clarificări la secțiunea „Caracteristici tehnice Multi-use up to 12 hours”.

Astfel, arată achizitoarea, în urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări depus de către, comisia de evaluare a declarat oferta acestuia fiind conformă, întrucât îndeplinește toate caracteristicile tehnice minimale solicitate prin caietul de sarcini, iar, în data de 19.06.2024, a publicat în SEAP rectificarea raportului procedurii și a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 50617/20.06.2024.

Referitor la loturile nr. 221 și 222, autoritatea contractantă menționează că a refuzat accesul contestatoarei la dosarul procedurii, întrucât documentele depuse de către au fost declarate ca fiind confidențiale.

Redând dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, achizitoarea subliniază faptul că SC a depus, în cadrul ofertei, și Declarația pe propria răspundere privind partea/părțile din propunerea tehnică și/sau propunerea financiară declarate confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, așa cum reiese din cuprinsul art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: *„Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar, nefiind aplicabile prevederile alin. (1) ”*

Raportat la cele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL ca nefondată și menținerea ca valabile și legale a actelor atacate.

În probațiune, au fost depuse, în copie, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Contestatoarea SRL a constituit cautiunea în valoare de 2.348,60 RON, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 210362572/1 din data de 04.07.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 43875/11.07.2024, contestatoarea SRL a învederat Consiliului faptul că, pentru societatea sa nu are relevanță juridică studierea dosarului achiziției, fără posibilitatea de observare a probelor cauzei.

În opinia sa, condițiile de acces menționate de Consiliu în adresa de invitație la studiu, fără a avea acces la documentele declarate ca fiind confidențiale (fără îndeplinirea condiții de dovedire din partea declarantului a acestei stări de fapt), nu schimbă cu nimic starea criticată în contestație.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat pe loturi, licitația deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare consumabile medicale”, Cod CPV-33140000-3, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./31.01.2024. Valoarea estimată a achiziției este de 2.904.880 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Obiectul contractului a fost divizat pe 322 loturi, loturile contestate fiind lotul 220 „Seringă 200 ml. Multi –Use”, lotul 221 „Set preconectat de tuburi pentru injectomat Optivantage” și lotul 222 „Tub conector pacient”.

..... SRL critică declararea ca fiind admisibile a ofertelor depuse de pentru lotul 220 și de pentru loturile 221 și 222.

În ceea ce privește lotul 220 „Seringă 200 ml. Multi –Use”, contestatoarea menționează că, potrivit documentației de atribuire, produsele oferite trebuie să fie pentru injectorul Optivantage, sens în care orice declarație cu privire la compatibilitatea unor consumabile trebuie să provină de la producătorul injectorului, acesta fiind singurul în măsură să certifice că anumite consumabile sunt conforme și pot să fie folosite cu injectorul.

Consiliul va respinge susținerea contestatoarei, practica stabilind, de-a lungul timpului, că nu se poate solicita stabilirea compatibilității consumabilelor de către producător, acesta având interesul promovării propriilor produse, OEM (Original Equipment Manufacturer), și nu a celor non-OEM, cum este situația din speța de față.

Consiliul are în vedere că societatea contestatoare pornește de la premisa eronată că ofertanții nu ar avea posibilitatea dovedirii specificațiilor tehnice în orice manieră agreată, respectiv că producătorul nu poate completa, prin declarația lui sau lămuriri de ordin tehnic, informații aflate pe site-uri de specialitate. Dimpotrivă, Consiliul consideră că declarația producătorului este aptă de a completa și lămurii echivalența cu informațiile de pe o serie de site-uri. Declarația producătorului este unul dintre documentele uzul acceptate de practica judiciară națională și de practica europeană.

Astfel, practica Consiliul și a instanțelor este constantă în sensul în care lipsa unei informații tehnice din documentele depuse nu conduce la respingerea ofertei ca neconformă, ci la clarificarea suplimentară a ofertei, **oferantul având posibilitatea depunerii unor documente suplimentare din partea producătorului care să confirme îndeplinirea specificației respective.** De altfel, nici autoritatea contractantă și nici Consiliul nu pot limita ofertanților posibilitatea dovedirii îndeplinirii specificațiilor tehnice cu mijloace de probă adecvate, declarația producătorului încadrându-se în această categorie.

În sprijinul celor arătate, Consiliul reține că jurisprudența este constantă în sensul că autoritatea contractantă nu poate limita posibilitatea ofertanților de a dovedi îndeplinirea specificațiilor tehnice prin confirmări din partea producătorilor. În acest sens, Consiliul are în vedere Decizia nr. 978/2021, pronunțată de Curtea de Apel Galați în dosarul nr. 708/44/2021, în care se rețin următoarele:

„În speță, obiectul contractului implică, din partea ofertanților, într-o primă etapă, prezentarea unor dovezi referitoare la îndeplinirea de către produsul oferat a tuturor parametrilor tehnici inserați în caietul de sarcini.

Problema care a fost ridicată este aceea a formei sub care au fost prezentate dovezile îndeplinirii specificațiilor tehnice, în condițiile în care, potrivit Fișei de Date, toate specificațiile tehnice ar fi trebuit să fie inserate în broșuri/cataloge, iar contestatoarea a prezentat pentru o serie de specificații tehnice declarații de conformitate din partea producătorului.

Astfel, fără a nega faptul că a primit din partea petentei toate specificațiile tehnice referitoare la instalația contractată, **autoritatea contractantă a exprimat obiecțiuni cu privire la forma prezentării acestora, iar Consiliul a achiesat la poziția AC, confirmând faptul că petenta nu s-a conformat documentației de atribuire.**

O atare abordare este, în opinia Curții nu numai extrem de rigidă, ci și contrară legii, în speță, petenta nu a contestat cerințele tehnice cuprinse în documentația de atribuire, pentru a i se opune nerespectarea art. 8 din Legea nr. 101/2016, ci a apreciat că a dovedit îndeplinirea lor în integralitate prin fișele tehnice completate ulterior cu declarațiile de conformitate emise de producător, în condițiile stipulate la art. 133 și art. 134 din HG nr. 395/2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice(...).

Cum, în speță, petenta a depus fișe tehnice pentru echipamentul oferat (filele 93- 118, 155-163) dosar CNSC), extras manuale de utilizare(filele 119-154), broșură echipamente radioprotecție(filele 166-177), **cât și certificări din partea producătorului filele 164-165, 178- 181), este nelegal să se afirme că aceasta a nesocotit**

documentația de atribuire prin neprezentarea de broșuri sau cataloage. Din această perspectivă, Curtea apreciază că declarațiile de conformitate emise de producător nu fac decât să certifice întrunirea parametrilor funcționali și calitativi ai produsului oferat, iar nu să se abată de la cerințele formulate de AC. Așa fiind, a primi punctul de vedere al AC, îmbrățișat de Consiliu, înseamnă a lipsi de conținut dreptul petentei prevăzut la art. 134 alin. (2) din HG nr. 395/2016, acela de a-și completa și preciza oferta.

În discuție nu este, deci, o problemă de fond, ci una de formă, absolutizată de comisia de evaluare și care, însă, trebuie soluționată în raport de specificul și, mai ales de finalitatea procedurii, iar nu de denumirea instrucțiunilor tehnice atașate la ofertă. Indicarea tuturor parametrilor tehnici și a modului de exploatare și remediere a eventualelor defecțiuni sunt, în opinia Curții, elementele care trebuiau verificate, aspecte care, în speță, au rămas pe un loc secundar, nereieșind din poziția exprimată de autoritatea contractantă de ce înscrisurile prezentate de petentă nu sunt echivalente sub aspectul conținutului cu „broșurile/cataloagele” la care s-a făcut referire în documentația de atribuire, aspect care nu a intrat nici în preocuparea Consiliului, ceea ce relevă nelegalitatea deciziei în discuție și, implicit, caracterul fondat al criticii aduse de petentă sub acest aspect”.

În aceeași linie se situează și Decizia nr. 683/2019, pronunțată de Curtea de Apel București, dar și alte decizii ale aceleiași instanțe.

Consiliul urmează să facă aplicarea dispozițiilor art. 156 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, „În cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice”.

Legislația națională și europeană nu limitează posibilitatea operatorilor economici de a-și dovedi conformitatea ofertelor, iar autoritatea contractantă a apreciat în mod corect că declarația producătorului este suficientă.

În vederea dovedirii conformității ofertei, ofertantul a prezentat ca fișa tehnică a produsului CT-200-LF. Contestatoarea reclamă faptul că produsul oferat de „nu confirmă utilizarea de 12 ore” și este de unică folosință (pagina 2 a documentului suport, s-a atașat eticheta produsului pe care este menționat faptul ca produsul este de unică folosință). De asemenea, susține că, pe certificatul CE prezentat de ofertant, este menționat expres faptul că seringile sunt de unică

folosință „Seringi angiografice sterile de înaltă presiune de unică folosință”, nefiind dovedite caracteristica utilizării 12 ore nu se regăsea între informațiile inițial prezentate (nu este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant - art. 135, alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 și caracteristica multi-use solicitată prin documentația de atribuire nu este specifică produsului ofertat CT-200-LF.

Consiliul reține că propunerea tehnică prezentată inițial de ofertantă menționează cele două caracteristici.

Este real că broșura prezentată nu evidențiază cele două specificații, dar acest lucru nu echivalează cu respingerea de drept a ofertei, atât timp cât ofertanta a declarat în oferta inițială îndeplinirea acestor caracteristici.

Consiliul reține că distribuția de dispozitive medicale este riguros reglementată pe piață, fiind necesară autorizarea importatorului și distribuitorului, acest comerț desfășurându-se exclusiv prin intermediul profesioniștilor.

Așa cum rezultă din practica invocată, depunerea declarației din partea producătorului nu este o modificare a ofertei, ci o completare de confirmare, admisibilă, criticile referitoare la lotul 220 urmând a fi respinse.

În ceea ce privește loturile 221 și 222, Consiliul reține că societatea contestatoare critică nepunerea la dispoziție a propunerii tehnice depusă de, arătând că dovedirea conformității ofertei s-a realizat cu broșuri din partea producătorilor, care nu au caracter confidențial.

Consiliul reține că susținerea contestatoarei este întemeiată, neexistând vreun document care să probeze confidențialitatea ofertei depuse.

Pe de altă parte, Consiliul reține că oferta contestatoarei nu a fost declarată confidențială, astfel că nu poate fi invocat principiul egalității de tratament, ca în alte cauze.

Ceea ce este de remarcat, este faptul că declarația de confidențialitate depusă de reproduce formularul din documentația de atribuire, neavând o minimă justificare, având următorul conținut: „În cazul în care se declară confidențială oferta tehnică sau financiară se vor respecta prevederile art. 57 alin. 4 din Legea nr. 98/2016: (4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de

dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).

1. Oferta tehnică- este confidențială.

2. Oferta financiara – sunt confidențiale elementele de pret/cost, deoarece conform clauzelor contractuale încheiate cu furnizorii (producătorii), prețurile de achiziție sunt confidențiale”.

Consiliul are în vedere că în ceea ce privește propunerea tehnică, nu se aduce vreun minim argument din care să rezulte justificarea confidențialității, astfel că autoritatea contractantă trebuie să permită contestatoarei accesul la oferta câștigătoare a celor două loturi. În ceea ce privește oferta financiară, nu se dovedește realitatea celor susținute.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că poate fi contestat inclusiv refuzul autorității de a comunica informații considerate confidențiale din candidaturi/oferte. **Contestația este admisibilă chiar dacă privește doar acest refuz, nu alte acte ale autorității** (Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700), prin urmare, este admisibilă solicitarea contestatoarei de a avea acces la cele două propuneri tehnice.

Față de lipsa argumentelor referitoare la confidențialitatea propunerilor tehnice, Consiliul reține că solicitarea contestatoarei de acces la aceste documente este întemeiată.

În ceea ce privește criticile referitoare la specificațiile tehnice ale celor două loturi, Consiliul nu le va analiza, deoarece contestatoarea recunoaște că acestea nu au avut la bază studiul propunerii tehnice, ci pur și simplu copiază argumentele de la primul lot contestat. Astfel, în lipsa studierii dosarului achiziției, criticile respective sunt premature.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și va dispune punerea la dispoziția contestatoarei a propunerilor tehnice aferente loturilor 220 și 221.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SRL în partea referitoare la lotul 220.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și dispune punerea la dispoziția contestatoarei a propunerilor tehnice aferente loturilor 220 și 221.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SRL în partea referitoare la lotul 220.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,