

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.

Data:

Prin contestația nr. 1277/22.11.2023, înregistrată la CNSC sub nr., formulată de SRL, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - administrator, împotriva raportului procedurii nr. 22968/13.11.2023, emis de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect *Acord-cadru de achizitie publica de materiale sanitare, divizate pe 90 loturi*, **Lotul nr. 78**, s-au solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 22968/13.11.2023 exclusiv în ceea ce privește lotul nr. 78 *Scutece adulți mărimile M-XXL*;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei tehnice depusă pentru lotul 78 în conformitate cu modificările aduse documentației de atribuire prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. H7668/27.07.2023, exclusiv în baza ofertei tehnice depuse inițial și a documentelor justificative aferente, transmise până la data limită de depunere a ofertelor;

- obligarea autorității contractante de a solicita ofertantei clasată pe primul loc eșantioane în ambalajul original, în conformitate cu prevederile din fișa de date;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei financiare transmisă pentru lotul nr. 78 de ofertanta SRL, în sensul de a solicita acesteia prezentarea de documente justificative relevante privind prețul neobișnuit de scăzut;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea caracterului confidențial al ofertei tehnice transmisă de SRL, prin aplicarea prevederilor în acest sens din legislația în vigoare.

.....SRL, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului București sub nr., având CUI, cu adresa de corespondență în, a formulat cererea de intervenție

voluntară nr. 6802/04.12.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., prin care a solicitat respingerea contestației depusă de SRL, ca netemeinică și nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1), art. 123 alin. (1) C. Proc. Civ. și art. 17 din Legea nr. 101/2016.

**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, solicitând cele antemenționate.

Într-un prim aspect, reclamanta, a cărei ofertă s-a clasat pe locul II în procedura în cauză, notează faptul că, în evaluarea ofertelor tehnice depuse pentru lotul nr. 78, în raportul procedurii se prezintă ca bază de evaluare a conformității prevederile publicate inițial în caietul de sarcini respectiv: *Scutece Pampers/Adult (Mărimea S 1000 buc., M-2000 buc, L-1000 buc., XL-20.000 buc., XXL- 5.000 buc.)*.

În acest context, contestatoarea remarcă următoarele: „*Exista astfel suspiciunea rezonabilă ca evaluarea ofertelor tehnice s-a efectuat în baza prevederilor inițiale din Caietul de sarcini și nu a celor stabilite în baza Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări, respectiv nu s-a ținut cont de cerințele privind dimensiunea în talie și capacitatea de absorbție pentru mărimea XXL*”.

În răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. H7768/27.07.2023, prin răspunsurile la întrebările nr. 2 și 3, arată contestatoarea, prevederile pentru lotul nr. 78 se modifică și completează după cum urmează:

„*Întrebare nr.2*

- *va rugam sa precizați dimensiunea în talie pentru mărimea XXL și capacitatea de absorbție și capacitatea de retenție pentru fiecare mărime în parte;*

Răspuns nr.2

- *marimea XXL - talie 160-210 cm, absorbție între 3.000-3.200 ml*

Întrebare nr.3

- *avand in vedere ca defalcarea mentionata de dumneavoastra (Marimea S-1000 buc., M-2000 buc, L-1000 buc, XL-20.000 buc., XXL- 5.000 buc.) nu insumeaza 750.000 buc., va rugam sa specificați cantitatile maxime aferente Acordului cadru pe fiecare mărime solicitată;*

Răspuns nr.3

- *Cantitate maxima Acord cadru: 750.000 buc*

S-50.000 buc M- 50.000 buc L - 25.000 buc XL- 500.000 buc XXL - 125.000 buc."

Reclamanta învederează faptul că, într-o procedură similară, organizată simultan cu cea care face obiectul prezentei contestații, publicată prin anunțul de participare CN1056862/02.07.2023, oferta SRL pentru loturile nr. 261-264 (produse absolut similare cu cele din prezenta procedură - scutece de adulți M-XXL), prin raportul procedurii nr. 19286/17.10.2023, în urma contestațiilor, a fost declarată neconformă, după cum urmează:

- Pentru loturile nr. 261-263 (mărimile M-XL) deoarece: *„Nu se regăsesc în fisa tehnica a ofertantului dimensiunile solicitate în urma răspunsului la solicitarea de clarificari atașata în SEAP cum ar fi: - dimensiunea în talie -capacitatea de absorbție”;*

- Pentru lotul nr. 264 (mărimea XXL) deoarece: *„In fisa tehnica prezentata nu exista descriere pentru scutece marimea XXL”.*

În ambele situații, în opinia contestatoarei, oferta trebuie declarată neconformă, fie prin decizia CNSC, dacă, în urma verificării dosarului procedurii organizate de, Consiliul va sesiza că există fișe tehnice diferite pentru aceleași produse (adică în fișa tehnică depusă la prezenta procedură a fost adăugată *prin falsificare* și mărimea XXL), fie de autoritatea contractantă, dacă, în urma reevaluării voluntare (ca măsură de remediere) a ofertei tehnice depusă de SRL, va constata că în fișa tehnică nu există mărimea XXL cu caracteristicile solicitate în documentația de atribuire.

Contestatoarea atrage atenția că este imposibil ca o ofertantă să depună la două proceduri simultane pentru aceleași produse fișe tehnice diferite și produse diferite, iar în cazul mărimii XXL să oferteze un preț cu 50% mai mic."

..... precizează că oferta inițială depusă de nu conținea mărimea XXL - fiind incidente prevederile art. 134 alin. (9) lit. e) - sau cel puțin nu conținea niciun document justificativ în acest sens, similar cu ofertele depuse în alte proceduri organizate simultan, așa cum societatea sa a arătat și în contestația sa anterioară, din 30.10.2023 (pentru că produsul respectiv nu exista).

În opinia reclamantei, autoritatea contractantă nu putea, în procedura de reevaluare, să solicite altceva decât să se indice în ce documente depuse în cadrul ofertei tehnice se regăsesc cerințele din caietul de sarcini pentru lotul nr. 78 mărimea XXL.

Ori, adaugă reclamanta, prin interpretarea abuzivă a legii, autoritatea contractantă a solicitat alte documente care să le înlocuiască pe cele depuse inițial - respectiv o nouă declarație de conformitate și o nouă fișă tehnică, ceea ce evident înseamnă modificarea ofertei inițiale.

Mai mult, semnaleză faptul că, ambele documente sunt emise după data limită de depunere a ofertelor, *cel mai probabil* chiar după publicarea raportului inițial al procedurii (*daca ar fi fost emise mai*

devreme este culpa exclusiva a ofertantului ca a prezentat o oferta incompleta si neconforma).

Contestatoarea critică acceptarea de către autoritatea contractantă în locul fișei tehnice, ca document justificativ care să probeze îndeplinirea parametrilor tehnici solicitați, a unei declarații din partea așa zisului producător privind disponibilitatea produsului precum și a faptului că acesta îndeplinește parametrii din caietul de sarcini.

Reclamanta precizează că, în fișa de date, se menționează explicit la capitolul IV. 1 Modul de prezentare al propunerii tehnice: *„Formularul de oferta tehnica va fi insotit obligatoriu de fisele tehnice de la producător”*.

Pentru a se dovedi că ofertanta desemnată câștigătoare nu deține în oferta sa scutece de adulți mărimea XXL precum și că *așa zisa adresa și declarația „noua” de conformitate emise de producător sunt falsuri* și, evident, nu se poate îndeplini contractul care face obiectul procedurii contestate, reclamanta solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să aplice prevederile din documentația de atribuire (anunțul de participare CN1056974/05.07.2023) și să ceară ofertantei clasată pe primul loc eșantioane în ambalajul original.

Eșantioanele, semnaleză contestatoarea, trebuie furnizate în ambalajul original (conform împachetării și mărcii comerciale menționate în oferta tehnică) deoarece numai în acest mod se poate verifica existența în realitate a produsului oferat.

Reclamanta constată că oferta financiară a operatorului economic clasat pe locul 1 pentru lotul nr. 78 prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, respectiv prețul oferat reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului, mai exact 38% din valoarea estimată, fiind aplicabile prevederile art.136 alin. (1) și (4) din H.G. nr.395/2016.

Având în vedere cele susmenționate, în conformitate cu prevederile art.210 alin. (1) din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la fundamentarea economică a prețului, iar explicațiile aduse trebuiau să fie însoțite de dovezi justificative privind elementele prevăzute la art.210, alin.(2) din Legea nr.98/2016 și detaliate în art. 136 alin. (2) din HG 395/2016.

Contestatoarea, ca și producător de scutece absorbante pentru adulți, afirmă că, admitând că un astfel de produs (mărimea XXL) ar exista în realitate, este imposibil să fie o diferență atât de mică între prețul oferat pe bucată pentru mărimea XL și cel pentru mărimea XXL (sub 10%).

În susținere, precizează că, tehnologia pentru mărimile bariatrice este extrem de complexă și nu este deținută de producătorii din (inclusiv), iar, pe lângă tehnologia necesară pentru a asigura o dimensiune în talie de peste 200 cm, aceste scutece au și o absorbție foarte mare (pentru a evita schimbarea foarte des a scutecului, fiind extrem de greu de ridicat și toaletat o persoana de peste 150 kg).

În acest context, notează că produsele oferite uzual de SRL, respectiv "....." nu depășesc pentru mărimea XL o absorbție de 2150 ml (conform raportului procedurii nr. 17435/12.06.2023, anunț de participare simplificat SCN 1124491/08.05.2023, achiziție publică derulată de, nivelul respectiv de absorbție neputând fi justificat cu documente, motiv pentru care oferta SRL a fost declarată inacceptabilă).

Un alt motiv care, în opinia reclamantei, impune reverificarea justificării prețului oferit de se regăsește în raportul procedurii nr. 18341/03.10.2023, anunț de participare CN 1056862/02.07.2023 și centralizatorul de prețuri nr. 17056/13.09.2023, emise de, respectiv: pentru un produs similar - *scutec adulți mărime XXL*, aceeași dimensiune în talie (160-210 cm) și aceeași capacitate de absorbție (3200 ml), prețul oferit de a fost de 1,88 lei bucata, cu 50% mai mare decât cel oferit în prezenta procedură.

Întrucât precizează că nu a avut acces la ofertele tehnice și financiare depuse de SRL în cadrul procedurilor susmenționate, derulate de respectiv, reclamanta solicită Consiliului să ceară și să considere drept probe în susținerea prezentei contestații dosarele acestor proceduri.

În continuare, reclamanta prezintă o serie de aspecte vizând faptul că, din raportul procedurii, nu reiese modul în care ofertanta declarată câștigătoare a dovedit de ce informațiile din fișa tehnică sau eșantioanele/mostrele (*pe care oricum nu le-a furnizat pentru ca nu exista, cel puțin pentru mărimea XXL*) sunt confidențiale.

..... consideră că simpla invocare a unei prevederi de confidențialitate dintr-un contract de furnizare pentru produse de serie, care se vând liber pe piață și pentru care se furnizează anumiți parametri vizând produsul, în absența cărora niciun cumpărător interesat nu ar achiziționa respectivul produs, nu poate constitui o dovadă pentru încadrarea acestora ca secret tehnic sau comercial.

Contestatoarea afirmă că, deși informațiile trebuiau să îndeplinească cumulativ cele trei cerințe prevăzute la art. 11 lit. e) din Legea nr. 11/1991 pentru a fi declarate secret comercial, în realitate, nu este îndeplinită niciuna dintre acestea.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016; art. 57 alin. (4), art. 210 alin. (1) și alin. (2), art. 215 alin. (5), art. 216 alin. (6) și art. 217 alin. (4) și alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art. 134 alin. (6)-(9) și art. 136 alin. (1),(2) și (4) din HG nr. 395/2016, art. 11 lit. e) și f) din Legea nr. 11/1991.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 12277/04.12.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis *punct de vedere*, prin intermediul căruia prezintă o serie de contraargumente la criticile din cuprinsul contestației formulată de SRL.

În combaterea criticii privind neconformitatea ofertei, pentru lotul 78- *SCUTEC/PAMPERS ADULT* -, în partea care privește mărimea XXL, cu referire la capacitatea de absorbție și dimensiunea în talie, autoritatea contractantă, invocând dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, supune atenției următoarele aspecte:

- Având în vedere faptul că ofertanta criticată, în cadrul formularului de ofertă tehnică - lot 78 a precizat că produsele scutece pentru adulți pot fi realizate la comandă pentru mărimile S și XXL (pag. 86-dosar achiziție), și, totodată, a prezentat în acest sens și declarația de la producătorul, datată 25.01.2023, în conformitate cu prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări/completări, prin adresa nr. 1657/14.09.2023, iar a răspuns în termen și a prezentat declarația din partea producătorului din 14.09.2023, care demonstrează îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini, inclusiv din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. IN 7668/27.07.2023, respectiv mărimea taliei : 160-210 cm; absorbție : între 3000-3200 ml (pag .129-130);

- Prin răspunsul transmis, ...nu a modificat conținutul propunerii tehnice, ci a oferit completări ale documentelor prezentate. Contrar suspiciunilor contestatoarei, evaluarea tehnică s-a efectuat în baza prevederilor inițiale din caietul de sarcini, precum și a celor stabilite în baza răspunsului consolidat la solicitările de clarificări;

- Prin măsurile de remediere adoptate în urma contestației nr. 1217/30.10.2023, autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa nr. 1907/02.11.2023, și declarația de conformitate a produsului oferat, pentru mărimea XXL, iar ofertanta a prezentat-o.

Referitor la critica privind nesolicitarea din partea autorității contractante de eșantioane în ambalajul original, achizițarea precizează că, în urma contestației nr. 1217/30.10.2023, formulată de SRL, a adoptat măsuri de remediere și a solicitat, prin adresa nr. 1933/07.11.2023, să prezinte mostră pentru produsul oferat în mărimea XXL.

De asemenea, menționează că ofertanta criticată a răspuns solicitării și a trimis mostra pentru produsul oferat, în ambalaj original, pentru mărimea XL, motivând că mostra pusă la dispoziție este conform contractelor sale în desfășurare, iar ulterior semnării contractului, produsul va fi adaptat cu exactitate cerințelor caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă subliniază că a considerat cerința îndeplinită întrucât conform cerinței din fișa de date a achiziției „*Se solicita descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, pentru dovedirea capacității tehnice a ofertantului*”.

Achizițarea apreciază că această solicitare a fost realizată conform legii, în scopul demonstrării capacității tehnice a ofertantei de a executa contractul/acordul-cadru de achiziție publică, și nu în scopul demonstrării conformității propunerii tehnice.

Raportat la critica vizând justificarea de preț pentru mărimea XXL, achizitoarea notează că, pentru lotul contestat, având în vedere că oferta financiară a a fost sub 80 % din valoarea estimată, a solicitat ofertantei, prin adresa nr. 1789/06.10.2023 și, ulterior, în urma măsurilor de remediere, prin adresa nr. 1933/07.11.2023, explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, explicații ce vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a personalului ofertantei, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru (în baza dispozițiilor art. 136 din HG nr. 395/2016).

Analizând documentele primite de la, autoritatea contractantă a considerat că ofertanta a justificat prețul ofertat pentru lotul nr. 78, menționând că valoarea estimată a fost stabilită de instituția sa pentru întreg lotul nr. 78 (toate dimensiunile), iar prețul aparent neobișnuit de scăzut a fost analizat per lot, iar nu pe fiecare dimensiune în parte din cadrul lotului.

Referitor la critica privind obligația autorității contractante de a nu accepta declarația de confidențialitate a, având în vedere lipsa dovezilor, achizitoarea precizează că, în cadrul măsurilor de remediere adoptate, prin adresa nr. 1933/07.11.2023, a solicitat ofertantei clasată pe locul I, să demonstreze caracterul confidențial al ofertei, conform declarației de confidențialitate depusă (*Fisa Tehnica, Propunere tehnica, Grafic Livrare, Rapoarte de testare, Rapoarte evaluare, Mostre/eșantioane, Justificare preț, Eventuale clarificări*), precum și caracterul confidențial al documentelor prezentate, prin marcarea cu ștampila *CONFIDENȚIAL*.

Adaugă că a răspuns în termen în SEAP, răspunsul fiind semnat cu semnătură electronică extinsă, conform solicitării și prin adresa nr. 6637/09.11.2023 și acordul de distribuție, încheiat cu producătorul extern, original și tradus, a demonstrat caracterul confidențial al ofertei.

În final, achizitoarea menționează faptul că reclamanta nu i-a solicitat accesul la studierea dosarului achiziției publice, pentru lotul nr. 78.

Prin *cererea de intervenție voluntară* nr. 6802/04.12.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., ...SRL solicită cele menționate în partea introductivă, aducând argumente în susținerea faptului că, prin criticile aduse ofertei sale în cadrul contestației, reclamanta încearcă să impună propriile sale reguli și concepții despre cum ar trebui o comisie de evaluare să analizeze oferta sa, ce tipuri de acte/documente să prezinte intervenienta, ce ar trebui suplimentar să se solicite (peste

cerințele stabilite prin documentația de atribuire publicată și necontestată de către aceasta, cerințe/specificații și instrucțiuni ramase definitive după publicare).

Raportat la criticile vizând prețurile oferite de societatea sa în procedurile altor două autorități contractante, în speță, ..., respectiv, intervenienta susține că era și normal să prezinte în cazul de față alte prețuri, chiar cu mult mai mici decât în procedurile susmenționate, întrucât cantitățile solicitate prin respectivele documentații de atribuire (cel puțin la prima unitate sanitară) erau extrem de mici în comparație cu cantitățile din prezenta procedură, context în care , în mod *normal și firesc* a stabilit prețul mult mai redus raportat la volumele eventual contractabile.

Prin adresa nr. 1337/06.12.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ... SRL a transmis *răspuns la punctul de vedere* al autorității contractante, prin intermediul căruia solicită respingerea apărărilor autorității contractante și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Reclamanta prezintă o serie de argumente în susținerea faptului că *este imposibil ca un producător să proiecteze, producă și să înregistreze și să introducă pe piața Uniunii Europene un produs nou într-o perioadă de câteva zile, și că „... au fost cel puțin două solicitări din partea autorității contractante care nu au fost îndeplinite de ofertantul desemnat câștigător (prezentarea unei fișe tehnice pentru mărimea XXL și un eșantion în ambalajul original) fiind incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016”.*

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr., ...SRL a transmis dovada comunicării cererii sale de intervenție către SRL.

..... SRL a constituit cautiunea în sumă de lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC Bank – Sucursala, înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea încheierii, pe loturi, a acordului - cadru de furnizare având ca obiect *materiale sanitare divizate pe 90 loturi, lot 78*, cod CPV principal 33140000-3 Consumabile medicale (Rev. 2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. CN1056974/05.07.2023. Valoarea estimată a acordului - cadru este între 12.538.890,40 și 13.174.593 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *prețul cel mai scăzut*.

La procedură, pentru lotul 78, au fost depuse patru oferte, printre care se regăsesc și cele ale SRL și SRL, prima fiind desemnată câștigătoare, iar cea secundă, admisibilă dar necâștigătoare, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 21037/19.10.2023.

Împotriva raportului procedurii nr. 21037/19.10.2023, ... SRL a formulat contestația nr. 1216/30.10.2023, Consiliul luând act de renunțare la contestație având în vedere măsurile de remediere adoptate de autoritate, fiind emisă decizia nr.

Ulterior, urmare a reevaluării ofertei SRL, pentru lotul 78 a fost emis raportul procedurii nr. 22968/13.11.2023, contestat prin prezenta de către SRL.

Față de contestația SRL a depus cerere de intervenție înregistrată sub nr. SRL, acesta din urmă înțelegând să-și apere poziția de ofertant declarat câștigător al lotului 78, solicitând respingerea contestației.

În raport de aceasta, relevante sunt următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016:

- art. 16 alin. (2) În termen de o zi de la primirea contestației, autoritatea contractantă are obligația să o publice în SEAP.

- art. 17 alin. (3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

- art. 17 alin. (4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia din Legea nr. 101/2016.

Potrivit informațiilor regăsite în SEAP, asociate anunțului de participare, se observă că autoritatea contractantă a publicat, în secțiunea dedicată, contestația formulată de SRL, la data de 24.11.2023.

Astfel cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei, cererea de intervenție a fost transmisă către Consiliu și autoritatea contractantă la data de 04.12.2023.

Cât privește transmiterea acesteia către autoarea contestației, aceasta a fost înfăptuită la data de 07.12.2023, în afara termenului de 10 zile instituit de legiuitor.

Pe cale de consecință, nefiind respectate dispozițiile art. 17 alin. (4), anterior citate, se constată tardivitatea introducerii acestei cereri de intervenție, ea urmând a fi respinsă, ca atare.

Trecând la soluționarea contestației, se reține că, printre altele, problema în dezbatere vizează conformitatea tehnică a ofertei

desemnată câștigătoare SRL în privința scutecelor XXL, în raport cu cerințele documentației de atribuire.

Din parcurgerea argumentelor părților litigante și a documentelor suport, organul jurisdicțional stabilește că autoritatea investitoare a impus ofertanților mai multe cerințe, între care și pe aceea din fișa de date a achiziției, de la secțiunea IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice* conform căreia *Formularul de oferta tehnica va fi însoțit obligatoriu de fișele tehnice de la producător.*

Potrivit caietului de sarcini, obiectul lotului 78 este reprezentat de scutec/pampers adult (mărimea S - 2.000 buc, M- 2.000 buc, L - 1.000 buc, XL - 20.000 buc, **XXL- 5.000 buc**), în documentul *propunere tehnica - anexa Caiet de sarcini* regăsindu-se următoarele precizări:

Lotul nr. 78 - Scutece adulți

- Mărimi necesare: S, M, L, XL, **XXL**
- pentru incontinența moderată/severă de urină și fecale, cu putere mare de absorbție- corp format din mai multe straturi absorbante; partea centrală, miezul, să fie cel puțin dubla astfel încât să asigure o senzație de uscat pentru purtător.

De asemenea, la întrebarea unui operator economic de specificare a dimensiunii în talie pentru mărimea XXL și capacitatea de absorbție, autoritatea contractantă a oferit următorul răspuns (a se vedea răspunsul nr. 2 din răspunsul consolidat nr. 147668/27.07.2023): **Mărimea XXL – talie 160-210 cm, absorbție între 3.000-3.200 ml.**

Totodată, prin intermediul răspunsului nr. 3 au fost stabilite cantitățile maxime aferente acordului-cadru pe fiecare mărime solicitată după cum urmează:

- cantitate maximă acord-cadru – 750.000 buc;
- S – 50.000 buc,
- M – 50.000 buc,
- L – 25.000 buc,
- XL – 500.000 buc,
- **XXL – 125.000 buc.**

Este de remarcat că documentația de atribuire astfel cum a fost modificată, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, 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 SRL.

Din parcurgerea propunerii tehnice a SRL, se observă că au fost ofertate pentru lotul 78 *scutece adulți* producător menționându-se că *produsele scutece pentru adulți pot fi realizate la comandă pentru mărimile S și XXL.*

În cadrul aceleiași propuneri tehnice, au fost identificate următoarele înscrisuri:

- Certificat de conformitate nr. IDS.CE.2023.19082/02.02.2023 pentru scutecele small (S), medium (M), large (L), xlarge (XL);
- Declarație de conformitate, datată 02.02.2023, pentru scutec pentru adulți medium, large, xlarge;
- Fișa de specificații scutece pentru adulți mediu, large și xlarge, datată 18.10.2022;
- Declarație a producătorului, datată 25.01.2023, potrivit căreia *produsele scutece pentru adulți **pot fi realizate la comandă pentru mărimile S și XXL.***

Nefiind în posesia unor documente doveditoare, unitatea spitalicească a solicitat, prin adresa nr. 6129/15.09.2023, ...SRL clarificarea dacă produsul oferat prezintă și produsul mărimea XXL.

Prin intermediul răspunsului, a fost prezentată o nouă declarație a producătorului, datată 14.09.2023, prin care acesta declară că *pentru produsul scutec adult, pe lângă mărimile M, L și XL care se regăsesc în catalogul nostru de prezentare, **avem disponibile și următoarele mărimi S și XXL.***

Într-o altă solicitare, prin adresa nr. 1907/02.11.2023, autoritatea contractantă a cerut SRL:

- *declarația de conformitate a produsului oferat, pentru mărimea XXL,;*

- ***f t d la producă pen scu pampers adult mărimea XXL*** (întrucât în formularul de ofertă tehnică ați precizat inclusiv mărimea XXL ***dar f t prezentată în cadrul ofer t fac referir d la mărimi M, S, XL***) din care să reiasă dimensiunea în talie și capacitatea de absorbție pentru mărimea oferată XXL.

Răspunzând, ...SRL a prezentat aceeași declarație a producătorului, datată 14.09.2023, prezentată cu ocazia răspunsului anterior.

A treia solicitare nr. 1933/07.11.2023 a privit, printre altele, prezentarea, pentru lotul nr. 78, la sediul autorității contractante a unui eșantion (mostra a produsului oferat) etichetat/ambalat conform mărcii comerciale menționate în ofertă (.....) pentru mărimea XXL.

La această solicitare, ...SRL a atașat mostre din gamele de produse ... și mostra pachet scutece ambalate și etichetate **mărimea XL.**

Astfel cum rezultă din cele mai sus prezentate, ...SRL nu a fost în măsură să pună la dispoziție fișa tehnică de la producător pentru produsul scutec adult mărimea XXL, în fapt, constatându-se că, la momentul ofertării, produsul cu caracteristicile solicitate nu a fost oferat, producătorul susținând că are disponibilă și această măsură și că poate fi realizată la comandă.

Nu este tăgăduită declarația producătorului ci respectarea documentației de atribuire sub aspectul prezentării obligatorii a fișei

tehnice de la producător. Fișa tehnică prezentată în cadrul ofertei nu oferă descriere asupra produsului mărima XXL.

Este cert că autoritatea a pretins ca produsul scutec mărima XXL să aibă anumite caracteristici (talie 160-210 cm, absorbție între 3.000-3.200 ml) și că propunerea tehnică va cuprinde, în mod obligatoriu, fișa tehnică - în felul acesta demonstrându-se corespondența cu cele pretinse în caietul de sarcini - după cum la fel de cert este și că societatea desemnată câștigătoare nu a reușit să furnizeze autorității informațiile care să ofere certitudinea asupra produsului oferat.

Văzând această deficiență, se confirmă concluzia la care a ajuns societatea contestatoare, anume că oferta SRL este neconformă tehnic.

Extrem de important de observat este și că, deși nu este admisă de lege o asemenea manoperă, aceeași autoritate se dezice de cerințele proprii documentației de atribuire. Ori, este sancționabilă această conduită a autorității contractante de a-și nesocoti propriile reguli, reguli care, dacă nu ar fi fost stabilite în maniera existentă la nivelul documentației, ar fi permis, poate, unui număr mai mare de operatori economici să participe la procedură (astfel în locul fișei tehnice să se fi permis prezentarea unei declarații din partea producătorului că are disponibilă și măsura XXL și că poate fi realizată la comandă).

Câtă vreme autoritatea contractantă a stabilit anumite rigori și care îi satisfac necesitatea, sub niciun motiv nu trebuie să se abată de la acestea, pe parcursul evaluării. Însăși aceasta a constatat că SRL nu a prezentat documente doveditoare pentru produsul scutec XXL.

Prezentarea fișei tehnice de către producător nu a fost opțională ci obligatorie. Declarația producătorului cum că poate fi realizată la comandă și această măsură nu suplinește obligația prezentării fișei tehnice.

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.

71. 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.

În Hotărârea din 5 decembrie 2013, Nordecon și Ramboll Eesti,

C561/12, EU:C:2013:793, punctul 37, Curtea de la Luxemburg a statuat

că, deși autoritatea contractantă dispune de o putere de negociere în cadrul unei proceduri de negociere, este întotdeauna obligată să vegheze

la respectarea cerințelor contractului cărora lea atribuit caracter

■

obligatoriu.

Conform unei jurisprudențe constante a Curții, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care

ea însăși lea stabilit (a se vedea, în special, Hotărârea din 10 octombrie

2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, Hotărârea din 6

noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele

42 și 43, și Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C27/15, EU:C:2016:404,

punctul 39).

Pe cale de consecință, se confirmă concluzia la care a ajuns societatea contestatoare, anume că oferta desemnată câștigătoare este neconformă tehnic, că nu respectă cerințele caietului de sarcini, astfel că analiza celorlalte critici se dovedește a fi de prisos, soarta ofertei nemaiputând fi schimbată.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei SRL s-a realizat cu nesocotirea rigorilor documentației de atribuire și, pe cale de consecință, criticile societății contestatoare sunt fondate. Astfel stând lucrurile, Consiliul va admite contestația SRL, va anula raportul procedurii nr. 22968/13.11.2023, și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, pentru lotul 78 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL, pentru lotul în discuție, și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor arătate în motivare, în termen de cel mult zece de zile de la data primirii prezentei decizii.

Admiterea este, însă, în parte, întrucât capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la verificarea caracterului confidențial al

ofertei SRL, apare ca fiind de prisos, nefiind în măsură să-i procure contestatoarei vreun avantaj în contextul admiterii contestației și dispunerii reevaluării ofertei desemnate câștigătoare dată fiind neconformitatea constatată. Pe cale de consecință, va fi respins, ca rămas, fără obiect.

Și capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a solicita eșantioane în ambalajul original ofertantului clasat pe primul loc, va fi respins, ca rămas fără obiect, având în vedere soluția dispusă de Consiliu în privința ofertei SRL.

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă și anulează raportul procedurii nr. 22968/13.11.2023, și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, pentru lotul 78. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL, pentru lotul în discuție, și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor arătate în motivare, în termen de cel mult zece de zile de la data primirii prezentei decizii.

În baza art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca rămase fără obiect, capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la verificarea caracterului confidențial al ofertei SRL și la a solicita eșantioane în ambalajul original ofertantului clasat pe primul loc.

Respinge, ca tardivă, cererea de intervenție formulată de SRL.

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

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.