CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ....

Prin contestația nr. ...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., înaintată de ... cu sediul social în ..., împotriva raportului procedurii nr. ..., publicat, în SICAP, în data de ... şi a tuturor actelor subsecvente, emise de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui "...", s-au solicitat următoarele:

„I. <u>În principal</u>, să dispuneți anularea Comunicării nr. .../ ..., a Raportului procedurii și tuturor actelor subsecvente acestuia;

II. <u>În subsidiar</u>:

(i) În măsura în care veți aprecia că este legală stabilirea unui alt rezultat al procedurii decât cel comunicat prin adresa nr. ..., anularea Comunicării nr. .../..., a Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor cu respectarea cerințelor din Caietul de sarcini și a principiului tratamentului egal;

(ii) În măsura în care veți aprecia că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicităm accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum și ”să ni se permită ridicarea de copii de pe acestea”.

Prin cererea de intervenție nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul social în ...., s-au solicitat următoarele:

„1. Admiterea în principiu a cererii de intervenție;

2. Respingerea contestației formulate de ..., ca nefondată, cu menținerea rezultatului procedurii astfel cum este consemnat în Raportul procedurii nr. ... și în actele subsecvente emise în aplicarea acestuia;

3. Admiterea pe fond a cererii de intervenție”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 ... critică raportul procedurii nr. ..., publicat, în SICAP, în data de ... și toate actele subsecvente, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui "...”.

În cuprinsul contestației, contestatorul face un scurt istoric al procedurii, arătând următoarele:

- prin adresa nr. ..., a fost informat că oferta sa a fost declarată câștigătoare;

- în data de ..., ... a formulat contestația înregistrată la autoritate sub nr. ... prin care a solicitat anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia, invocând pretinse neconformități ale ofertei ...;

- în data de ..., autoritatea a publicat, în SICAP, Decizia nr. ... din ...prin care a dispus: anularea comunicării nr. 3007/12.02.2019; anularea Raportului procedurii nr. ...; reevaluarea ofertelor depuse după reevaluarea din punct de vedere al conformității cu specificațiile tehnice a ofertelor;

- autoritatea contractantă nu a anulat comunicarea ... acest act administrativ fiind valid la momentul prezentei;

- prin Decizia nr. ..., Consiliul a luat act de renunțarea ... la contestația formulată;

- ca urmare a consultării dosarului achiziției, a remarcat ”o multitudine de nereguli/neconformități” ale ofertei depuse de ..., pe care le-a evidențiat în adresa nr. ...;

- deși a identificat ”o varietate de produse neconforme” ofertate de ... pe care le-a adus la cunoștința autorității, în data de ... a fost publicat, în SICAP, Raportul procedurii din care a aflat că oferta sa ar fi fost declarată neconformă; în aceeași dată, autoritatea contractantă i-a transmis, prin email, comunicarea nr. .../... prin care i-a adus la cunoștință că oferta sa ar fi fost respinsă ca neconformă și că oferta ... a fost declarată câștigătoare a procedurii;

- până la data prezentei nu i-a fost comunicat niciun act al autorității contractante prin aceasta să-i aducă la cunoștință anularea comunicării ...;

- prin urmare, consideră că, pe de o parte, la data prezentă, este validă o singură comunicare din partea autorității contractante - neanulată de aceasta și ieșită din termenul de contestare - prin care ... a fost declarată câștigătoare a procedurii, iar, pe de altă parte, a fost emisă o nouă comunicare din care ar rezulta că oferta sa ar fi fost respinsă iar oferta ... ar fi fost declarată câștigătoare.

În ceea ce privește nelegalitatea raportului procedurii, ... învederează că în acesta se consemnează un rezultat contrar celui ce i-a fost transmis prin comunicarea inițială - act administrativ care a intrat în circuitul civil și și-a produs efectele. Deși prin contestația sa, ... a solicitat autorității contractante "anularea raportului procedurii de achiziție publică și a actelor subsecvente emise în aplicarea acestuia", ... a dispus ca măsură de remediere, pe lângă anularea raportului inițial al procedurii, doar anularea comunicării ..., nu și a comunicării .... Prin urmare, contestatorul apreciază că nu au fost dispuse măsuri de remediere cu privire la rezultatul declarării ofertei sale drept ofertă câștigătoare a procedurii.

Întrucât ... și-a retras contestația formulată împotriva actelor subsecvente raportului inițial al procedurii, autorul contestației apreciază că, comunicarea ... s-a consolidat prin neatacarea în cadrul termenului legal de contestare.

De asemenea, contestatorul precizează că din cuprinsul comunicării nr. .../... și a Raportului procedurii nu reiese motivarea deciziei autorității, conform art. 215 alin. (1) lit. b), de a respinge oferta sa, ceea ce atrage nulitatea acesteia.

În susținerea afirmației sale, contestatorul invocă jurisprudența Consiliului și a CJUE și învederează că, comunicarea nr. .../..., conține doar o copiere a rubricilor corespondente din Raportul procedurii și face referire la o anexă nr. 9 care nu i-a fost transmisă și în care par să fie detaliate pretinsele motive de neconformitate.

Totodată, ... apreciază decizia de respingere a ofertei sale ca fiind neîntemeiată și nelegală deoarece nu i-au fost comunicate motivele concrete de respingere a acesteia, motiv pentru care se află în imposibilitate obiectivă de a formula apărări în acest sens.

Faţă de posibilele motive pe care le-a putea extrage din Raportul procedurii, contestatorul subliniază doar că aceste motive se raportează la necunoașterea de către autoritatea contractantă a pieței produselor de acest gen și realizarea unei evaluări pur formale, fără solicitarea niciunei clarificări ce ar fi putut lămuri specificațiile produselor ofertate sau condițiile de distribuire a acestora pe teritoriul României (de către toți ofertanții din procedură).

Împrejurarea că o mică parte din produsele ofertate au marcajul "research use only", ... afirmă că acesta se datorează faptului că respectivii anticorpi sunt foarte rar utilizați, intrând în categoria anticorpilor "exotici". Inclusiv ofertantul ... a inclus în oferta sa produse care pot fi folosite doar în scop de cercetare, fiind evident că nu toate produsele solicitate de autoritatea contractantă pot fi furnizate pe teritoriul României cu certificarea IVD.

Totodată, în ceea ce privește referința la alte clone decât cele indicate de autoritatea contractantă (i.e. ALK 1, ALIC), autorul contestației subliniază că, prin documentația de atribuire nu s-a impus includerea în ofertă a unei anumite clone pentru anticorpii solicitați, ofertanții fiind liberi să propună o soluție conform specificațiilor produselor ofertate. Mai mult, prin răspunsurile de clarificare publicate de autoritatea contractantă, aceasta a reafirmat faptul că ofertanții sunt

liberi să oferteze "oricare dintre clone, cu încadrare în valoarea estimată" (Răspunsul la întrebarea nr. 5 din adresa nr. ...).

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că, în măsura în care s-ar aprecia că este legală decizia de respingere ca neconformă a ofertei sale, principiul tratamentului egal impune aceeași decizie și în cazul ofertei ....

Pentru eliminarea oricărui dubiu cu privire la interesul ... de a solicita respingerea ofertei ..., chiar în situația în care s-ar menține decizia de respingere a ofertei sale, contestatorul precizează că instanța supremă europeană a recunoscut interesul oricărui ofertant care contestă rezultatul procedurii de a obține excluderea ofertantului câștigător, chiar dacă s-ar menține decizia de respingere a ofertei contestatorului, deoarece excluderea ofertantului câștigător ar putea conduce la anularea procedurii de atribuire, iar ofertantul contestator respins ar putea participa la noua procedură de atribuire a respectivului contract. În susținerea afirmației sale, invocă jurisprudența Curții Europene de Justiție.

De asemenea, ... susține că ... nu are dreptul să comercializeze o parte din produsele pe care le ofertează, mai ales că acestea nu îndeplinesc cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

În acest sens, precizează că, în urma studierii dosarului achiziției, la autoritatea contractantă (ca urmare a cererii din ...), a constatat că ofertantul ... a declarat că produsele ofertate dețin marcajul IVD și a depus în acest sens documentații tehnice care, în aparență, susțin declarațiile.

Totodată, subliniază că deși a arătat și autorității contractante că anumite produse ofertate de ... fie nu sunt disponibile/înregistrate în Romania, fie se află în stadii de reglementare incipiente, nefiind posibilă astfel deținerea marcajului IVD, fie pot fi folosite doar în scop de cercetare (deci nu pot avea marcaj IVD), aceasta nu a adresat nicio solicitare de clarificare acestui ofertant, limitându-se la a accepta documentele depuse.

Față de acest aspect, contestatorul solicită Consiliului să rețină că: Anticorpii primari descriși la pozițiile 106-115, 136, 137, 143, 144, 149, 150, 154, 160, 164, 181, 194, 221, 224, 228, 236 apar pe catalogul electronic ca fiind neaccesibili și neînregistrați în .... La poziția 133, anticorpul primar apare cu un alt statut de reglementare: 510 (k) şi nu IVD aşa cum este cerut și totuși apare în documentația depusă.

Prin urmare, învederează că declarațiile din oferta ..., distribuitor al produselor ..., sunt contrazise de declarațiile de pe site-ul oficial al producătorului ... - respectiv singurele declaraţii faţă de care poate fi evaluată oferta ... (fiind evident că declarațiile unui distribuitor local nu pot contrazice/obliga producătorul). Deși ... a depus în oferta sa broșuri de produs care, în aparență, îndeplinesc cerințele caietului de sarcini, în realitate acesta a omis să declare că aceste produse nu sunt disponibile spre comercializare în ..., astfel încât nu pot fi nici ofertate, nici furnizate.

Având în vedere cele mai sus expuse, ... apreciază că se impune obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... prin solicitarea ca acest ofertant să prezinte documente relevante emise de producătorul

produselor ofertate din care să rezulte că aceste produse sunt disponibile în Romania, în varianta care îndeplinește specificațiile prevăzute de caietul de sarcini al procedurii.

Ca temei de drept, se invocă prevederile art. 8, art. 19, art. 22 și art. 26 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate textele legale invocate în cuprinsul prezentei.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul său de vedere nr. ...., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestaţiei depusă de ..., în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, având în vedere următoarele:

”1) Autoritatea contractantă menţine decizia cu privire la stabilirea rezultatului comunicat prin adresa nr. .../..., precum și a Raportului procedurii nr. ... și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

Prin anularea Raportului procedurii de achiziţie publică și a actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă, au fost anulate toate documentele subsecvente acestuia, inclusiv Comunicarea nr. ..., transmisă ..., comunicare la care face referire contestatoarea.

2) Menţionăm faptul că din Raportul procedurii nr. 5522/ 12.03.2019, cât și din comunicarea nr. .../... reiese clar și punctual, pentru fiecare reactiv declarat neconform, cerinţele neîndeplinite și motivele care au dus la declararea neconformității.

3) În urma evaluării ofertelor din punct de vedere tehnic:

(I) Anticorpii primari descriși la poziţiile 106-115, 136, 137, 143, 144, 149, 150, 154, 160, 164, 181, 194, 221, 224, 228, 236 apar pe catalogul electronic fiind neaccesibili și neînregistrați în Romania.

Răspuns:

- Pentru poziţia 106- FITC Albumin Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini.

- Pentru poziţia 107 - FITC Clq Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini.

- Pentru poziţia 108 - FITC C3 Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini.

- Pentru poziţia 109 - FITC C4 Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini.

- Pentru poziţia 110 - FITC Fibrinogen Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini.

- Pentru poziţia - 111 FITC IgA Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina l/4reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

- Pentru poziţia - 112 FITC IgG Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

- *Pentru poziţia - 113 FITC IgM Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 114 FITC Kappa Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 115 FITC Lambda Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 116 FOXA1 (2F83) Mouse Monoclonal Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 136 Herpes Simplex Virus 1 (10A3), ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1 reiese că este certificat IVD și la pagina 5 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*

Pentru poziţia - 137 Herpes Simplex Virus II, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1 reiese că este certificat IVD și este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

- *Pentru poziţia - 143 IGF-1R, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/3 reiese că este certificat IVD și la pagina 3/3 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 144 IgG (polyclonal), ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A- semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/5 reiese că este certificat IVD și la pagina 5/5 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 149 Insulin (polyclonal), ... depune in fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A- semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/5 reiese că este certificat IVD și la pagina 5/5 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 150 Kappa Rabbit Polyclonal Primary Antibody, ... depune în fişierul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/5 reiese că este certificat IVD și la pagina 5/5 este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 160 MART-1/melan A (A103), ... depune în fişierul 4_Prospecte_151_200_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/2 reiese că este certificat IVD și la pagina 2/2 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 164 Melanosome (HMB45), ... depune în fişierul 4_Prospecte_151_200_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/3 reiese că este certificat IVD și la pagina 3/3 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 181 NSE, ... depune în fişierul 4_Prospecte_151_200_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/6 reiese că este certificat IVD și la pagina 6/6 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 194 PAX5 (SP34), ... depune în fişierul 4_Prospecte_151_200_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/2 reiese că este certificat IVD și la pagina 2/2 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini*
- *Pentru poziţia - 221 Thymidine Phosphorylase, ... depune în fişierul 5_Prospecte_201_250_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care*

la pagina 1/3 reiese că este certificat IVD și la pagina 3/3 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

- Pentru poziţia - 224 Topoisomerase IIð, ... depune în fişierul 5_Prospecte_201_250_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/2 reiese că este certificat IVD și la pagina 2/2 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

- Pentru poziţia - 228 Tyrosinase, ... depune în fişierul 5_Prospecte_201_250_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/2 reiese că este certificat IVD și la pagina 2/2 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

- Pentru poziţia - 236 Vimentin, ... depune în fişierul 5_Prospecte_201_250_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/5 reiese că este certificat IVD și la pagina 5/5 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

(II) La poziţia 133, anticorpul primar apare cu un alt statut de reglementare: 510 (K) și nu IVD, așa cum este cerut și totuşi apare în documentaţia depusă

Răspuns:

Pentru poziţia 133 - Helicobacter pylori, ofertantul depune în documentul 3_Prospecte_101_150_Lista A-semnat.pdf, prospect din care la pagina 1/4 reiese că este certificat IVD și la pagina 4/4 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

(III) Poziţia 197, anticorpul Perforin, apare în catalogul electronic ca fiind ASR, analyte specific reagent

Răspuns:

Pentru poziţia 197 - Perforin, ofertantul depune în documentul 3_Prospecte_101_150_Lista A- semnat.pdf, prospect din care la pagina 1/5 reiese că este certificat IVD și la pagina 5/5 că este marcat CE. - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

(IV) Poziţia 204, anticorpul PSA apare în catalogul electronic ca fiind RUO, research use only

Răspuns:

Pentru poziţia 204 - PSA, ofertantul depune în fişierul 5_Prospecte_201_250_Lista A-semnat.pdf, prospect pentru produsul solicitat, din care la pagina 1/3 reiese că este certificat IVD și la pagina 3/3 că este marcat CE. Produsul nu este Mouse Monoclonal Antibady, cum precizează semnatarul contestației, ci Rabbit Polyclonal cod 05266939001 - Respectă cerinţele din Caietul de Sarcini

Pentru evitarea oricărui dubiu, deşi ... a depus în oferta sa broşuri de produs care, în aparenţă, îndeplinesc cerinţele caietului de sarcini, în realitate acesta a omis să declare că aceste produse NU SUNT DISPONIBLE SPRE COMERCIALIZARE ÎN ..., astfel încât nu pot fi nici ofertate, nici furnizate.

Răspuns:

Menţionăm că au fost evaluate, din punct de vedere tehnic, și asumate de către acesta documentele oficiale depuse de ofertant în cadrul ofertei tehnice. Autoritatea contractantă nu poate stabili dacă informaţiile existente pe site-ul ... ROMANIA sunt updatate și sincronizate cu disponibilitatea acestora în piaţă.

4) Autoritatea contractantă nu anulează adresele de comunicare a rezultatului procedurii, nu anulează raportul procedurii și documentele subsecvente acestuia.

În concluzie, autoritatea contractantă NU adoptă măsuri de remediere, având in vedere prevederile art. 18 alin. 1 din Legea 101/2016.".

Prin cererea de intervenție nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de SC ... ... SRL, s-au solicitat următoarele:

„1. Admiterea în principiu a cererii de intervenție;

2. Respingerea contestației formulate de ..., ca nefondată, cu menținerea rezultatului procedurii astfel cum este consemnat în Raportul procedurii nr. ... și în actele subsecvente emise în aplicarea acestuia;

3. Admiterea pe fond a cererii de intervenție".

În preambul, intervenienta își justifică interesul său prin calitatea de ofertant declarat câștigător al procedurii şi prin raportare la respectarea dreptului la apărare și la un proces echitabil al SC ... ... SRL, prin posibilitatea formulării unor apărări corespunzătoare care să dovedească lipsa de temeinicie a criticilor contestatorului cu privire la oferta sa.

În ceea ce privește fondul cauzei, intervenienta arată că:

”a) Ca aspect preliminar înţelegem să achiesăm la apărările formulate de către autoritatea contractantă în cadrul Punctului de vedere depus în cadrul dosarului, apărări pe care înţelegem să ni le însuşim ca atare. Cererea noastră nu va relua argumentaţia cu privire la anularea implicită a Comunicării nr. ... [aplicare a principiului accesorium sequitur principale) şi nici cu privire la presupusa nelegalitate sau netemeinicie a Raportului .... în ceea ce priveşte motivaţia care a stat la baza declarării ca şi neconforme a ofertei S.C. ...S.R.L. ... Romania a înţeles să aducă la cunoştinţa autorităţii contractante punctul său de vedere cu privire la motivele prin care oferta S.C. ...S.R.L. nu respectă cerinţele impuse prin documentaţia de atribuire în cadrul contestaţiei care a format obiectul Dosarului nr. ... aflat pe rolul Completului .... al CNSC, punct de vedere pe care înţelegem să ni-l menţinem şi să îl invocăm în cadrul prezentului dosar

b) Faţă de afirmaţia Contestatarei emisă la pct. 9 din contestaţie şi reluată la pct. 26, 27 şi 2.4. în sensul că oferta subscrisei ar fi neconformă pe considerentul că ar include anticorpi cu marcaj <u>research use only</u> vă rugăm să aveţi în vedere că Contestatara este în eroare cu privire la acest aspect. Toţi anticorpii ofertaţi de către ... ... în cadrul procedurii au certificare IVD conform cerinţei din documentaţia de atribuire, acest fapt fiind consemnat în prospectele de produs depuse în oferta noastră şi validate de Autoritatea Contractantă prin analiza sa. Suplimentar, depunem <u>Declaraţiile de Conformitate CE emise de producător</u> pentru toate produsele ofertate, documente care certifică, în mod suplimentar, că este vorba de produse IVD (şi nu research use only) şi se constituie în Anexa nr. 2 la prezenta cerere de intevenţie.

c) Am constatat, cu îngrijorare, că Contestatara încearcă să acrediteze ideea că oferta ... ...este viciată ca urmare a faptului că nu am fi autorizaţi (!?) să comercializăm anumite produse şi că am omis să prezentăm acest fapt în faţa autorităţii contractante. Pe lângă faptul că această idee este cu desăvârşire falsă se încearcă crearea unei percepţii în sensul că am acţionat cu rea-credinţă (ne referim la exprimarea de la pct 24 din contestaţie].

În primul rând argumentaţia contestatarei cu privire la acest aspect este în totală contradicţie cu legislaţia europeană care consacră principiul liberei circulaţii al dispozitivelor medicale în vitro, principiu incompatibil cu presupusele restricţii invocate de ...S.R.L. care conduc la imposibilitatea comercializării pe teritoriul României a unor produse care au certificare CE. A se vedea documentele depuse în cadrul Anexei nr. 2 menţionate mai sus). Astfel art. 4 din Directiva Parlamentului European şi a Consiliului 98/79/CE prevede [textul fiind preluat şi în cuprinsul noului Regulament (UE) 2017/746 care va abroga etapizat directiva menţionată]: "Statele membre nu ridică nici un obstacol în calea plasării pe piaţă sau dării în folosinţă pe teritoriul lor a dispozitivelor care poartă marcajul CE prevăzut la articolul 16, dacă aceste dispozitive au fost supuse evaluării conformităţii potrivit articolului 9. [...]".

Contestatara îşi bazează afirmaţiile pe informaţii intepretabile obţinute din mediul on-line. Pentru a risipi orice îndoială cu privire la acest aspect anexăm prezentei un document confirmativ (semnat şi notarizat) emis de producătorul Ventana Medical Systems menţionat de Contestatară. Acest document certifică dreptul ... Romania de a distribui şi oferta în cadrul licitaţiilor publice toate produsele Ventana, constituindu-se în Anexa nr. 1.

În drept, ne întemeiem cererea de intervenţie pe dispoziţiile Legii nr. 101/2016, Codului de Procedură Civilă şi ale reglementărilor europene evocate mai sus.

În sprijinul cererii de intervenţie înţelegem să ne folosim ca mijloace de probă de actele din cadrul dosarului de achiziţie publică, de documentaţia aferentă Dosarului CNSC nr. 276/2019 precum şi de următoarele înscrisuri anexate prezente cereri:

- *Anexa nr. 1 - Document confirmativ emis în data de 02.04.2019 de către producătorul Ventana Medical Systems.*
- *Anexa nr. 2 - Declaraţii de Conformitate CE pentru produsele ofertate în cadrul procedurii.*

Faţă de cele evocate mai sus vă solicităm să admiteţi cererea noastră de intervenţie astfel cum a fost formulată.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii unui "...". În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. .... Valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare este de .... lei, fără TVA, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut".

Nemulțumit fiind de rezultatul procedurii, ... (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând următoarele:

„I. <u>În principal</u>, să dispuneți anularea Comunicării nr. .../..., a Raportului procedurii și tuturor actelor subsecvente acestuia;

II. <u>În subsidiar:</u>

(i) În măsura în care veți aprecia că este legală stabilirea unui alt rezultat al procedurii decât cel comunicat prin adresa nr. ..., anularea Comunicării nr. .../..., a Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor cu respectarea cerințelor din Caietul de sarcini și a principiului tratamentului egal;

(ii) În măsura în care veți aprecia că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicităm accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum și să ni se permită ridicarea de copii de pe acestea".

Consiliul reține faptul că, în prezenta procedură, SC ... ... SRL a înaintat contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .... împotriva raportului procedurii şi a actelor subsecvente, emise de ..., contestație la care SC ... ... SRL, a renunțat, ca urmare a măsurilor de remediere publicate de autoritatea contractantă, în SICAP, în data de ..., astfel încât prin Decizia CNSC nr. ..., Consiliul *a luat act de renunțarea la contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ....*

De asemenea, Consiliul reține că ... a formulat o cerere de intervenție voluntară, în contradictoriu cu ..., demers ce a fost încunoștințat părților de către intervenientă.

Consiliul consideră cererea de intervenție admisibilă în principiu, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, urmând a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, conform cu dispozițiile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă.

Consiliul reține că părțile sunt în dispută cu privire atât la decizia autorității contractante de a respinge oferta ..., ca neconformă, cât și la decizia de a declara câștigătoare oferta depusă de ..., deși , susține contestatorul, ”o parte” din produsele ofertate de acesta ”nu îndeplinesc cerințele prevăzute în caietul de sarcini”.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestator, este de remarcat că documentația de atribuire, la care se adaugă clarificările postate în SICAP, 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 .... 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.

Astfel, referitor la susținerile ... vizând pretinsa nelegalitate a respingerii ofertei sale, Consiliul reține că acesta consideră, în mod incorect, că adresa de comunicare a rezultatului procedurii având nr. ... nu a fost anulată, odată cu anularea raportului procedurii nr. ...., în condițiile în care în SICAP a fost publicată doar adresa nr. ... din ...., care nu conținea referiri la adresa nr. .... Consiliul reține că, printre documentele ce fac parte din dosarul achiziției publice, puse la dispoziția sa de către autoritatea contractantă ulterior datei de ..., se regăsește și documentul intitulat *Proces-verbal adoptare măsuri de remediere nr. ...*, în cuprinsul căruia se menționează, printre altele, și faptul că autoritatea contractantă, adoptă *următoarele măsuri de remediere:*

1. Anularea comunicărilor cu privire la rezultatul procedurii nr. ... și nr. ...

2. Anularea Raportului procedurii nr. ...

3. Anularea Procesului verbal al ședinței de evaluare a documentelor suport/dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAE întocmit după răspunsurile la solicitările de clarificări nr. ....

(...)

7. Anularea Procesului verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. .....

Autoritatea contractantă va trece la reevaluarea subsecventă a ofertelor depuse după reevaluarea din punct de vedere al conformității cu specificațiile tehnice a ofertelor.

Astfel, apare ca fiind evident faptul că, deși în adresa publicată în SICAP nu se face referire la anularea adresei nr. ..., prin anularea Raportului procedurii nr. ..., document care cuprinde toate deciziile comisiei de evaluare aprobate de conducătorul autorității contractante, în fapt, se anulează toate aceste decizii, inclusiv cea de declarare câștigătoare a ofertei depuse de ..., precum și adresele prin care aceste decizii au fost comunicate ofertanților.

În ce privește susținerea contestatorului referitoare la *lipsa motivării deciziei de respingere a ofertei* sale, Consiliul constată netemeinicia acesteia.

Din conținutul adresei de *comunicare rezultat procedură* având nr. .../..., rezultă că oferta depusă de ... a fost respinsă, ca neconformă, deoarece *propunerea tehnică NU este conformă cu solicitările din Caietul de sarcini:*

(...)

Caveolin-1/A-Anticorpi anti–human

Documentele atașate NU susțin aceste cerințe

Nu se respectă cerința din caietul de sarcini de la secțiunea IX "Descrierea și identificarea produselor" alin. 1 "Toți anticorpii din lista de mai jos (A) trebuie să fie optimizați pentru diagnostic in vitro (IVD), anti-human fiind livrați în recipient special adaptate automatelor". Anticorpul ofertat este produs de ..... și este livrat în forma concentrate. Conform prospectului, produsul este "reseach use only". Nu are certificare IVD – Anexa 9

Cerință neîndeplinită

(...)

În continuare, în cuprinsul adresei menționate, se enumeră 16 produse care au aceeași specificație respectiv, *recomandat numai pentru cercetare – "research use only",* deci nu au certificare IVD - *diagnostic in vitro,* așa cum s-a solicitat în cuprinsul caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire, publicat în SICAP.

În acest sens, susținerea contestatoarei:

Împrejurarea că o mică parte din produsele ofertate au marcajul "research use only" se datorează faptului că respectivii anticorpi sunt foarte rar utilizați, (...), fiind evident <u>că nu toate produsele solicitate de autoritatea contractantă pot fi furnizate pe teritoriul României cu certificarea IVD,</u> nu poate fi considerată relevantă, pentru demonstrarea conformității ofertei sale, deoarece cerința din caietul de sarcini, în discuție, *[Toți anticorpii din lista de mai jos (A) trebuie să fie optimizați pentru diagnostic in vitro (IVD)],* nu a făcut obiectul niciunei solicitări de clarificări, sau contestării în termenul legal impus, astfel încât aceasta a devenit obligatorie, atât pentru ofertanți cât și pentru autoritatea contractantă.

După cum s-a arătat mai sus, art. 75 din Legea nr. 98/2016 dispune că *ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire*. Raportat la propunerea tehnică a ..., ea nu respectă cerința din caietul de sarcini *de la secțiunea IX "Descrierea și identificarea produselor" alin. 1 Toți anticorpii din lista de mai jos (A) <u>trebuie să fie optimizați pentru diagnostic in vitro (IVD),</u>*

astfel cum s-a reținut în paginile anterioare. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Prin urmare, ... a încălcat atât documentația de atribuire (pct. IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției şi pct. IX. *Descrierea și identificarea produselor* din caietul de sarcini), cât şi normele legale precitate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele amintite (*oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*) şi cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile şi ofertele neconforme*), decizia de respingere a ofertei depuse de ..., pentru motivele analizate este singura legală. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă ... care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Chiar şi în situația în care autoritatea i-ar fi cerut explicații punctuale despre modul de îndeplinire a cerinței în discuție, de către produsele anterior menționate, contestatorul nu putea profita de interpelarea transmisă de autoritate pentru a încerca să îşi 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 legea achizițiilor publice, cât şi de prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ ("*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 Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Concluziile de mai sus sunt valabile și față de celelalte motive de neconformitate a altor produse ofertate de ..., mai cu seamă că afirmația acestuia: *că nu toate produsele solicitate de autoritatea contractantă pot fi furnizate pe teritoriul României cu certificarea IVD,* nu este argumentată și probată în niciun fel. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) şi art. 249 C. proc. civ., care impun părților să argumenteze și să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, ... nu reușește să probeze că, produsele ofertate îndeplinesc cerința în discuție.

În condițiile date, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de contestator, cu privire la propria ofertă, este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei sale, în sensul transformării ei în una conformă și, deci, admisibilă.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta ..., neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul comunicat ofertantei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei acesteia.

De asemenea, nu se impune nici anularea procedurii de atribuire, deoarece, în cauză nu se identifică motive de fapt şi de drept, astfel încât să fie necesară pronunțarea unei astfel de decizii.

În ce privește criticile ... vizând aparenta neconformitate a ofertei depuse de SC ... ... SRL, Consiliul constată că sunt neîntemeiate.

În susținerea criticilor referitoare la faptul că ”... nu are dreptul să comercializeze o parte din produsele pe care le ofertează”, ... menționează că ”în unele broșuri de produs se specifică în mod expres că respectivele produse ar putea să nu fie disponibile în anumite țări”, anexând pentru exemplificare 2 prospecte pentru produsele .... în cuprinsul cărora însă nu există nicio mențiune referitoare la faptul că acestea nu pot fi comercializate în ... de către SC ... ... SRL.

Mai mult, la dosarul cauzei intervenienta SC ... ... SRL a depus și adresa de *confirmare a relației*, emisă de ..... (membru al grupului de firme ...), la data de ..., în care se confirmă faptul că, *... ... ... este autorizată din .... să distribuie și să ofere în toate licitațiile publice toate produsele ...., fără niciun fel de restricție, pe teritoriul României*.

Referitor la susținerile ... că *printr-o simplă căutare pe catalogul electronic ..., (...) anumite produse ofertate de ... (...) ii) fie se află în stadii de reglementare incipiente, nefiind posibilă astfel deținerea marcajului IVD, fie iii) pot fi folosite doar în scop de cercetare (deci nu pot avea marcaj IVD),* Consiliul constată că niciuna dintre acestea nu este argumentată și probată în niciun fel. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) şi art. 249 C. proc. civ., care impun părților să argumenteze și să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, ... nu reușește să probeze că, produsele ofertate de SC ... ... SRL nu îndeplinesc cerința în discuție. Cu atât mai mult cu cât la dosarul cauzei intervenienta a prezentat Declarații de conformitate CE emise de producător (.....

În acest context, Consiliul determină că în mod legal ... a declarat conformă și câștigătoare oferta SC ... ... SRL.

Astfel, în raport cu criticile și apărările formulate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația ... ca nefondată.

Având în vedere măsurile dispuse, Consiliul va admite cererea de intervenție aparținând SC ... ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție, formulată de SC ... ... SRL.

Respinge contestația ..., ca nefondată.

Admite, pe fond, cererea de intervenție aparținând SC ... ... SRL.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.