



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 921/21.09.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40458/21.09.2020, formulată de SC SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva raportului procedurii nr. 12838/11.09.2020 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 12933/6/14.09.2020, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare de echipamente și materiale de protecție pentru personalul și beneficiarii serviciilor publice de asistență socială aparținând Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului din ... pentru gestionarea crizei sanitare COVID-19” pentru lotul nr. 8 „Lampă bactericidă = 146 buc.”, s-a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii nr. 12838/11.09.2020 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 12933/6/14.09.2020, în ceea ce privește lotul nr. 8.

Cu adresa fără număr de înregistrare la emitent, datată 01.10.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 42781/02.10.2020, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ... - administrator, a depus cerere de intervenție voluntară în calitate de terț susținător al societății contestatoare, prin care solicită admiterea contestației formulată de SC ... SRL, în calitate de ofertant, deoarece din documentele prezentate aceste produse nu se află în nelegalitate, aceste avize nefiind necesare în vederea comercializării acestora.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

**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 formulată de către SC ... SRL, prin care solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună admiterea contestației și, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii nr. 12838/11.09.2020 și a comunicării rezultatul procedurii nr. 12933/6/14.09.2020, în ceea ce privește lotul 8.

Preliminar, contestatoarea arată că a participat la procedura susmenționată cu produsele Lampă bactericidă = 146 buc., producătorul acestora fiind SC ... SRL, iar oferta sa fiind declarată admisibilă atât la faza de calificare, cât și după evaluarea tehnică.

SC ... SRL aduce la cunoștința Consiliului că a inițiat activitatea de distribuție dispozitive medicale în anul 2019, astfel că nu ar fi îndeplinit singur cerința autorității contractante la nivelul cifrei de afaceri și a experienței similare, astfel că a beneficiat de susținerea terțului SC ... SRL, drept prevăzut de art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2933/6/14.09.2020, autoritatea contractantă a informat-o că oferta pe care a depus-o a fost declarată neadecvată, în conformitate cu art. 215 alin. (5¹).

În acest context, petenta consideră că respingerea ofertei sale este nelegală, raportat la prevederile articolului de lege susmenționat, susținând că aceasta îndeplinește în totalitate cerințele din documentația de atribuire.

De asemenea, contestatoarea precizează că:

- nu este nelegală invocarea susținerii capacității economice și financiare a unui operator economic, chiar dacă susținerea vine din partea producătorului;
- a răspuns cu celeritate tuturor solicitărilor autorității contractante, pentru a clarifica unele părți ale ofertei depuse;
- autoritatea nu a solicitat, conform documentației de atribuire, niciun nivel al lichidității curente, ci doar prezentarea de documente;
- atât în cazul ofertantului, cât și a terțului susținător, lichiditatea curentă este pozitivă;
- autoritatea contractantă a omis să ia în calcul lichiditatea de care dispune ofertantul, ci doar a terțului susținător.

Astfel, contestatoarea face precizarea că la nivelul documentației nu s-a solicitat ca Lampa germicidă să fie dispozitiv medical, însă acest produs a fost fabricat în conformitate cu ISO 13485:2016, iar producătorul declară că îndeplinește toate cerințele specifice unui dispozitiv medical în conformitate cu directiva 93/42/EEC, chiar dacă în conformitate cu HG nr. 54/2009, ANDNM declară că nu se regăsește pe anexa 2. În consecință,

raportat la răspunsul ANDNM referitor la acest aspect, SC ... SRL nu poate figura în baza națională de date ca producător de lămpi germicide.

În opinia contestatoarei, atât producătorul cât și ofertantul au demonstrat că au capacitatea tehnică de a realiza produsele oferite, însă, cu toate acestea, autoritatea contractantă a respins în mod nelegal această ofertă, cu intenția de a organiza o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, așa cum a procedat și la celelalte produse din procedură.

În acest sens, contestatoarea solicită Consiliului să ceară autorității contractante informații referitoare la acest aspect, întrucât în cadrul negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare autoritatea contractantă nu mai manifestă aceeași meticulozitate, nesolicitând nimic referitor la capacitatea de a îndeplini cerințele (financiar și tehnic).

Cu adresa nr. 13645/28.09.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 41972/29.09.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, în care solicită respingerea contestației depusă de SC ... SRL.

În legătură cu motivarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă consideră că decizia de respingere a fost motivată corespunzător, în baza prevederilor legale. Astfel, autoritatea susține că, în acord cu dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016, ofertantului i-au fost comunicate motivele de respingere prin adresa nr. 12933/6/14.09.2020, iar raportul procedurii nr. 12838/11.09.2020 a fost postat în SEAP în secțiunea publică, fiind vizibil tuturor ofertanților participanți la procedură.

Aceasta aduce la cunoștința Consiliului că motivele de respingere a ofertei depusă de ofertantul contestator pentru lotul 8 au fost:

- ofertarea unui produs neavizat de ANMDM - Ministerul Sănătății, ca dispozitiv medical de protecție împotriva bacteriilor/germenilor/virusilor;
- furnizorul lămpilor, care în procedura de față are și calitatea de terț susținător al ofertantului contestator, nu a putut dovedi calitatea de producător al lămpilor, având în vedere că și-a declarat această calitate;
- conform raportului REVISAL transmis, SC ... SRL nu are angajați direct productivi;

- prin răspunsul la clarificarea solicitată în 04.09.2020, SC ... SRL a declarat că, de fapt, o altă firmă produce acele lămpi, dar cu utilajele proprii puse acesteia la dispoziție. Comisia de evaluare a considerat că aceasta este o activitate de închiriere utilaje, iar nu de producție.

- Conform avizului de funcționare nr. 5907/04.02.2019, SC ... SRL nu este autorizat să producă, ci să importe și să comercializeze lămpi cu ultraviolete de la alți producători autorizați menționați în lista atașată avizului respectiv.

- Conform răspunsului/adresei nr. DM 3600/26.07.2018, emisă de Ministerul Sănătății prin ANMDM, lămpile germicide LG2x56, LG3x56, LG3x18, solicitate de SC ... SRL pentru a fi avizate, nu au primit aviz pentru a fi comercializate ca dispozitive medicale, stabilindu-se interdicția de a fi comercializate fără un Certificat de înregistrare a dispozitivelor medicale emis de ANMDM, fiind interzisă aplicarea marcatului CE în baza HG nr. 54/2009 și menționarea în declarația de conformitate a referințelor privind legislația dispozitivelor medicale.

- În declarația de conformitate prezentată de SC ... SRL, contrar dispozițiilor ANMDM, lămpile respective sunt declarate ca fiind dispozitive medicale, clasa I conform Anexei IX a Directivei Europene 93/42/CEE, în condițiile în care operatorul economic nu deține nicio autorizație/avizare în acest sens, ba mai mult, are interzis de la ANMDM să aplice marcajul CE sau să menționeze că produsul este dispozitiv medical.

- În urma verificării calității de producător al terțului susținător în baza națională de date cu dispozitive medicale, pe site-ul ANMDM (<https://www.anm.ro/dispozitive-medice/baza-nationala-de-date-cu-dispozitive-medice/>), s-a constatat că SC ... SRL nu este producător de lămpi bactericide, ci doar pentru lampa frontală cu acumulator și sursa de lumină portabilă.

Concluzionând, autoritatea contractantă subliniază următoarele:

- comisia de evaluare a constatat introducerea pe piața românească a unor produse neavizate de Ministerul Sănătății, fiind oferite unei autorități contractante ca dispozitive medicale, neavând certificat de înregistrare emis de ANMDM.

- autoritatea nu-și asumă riscul de a achiziționa produsele oferite de SC ... SRL, întrucât nu prezintă încredere în ceea ce privește eficiența acestora pentru a fi utilizate în combaterea virusului COVID19, nefiind avizate de o autoritate competentă. În urma analizei documentelor prezentate de ofertant, produsele oferite pot fi considerate simple corpuri de iluminat, nicidecum dispozitive medicale certificate, astfel că oferta a fost considerată neadecvată. ..., în calitate de beneficiar al produselor, nu-și asumă riscul de a utiliza niște echipamente neeficiente pentru protecția beneficiarilor/asistaților sociali din centrele de plasament, căminele de bătrâni și structurile de specialitate pentru persoanele cu dizabilități.

Autoritatea contractantă menționează că, în ceea ce privește conformitatea produsului cu cerințele tehnice impuse, se putea stabili numai dacă lămpile oferite erau lămpi bactericide-dispozitive medicale certificate/avizate de Ministerul Sănătății.

Prin urmare, solicită Consiliului să respingă contestația, întrucât comisia de evaluare, raportându-se la motivele precizate mai sus, consideră că produsul oferit de SC ... SRL este un produs neavizat legal, iar oferta depusă este una neadecvată, devenind incidente prevederile art. 215 alin. (5¹) din Legea nr. 98/2016.

Față de considerațiile exprimate de autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis, cu adresa nr. 1001/01.10.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 42739/02.10.2020, SC ... SRL a formulat răspuns în ceea ce privește motivele respingerii ofertei, respectiv că lămpile germicide nu sunt dispozitive medicale.

În acest sens, contestatoarea arată că la nivelul documentației de licitație nu s-a solicitat ca lampa germicidă să fie dispozitiv medical, însă aceasta este fabricată în conformitate cu standardul ISO 13485:2016, iar producătorul declară că îndeplinește toate cerințele specifice unui dispozitiv medical în conformitate cu directiva 93/42/EEC, chiar dacă, în conformitate cu HG nr. 54/2009, ANDNM declară că nu se regăsește pe anexa 2. În consecință, raportat la răspunsul ANDNM referitor la acest

aspect, SC ... SRL nu poate figura în baza națională de date ca producător de lămpi germicide.

Totodată, subliniază că toată procedura a fost organizată pentru achiziționarea de echipamente de protecție împotriva agenților nucleari, biologici, chimici și radiologici, considerând că oferta depusă a fost declarată inadecvată pentru neîndeplinirea unor cerințe nesolicitate de autoritatea contractantă.

Prin cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, atât în calitate de terț susținător al ofertantului SC ... SRL, cât și de producător al dispozitivelor oferite, raportat la susținerile autorității contractante din punctul de vedere referitor la contestație, se precizează următoarele:

- Referitor la avizarea acestor produse de către ANMDM ca dispozitive medicale de protecție împotriva bacteriilor/germenilor/virusilor, intervenienta atașează prezentului demers răspunsul ANMDM față de cererea sa privind avizarea acestor produse, potrivit căruia aceste lămpi nu vor fi avizate ca dispozitive medicale, deoarece nu se încadrează nici în categoria dispozitivelor medicale și nici în cea a accesoriilor conform definiției art. 2 din HG nr. 54/2009. Produsul Lampă germicidă LG 2x55W este fabricat în conformitate cu standardele SR EN ISO 13485:2016, SR EN ISO 9001:2015, precum și cu toate legile aplicabile în domeniu. De asemenea, menționează că prin Cererea de avizare nr.: DM3600 din data de 12.07.2018, societatea ... SRL, în calitate de producător al acestor dispozitive, a înaintat solicitarea în vederea avizării de către ANMDM a acestor dispozitive, însă în răspunsul primit s-a declarat că aceste avize nu sunt necesare în vederea comercializării lor.

- Referitor la calitatea de producător al lămpilor în cauză, respectiv la calitatea angajaților societății, la faptul ca aceste lămpi sunt produse de către o altă societate, căreia doar i se închiriază utilajele, intervenienta înaintează prin prezentul demers contractul de prelucrare în Lohn, încheiat la data de 03.04.2017, între SC ... SRL, în calitate de beneficiar, și SC 4AMETAL SRL, în calitate de producător, potrivit căruia părțile semnate se angajează la prezentarea schițelor, desenelor, materialelor, utilajelor necesare producerii dispozitivelor în cauză, pe de o parte, iar pe de altă parte, la efectuarea lucrărilor de asamblare al acestor produse. În această ordine de idei, personalul de producție efectivă este înregistrat în registrele SC 4AMETAL SRL, însă toate drepturile referitoare la schițele, desenele, proiectare și utilaje aparțin SC ... SRL.

- Referitor la excepția privind autorizarea producerii lămpilor germicide, de asemenea face precizarea că a atașat prezentei răspunsul ANMDM nr. DM3600 din data de 12.07.2018 referitor la solicitarea SC ... SRL privind avizarea activității de producere lămpi.

Intervenienta susține că din acest răspuns reiese fără echivoc că producția acestor lămpi nu este supusă avizării de către ANMDM. Totodată, subliniază că a atașat și avizul emis de către ANMDM privitor la calitatea de producător dispozitive medicale al SC ... SRL, precum și certificatele de management al calității, standardele SR EN ISO 13485:2016 (eliberat de un organism european certificat - Notify Body <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/nando/>), SR EN ISO 9001:2015.

Opinia sa este că actuala procedură a cuprins în mod eronat definirea acestor produse ca fiind dispozitive medicale, însă având în vedere legislația privind aceste produse, nu ar fi trebuit să fie încadrate în această categorie.

Astfel, având în vedere cele de mai sus, precum și documentele ce susțin argumentarea, SC ... SRL solicită Consiliului să admită contestația formulată de SC ... SRL deoarece, conform documentelor prezentate, aceste produse nu se află în nelegalitate, aceste avize nefiind necesare în vederea comercializării acestora.

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

În calitate de autoritate contractantă, CONSILIUL JUDEȚEAN ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare de echipamente și materiale de protecție pentru personalul și beneficiarii serviciilor publice de asistență socială aparținând Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului din ... pentru gestionarea crizei sanitare COVID-19”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 102830/18.07.2020.

Valoarea estimată a lotului 8 „Lampă bactericidă = 146 buc.”, care face obiectul prezentului dosar, este de 189.800 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare prețul ofertei - pondere 80% și timpul de livrare - pondere 20%.

Conform procesului-verbal pentru consemnarea ofertelor nr. 11190/03.08.2020 și a listei cu participanții la procedură, publicată în SEAP în data de 05.08.2020, pentru lotul 8 a fost depusă o singură ofertă, de către contestatoarea SC ... SRL.

Potrivit raportului procedurii nr. 22192/15.09.2020 și a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 12933/6/14.09.2020, oferta depusă de SC ... SRL pentru lotul 8 a fost respinsă ca neadecvată, în baza art. 215 alin. 5¹ din Legea nr. 98/2016, pe motiv că „produsul oferat s-a dovedit a fi un produs neconform d.p.d.v. legislativ (nu deține certificat de înregistrare emis de ANMDM – Ministerul Sănătății), pentru a fi vândut pe piața românească”.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, criticând motivul de respingere a ofertei sale.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/13.07.2020, în cuantum de 3796 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă dosarului nr. .../2020.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție formulată de către SC ... SRL, Consiliul reține că aceasta, în

calitate de terț susținător și de producător al aparaturii oferite de contestatoare, are același interes cu al contestatoarei, de anulare a actelor autorității contractante considerate nelegale și contestate de SC ... SRL. Prin urmare, în temeiul art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, ca cerere de intervenție accesorie în favoarea contestatoarei.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că, potrivit proceselor verbale de evaluare intermediară, oferta depusă de SC ... SRL a fost declarată admisibilă în urma evaluării informațiilor din DUAЕ (proces-verbal nr. 11620/13.08.2020), conformă în urma evaluării propunerii tehnice (proces-verbal nr. 11829/18.08.2020) și conformă în urma evaluării propunerii financiare (proces-verbal nr. 11868/19.08.2020).

Potrivit raportului procedurii nr. 12838/11.09.2020, în urma analizării documentelor depuse pentru îndeplinirea cerinței de calificare „Gestionarea lanțului de aprovizionare”, autoritatea contractantă a declarat oferta depusă de SC ... SRL ca neadecvată, conform prevederilor art. 215 alin. (5¹) din Legea nr. 98/2016, pe motiv că produsul oferit de SC ... SRL „este un produs neconform d.p.d.v. legislativ”. În același raport al procedurii nu se menționează neîndeplinirea celorlalte cerințe de calificare.

În comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 12933/6/14.09.2020 transmisă contestatoarei, care reprezintă actul atacat, autoritatea contractantă motivează această decizie astfel:

„Oferta depusă de SC ... SRL a fost considerată NEADECVATĂ, datorită modului în care a fost depusă această ofertă și anume faptul că terțul susținător SC ... SRL care susține și îndeplinește în totalitate criteriile de calificare și selecție (cifra de afaceri și experiența similară) este și sursa de aprovizionare a ofertantului pentru produsele oferite, ofertantul având doar un rol de intermediar al vânzării, care pune în discuție prețul oferit, evident mai mare. În urma clarificărilor solicitate, terțul susținător s-a declarat producătorul lămpilor bactericide, motivând că nu a oferit el însuși pentru că a ales să-și desfășoare afacerea concentrându-se pe activitatea de producție, datorită cererii de piață, crescute în ultima perioadă. Solicitând alte documente justificative, terțului susținător, în principal documente contabile, comisia de evaluare a constatat că terțul susținător nu se axează preponderent pe activitatea de producție, ci pe cea de comerț/vânzări. De asemenea din analiza raportului REVISAL, s-a constatat că SC ... SRL nu are niciun angajat direct productiv, existând în cadrul raportului, dovada certă că toți angajații direcți productivi au contractele de muncă încetate. Angajații actuali ai terțului susținător, care se declară și producătorul lămpilor bactericide, au următoarele activități:

- agenți de vânzări (6 persoane), având CIM / perioadă nedeterminată
- director vânzări (1 persoană - administratorul firmei), având CIM / perioadă nedeterminată
- cercetător în informatică (3 persoane), având CIM/perioadă determinată
- șef proiect cercetare-proiectare (1 persoană), având CIM/perioadă determinată
- asistent manager (1 persoană), având CIM / perioadă nedeterminată
- jurist (1 persoană), având CIM/perioadă nedeterminată
- manager al sistemelor de management al calității (1 persoană), având CIM/perioada nedeterminată

Analizând balanța contabilă / iunie 2020 aparținând terțului susținător, având în vedere că acest operator economic va furniza produsele oferite de SC ... SRL, au reieșit următoarele aspecte:

- lichiditățile firmei (casă + bancă) cumulează o sumă infimă.

- firma a beneficiat de o finanțare /subvenție pentru investiții aferente activelor (conturile incidente 4451A și 4751P) cu care probabil și-a achiziționat utilaje și spații de producție.

- firma utilizează împrumuturi pe termen scurt / linie de credit.

- s-au identificat active curente și datorii curente, de luat în seamă pentru evaluarea riscului îndeplinirii contractului de achiziție publică, rezultând o lichiditate curentă de 1,05 cu mari rezerve în determinarea indicatorului financiar.

- activitatea de producție (conturile 345A și 711P, 701P) este net inferioară activității de vânzări de mărfuri (conturile 371A și 707P).

În urma acestor constatări, comisia de evaluare a solicitat dovezi legate de producția produselor supuse ofertării și indicarea în raportul REVISAL, a angajaților direct productivi. SC ... SRL a oferit în mod surprinzător, dovezi/documente care au concretizat suspiciunile comisiei de evaluare și anume neconformitatea produselor oferite:

- a declarat că lămpile bactericide sunt produse de o altă firmă care lucrează de fapt cu utilajele aparținând SC ... SRL, în același spațiu și sub directa supraveghere.

Comisia de evaluare a considerat că închirierea unor utilaje unui alt operator economic, nu reprezintă activitate de producție.

- personalul SC ... SRL realizează doar asamblarea și verificarea produselor finite, fiind alcătuit dintr-o singură persoană (Udvari Zsolt de 22 ani) care produce în medie 20 buc/zi, este emitentul manualului de utilizare a produsului, fișa tehnică/fișa de urmărire/verificarea produsului și realizează și instruirea beneficiarilor sau a distribuitorilor colaboratori în calitate de manager Calitate.

Comisia de evaluare a înțeles că firma își desfășoară activitatea de producție cu o singură persoană angajată de 2 ani în firmă și care la vârsta de 22 ani este manager în Calitatea produselor, emite manuale de utilizare a unor dispozitive medicale, fișe tehnice, instruiri ale beneficiarilor.

- conform Avizului de funcționare nr. 5907/04.02.2019, SC ... SRL este autorizat să importe și să comercializeze lămpi cu ultraviolete de la producătorii autorizați menționați în lista atașată avizului.

- Conform răspunsului/adresei nr. DM 3600/26.07.2018, emisă de Ministerul Sănătății prin ANMDM, lămpile germicide LG2x56, LG3x56, LG3x18, solicitate de SC ... SRL pentru a fi avizate, nu au primit aviz pentru a fi comercializate ca dispozitive medicale, stabilindu-se interdicția de a fi comercializate fără Certificat de înregistrare a dispozitivelor medicale emis de ANMDM, fiind interzise de asemenea aplicarea marajului CE în baza HG 54/2009 și menționarea în declarația de conformitate a referințelor privind legislația dispozitivelor medicale.

- în urma verificării calității de producător al terțului susținător, în baza națională de date cu dispozitive medicale, pe site-ul ANMDM (<https://www.anm.ro/dispozitive-medicale/baza-nationala-de-date-cu-dispozitive-medicale/>), s-a constatat că SC ... SRL nu este producător de lămpi bactericide ci doar pentru lampa frontală cu acumulator și sursă de lumină portabilă.

- în propunerea tehnică a ofertantului, s-a regăsit o declarație de conformitate a produsului ofertat sub denumirea de Lampă germicidă 2 x 30W, din care reiese că SC ... SRL este producătorul, produsul fiind fabricat ținând cont de standardele și reglementările în vigoare aplicabile dispozitivelor medicale, certificarea fiind acordată de CE Certiso Ltd. H-2040 Budaors Gyar u.2, Ungaria.

Comisia de evaluare a constatat introducerea pe piața românească a unor produse neavizate de Ministerul Sănătății, fiind oferite unei autorități contractante, ca dispozitive medicale, neavând certificat de înregistrare emis de ANMDM.

În concluzie, datorită motivelor enunțate mai sus, comisia de evaluare a decis ca produsul ofertat de SC ... SRL este un produs neconform d.p.d.v. legislativ, iar oferta depusă este una neadecvată, fiind incidente prevederile art.2 15 (5¹) din Legea 98/2016."

În soluționare, Consiliul are în vedere că în conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”. Nefiind contestată, documentația de atribuire a căpătat caracter obligatoriu atât

pentru ofertanți, care sunt obligați să întocmească ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă care are obligația de a evalua ofertele raportat la documentația de atribuire.

După ce oferta contestatoarei a fost declarată admisibilă cu privire la DUAЕ depus, precum și conformă cu privire la propunerea tehnică și financiară, autoritatea contractantă urma să evalueze această ofertă cu privire la documentele depuse în susținerea DUAЕ.

Consiliul reține că la evaluarea documentelor depuse în susținerea DUAЕ din raportul procedurii nr. 12838/11.09.2020, efectuată în ordinea din anunțul de participare, s-a consemnat că toate cerințele de calificare de până la cerința 2 Gestionarea lanțului de aprovizionare de la pct. III.1.3 „Capacitatea tehnică și profesională” din anunțul de participare au fost îndeplinite.

Singurele considerații privind neîndeplinirea unei cerințe de calificare din raportul procedurii au fost cu privire la cerința „Gestionarea lanțului de aprovizionare”, al cărei conținut de la pct. III.1.3 „Capacitatea tehnică și profesională” din anunțul de participare este următorul:

„2.) Loturile: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

Gestionarea lanțului de aprovizionare

Pentru produsele ofertate care se vor livra lunar pe bază de comandă, ofertantul va prezenta dovezi din care să reiasă posibilitatea aprovizionării tuturor centrelor ... și gestionarea activității de distribuție a produselor la centrele teritoriale în corelare directă cu timpul de livrare ofertat. - Inițial se va răspunde în DUAЕ prin declararea posibilității de îndeplinire a cerinței solicitate, iar ulterior în etapa de evaluare a îndeplinirii DUAЕ, se vor prezenta documente în dovedirea posibilității de îndeplinire a activității de aprovizionare și distribuție a produselor solicitate (stocuri proprii, precontracte cu furnizori/producători/importatori direcți, etc.)”

Consiliul constată că motivele de respingere nu au vreo legătură cu prevederile documentației de atribuire referitoare la documentele depuse în susținerea celor declarate în DUAЕ cu privire la cerințele de calificare.

Astfel, Consiliul reține că cerința 2 „Gestionarea lanțului de aprovizionare” nu este aplicabilă lotului 8, având în vedere ca aceasta se adresează produselor „care se vor livra lunar pe bază de comandă”. Pentru 3 din cele 9 loturi ale procedurii, printre care și lotul contestat, durata contractului este de o lună, iar pentru celelalte 6 loturi, durata contractului este de 7 luni. Având în vedere și prevederile pct. 3.5 din caietului de sarcini („Pentru echipamentele și produsele care au perioada contractuală de 7 luni calendaristice, conf. informațiilor despre loturi din fișa de date a achiziției, cantitatea maximă comandată lunar este cea rezultată din împărțirea cantității totale solicitate la numărul de luni calendaristice ale perioadei contractuale/lot”), rezultă că această cerință de calificare este aplicabilă doar loturilor care au perioada contractuală de 7 luni, nu și celor cu perioada contractuală de doar o lună, așa cum este și cazul lotului 8.

Prin urmare, investigațiile autorității contractante cu privire la lanțul de aprovizionare al ofertantului excede prevederilor documentației de atribuire pe care însăși autoritatea contractantă a întocmit-o.

În ceea ce privește personalul de conducere și efectivele medii anuale de personal, Consiliul reține că în documentația de atribuire nu s-a specificat un număr minim al acestor categorii de personal și nici o

anumită structură profesională a acestor categorii de personal, ci doar depunerea unor documente din care să reiasă acest număr.

„3.) Loturile: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

Numărul membrilor personalului de conducere art. 178, art. 179 lit. i) din Legea nr. 98/2016 operatorilor economici li se solicita să indice numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani (2017,2018,2019). - Inițial se va răspunde în DUAE iar ulterior în etapa de evaluare a îndeplinirii DUAE, se vor solicita documentele justificative cf. prevederilor art. 196 din Legea 98/2016, doar ofertantului clasat pe primul loc / lot. Documente justificative: REVISAL.

4.) Loturile: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

Efectivele medii anuale de personal art. 178, art. 179 lit. i) din Legea nr. 98/2016 Se va declara efectivul mediu anual de personal în anul 2019 și în luna anterioară termenului limită de depunere a ofertelor. - Inițial se va răspunde în DUAE iar ulterior în etapa de evaluare a îndeplinirii DUAE, se vor solicita documentele justificative cf. prevederilor art. 196 din Legea 98/2016, doar ofertantului clasat pe primul loc / lot. Documente justificative: raportări financiare/31.12.2019, REVISAL pentru luna anterioară termenului de depunere a ofertelor sau alte documente relevante reglementate legal.”

În situația în care ofertantul a depus documentele solicitate în documentele achiziției, iar numărul de persoane reieșit din aceste documente era cel puțin cel precizat în DUAE, autoritatea contractantă nu avea niciun motiv legal de respingere a ofertei.

Chiar în cuprinsul comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire se prezintă informații contradictorii, dar și interpretări proprii în baza cărora autoritatea contractantă emite judecăți originale, contrare celor emise anterior. Astfel, după ce se menționează că „terțul susținător SC ... SRL care susține și îndeplinește în totalitate criteriile de calificare și selecție (cifra de afaceri și experiența similară)”, autoritatea susține, în baza balanței contabile din iunie/2020, că din aceasta ar reieși date cu privire la valori mici ale lichidităților, deși anterior analizase valoarea indicatorului „lichiditatea curentă”, a terțului susținător care a avut valoarea de 1,05, îndeplinind cerința din anunțul de participare, ca aceasta să fie supraunitară (>1).

Acest indicator, precum și utilizarea de finanțări /subvenții și de împrumuturi pe termen scurt / linie de credit și faptul că activitatea de producție este net inferioară activității de vânzări de mărfuri reprezintă aspecte care au determinat respingerea ofertei contestatoarei, fără ca acestea să aibă vreo legătură cu cerințele documentației de atribuire. Mai mult, în baza acestor considerente, și în urma unor solicitări de clarificări privind dovezi legate de producția produselor supuse ofertării și indicarea angajaților direct productivi, autoritatea contractantă ajuns la concluzia că produsele sunt „neconforme” și „neconforme din punct de vedere legislativ”, acest ultim termen neregăsindu-se în legislația achizițiilor publice, deși în procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice și în raportul procedurii s-a consemnat conformitatea propunerii tehnice.

În acest sens, Consiliul reține că în documentația de atribuire nu există cerința ca produsele respective să fie dispozitive medicale și nici de prezentare a unui Certificat de înregistrare a dispozitivelor medicale emis de Agenția Națională a Medicamentelor și Dispozitivelor Medicale, astfel că nici acest motiv de respingere a ofertei contestatoarei nu este unul legal, excedând documentației de atribuire.

În soluționarea acestei critici, Consiliul ține seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză referitoare la documente de calificare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unor avize, raționament invalidat de Curtea de Apel:

«(..)petentele au invocat, în cadrul plângerii, încălcarea obligației de transparență în procedurile de achiziție publică în temeiul jurisprudenței CJUE – Hotărârile din cauzele C 278/14, C-6/05, C-27/15, susținând că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante și că este încălcată această obligație dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care sunt prevăzute în anunțul menționat.

În soluționarea plângerii, cu privire la acest principiu dezvoltat din jurisprudența CJUE, instanța s-a limitat doar să arate că „în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței întrucât cerința privind prezentarea agrementelor tehnice AFER pentru lucrările de sudură a căilor de cale ferată rezultată dintr-o interpretare a documentației de atribuire efectuată strict pe baza elementelor prezentate în documentație, ci nu a unor elemente noi invocate de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării și care nu fuseseră aduse la cunoștința ofertanților”.

Dimpotrivă, Curtea observă însă că principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, „autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională”. Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39”).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo anterior menționată, „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație **implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini**, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)”.

Mai mult, în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.” (punctul 54).

Situația de fapt din cauză relevă faptul că, prin adresa nr. 11/159/23.01.2019, autoritatea contractantă a respins oferta R.... pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3 a), calificări profesionale ale

operatorului economic, cerință care ar consta în deținerea agrementului tehnic pentru activitatea de sudură.

Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertanților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviară și lucrări de construcții civile.

Conform aceluiași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, prezentarea documentelor AFER pentru sudură nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curtii din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligență să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agrement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuiunile, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A....a arătat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii agrementelor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât română, precum este revizuiunea din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții.»

Consiliul nu va analiza criticile cu privire la inițierea unei proceduri de negociere, întrucât, pe de o parte, aceasta este o altă procedură și, pe de altă parte, din invitația de participare nr. 12615/07.09.2020, reiese că procedura de negociere nu vizează și produsul lampă bactericidă, care face obiectul prezentei proceduri de licitație deschisă pentru lotul 8 „Lampă bactericidă = 146 buc.”.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă CONSILIUL JUDEȚEAN ..., anulează raportul procedurii nr. 12838/11.09.2020 și actele subsecvente cu privire la lotul 8 „Lampă bactericidă = 146 buc.”, și dispune reevaluarea

ofertei depusă de SC ... SRL pentru lotul 8 în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 15 zile de la comunicare.

În consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu CONSILIUL JUDEȚEAN

Anulează raportul procedurii nr. 12838/11.09.2020 și actele subsecvente cu privire la lotul 8 „Lampă bactericidă = 146 buc.”, și dispune reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL pentru lotul 8 în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 15 zile de la comunicare.

Admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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.

Redactată în 5 exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.