C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 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 sub nr. ...../....., înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – Director general, formulată împotriva solicitării de clarificări nr. 374/09.01....., act emis de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la 14.11.2018, s-a solicitat Consiliului .....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de ..... SRL atacă solicitarea de clarificări nr. 374/09.01....., act emis de ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus arătată, considerând-o nelegală.

Pe de o parte, contestatoarea arată că, la elaborarea ofertei, a luat în considerare toate cerințele și regulile stabilite de către autoritatea contractantă în documentele achiziției (în speță cerințele: *Aprovizionare continuă, fără întreruperi, kituri cu data de expirare 8-12 luni de la comandă*; *service prompt, call center 24/24 h;* livrări

similare), astfel cum prevăd dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016.

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă faptul că lămuririle solicitate de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 374/ 09.01....., respectiv: 1. pentru afirmația „aprovizionare continuă, fără întreruperi" solicităm autorizația producătorului Siemens pentru furnizarea reactivilor și consumabilelor pentru analizorul Advia Centaur XPT (în termen de valabilitate); 2. pentru afirmația „service prompt" solicităm diplomele de training de la producătorul Siemens pentru asigurarea unui service autorizat și avizul Ministerului Sănătății sau Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale (ANMDM); ... 4. solicităm recomandări de la alte 5 laboratoare (spitale județene/universitare și laboratoare private de volum mediu/mare) cu care firma colaborează pentru furnizare de reactivi Siemens și service autorizat pentru analizorul Advia Centaur XPT, nu au fost prevăzute în cuprinsul documentației de atribuire și, prin urmare, autoritatea contractantă nu are niciun temei legal să solicite prezentarea acestor documente.

Or, precizează contestatoarea, documentația de atribuire necontestată și acceptată de către toți actorii implicați în procesul de achiziție (autoritate contractantă și ofertanți), le impune acestora să urmeze cu strictețe regulile și cerințele stabilite în conținutul acesteia.

Prin urmare, similar obligației unei operator economic de a elabora și depune oferta în conformitate cu cerințele și regulile stabilite în documentația de atribuire, și autoritatea contractantă are obligația, în procesul de evaluare a ofertelor, să respecte condițiile impuse ofertanților prin documentația de atribuire și nu poate să se abată de la condițiile pe care le-a definit ea însăși în cuprinsul acesteia.

Cu titlu de exemplu, contestatoarea invocă jurisprudența instanțelor de judecată, și anume: Decizia civilă nr. 3169 din 2 iunie 2015, Curtea de Apel Bucureşti; Decizia civilă nr. 3868 din 5 iulie 2016, Curtea de Apel Bucureşti; Decizia civilă nr. 224 din 17 martie 2017, Curtea de Apel Iași; Decizia civilă nr. 24 din 17 ianuarie 2017; Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 29 martie 2012 în cauza SAG ELV Slovensko şi alții, C-599/10, EU:C:2012:191, pct. 25; Hotărârea din 14 iunie 2007, Medipac-Kazantzidis, cauza C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54; Hotărârea din 20 martie 2013, cauza T-415/10; Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14; Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera delP Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44; Hotărârea din 9 februarie 2006, La Caseína şi alții, C-226/04 şi C-228/04, EU:C:2006:94, punctul 32; Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40.

Prin urmare, având în vedere dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/ 2016, precum și jurisprudența națională și europeană incidentă în speța de față, contestatoarea apreciază că rezultă fără echivoc că autoritatea contractantă are obligația de a evalua oferta sa doar prin

luarea în considerare a cerințelor și regulilor stabilite de ea însăși în cuprinsul documentației de atribuire.

În consecință, solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 374/09.01....., este nelegală, deoarece astfel de cerințe nu au fost menționate în cuprinsul documentației de atribuire.

Mai mult, prin solicitarea „autorizației de la producătorul Siemens", respectiv a „diplomelor de training de la producătorul Siemens" şi a recomandărilor „pentru furnizare de reactivi Siemens şi service autorizat pentru analizorul Advia Centaur XPT", autoritatea contractantă încalcă în mod direct şi grav dispozițiile art. 155 alin. (6), art. 171 alin. (1) şi (2), art. 179, art. 49 și art. 50 din Legea nr. 98/2016, precum și pe cele ale art. 8 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

De altfel, precizează contestatoarea, jurisprudența națională s-a pronunțat în sensul caracterului restrictiv al unei astfel de cerințe referitoare la obligația de a prezenta autorizație de la producător, respectiv Decizia CNSC nr. 2227/C6/2898/29.08.2017; Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Decizia nr. 3594 din 2 octombrie 2014; Curtea de Apel Braşov, Decizia nr. 690/R din 11 iunie 2015.

De asemenea, contestatoarea precizează faptul că, prin solicitarea de a prezenta „recomandări de la alte 5 laboratoare (spitale județene/ universitare și laboratoare private de volum mediu/mare) cu care firma colaborează pentru furnizare de reactivi Siemens și service autorizat pentru analizorul Advia Centaur XPT" este nelegală şi prin prisma faptului că autoritatea contractantă nu a luat în considerare dispozițiile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Or, prin livrările de produse menționate în DUAE, contestatoarea arată că a prezentat informații din care rezultă că dispune de experiență similară în livrarea de produse similare celor care fac obiectul procedurii de atribuire.

De asemenea, contestatoarea apreciază faptul că autoritatea contractantă nu poate solicita 5 (cinci) recomandări din partea beneficiarilor, atât timp cât în cuprinsul fișei de date a achiziției nu a prevăzut un număr de contracte, ci s-a limitat doar să solicite ca operatorii economici să prezinte „Lista principalelor livrări de produse efectuate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați". Prin urmare, autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea operatorului economic să prezinte principalele livrări de produse, fără a stabili în sarcina acestuia un anumit număr de contracte.

Mai mult, ca modalitate de îndeplinire a cerinței, autoritatea contractantă a solicitat ca „ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor va fi obligat să prezinte documentele suport (certificate constatatoare finale privind îndeplinirea obligațiilor contractuale/documente; facturi semnate de beneficiari, recomandări) pentru susținerea experienței similare".

În consecință, prin luarea în considerare a cerințelor obligatorii solicitate de autoritatea contractantă, contestatoarea precizează că a menționat în DUAE livrări de produse similare, astfel cum rezultă din documentul respectiv.

De altfel, în conformitate cu dispozițiile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 şi astfel cum menționează autoritatea contractantă în documentele achiziției, documentele suport în vederea demonstrării experienței relevante urmează a fi solicitate de către autoritatea contractantă doar ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire și, prin urmare, o astfel de solicitare este şi prematură.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu poate să îi solicite „recomandări de la alte 5 laboratoare (spitale județene/universitare și laboratoare private de volum mediu/ mare) cu care firma colaborează pentru (...) service autorizat pentru analizorul Advia Centaur XPT”, deoarece, din documentele achiziției, rezultă că obiectul procedurii de atribuire îl constituie achiziționarea de „Pachet de reactivi şi consumabile compatibile cu aparatul din dotare: Advia Centaur XPT” și nu asigurarea de service pentru aparatul Advia Centaur XPT. Nu există în cuprinsul documentelor achiziției nicio cerință referitoare la obligația operatorilor economici de a asigura service pentru aparatul Advia Centaur XPT şi nici nu avea cum, atât timp cât obiectul procedurii de atribuire îl constituie achiziționarea de „Pachet de reactivi şi consumabile compatibile cu aparatul din dotare: Advia Centaur XPT”.

În aceste condiții, contestatoarea solicită admiterea cererii așa cum a fost formulată, invocând, în drept, dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 21/1996 și ale altor acte normative incidente în materie.

Prin adresa nr. 2877/12.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 5558/14.02....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Raportându-se la criticile contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că i-a solicitat contestatoarei clarificări privind îndeplinirea cerințelor de „Aprovizionare continuă, fără întreruperi, kituri cu dată de expirare 8-12 luni de la comandă” și „service prompt call center 24/24 h”, întrucât aceasta a depus doar declarații pe proprie răspundere.

În opinia autorității contractante, o declarație pe proprie răspundere nu poate reprezenta modalitatea de îndeplinire a unei cerințe tehnice, decât dacă acest lucru este precizat în caietul de sarcini.

De altfel, autoritatea contractantă susține că, în caietul de sarcini, a menționat faptul că își rezervă dreptul de a solicita participanților, pe parcursul procedurii, fișe tehnice, autorizații, sau orice alte documente necesare în procesul de evaluare.

În acest context, autoritatea contractantă arată că nu a introdus sau modificat în vreun fel cerințele tehnice ale caietului de sarcini.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a organizat procedura licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la 14.11.2018, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă.

Considerând nelegală solicitarea de clarificări nr. 374/09.01....., SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind și procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii unei cauțiuni, conform Recipisei de consemnare nr. 205197497/ 1 din data de 23.01....., emisă de CEC Bank – Sucursala ....., în valoare de 2.868,99 lei), prin care solicită .....

În soluționare, Consiliul reține că, prin actul atacat, adresa nr. 374/09.01....., autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei următoarele: 1. pentru afirmația „aprovizionare continuă, fără întreruperi" solicităm autorizația producătorului Siemens pentru furnizarea reactivilor și consumabilelor pentru analizorul Advia Centaur XPT (în termen de valabilitate); 2. pentru afirmația „service prompt" solicităm diplomele de training de la producătorul Siemens pentru asigurarea unui service autorizat și avizul Ministerului Sănătății sau Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale (ANMDM); ... 4. solicităm recomandări de la alte 5 laboratoare (spitale județene/universitare și laboratoare private de volum mediu/mare) cu care firma colaborează pentru furnizare de reactivi Siemens și service autorizat pentru analizorul Advia Centaur XPT.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul constată că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat pe de o parte, „aprovizionare continuă, fără întreruperi, kituri cu data de expirare 8-12 luni de la comandă, service prompt, call center 24/24 h”, iar, pe de altă parte, „Ofertantul va trebui să însoțească propunerea tehnică a fiecărui produs cu fișe tehnice traduse în limba română, semnate și ștampilate conform cu originalul, astfel încât să se poată face corespondența între caracteristicile tehnice solicitate în oferta tehnică a fiecărui participant. Autoritatea contractantă își rezervă dreptul ca pe parcursul evaluării să solicite participanților la procedură fișe tehnice, autorizații sau orice alte documente necesare în procesul de evaluare”.

Prin fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1) *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, s-a solicitat: *Oferta va fi întocmita astfel încât, în procesul de evaluare, informațiile din propunerea tehnică să permită identificarea facilă a corespondenței cu specificațiile tehnice minime din*

caietul de sarcini. Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet.

Analizând solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă ofertantei SC ..... SRL, prin adresa contestată nr. 374/09.01....., Consiliul constată că documentele cerute prin aceasta nu au fost menționate în fișa de date a achiziției și nici în caietul de sarcini ca urmând să facă parte din conținutul propunerii tehnice.

În acest context, Consiliul constată că, potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire". De asemenea, Consiliul are în vedere, pe de o parte, prevederile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „Documentaţia de atribuire conţine orice cerinţă, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/ candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire", iar, pe de altă parte, pe cele ale art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Însă, raportat la conținutul documentației de atribuie, este necesar a sublinia faptul că aceasta, conținând *„orice cerință, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/ candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*" are caracter obligatoriu atât pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea și stabilirea admisibilității ofertelor, este ținută la respectarea propriile reguli din documentația de atribuire, cât și pentru ofertanți, la întocmirea ofertei. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertantului s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorul ofertei nu le-a cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică.

Drept urmare, este evidentă încălcarea principiului transparenței prin activitatea autorității contractante de a cere, ulterior depunerii ofertei, prezentarea de documente despre care nu s-a făcut vorbire la inițierea procedurii, despre necesitatea cărora operatorul economic nu a avut cunoștință la momentul la care a hotărât implicarea sa în procesul competițional.

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu indică prevederi ale caietului de sarcini/fișei de date care să conțină trimiteri la documentele care îi sunt cerute contestatoarei prin adresa de clarificări atacată prin prezenta contestație.

Constatând că, în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu a prevăzut prezentarea acestor documente, Consiliul reține caracterul nelegal al adresei nr. 374/09.01....., prin care comisia de evaluare a decis să-i solicite contestatoarei prezentarea de documente care exced cadrului procedurii instituit prin conținutul documentației de atribuire elaborată în vederea derulării acestei proceduri de atribuire, astfel încât îi revine acesteia sarcina de a evalua ofertele primite raportat exclusiv la prevederile documentației de atribuire, așa cum a elaborat-o.

Totodată, Consiliul constată că, în procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă fiind interesată de demonstrarea modului de îndeplinire a acestor cerințe, ar fi trebuit să solicite ofertantului, potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016, clarificări/completări formale sau de confirmare, în vederea probării îndeplinirii cerințelor și în niciun caz să prezinte documentele mai sus menționate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul va admite contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și va anula solicitarea de clarificări nr. 374/09.01.....

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să analizeze oferta depusă de SC ..... SRL, cu respectarea documentației de atribuire și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și anulează solicitarea de clarificări nr. 374/09.01.....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să analizeze oferta depusă de SC ..... SRL, cu respectarea documentației de atribuire și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

.... **....** **....**

....