CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +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.2305/23.10.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr...., depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având C.U.I. ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional de ..., cu sediul profesional în ..., împotriva procesului verbal nr.17039/09.10.2017 de evaluare financiară aferent **loturilor 2, 8, 9** și **10,** emis de către ..., cu sediul în ..., autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare produse având ca obiect *„...”*, cod ..., s-au solicitat următoarele:

- „anularea în parte a PROCESULUI VERBAL DE EVALUARE FINANCIARĂ nr. 17039/09.10.2017 (comunicat în data de 10.10.2017) - anexa nr.1 (în continuare PV) și obligarea AC la reluarea procedurii de evaluare tehnică a propunerilor participantului S. „..." S.R.L. la procedura pentru lotul nr. 2, a propunerilor participantului S. „...” S.R.L. la loturile nr. 8 și 9 și a propunerilor participanților S. „...” S.R.L., S. „...” S.R.L., S. „...” S.R.L. și S. „...” S.R.L. la lotul nr. 10 în raport de criticile de neconformitate formulate mai jos”.

- „anularea tuturor actelor AC subsecvente celor atacate”.

- „obligarea AC la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de contestație (onorariu avocat în sumă de 2.000 lei - anexa nr.2), conform art.26 (8) L. nr. 101/2016”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față

reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu numărul de mai sus, depusă de S.C. ... S.R.L. împotriva procesului verbal de evaluare financiară nr.17039/09.10.2017 aferent **loturilor 2, 8, 9** și **10,** emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare produse având ca obiect *„...”*, cod CPV ..., s-au solicitat următoarele:

- „anularea în parte a PROCESULUI VERBAL DE EVALUARE FINANCIARĂ nr. 17039/09.10.2017 (comunicat în data de 10.10.2017) - anexa nr.1 (în continuare PV) și obligarea AC la reluarea procedurii de evaluare tehnică a propunerilor participantului S. „..." S.R.L. la procedura pentru lotul nr. 2, a propunerilor participantului S. „...” S.R.L. la loturile nr. 8 și 9 și a propunerilor participanților S. „...” S.R.L., S. „...” S.R.L., S. „...” S.R.L. și S. „...” S.R.L. la lotul nr. 10 în raport de criticile de neconformitate formulate mai jos”.

- „anularea tuturor actelor AC subsecvente celor atacate”.

- „obligarea AC la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de contestație (onorariu avocat în sumă de 2.000 lei - anexa nr.2), conform art.26 (8) L. nr. 101/2016”.

În motivarea contestației, precizând că a îndeplinit procedura notificării prealabile, S.C. ... S.R.L. susține că decizia autorității contractante de a aprecia o serie de propuneri tehnice depuse de ofertanți în cadrul loturilor 2, 8, 9 și 10, ca fiind conforme, este nelegală.

Astfel, pentru lotul 2 (...), referindu-se la produsul ..., ofertat de S.C. ... S.R.L., contestatorul arată că acesta încalcă specificația tehnică prevăzută în caietul de sarcini al lotului 2, respectiv: „Conform fișei de securitate să nu fie catalogat drept coroziv”.

Față de conținutul fișei de securitate a produsului, din al cărei conținut redă un fragment, precum și față de conținutul Avizului Bio nr.1428/08.07.2016, din al cărui conținut, de asemenea, redă, contestatorul arată că autoritatea contractantă consideră conform acest produs prin prisma interpretării unui director din cadrul ..., a prevederii corespunzătoare din ANEXA nr.3 la OMS nr.1082/2016 și prin faptul că produsul a fost avizat pentru punere pe piață.

Consideră că motivarea este vădit netemeinică și nelegală, fiind totodată și „nepertinentă”, deoarece societatea sa a invocat încălcarea unei prevederi a caietului de sarcini, definitivă prin necontestare, iar nu a unui text normativ cu valoare de recomandare.

Invocând jurisprudența C.N.S.C., respectiv Decizia nr...., contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuia să examineze ofertele în raport de conținutul propriei documentații de atribuire, respectiv analiza ofertei S.C. ... S.R.L. trebuia să aibă în vedere

îndeplinirea condiției ca produsul ofertat să nu fie coroziv în formă concentrată, iar această situație să rezulte din fișa sa de securitate.

Referindu-se la produsul ofertat de societatea sa, ..., contestatorul susține că alegația autorității contractante potrivit căreia produsul ar fi susceptibil de încălcarea aceleiași specificații tehnice, este netemeinică, sens în care indică secțiunile 2 și 3 din fișa de securitate depusă în propunerea tehnică.

2. Pentru lotul 8 (...), în ceea ce privește produsul „...", ofertat de S.C. ... S.R.L., contestatorul susține că acesta nu poate fi livrat pe toată perioada de 24 de luni solicitată în documentația de atribuire, întrucât perioada de grație (180 zile) prevăzută de art.52 din REGULAMENTUL (UE) NR.528/2012 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 22 mai 2012, expiră la data de 01.01.2018, iar produsul nu mai este avizat pentru utilizare în unități sanitare, potrivit Registrului Național pentru Produse Biocide actualizat la data de 1 iulie 2017 („Eliminare arie de aplicare: Unități sanitare se aplică art.9 alin.5 din Ordinul nr.10/368/11/2010 cu modificările și completările ulterioare, de la data de 01.07.2017") - anexa nr.9.

Susține că, potrivit prevederilor art.75 din Legea nr.98/2016, oferta prezentată trebuie să fie validă în toate componentele sale, inclusiv pentru o perioadă de timp stabilită prin documentația de atribuire, și, inclusiv, prin îndeplinirea condiției sine qua non ca produsul ofertat să fie avizat pentru punere la dispoziție pe piață pe toată perioada de livrare stabilită prin documentație, îndeplinirea condițiilor fiind verificată la data atribuirii contractului.

3. Pentru lotul 9 (...), criticând produsul „...", ofertat de S.C. ... S.R.L., contestatorul reiterează argumentele prezentate și în cazul lotului 8.

Suplimentar, susține că acest produs nu prezintă test conform EN 12791, recomandat de anexa nr.3 la OMS nr.1082/2016 și impus de autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificări nr.11460/07.07.2017, sens în care redă textul invocat.

Contestatorul afirmă că autoritatea contractantă „recunoaște eroarea săvârșită de comisia sa de evaluare, fără însă a exprima acordul său pentru reevaluarea acestei oferte".

4. Pentru lotul 10 (...), contestatorul arată următoarele:

a) produsul ..., ofertat de către S.C. ... S.R.L., nu este conform deoarece este testat la diluția de 100% (anexa nr.10), iar standardele EN 13727, EN 13624, EN 14384 și EN 14476 - impuse prin caietul de sarcini al lotului - nu permit testarea la diluția de 100% (anexele nr.11-14).

b) produsul ..., ofertat de S.C. ... S.R.L., nu este conform deoarece este testat la diluția de 100% (anexa nr.15), iar standardele EN 13727, EN 13624, EN 14384 și EN 14476 - impuse prin caietul de sarcini al lotului - nu permit testarea la diluția de 100% (anexele nr.11-14).

Cu referire la ofertarea acestor două produse, contestatorul susține că autoritatea contractantă i-a răspuns într-un mod „nepertinent și

netemeinic”, respingându-i critica de neconformitate a acestor oferte prin invocarea existenței avizului de punere la dispoziție pe piață.

Precizează că autoritatea contractantă trebuie să compare conținutul propunerilor tehnice ale ofertanților S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L. cu prevederile propriei documentații de atribuire, sens în care reproduce un fragment din decizia C.N.S.C. antemenționată.

c) produsul ..., ofertat de către S.C. ... S.R.L., nu poate fi livrat pe toată perioada de 24 de luni solicitată prin documentația de atribuire, deoarece perioada de grație (180 zile) prevăzută de art. 52 din REGULAMENTUL (UE) NR. 528/2012 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 22 mai 2012, expiră la data de 01.01.2018, iar produsul nu mai este avizat pentru utilizare în unități sanitare, potrivit Registrului National pentru Produse Biocide actualizat la data de 1 iulie 2017 („Eliminare arie de aplicare: Unități sanitare, se aplică art.9 alin.5 din Ordinul nr.10/368/11/2010 cu modificările și completările ulterioare, de la data de 01.07.2017) - anexa nr.16.

Reiterează susținerea potrivit căreia prevederilor art.75 din Legea nr.98/2016, oferta prezentată trebuie să fie validă în toate componentele sale, pentru o perioadă de timp stabilită prin documentația de atribuire, și, inclusiv prin îndeplinirea condiției sine qua non ca produsul ofertat să fie avizat pentru punere la dispoziție pe piață pe toată perioada de livrare stabilită prin documentație, îndeplinirea condițiilor fiind verificată la data atribuirii contractului.

d) pentru produsul ..., ofertat de S.C. ... S.R.L., contestatorul reia toate argumentele prezentate și pentru produsul criticat anterior la pct. c).

În drept, au fost invocate prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente.

Prin adresa nr.17997/25.10.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., ... a transmis documentul „Măsuri de remediere la procesul verbal de evaluare tehnică nr. 16575/02.10.2017” în care a consemnat următoarele: „În urma contestației cu numărul 2305/23.10.2017, comisia de evaluare a ofertelor, a reevaluat propunerea tehnică a operatorului economic ... pentru produsul ofertat la lotul 9 «...», s-a constatat că produsul nu deține standardul obligatoriu pentru dezinfecția chirurgicală EN 12791, activitate bactericidă”.

Prin adresa nr...., în temeiul art.18 și art.20 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul i-a solicitat autorității contractante transmiterea documentelor dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere la contestație.

Ca răspuns la adresa Consiliului, prin adresa nr.18804/08.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., ... a transmis documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr.19026/14.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., autoritatea contractantă a comunicat faptul că ofertanții S.C. ...

S.R.L. și S.C. ... S.R.L. „doresc confidențialitatea documentelor”, și a anexat cele două declarații.

Ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul C.N.S.C., prin adresa nr.2464/16.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr...., S.C. ... S.R.L. a transmis „concluzii scrise” arătând că își menține criticile prezentate în cadrul contestației.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect *„...”*, cod CPV ..., sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.....

Valoarea estimată a acordului-cadru este situată între ... și ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„...”*.

Achiziția a fost împărțită în loturi de produse, numerotate de la 1 – 13, loturile contestate fiind următoarele: ***lotul 2*** *„...”*, cu o valoare estimată între ... lei, fără TVA; ***lotul 8*** *„...”,* cu o valoare estimată între ... lei, fără TVA; ***lotul 9*** *„...”* – cu o valoare estimată între ... lei, fără TVA; ***lotul 10*** *„...”*- cu o valoare estimată între ... lei, fără TVA.

Potrivit procesului verbal nr.17039/09.10.2017 de evaluare financiară, după întocmirea clasamentului financiar intermediar pentru cele 4 loturi contestate, oferta depusă de către S.C. ... S.R.L. se situează după cum urmează:

- pentru lotul 2, pe locul 2, cu o valoare licitată de ... lei, pe primul loc aflându-se oferta depusă de către S.C. ... S.R.L., cu o valoare licitată de ... lei;
- pentru lotul 8, pe locul 1, cu o valoare licitată de ... lei, împreună cu oferta depusă de către S.C. ... S.R.L.;
- pentru lotul 9, pe locul 1, cu o valoare licitată de ... lei, împreună cu oferta depusă de către S.C. ... S.R.L.;
- pentru lotul 10, pe locul 3, cu o valoare licitată de ... lei, împreună cu ofertele depuse de către S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L., pe primul loc aflându-se oferta depusă de către S.C. ... S.R.L., cu o valoare licitată de ... lei, iar pe locul 2 situându-se oferta depusă de către S.C. ... S.R.L., cu o valoare de ... lei.

Împotriva înscrisului menționat, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, S.C. ... S.R.L. a depus, în termenul legal, contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

S.C. ... S.R.L. critică procesul-verbal de evaluare financiară nr.17039/09.10.2017, solicitând obligarea autorității contractante la reluarea evaluării propunerilor tehnice, după cum urmează:

- pentru lotul 2, reevaluarea propunerii tehnice depusă de S.C. ... S.R.L.;
- pentru lotul 8, reevaluarea propunerii tehnice depusă de S.C. ... S.R.L.;

- pentru lotul 9, reevaluarea propunerii tehnice depusă de S.C. ... S.R.L.;

- pentru lotul 10, reevaluarea propunerilor tehnice depuse de S.C. ... S.R.L., S.C. ... S.R.L., S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L.

Actul atacat, în speță procesul-verbal de evaluare financiară nr.17039/09.10.2017, observă Consiliul că este emis după finalizarea etapei de evaluare a propunerilor financiare, în cadrul acestuia regăsindu-se clasamentul intermediar întocmit, funcție de care S.C. ... S.R.L. a înțeles să formuleze contestația de față.

Conform clasamentului intermediar, după cum s-a arătat mai sus, oferta S.C. ... S.R.L. se situează după cum urmează:

- în cazul lotului 2, pe locul II, cu preț mai mare decât oferta depusă de S.C. ... S.R.L.;
- în cazul lotului 8, pe locul I împreună cu oferta depusă de S.C. ... S.R.L., prețul celor două oferte fiind același;
- în cazul lotului 9, pe locul I împreună cu oferta depusă de S.C. ... S.R.L., prețul ambelor oferte fiind același;
- în cazul lotului 10, pe locul III împreună cu ofertele depuse de S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L., prețul celor trei oferte fiind același, pe locul I aflându-se oferta depusă de S.C. ... S.R.L., iar pe locul II oferta depusă de S.C. ... S.R.L.

Constată Consiliul, din conținutul actului ataca, că ofertele criticate de contestator nu au fost desemnate câștigătoare, respectivul clasament întocmit fiind unul intermediar, după cum este și denumit, elaborat în urma etapei de evaluare a propunerilor financiare, dar anterior desemnării ofertelor câștigătoare.

În această etapă în care se regăsește procedura, aplicabile sunt următoarele dispoziții legale:

- art.65 alin.4 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

„Comisia de evaluare are obligația*, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin.1 și 2 (n.n. verificarea DUAE, a propunerilor tehnice și financiare), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși,* ***să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns****."*

- art.66 alin.1 și 2 din același act normativ, potrivit cu care:

„(1) ***În situația în care*** *în urma demersurilor realizate de autoritatea contractantă în baza art.196 alin.2 din Lege* ***ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare.***

(2) ***În situația prevăzută la alin.1, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru***

ofertantului clasat pe locul următor, dacă acesta îndeplinește toate criteriile de calificare prevăzute în anunțul de participare și/sau în fișa de date a achiziției."

Așadar, contestatorul formulează critici față de un clasament care nu este final, ci unul premergător acestuia, nedefinitiv, ulterior întocmirii căruia în revine sarcina a efectua demersurile menționate de textele legale de mai sus, în vederea stabilirii clasamentului final.

Totodată, Consiliul reține că, prin actul atacat, oferta contestatorului nu a fost respinsă în cazul niciunuia dintre loturile criticate, situație în care are vocația de a deveni câștigătoare.

Potrivit art.2 alin.1 din Legea nr.101/2106, *„**Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante** sau prin nesoluționarea în termenul legale a unei cereri **poate solicita anularea actului,** obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim**, pe cale administrativ-jurisdicțională** sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.",*
or, în condițiile în care comisia de evaluare nu a desemnat încă ofertele câștigătoare în cazul niciunuia dintre loturile contestate, contestatorul nu poate fi considerat persoană vătămată printr-un act al autorității contractante.

O astfel de calitate o va avea contestatorul în momentul în care situația din clasamentul intermediar va deveni una definitivă, materializată în raportul procedurii de atribuire, înscris în care, însă, există posibilitatea ca situația din clasamentul să fie cu totul alta, respectiv oferta contestatorului poate fi chiar desemnată câștigătoare a toate sau parte dintre loturile contestate.

Pe de altă parte, din clasamentul intermediar rezultă că, în cazul loturilor 8 și 9, contestatorul a propus un preț identic celui propus de S.C. ... S.R.L., cu care se află pe același loc (locul I), situație ce intră sub incidența dispozițiilor art.138 alin.2 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care ***„În cazul în care două sau mai multe oferte sunt situate pe primul loc, autoritatea contractantă solicită ofertanților o nouă propunere financiară, iar contractul va fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut."***

Așadar, în cazul acestor loturi, autoritatea contractantă trebuie să solicite o nouă propunere financiară și apoi să stabilească oferta câștigătoare, care poate fi chiar a contestatorului dacă prețul oferit de acesta va fi mai mic decât cel oferit de contracandidatul său.

O prevedere similară textului legal enunțat, observă Consiliul că a fost inclusă la cap.VI.3) – „Alte informații" din anunțul de participare nr..../..., prin care a fost inițiată procedura de față, de maniera:

„Pentru locul I: În cazul în care se constată că ofertele clasate pe primul loc au prețuri egale, autoritatea contractantă va solicita reofertarea, în vederea departajării ofertelor.

Ofertantul cu prețul cel mai scăzut va fi desemnat câștigător. (...)"

Având în vedere că S.C. ... S.R.L. critică un clasament ce va fi în mod evident modificat urmarea aplicării, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor legale susenuțate, deci un clasament care nu are caracter definitiv, Consiliul nu poate reține că actul atacat de contestator este de natură a-l vătăma pe acesta și, pe cale de consecință, că S.C. ... S.R.L. ar fi persoană vătămată în sensul art.2 alin.1 din Legea nr.101/2016.

După cum s-a arătat deja, calitatea de persoană vătămată o va căpăta contestatorul ulterior stabilirii clasamentului final și desemnării ofertelor câștigătoare, rezultat ce-l va îndreptăți pe acesta, dacă va fi nemulțumit, să inițieze calea de atac a contestației după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante.

Astfel fiind, până la emiterea înscrisurilor de natură a-l vătăma pe contestator (raportul procedurii de atribuire și comunicarea rezultatului procedurii), demersul de față al contestatorului apare ca unul prematur, ce nu poate forma obiect de analiză a Consiliului.

Mai mult, în cazul lotului 9, după cum a comunicat autoritatea contractantă prin adresa înregistrată la Consiliul sub nr..../..., au fost adoptate măsuri de remediere, în sensul că s-a constatat că produsul oferit de S.C. ... S.R.L. nu deține standardul obligatoriu pentru dezinfecția chirurgicală EN 12791, activitate bactericidă, critica acestuia fiind rămasă fără obiect.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2106, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Cererea de plată a cheltuielilor de judecată va fi respinsă, pe de o parte, deoarece la dosar nu se regăsește dovada efectuării unor asemenea cheltuieli, iar, pe de altă parte, nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenții.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din lege.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Respinge cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de S.C. ... S.R.L.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

Redactată în patru exemplare originale, conține ... pagini.