

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr.38/30.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 62349/02.12.2021, formulată de, cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr....., având CUI, reprezentată legal prin, împotriva raportului procedurii de atribuire și actelor subsecvente, emise de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect **„Furnizare de Echipamente de dezinfecție și curățare”**, lot..., s-a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acesteia, precum și reevaluarea ofertei depusă de, cu consecința stabilirii acesteia ca fiind câștigătoare.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ... critică raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente, emise de, în cadrul procedurii de atribuire susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... susține că, față de rezultatul procedurii de atribuire de care a luat cunoștință în data de 25.11.2021, se impune reevaluarea ofertei declarată câștigătoare, cu consecința declarării ofertei sale ca fiind câștigătoare având în vedere următoarele considerente:

1. Oferta sa a fost respinsă ca neadecvată, fără ca autoritatea contractantă să solicite clarificări cu privire la codul CAEN necesar pentru echipamentele cerute, deși a obținut punctajul maxim și a prezentat toate documentele DUAЕ necesare calificării, inclusiv cele care demonstrează capacitatea de exercitare a activității profesionale ce face obiectul contractului de achiziție publică.

2. Autoritatea contractantă a respins oferta sa ca neadecvată fără a analiza ce tip de produs și servicii solicită și ce cod CAEN ar fi relevant. Produsul solicitat și ofertat în cadrul acestui lot este un robot de servicii și, în primul rând, nu este un dispozitiv medical, conform negației din partea Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România, pe care o atașează ca dovadă, iar, în al doilea rând, capacitatea de exercitare a activității profesionale în acest caz nu este în domeniul sănătății, ci în domeniul tehnologiei informației. Se precizează că pentru a fi integrat în spațiu și pentru a oferi mentenanță și service pentru acest robot nu este nevoie de calificare medicală, ci calificare în domeniul software și hardware, calificare deținută în fapt de

Mai mult, se arată că oferta declarată câștigătoare ar trebui să dețină același tip de CAEN în domeniul tehnologiei informației, altfel nu are capacitatea de a integra robotul, iar experiența similară ar trebui să fie, în fapt, integrarea de roboți de servicii și nu comercializarea de dispozitive medicale, întrucât acesta nu este un dispozitiv medical, ci un robot.

De asemenea, se subliniază că, în acest moment, în România, nu există un cod CAEN care se referă la roboții de servicii, de aceea codul CAEN principal sub care își desfășoară activitatea este 6201 - Software la comandă, fiind cel mai apropiat de activitatea desfășurată.

Contestatorul apreciază că oferta sa este conformă cu solicitările privind experiența profesională și nu trebuia descalificată.

3. Autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ca neadecvată, deși societatea a demonstrat experiența similară prin depunerea unui contract similar de furnizare a 10 astfel de roboți de dezinfecție la un alt spital de stat.

Contestatorul susține că descalificarea ofertei sale este abuzivă și demonstrează lipsa de înțelegere din partea autorității contractante a specificului produsului solicitat, solicitarea unui CAEN specific, care nu are legătură cu natura produsului solicitat fiind discriminatorie și abuzivă, favorizând companiile ce dețin CAEN în domeniul sănătății, deși acest produs nu necesită un astfel de CAEN sau aviz.

Coroborând argumentele susmenționate cu dispozițiile legale relevante și jurisprudența în domeniu, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 12207/09.12.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 64839/13.12.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

1. Contrar susținerilor contestatorului, având în vedere prevederile de la cap. III.1.1) – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale,

inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale”, comisia de evaluare, anterior deciziei de excludere a ofertantului, a solicitat, prin adresa nr.18679/20.10.2021, clarificări cu privire la codul CAEN.

Analizând răspunsul transmis în data de 08.11.2021, arată autoritatea contractantă, comisia de evaluare nu a regăsit mai multe documente care să susțină cele declarate în DUAЕ, astfel că a revenit la solicitarea de clarificări cerând ofertantului, în conformitate cu prevederile art. 134 alin.(1) din lege, să prezinte documentele justificative/relevante pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ.

La solicitarea de clarificări nr. 11269/10.11.2021, ... a răspuns, după cum se arată, în data de 11.11.2021, și a transmis documentele-suport, prin intermediul SEAP, semnate cu semnătură electronică extinsă, împreună cu Certificatul Constatator nr. 824102/07.11,2021, în cuprinsul căruia este descris sediul social cu puncte de lucru, fără să se regăsească Codul CAEN corespunzător cu obiectul contractului.

Se precizează că, în urma analizării răspunsului primit, comisia de evaluare nu a regăsit în Certificatul Constatator ONRC codul CAEN cu privire la obiectul contractului, care trebuie să aibă corespunzător în codurile CAEN principale sau secundare din certificatul constatator, astfel că nu are capacitatea de exercitare a activității profesionale ce face obiectul contractului de achiziție publică.

Întrucât, echipamentul solicitat nu este un soft, așa cum a răspuns contestatorul la solicitarea de clarificare privind codul CAEN - 6201 - Activități de realizare a soft-ului la comandă (software orientat client), autoritatea contractantă precizează că a respins oferta în temeiul art.137 alin.1, alin.2 lit.b) coroborat cu art.215 alin.51 din lege.

Se menționează că în anunțul de participare nu se solicită un dispozitiv medical sau un soft așa cum susține contestatorul, ci un echipament de dezinfecție denumit - Robot automat de dezinfecție cu ultraviolete, drept urmare, autoritatea contractantă apreciază relevant codul CAEN 4669 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente, este corespunzător cu obiectul contractului.

Referitor la critica ce vizează experiența similară, autoritatea contractantă precizează că nu a fost descalificat pentru această cerință, comisia de evaluare analizând documentele depuse (contracte, procese-verbale etc.) ca documente justificative în dovedirea experienței similare conform declarației DUAЕ, în opinia sa, contestatorul făcând confuzie între experiența similară și activitatea profesională.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, scopul acesteia fiind de a întârzia atribuirea produselor de maxima necesitate în această perioadă critică.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 3 loturi, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect **„Furnizare de Echipamente de dezinfectie și curățare”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN 1034236/28.08.2021.

Valoarea estimată aferentă lotului contestat este de 591.600,00 lei, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Aferent lotului 1 – *„Robot automat de dezinfectie cu ultraviolete”*, vizat prin contestație, au fost depuse două oferte, de contestator respectiv, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. 11684/25.11.2021, în care s-a consemnat modul de desfășurare a procedurii, decizia de respingere a ofertei contestatorului și motivele care au stat la baza acesteia, precum și oferta câștigătoare, depusă de ..., care a obținut un punctaj de 85,99 puncte, având o propunere financiară de 578.000,00 lei, fără TVA.

Nemulțumit de acest rezultat, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, constituind și cautiunea aferentă.

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

Potrivit raportului procedurii nr. 11684/25.11.2021, oferta depusă de a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 1 în clasamentul intermediar, pentru ca, mai apoi, să fie respinsă ulterior prezentării documentelor suport DUAЕ cu motivația că *„informațiile preliminare din DUAЕ nu au fost demonstrate”*.

Rezultatul evaluării documentelor suport DUAЕ depus de contestator, se regăsește consemnat în procesul-verbal nr. 2311/23.11.2021, din conținutul căruia, reține Consiliul, că membrii comisiei de evaluare au considerat neîndeplinit criteriul de calificare *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”*, respectiv cerința *„Certificat constatator emis de către Oficiul Național al Registrului Comerțului”*, deoarece:

Din certificatul constatator (ONRC) prezentat, Activitate principală/secundară, nu reiese codul CAEN că are capacitatea de exercitare a activității profesionale ce face obiectul contractului de achiziție publică.

Echipamentul solicitat nu este soft, așa cum a indicat în răspuns la solicitare de clarificare cod CAEN 6201 – Activități de realizare a soft-ului la comandă (software orientat client).

În analiza temeiniciei motivului de respingere a ofertei contestatorului, relevante sunt prevederile de la cap. III.1.1.b) – *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”* din fișa de date, unde se regăsesc următoarele prevederi:

Operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara rezidentă, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea de exercitare a activității profesionale ce face obiectul contractului de achiziție publică.

Certificat Constatator eliberat de Ministerul Justiției - Oficiul National al Registrului Comertului sau echivalent, din care sa rezulte obiectul de activitate.

Modalitatea de indeplinire:

DUAЕ aferent procedurii de atribuire este configurat de către autoritatea contractantă direct în SEAP la definirea documentației de atribuire. Răspunsurile vor fi completate de operatorii economici direct în SEAP, după autentificare, ținând cont de calitatea în care aceștia participă la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. **Documentele justificative care probează indeplinirea celor asumate prin completare DUAЕ, respectiv certificat constatator emis de ONRC sau in cazul ofertantilor straini documente echivalente emise in tara de rezidenta, urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.**

Obiectul contractului trebuie sa aiba corespondent in codurile CAEN principale sau secundare din certificatul constatator. Informațiile cuprinse în acest document vor fi reale și actuale la momentul prezentării.

Din economia prevederilor enunțate, rezultă că ofertanții aveau obligația de a dovedi că au capacitatea profesională *de a exercita activitatea care formează obiectul contractului, prin prezentarea certificatului constatator emis de ORC, din care să reiasă obiectul de activitate*, document care avea a fi prezentat de ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, urmare a solicitării de depunere a documentelor suport DUAЕ.

Având a stabili, cu prioritate, care este activitatea care formează obiectul contractului, Consiliul reține prevederile de la cap. II.1 – „*Obiectul achizitiei*” din fișa de date, având conținutul:

II.1.1 Titlu: **Furnizare de Echipamente de dezinfectie si curatare**

Numar de referinta atribuit dosarului de autoritatea contractanta: 4283333/71.01.02

II.1.2 Cod CPV Principal: **33191100-6 Sterilizator (Rev.2)**

II.1.3 Tip de contract: Furnizare/Cumparare

Așadar, obiectul contractului este constituit de furnizarea de echipamente de dezinfectie și curățare, în cazul lotului 1 - „*Robot automat de dezinfectie cu ultraviolete*”.

Printre documentele suport DUAЕ depuse de contestator urmare a solicitării nr. 18679/20.10.2021, în contextul în care oferta sa a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 1 în clasamentul intermediar, se regăsește și certificatul constatator nr. 824102/07.11.2021, din care rezultă că are autorizat cod CAEN 6201 – *Activități de realizare a soft-ului la comandă (software orientat client)*, cod care, în opinia contestatorului, asigură asupra desfășurării activității care formează obiectului contractului.

Contrar opiniei contestatorului, autoritatea contractantă nu a considerat codul menționat a fi de natură a demonstra îndeplinirea criteriului de calificare, argumentând, prin punctul de vedere referitor la contestație, că „*în anunțul de participare nu se solicită un dispozitiv*

medical sau un soft, (...) se solicită un echipament de dezinfecție denumit – Robot automat de dezinfecție și ultraviolete, drept urmare considerăm relevant codul CAEN 4669 – Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente”.

Consiliul nu își însușește apărările autorității contractante câtă vreme nicăieri în documentația de atribuire, nici în cadrul criteriului de calificare și nici în altă parte a documentației de atribuire, nu a indicat codul CAEN care să se regăsească în certificatul constatator al ofertanților. A solicitat autoritatea contractantă ofertanților doar să demonstreze că au capacitatea *de a exercita activitatea care formează obiectul contractului, prin prezentarea certificatului constatator emis de ORC.*

Dacă dorea o dovadă în sensul invocat prin punctul de vedere referitor la contestație, în considerarea art. 154 din Legea nr. 98/2016, autorității contractante îi revenea obligația de a preciza explicit codul CAEN la care abia acum face referire, respectiv 4669 – *Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente.*

Textul de lege menționat, prevede că Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire., astfel că,

în lipsa unei precizări explicite de natura menționată, Consiliul nu poate reține în sarcina contestatorului vreo culpă cu privire la modul de întocmire a ofertei.

De altfel, referitor la codul menționat de autoritatea contractantă, observă Consiliul că nu conține vreo referire la echipamentul ce se dorește achiziționat, iar autoritatea contractantă nu explicitează care sunt considerentele pentru care acest cod ar fi incident.

Dincolo de acesta, relevanță în soluționare prezintă dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016, Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, (...), preluate și la nivelul art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

În mod corelativ, la art. 127 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, se prevede atribuția comisiei de evaluare de verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți.

Reține, așadar Consiliul, față de ansamblul legislației pe linie de achiziții publice, că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Prin urmare, în contextul în care documentația de atribuire nu conține o cerință explicită în sensul stabilirii în sarcina ofertanților a obligației de a avea autorizat un anumit cod, rezultă că aceștia nu sunt debitorii unei asemenea obligații.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul reține ca fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

Relevant în opinia Consiliului este și faptul că autoritatea contractantă a considerat îndeplinit, de către contestator, criteriul de calificare privind experiența similară, documentele depuse în dovedire fiind contracte de furnizare ale echipamentului oferat și în procedura de față, încheiate cu unitatea spitalicească din subordinea Ministerului Apărării Naționale.

Acest aspect demonstrează, totodată, nu doar că ofertantul are capacitatea de a îndeplini activitatea care formează obiectul contractului, ceea ce a solicitat autoritatea contractantă prin intermediul criteriului de calificare susenunțat, dar și că echipamentul este adecvat a fi folosit într-o unitate cu profil medical.

Față de aceste considerente, motivul de respingere a ofertei contestatorului se vădește a fi nelegal.

În ceea ce privește susținerea contestatorului legată de necesitatea transmiterii unei solicitări de clarificări cu privire la codul CAEN necesar pentru echipamentele solicitate, în lumina celor mai sus expuse, Consiliul o va respinge, un asemenea demers apărând ca lipsit de utilitate.

De asemenea, va fi respinsă și critica contestatorului cu privire la oferta desemnată câștigătoare, față de aceleași considerente mai sus enunțate, referitoare de lipsa precizării explicite în documentația de atribuire a codului CAEN ce trebuia avut în vedere de ofertanți.

Constatând a fi epuizate criticile din cadrul contestației, cu luarea în considerare a celor ce preced, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite, în parte, contestația, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 11684/25.11.2021 în ceea ce privește oferta contestatorului și actele subsecvente, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Capătul de cerere din contestație privind reevaluarea ofertei desemnată câștigătoare, va fi respins, ca nefundat.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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:

Admite, în parte, contestația depusă de, în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii de atribuire nr. 11684/25.11.2021 în ceea ce privește oferta contestatorului și actele subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 de zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.