



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. 87/07.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30542/08.06.2023, depusă de ..., cu sediul în ..., având CIF ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal prin ..., prin reprezentant convențional ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „ECHIPAMENTE MEDICALE: 1. SISTEM DE POMPE VACUUM, CONTAINERIZAT, 2. STATIE DE AER COMPRIMAT”, cod CPV 42122450-9, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea parțială a Raportului procedurii cu nr. de înregistrare nr. A2 3066/31.05.2023 - punctele referitoare la calificarea, declararea drept acceptabilă, admisibilă, conformă și, respectiv, câștigătoare a ofertei depuse de ofertantul ... pentru Loturile 1 și 2, și aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului ofertanților, precum și anularea tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestuia, inclusiv a proceselor-verbale menționate în Raportul procedurii vizând îndeplinirea cerințelor de calificare, evaluarea propunerilor tehnice evaluarea propunerilor financiare și anularea tuturor actelor subsecvente Raportului procedurii, inclusiv a Listei ofertelor admisibile și câștigătoare, precum și a Comunicării nr. A2 3067/31.05.2023 privind rezultatul procedurii de atribuire pentru Loturile 1 și 2;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de ... și declararea acesteia ca fiind conformă și stabilirea ofertei câștigătoare pentru acest lot în conformitate cu prevederile legale - art. 207 alin. (1), art. 215 alin. (3), (4) și (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 132 alin. (1) și (2) și art. 133 alin. (2), 137 alin. (3) lit. a) din HG 395/2016, cu

consecința declarării câștigătoare și pe poziția 1 în clasamentul pentru Loturile 1 și 2 doar a ofertei contestatorului și încheierii contractului de achiziție cu societatea câștigătoare pe respectiva poziție 1;

- în subsidiar, anularea procedurii, conform art. 26 alin. 7 din Legea 101/2016;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate de contestatoare ocazionate de soluționarea prezentei cauze.

**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 de față, prin care ... reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

I. SCURTĂ PREZENTARE A SITUAȚIEI DE FAPT

Autoritatea contractantă a organizat o procedură de achiziție publică - licitație deschisă online pentru atribuirea contractului de furnizare echipamente medicale - împărțită în 2 loturi, produse clasificate conform CPV: 42122450-9 Pompe de vid în cadrul ..., conform Fișei de date.

În cazul loturilor contestate - descrierea și caracteristicile produselor solicitate ofertanților se regăsesc în Caietul de sarcini.

În urma evaluării ofertelor consemnată în Raportul procedurii, autoritatea contractantă a decis respingerea ca neconformă a ofertei contestatorului, astfel:

- Pentru Lotul 1 - „Oferta declarata NECONFORMĂ în baza art. 137 alin. 3 litera a) din HG 395/2016 deoarece: Cerința C11 - Din propunerea tehnică și documentele anexe, reiese că pompele de vacuum NU sunt montate pe rezervoarele de vacuum așa cum autoritatea contractantă a solicitat prin specificația tehnică încărcată în SICAP. Până la data și ora specificate în anunțul de participare, niciun oferlant interesat nu a solicitat clarificări cu privire la acceptarea de către autoritatea contractantă și a altor caracteristici decât cele prevăzute în specificația tehnică încărcată în SICAP;

- Pentru Lotul 2 - Oferta declarată NECONFORMĂ în baza art. 137 alin. 3 litera a) din HG 395/2016 deoarece: Cerința 74 - Echipamentul ofertat nu respectă cerința autorității contractante, respectiv s-a solicitat ca filtrul bacterian să fie confecționat din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borisilicat, și s-a oferlat element filtrant confecționat din material hidrofob impregnat cu fibră de sticlă. Până la data și ora specificate în anunțul de parlicipare, niciun ofertant interesat nu a solicitat clarificări cu privire la acceptarea de către autoritatea contractantă și a altor caracteristici decât cele prevăzute în specificația tehnică încărcată în SICAP.

Contestatorul, analizând conținutul documentației de atribuire și Raportul procedurii, cunoscând în detaliu, din calitatea sa de reprezentant în România al producătorului echipamentelor ..., atât caracteristicile propriilor produse, cât și cele ale celorlalți producători de produse similare

existenți în piață, consideră că în evaluarea ofertei ... de către autoritatea contractantă s-au produs greșeli și omisiuni vătămătoare pentru contestator, prin insuficienta verificare a ofertei și a documentelor depuse pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor minime solicitate de achizitor prin Caietul de sarcini.

II. CALITATEA DE PERSOANĂ VĂTĂMATĂ A CONTESTATORULUI

Contestatorul justifică un interes în formularea contestației de față cu privire la ambele loturi, având în vedere că, în cazul în care aceasta ar fi admisă, cu consecința declarării drept conforme a ofertei tehnice depuse de ... pentru Loturile 1 și 2, în urma aplicării criteriului de atribuire - prețul cel mai scăzut, oferta contestatorului ar fi declarată ca fiind câștigătoare pe poziția 1 în cadrul ambelor loturi, deoarece prețul ofertat este mai mic decât cel al ofertantului declarat câștigător (în acest sens, a se vedea oferta financiară Loturile 1 și 2).

Astfel:

Lotul 1: oferta financiară a:

- ... - 272.043 lei, fără TVA
- ... - 330.000 lei, fără TVA

Lotul 2: oferta financiară a:

- ... - 222.957 lei, fără TVA
- ... - 235.000 lei, fără TVA.

Drepturile legale și interesele legitime ale subscrisei sunt afectate prin faptul că Autoritatea Contractantă a interpretat restrictiv și greșit cerințele din Documentația de Atribuire și a înlăturat din procedură un ofertant al cărui produs nu doar îndeplinea cerințele tehnice impuse, dar avea și prețul cel mai bun.

III. MOTIVE PRIVIND CONFORMITATEA OFERTEI ...

2.1. Considerații preliminare:

În cazul ..., în cazul produselor ofertate în cadrul ambelor loturi, autoritatea a interpretat în mod greșit că produsele ofertate nu îndeplinesc cerințele tehnice, după cum vom demonstra mai jos.

Contestatorul a formulat în termen Solicitarea de clarificări nr. 350/22.03.2023 la documentația de atribuire - cu privire la Lotul 2, dar autoritatea contractantă NU a răspuns solicitării de clarificări până în cea de-a 11 zi înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, astfel cum se prevede în documentația de atribuire (Secțiunea II - Instrucțiuni pentru ofertanți cu privire la atribuirea Contractului de furnizare echipamente medicale - pag. 7 - penultimul paragraf.)

Solicitarea de clarificări viza o cerință minimă care era un element cheie pentru contestator, pentru înțelegerea și luarea deciziei de depunere a întregii oferte în asociere pentru Lotul 2, dar și pentru Lotul 1. Faptul că nu a primit un răspuns în termen, l-a prejudiciat, i-a periclitat interesele legitime și a atras formularea unei oferte care îndeplinea cerințele, dar pe care dacă ar fi avut mai mult timp pentru luarea deciziei de participare, o putea explica mai detaliat cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor din Lotul 1 și Lotul 2 pe care autoritatea contractantă consideră că nu le-a îndeplinit.

Contestatorul consideră acesta un caz de încălcare de către autoritatea contractantă a: principiului transparenței, a Legii nr. 98/2016 -

art. 2 (2), dar și a prevederilor - Secțiunea II - Instrucțiuni pentru ofertanți cu privire la atribuirea Contractului de furnizare echipamente medicale - pag. 7 - penultimul paragraf

2.2. Cu privire la Lotul 1 - Sistem de pompe vacuum, containerizat

Prin Raportul procedurii, autoritatea a reținut că oferta este NECONFORMĂ pentru că Cerința C11 din secțiunea referitoare la Lotul 1 din punctul 4.1 al Caietului de sarcini nu este îndeplinită, reținând că *„Din propunerea tehnică și documentele anexe, reiese că pompele de vacuum NU sunt montate pe rezervoarele de vacuum așa cu autoritatea contractantă a solicitat prin specificația tehnică încărcată în SICAP”*.

Conform Caietului de sarcini - punctul 4.1. - Lotul 1 - Cerința C11, *„Pompa de vacuum - 3 bucăți (...) trebuie să fie montată pe rezervorul de vacuum, să aibă valva unisens care să prevină pătrunderea aerului în sistemul de vacuum.”*

Conform Ofertei tehnice depuse de contestatoare pentru Lotul 1, produsul oferat conține 3 pompe cu următoarele caracteristici: „Pompele de vacuum sunt interconectate cu rezervoarele de vacuum, sunt dotate cu supapa de reținere internă care previne patrunderea aerului în sistemul de vacuum, corespondența tehnică la pag 7 din „Specificatii tehnice statii vacuum”.

Așa cum reiese din Specificațiile tehnice depuse în susținerea ofertei de la Lotul 1 (Anexa 7 - în extras), pompele sunt montate pe rezervoarele de vacuum, în sensul că sunt interconectate cu acestea, astfel încât să asigure o soluție funcțională, fiabilă și redundantă în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini.

Soluția propusă îndeplinește integral cerințele solicitate referitoare la debit aspirat, puterea nominală, sisteme de control, filtrare și siguranță la cel mai înalt standard în domeniu medical. Totodată, dimensiunile stației oferite se încadrează în suprafața spațiului solicitat.

Din formularea motivului de respingere se înțelege că autoritatea contractantă reinterpretează cerința 11 în etapa evaluării ofertei, în sensul că lasă acum să se înțeleagă că pompa ar trebui să fie deasupra, poziționată vertical, peste rezervorul de vacuum, nu doar montată pe/interconectată cu acesta.

Această reinterpretare a propriei cerințe tehnice de către autoritatea contractantă este nelegală, având în vedere că, pe de o parte, produsul oferat de ... îndeplinește cerința ca pompa / pompele și rezervorul să fie montate (conectate), iar, pe de altă parte, dacă ar fi intenționat să impună acest tip de cerință excesiv de detaliată cu privire la poziționarea în spațiu a pompei față de rezervor, atunci autoritatea trebuia să fie clară și explicită în formularea cerinței și să indice în afara oricărui dubiu că pompă trebuie să fie montată deasupra / peste rezervorul de vacuum. Cu atât mai mult cu cât acest tip de solicitare nu are nicio justificare, neexistând vreo constrângere sau vreo limitare legată de spațiul în care urma să fie amplasată stația, care să nu permită o altă poziționare a pompei/pompelor decât deasupra rezervorului.

Dacă ar fi existat o astfel de limitare, atunci ar fi fost adusă la cunoștința ofertanților prin caietul de sarcini. Or, este evident că produsul oferat de ... îndeplinește cerințele privind încadrarea în dimensiunile

maxime și corespunde cerințelor de încadrare în spațiul vizat de autoritate, fiind considerat conform din acest punct de vedere.

2.3. Cu privire la Lotul 2 - Stație de aer comprimat

Prin Raportul procedurii, autoritatea a reținut că oferta este NECONFORMĂ pentru că Cerința C74 din secțiunea referitoare la Lotul 2 din punctul 4.1 al Caietului de sarcini (Anexa 2) nu este îndeplinită, reținând că „Echipamentul oferat nu respecta cerința autorității contractante, respectiv s-a solicitat ca filtrul bacterian să fie confecționat din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borosilicat, și s-a oferit element filtrant confecționat din material hidrofob impregnat cu fibră de sticlă”.

Conform Caietului de sarcini - punctul 4.1. - Lotul 2 - Cerința C74, filtrul antibacterian din dotarea stației de aer comprimat trebuia să fie confecționat din material impregnat cu borosilicat. Și în acest caz autoritatea contractantă a evaluat greșit oferta depusă de ..., considerând în mod eronat că aceasta nu îndeplinește cerința mai sus menționată, fără a solicita clarificări sau lămuriri cu privire la caracteristicile materialului care impregnează filtrul oferat de ..., considerând nejustificat și fără o suficientă documentare că filtrul impregnat cu fibra de sticlă nu corespunde cerinței sus-enunțate.

Așa cum rezultă din Caracteristici tehnice filtru antibacterian stație tratare aer medical (Anexa 7) indicate drept referință de contestator pentru îndeplinirea cerinței C74, materialul cu care este impregnat filtrul oferat este fibra de sticlă - în descrierea în engleză a acestuia - „glass fiber”.

Evaluarea autorității este greșită pentru că este de notorietate că unul dintre cele mai răspândite și utilizate tipuri de fibră de sticlă existente în orice industrie este un borosilicat.

A se vedea în acest sens:

- Definițiile comune ale noțiunilor de fibră de sticlă regăsite la o simplă căutare - spre exemplu: "The most common type of glass fiber used in fiberglass is E-glass, which is alumino- borosilicate glass with less than 1% w/w alkali oxides, mainly used for glass-reinforced plastics. Other types of glass used are A-glass (Alkali-lime glass with little or no boron oxide), E-CR- glass (Electrical/Chemical Resistance; alumino-lime silicate with less than 1% w/w alkali oxides, with high acid resistance), C-glass (alkali-lime glass with high boron oxide content, used for glass staple fibers and insulation), D-glass (borosilicate glass, named for its low dielectric constant), R- glass (alumino silicate glass without MgO and CaO with high mechanical requirements as reinforcement), and S-glass (alumino silicate glass without CaO but with high MgO content with high tensile strength)" (În traducere: "Cel mai obișnuit tip de fibră de sticlă folosită în fibra de sticlă este sticla E, care este sticlă alumino-borosilicata cu mai puțin de 1% g/g oxizi alcalini, utilizată în principal pentru materialele plastice armate cu sticlă. Alte tipuri de sticlă utilizate sunt sticlă A (sticlă de var alcalin cu puțin sau deloc oxid de bor), sticlă E-CR (rezistență electrică/chimică; silicat de alumino-var cu mai puțin de 1% g/g oxizi alcalini, cu oxizi ridicate). rezistență la acid), sticlă C (sticlă de var alcalin cu conținut ridicat de oxid de bor, utilizată pentru fibrele discontinue de sticlă și izolație), sticlă D (sticlă borosilicată, numită pentru

constanta sa dielectrică scăzută), sticlă R (sticlă de silicat de aluminiu fără MgO și CaO cu cerințe mecanice ridicate ca armătură) și S-sticlă (sticlă de silicat de aluminiu fără CaO, dar cu conținut ridicat de MgO cu rezistență mare la tracțiune).

- Diversi producători de filtre pentru domeniul medical definesc materialul cu care acestea sunt impregnate în mod comun ca fiind fibră de sticlă sau microfibră borosilicată - a se vedea în acest sens extras de pe website-ul unui astfel de producător.

În realitate, termenul de fibră de sticlă include și noțiunea de borosilicat, astfel că în mod greșit autoritatea a interpretat eronat propria cerință în procesul de evaluare a ofertei ..., fără nicio documentare, fără a cere clarificări sau lămuriri suplimentare, considerând în mod nejustificat că aceasta nu îndeplinește cerința enunțată.

2.4. Considerații comune pentru Lotul 1 și Lotul 2

Comisia de evaluare nu a înțeles documentația de atribuire, necesarul, elementele achiziției și specificațiile tehnice, în acord cu necesarul său și al utilizatorilor - cadre medicale și nu a evaluat obiectiv și imparțial ofertele tehnice. Aceasta deși Autoritatea contractantă susține că a procedat la o consultare de piață, ceea ce rezultă din Fișa de date - pagina 1 și a întocmit un Caiet de sarcini detaliat. Cu toate acestea, Comisia de evaluare a procedat la interpretarea limitativă a cerințelor în contra scopului lor și a caietului de sarcini, ceea ce are ca efect general nu doar respingerea greșită a ofertei ca neconformă, ci restricționarea accesul ofertanților la procedura de achiziție prin impunerea unor specificații tehnice inexistente și se impune obstacole inutile și tardive.

Autoritatea avea obligația de a evalua oferta și de a verifica îndeplinirea cerințelor specificațiilor tehnice într-o manieră care să corespundă nevoilor sale în mod obiectiv, dar și care să respecte nivelul actual al tehnologiei.

Această obligație rezultă din prevederile legale de mai jos:

- art. 3 alin. (1) lit. (rr) din Legea nr. 98/2016;

- art. 155 alin (1) și alin (2) din Legea nr. 98/2016;

- art. 156 (1), (2) din Legea nr. 98/2016;

- art. 155 alin. 6 din Legea 98/2016 – extras "specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici";

- art. 9, 18, 20, art. 21, inclusiv art. 20 alin. 10 din HG 395/2016 - extras - specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

Or, din modul de evaluare a ofertei rezultă că respingerea ofertei ca neconformă este nejustificată, ilegală și nu ține cont de necesarul și scopul urmărit de autoritatea contractantă și NU se raportează la cerințe de performanță sau funcționale, așa cum prevede art. 156 alin. 1 lit. a din Legea 98/2016 – „(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele

normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități: a) prin raportare la CERINȚE DE PERFORMANȚĂ SAU CERINȚE FUNCȚIONALE, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de precisi pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul;”.

Comisia de evaluare, prin verificarea îndeplinirii specificațiilor tehnice de către oferta contestatorului nu a respectat prevederile art. 156 alin. 1 lit. b din Legea 98/2016 și art. 20 din HG 395/2016.

Așadar, comisia de evaluare avea obligația ca doar prin prisma performanței și funcționalității să interpreteze și să verifice îndeplinirea cerințelor ofertei:

- Pentru Lotul 1 - Sistem de pompe vacuum containerizat - Cerința C11 - montarea pompelor chiar pe rezervoare;

- Pentru Lotul 2 - Stație de aer comprimat - Cerința C74 - filtru bacterian din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borosilicat.

Mai mult, pentru Lotul 1 - Sistem de pompe vacuum containerizat - Documentația de atribuire - Secțiunea III - Specificația tehnică - indică la Secțiunea 1 că scopul specificației este de a preciza "caracteristicile funcționale și tehnice" și la Secțiunea 2.2. Cerințe de performanță și specifice - Stație de vacuum (1 buc) și încadrează Cerința nr. 11 - pompa de vacuum (3 buc) să fie montată pe rezervor de la Cerința nr. 15 rezervor de vacuum (2 buc), considerată eronată de comisie ca neîndeplinită de oferta contestatorului. Or, acesta îndeplinește cerința din punct de vedere al performanței, iar noțiunea de "specifice" se referă la specificitatea aparatului, nu la dreptul absolut al autorității de a interpreta această cerință după cum dorește în etapa evaluării ofertei tehnic, fără să țină cont de obiectul achiziției și de nr. produselor și componentelor produselor achiziționate.

Pentru Lotul 2 - Stație de aer comprimat - Documentația de atribuire - Secțiunea III - Specificația tehnică pentru Stație de aer comprimat - indică la Secțiunea 1 că scopul specificației este de a preciza "caracteristicile funcționale și tehnice", și la Secțiunea 2.2. Cerințe de performanță și specifice - Filtru Bacterian Bio-X - încadrează Cerința nr. 74 - filtru bacterian din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borosilicat - considerată eronată de comisie ca neîndeplinită de oferta contestatorului. Or, acesta îndeplinește cerința din punct de vedere al performanței, iar noțiunea de "specifice" se referă la specificitatea aparatului, nu la dreptul absolut al autorității de a interpreta această cerință după cum dorește în etapa evaluării ofertei tehnice.

Comisia de evaluare nu a respectat prevederile legale din HG nr. 395/2016, pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii nr. 98/2016: *art. 133 - (1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică; art. 134 (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru*

transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

Comisia de evaluare a nesocotit, a interpretat și aplicat eronat prevederile legale din Legea nr. 98/2016 - art. 154 -156 , 75, Normele metodologie aprobate prin HG 395/ 2016 - art. 123 (1), art. 133 (1), 134 (1), dar și Legea nr. 43/2003 - Legea drepturilor pacientului care la art. 2 prevede că „pacienții au dreptul la îngrijiri medicale de cea mai înaltă calitate de care societatea dispune, în conformitate cu resursele umane, financiare si materiale”. Comisia de evaluare nu a ținut cont de necesarul autorității, de Documentația de atribuire - Secțiunea II și de Specificațiile tehnice în ansamblul lor.

Contestatorul consideră că prin desemnarea drept câștigătoare a ofertei celui alt ofertant participant, comisia de evaluare și-a încălcat atribuțiile prevăzute de lege (Normele metodologice aprobate prin HG 395/2016 - Art. 127 - (1)5 lit. b), c), f), h), i), j), k), l), m).)

Susținerea autorității contractante cu privire la nerespectarea celor două specificații tehnice de către oferta contestatorului nu este justificată, nu este obiectivă, diminuează competiția, duce la discriminare și favorizează un anumit operator, nu ține cont de prevederile legale relative la asigurarea concurenței pe piață și nu țin cont de prevederile legale relative la întocmirea documentelor de atribuire, în special a caietului de sarcini din Legea nr. 98/2016 și a Normelor metodologie aprobate prin HG 395/2016. Cerințele tehnice minimale contestate sunt inadecvate, extrem de restrictive și generează riscul de descurajare a oricăror eventuali ofertanți.

Nu în ultimul rând, sunt încălcate astfel de către autoritatea contractantă principiile aplicabile achizițiilor publice prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, în special principiul tratamentului egal și al liberului acces la procedura de achiziție, prevăzute de art. 49 alin. 1 și 50 din Legea 98/2016 care interzic expres structurarea achiziției sau a anumitor elemente ale acesteia într-o manieră care să denatureze artificial concurența sau care pot favoriza un anumit operator economic.

Într-o speță similară, cu privire la interpretarea documentației de atribuire însă, prin Decizia 633/C9/626/2016, CNSC a decis că "au fost discriminați producătorii care fabrica produse cu alte caracteristici tehnice, care acoperă necesitățile autorității, aflați în imposibilitatea câștigării contractului. De altfel, NU AM FI IN FATA UNEI PROCEDURI COMPETITIVE DESCHISE DACA SE STABILEȘTE ANTERIOR DEMARĂRII PROCEDURII PRODUSUL CE S-A DORIT A SE ACHIZIȚIONA. In punctul său de vedere, Autoritatea Contractantă a susținut ca, pentru descrierea echipamentelor, s-au impus caracteristici tehnice minimale, dar aceasta nu înseamnă ca nu este restrânsa concurența dacă îndeplinirea cumulativă a tuturor specificațiilor tehnice conduc la ofertarea unui singur produs. După cum a precizat și contestatoarea, deși și ea și alți operatori economici care activează pe piața de profil au capacitatea de a oferta produse superioare din punct de vedere tehnologic celui solicitat de Autoritatea Contractantă prin specificațiile caietului de sarcini și care corespund necesităților obiective ale unei autorități de buna credință, este pusă în imposibilitatea

de a oferta un astfel de echipament, motivat de impunerea unor valori minime/maxime/fixe nejustificate."

Comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări cu privire la îndeplinirea cerințelor de către oferta subscrisei, conform prevederilor Legii nr. 98/2016 - art. 209 și Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 - art. 135 (1) și (3) , art. 137 (3) lit a) - care permite respingerea ofertei ca neconform doar dacă oferta nu îndeplinește "în mod corespunzător" prevederile caietului de sarcini. O astfel de obligație de solicitare de clarificări a fost instituită în mod special și expres și de către însăși autoritatea contractantă sau cel puțin rezultă din documentația de atribuire Secțiunea II - Instrucțiuni pentru ofertanți - pag. 4 - Instrucțiuni privind oferta - A. Modul de prezentare a propunerii tehnice - *"În acest scop pornind de la propria expertiză a ofertantului în domeniul contractului ce urmează să fie atribuit și prin raportare la necesitățile, obiectivele și constrângerile autorității contractante, astfel cum au fost acestea descrise în cadrul Caietului de sarcini, propunerea tehnică va cuprinde informații relevante privind abordarea propusă de ofertant pentru execuția contractului"* (...)

1)Descrierea echipamentului (...)

Specificațiile/cerințele funcționale propuse (inclusiv cele extinse)

Deviații de la specificațiile tehnice/cerințele funcționale solicitate și impactul acestora asupra îndeplinirii contractului

2) Modalitatea de îndeplinire a cerințelor referitoare la Asigurarea disponibilității în contextul cerințelor incluse în caietul de sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate Contractului - pag. 9 - 5 Instrucțiuni privind evaluarea ofertelor - *"Dacă este cazul, autoritatea contractantă transmite ofertanților prin intermediul SEAP clarificări cu privire la Propunerile Tehnice în vederea finalizării evaluării acestora"*.

Prin includerea în mod expres și în documentația de atribuire a unor astfel de prevederi, deși solicitarea de clarificări este un drept al autorității conferit deja de lege, rezultă indubitabil că intenția autorității a fost de a evalua în mod complet ofertele și de a oferi posibilitatea ofertanților de a explica modalitate în care produsele lor și specificațiile tehnice ale produselor lor sunt în conformitate cu *"cerințele de performanță sau cerințele funcționale"* solicitate de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, iar nu de a respinge ofertele în mod formalist și abuziv.

Autoritatea a preferat să manifeste o atitudine rigidă și abuzivă și să respingă intempestiv oferta contestatorului ca neconformă, cu încălcarea principiului transparenței, principiului proporționalității - prin aceea că comisa de evaluare nu asigură o corelație între necesitate - obiect contract- cerințele din documentație și interpretează acestea fără a ține cont de caracteristica lor de cerințe de performanță sau funcționalitate, principiul eficienței utilizării fondurilor publice, anihilând sistemul concurențial și desemnând câștigătoare oferta mai puțin avantajoasă economic, deși criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”. Aceasta în contextul în care oferta contestatorului îndeplinește scopul caietului de sarcini, cerințele per ansamblu și cerințele individuale și este mult mai avantajoasă economic decât oferta desemnată câștigătoare.

În acest context, potrivit Legii nr. 98/2016 - art. 209 (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, iar potrivit Normelor metodologice - Art. 134 (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

Or, în cazul de față, în contextul documentație de atribuire - Secțiunea II - Instrucțiuni pentru ofertanți și a celor citate, autoritatea contractanta nu are nici dreptul ca prin lipsa solicitării de clarificări cu privire la oferta subscrisei Lotul 1 - Cerința 11 și Lotul 2 - Cerința 74 să genereze un avantaj evident ofertantului desemnat câștigător.

Este evident că autoritatea contractantă a procedat la o analiză superficială și părtinitoare a documentelor depuse de subscrisea, dar și a ofertantului desemnat câștigător, mai ales că nu poate dovedi și nu se poate verifica că oferta câștigătorului îndeplinea cerințele de calificare, cerințele minimale și obligatorii solicitate prin Fișa de date și Caietul de sarcini și nici pe cele rezultate din prevederile legale, câtă vreme autoritatea a permis acestuia declararea întregii oferte tehnice și financiare drept confidențiale, cu nerespectarea Legii nr. 98/2016 - art. 57 (1) și (4).

Mai mult, o autoritate contractantă, responsabilă și preocupată de respectarea legii, de îndeplinirea necesarului său, de respectarea documentației de atribuire și de asigurarea drepturilor pacienților în contextul gradului ridicat de specificitate al serviciilor achiziționate, ar fi făcut uz de dreptul său legal de a desemna și experți cooptați, caz care poate ar fi dus la o evaluare corectă și legală a ofertelor pentru Loturile 1 și 2.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă favorizează oferta ofertantului desemnat câștigător și prin aceea că îi permite acestuia în mod greșit și nelegal să declare în mod nejustificat întreaga oferta ca fiind confidențială, după cum rezultă din Raportul procedurii. Prin aceasta autoritatea contractantă a încălcat Legea nr. 98/2016 - art. 57 (1) și (4) și art. 2 (2), îndeosebi principiul transparenței și tratamentului egal și proporționalității. O astfel de permisiune nu ține cont nici de art. 137 (2) lit. k) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 care, într-un astfel de caz, obliga autoritatea să respingă ca inacceptabilă oferta acelui ofertant, iar nu să o accepte ca atare și să o și declare câștigătoare.

AUTORITATEA POATE LUA MĂSURI DE REMEDIERE

În vederea soluționării cât mai urgente a situației, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016 - art. 9 (1), (3) - Art. 9

„(1) După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de

o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP.

(3) În situația în care contestatorul consideră că măsurile adoptate sunt suficiente pentru remedierea actelor invocate ca fiind nelegale, acesta trimite Consiliului și autorității contractante o cerere de renunțare la contestație. În acest caz, autoritatea contractantă nu mai are obligația de a comunica punctul său de vedere asupra contestației și celelalte documente necesare soluționării contestației.”

Contestatorul solicită studierea dosarului cauzei la Consiliu.

ÎN DREPT, contestatorul se întemeiază pe art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 - în special art. 154-156, art. 75, HG nr. 395/2016, pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii nr. 98/2016 - art. 123 (1), 132, 133, 134, și pe celelalte prevederi legale menționate și care rezultă din cuprinsul contestației.

ÎN CONCLUZIE, autoritatea contractantă a procedat la o analiză superficială a documentelor depuse de contestator în susținerea îndeplinirii cerințelor minimale și obligatorii solicitate prin Fișa de date și Caietul de sarcini și rezultate din prevederile legale, iar consecința directă este emiterea unor decizii incorecte și nelegale de către autoritatea contractantă.

Având în vedere aspectele prezentate mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. A2 3233/14.06.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 32055/14.06.2023, autoritatea contractantă formulează Punct de vedere la contestația depusă de ..., solicitând respingerea acesteia ca nefondată pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă susține că în urma evaluării propunerilor tehnice ale ofertanților înscriși la procedura de atribuire îndezbateră, respectiv ... și ..., oferta depusă de ... a fost declarată admisibilă pentru loturile 1 și 2, iar oferta depusă de ... a fost declarată neconformă pentru loturile 1 și 2, în baza art. 137 alin. 3 litera a) din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Evaluarea tehnică a comisiei autorității contractante s-a bazat pe documentele depuse în cadrul procedurii de atribuire.

Având în vedere solicitările efectuate de ..., ..., solicita Consiliului respingerea acestora și menținerea evaluării tehnice inițiale a ofertelor păstrând Raportul procedurii înregistrat cu nr. A2 3066 din data de 31.05.2023 și toate actele subsecvente, inclusiv Comunicarea privind rezultatul procedurii înregistrată cu nr. A2 3067 din data de 31.05.2023.

1. Referitor la solicitarea contestatoarei ... privind: „anularea Raportului procedurii înregistrat cu nr. A2 3066 din data de 31.05.2023 - punctele referitoare la calificarea, declararea drept acceptabilă, admisibilă, conformă și respectiv câștigătoare a ofertei depusă de către HOSPITAL SOLUTIONS S.R.L. pentru loturile 1 și 2”,

Autoritatea contractantă menționează faptul că în termenul stipulat în cadrul Legii nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, ... nu a solicitat autorității contractante accesul la dosarul procedurii pentru a putea stabili/concluziona prin intermediul reprezentăților desemnați de

către aceasta faptul că evaluarea comisiei desemnată de către autoritatea contractantă nu s-a efectuat conform prevederilor legale, și că oferta depusă de către ... nu îndeplinește cerințele autorității contractante din fișa de date, caietul de sarcini/specificația tehnică, ceea ce ar fi putut conduce la declararea ofertei depusă de către aceștia ca fiind neconformă/inacceptabilă/neadecvată.

2. Referitor la acuzația tendențioasă a contestatoarei ... privind nerespectarea prevederilor legale de către autoritatea contractantă, în ceea ce privește publicarea răspunsului la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, înregistrată cu nr. 350/22.03.2023 încărcată în SICAP în data de 23.03.2023 ora 09.40, autoritatea contractantă afirmă următoarele:

... a încărcat în SICAP solicitarea de clarificări sus menționată, în data de 23.03.2023 ora 09.40, aceasta fiind înregistrată la sediul autorității contractante în data de 23.03.2023 cu nr. A2 1682/23.03.2023.

Potrivit fișei de date, numărul de zile până la care se puteau solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor, fiind de 19 zile, iar termenul la care autoritatea contractantă trebuia să răspundă în mod clar tuturor solicitărilor de clarificări/informațiilor suplimentare în a 11-a zi înainte de termenul limită de depunere a ofertelor.

Având în vedere data limită de depunere a ofertelor, 03.04.2023, se poate observa în mod clar că solicitarea de clarificări a contestatoarei este tardivă, termenul limită de depunere a solicitărilor de clarificări fiind 15.03.2023, iar răspunsul consolidat al autorității contractante având termen: 23.03.2023.

Totodată, contestatoarea ... acuză autoritatea contractantă de faptul că prin nerăspunderea la solicitarea de clarificări sus menționată, aceasta a fost prejudiciată, i s-au periclitat interesele legitime și a atras formularea de către aceasta a unei oferte care îndeplinește cerințele, dar pe care o putea explica mai detaliat la modul de îndeplinire al cerințelor pentru loturile 1 și 2 pe care autoritatea contractantă consideră că aceasta nu le-a îndeplinit.

Motivele care au stat la baza declarării ofertelor depuse de către ... ca fiind neconforme pentru loturile 1 și 2 din cadrul procedurii, nu au nici pe departe legătură cu solicitările contestatoarei din documentul înregistrat cu nr. 350 și încărcat în SICAP în data de 23.03.2023 ora 09.40.

Autoritatea contractantă prezintă solicitarea de clarificări a contestatoarei precum și motivele pentru care oferta sa a fost declarată NECONFORMĂ.

SOLICITARE DE CLARIFICĂRI

„Lot 2 - Stație de aer comprimat - Cerințe de performanță și specifice SISTEM COMPRESOR CU ȘURUB, RĂCIT CU AER Cerința: Presiunea maximă trebuie să fie: 12 bari.

Cosiderând soluția constructivă a producătorului presiunea maximă furnizată este 13 bar. Valoarea de presiune maximă furnizată în timpul funcționării poate fi setată prin intermediul sistemului electronic de

control al compresorului la orice valoare de presiune intermediară în domeniul de presiune 6-13 bar.

Având în vedere cele prezentate vă rugăm să analizați posibilitatea extinderii domeniului de presiune maximă de lucru a compresorului la valoarea de 13 bar.

Cerințe de performanță și specifice

SISTEM COMPRESOR CU ȘURUB, RĂCIT CU AER

Controller stație

Cerința: Trebuie să aibă interfața ISP pentru intrare software.

Considerând soluția constructivă a producătorului pentru conexiune la sistemul electronic de control al compresorului prin interfața USB, vă rugăm să analizați posibilitatea extinderii specificației tehnice cu privire la interfața pentru software și acceptarea soluției echivalente de interfață tip USB.

Cerințe de performanță și specifice

SISTEM COMPRESOR CU ȘURUB, RĂCIT CU AER

REZERVOR AER COMPRIMAT - 2 BUC.

Cerința: Trebuie să respecte directiva EC 87/404 EEC și să fie fabricat conform reglementărilor AD 2000.

Considerând aplicabilitatea Directivei 87/404 EEC din 1987, actualizată prin Directiva 105/2009/EU, respectiv actualizată prin Directiva 29/2014/EU, strict asupra recipientelor sub presiune simple, vă adresăm rugămintea să acceptați în cadrul specificației tehnice și conformitatea vaselor de stocare a aerului medical executate în acord cu Directiva Europeană 93/42/EEC - Dispozitive medicale și fabricat conform reglementărilor AD 2000 (Regulament german aplicabil recipientelor sub presiune și altor echipamente sub presiune)."

MOTIVELE PENTRU CARE OFERTA ... A FOST DECLARATĂ NECONFORMĂ PENTRU LOTURILE 1 ȘI 2

Cu privire la Lotul 1 - Sistem de pompe vacuum, containerizat

Prin Raportul procedurii, autoritatea contractantă a considerat oferta neconformă, având în vedere faptul că cerința CI 1 nu este îndeplinită conform caietului de sarcini.

Astfel, autoritatea contractantă a solicitat ca pompa de vacuum „Trebuie să fie montată pe rezervorul de vacuum [...]”, operatorul economic însă, a oferit „Pompele de vacuum sunt interconectate cu rezervoarele de vacuum [...]”.

Soluția propusă de către operatorul economic, respectiv, pompele de vacuum sunt interconectate cu rezervoarele de vacuum, presupune desfășurarea instalației pe o suprafață mult mai mare, comparativ cu soluția care presupune montarea pompei de vacuum pe rezervorul de vacuum.

Sintagma „PE” presupune amplasarea pompei „deasupra” rezervorului, „peste” rezervorul de vacuum, poziționată vertical peste rezervorul de vacuum. Conform DEX sintagmele „pe”, „peste”, „deasupra” sunt SINONIME, astfel încât exprimarea autorității contractante este foarte clară și explicită, fără nicio reinterpretare așa cum încearcă să sugereze operatorul economic. Aceste sintagme nu sunt sinonime cu sintagma „interconectate”. Soluția tehnică a operatorului economic ... presupune

interconectarea la distanță a pompei cu rezervorul de vacuum, în exteriorul rezervorului, fapt evidențiat foarte clar în documentele depuse de către operator în cadrul procedurii de atribuire. Operatorul economic ... ar fi trebuit să solicite clarificări în situația în care ar fi avut vreun dubiu în ceea ce privește exprimarea autorității contractante, astfel încât acest aspect să fie foarte clar.

În evaluarea tehnică a ofertei depuse în cadrul procedurii de către operatorul economic ..., autoritatea contractantă a avut în vedere și faptul că soluția propusă de acesta pentru containerizarea pompelor, presupune ocuparea unui spațiu mare, spațiu de care autoritatea contractantă nu dispune. De altfel, operatorul economic a vizitat locația, cunoaște spațiul unde urmează să fie amplasat containerul și ar fi trebuit să ia în calcul suprafața pe care trebuie să fie amplasată instalația de vacuum.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu înțelege cum a prejudiciat și periclitat interesele operatorului economic ..., având în vedere faptul că în solicitarea de clarificări, care nici măcar nu a fost depusă în termen, nu pomeneste nimic despre modul de montare al pompelor de vacuum.

Cu privire la Lotul 2 - Stație de aer comprimat

Prin Raportul procedurii, autoritatea contractantă a considerat oferta neconformă, având în vedere faptul că cerința C74 nu este îndeplinită conform caietului de sarcini.

Astfel, autoritatea contractantă a solicitat ca filtrul bacterian „să fie confecționat din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borosilicat”, operatorul economic însă, a oferit „elementul filtrant este confecționat din material hidrofob impregnat cu fibră de sticlă”.

Din documentul depus de către operatorul economic ... în cadrul procedurii de atribuire, din caracteristicile tehnice ale filtrului antibacterian, reiese foarte clar, fără niciun dubiu, că filtrul oferit este impregnat cu FIBRĂ DE SLICLĂ „glass fibre”, NU BOROSILICAT, așa cum a solicitat autoritatea contractantă.

Este bine știut faptul că fibra de sticlă este o sticlă care se prezintă sub formă de fibre fine. Sticla borosilicată este un tip de sticlă, care are ca și constituenți principali trioxid de bor și silice. Pentru producția industrială a acesteia sunt necesare alte tehnici, din cauza temperaturii ridicate de topire. Durabilitatea superioară a sticlei borosilicate, rezistența chimică și la căldură o fac superioară fibrelor de sticlă obișnuite. Există o diferență foarte mare între „glass fibre” și „borosilicate glass”, diferență care are legătură cu durabilitatea, rezistența chimică și la căldură a filtrului, având în vedere mediul în care este folosit acest filtru (compresor care degajă căldură mare, mediu în care compresoarele funcționează alternativ 24h din 24 h). În niciun caz termenul de fibră de sticlă NU include și noțiunea de borosilicat, lucru foarte ușor de evidențiat la o simplă căutare pe internet.

În concluzie, autoritatea contractantă prin comisia desemnată, a efectuat evaluarea tehnică a propunerii tehnice depusă de către operatorul economic ... în conformitate cu HG nr. 395/2006 articolul 133 alin. (1) și (2), fără să aibă intenția de defavoriza operatorul economic

În fapt, autoritatea contractantă nu are niciun interes în a favoriza sau elimina anumiți operatori economici, ci numai în a achiziționa

echipamentul solicitat la un nivel de performanță ridicat, de ultimă generație care să respecte în totalitate cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini/ specificația tehnică.

În concluzie, conform prevederilor art. 147, alin. (2) din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare „În cazul în care, pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini”, drept urmare comisia de recepție desemnata de către ... va ține cont de specificațiile tehnice solicitate de către autoritatea contractantă și de propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător și în cazul în care constată că echipamentul livrat nu respectă standardele și/sau performanțele prezentate în propunerea tehnică, acesta va fi refuzat.

Conform prevederilor caietului de sarcini, termenul de remediere în cazul livrării unui echipament ce nu corespunde din punct de vedere tehnic, este de maxim 10 zile lucratoare de la data încheierii procesului verbal de recepție, în care va fi menționat clar de către autoritatea contractantă neconformitatea identificată.

Față de cele menționate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că au fost respectate prevederile din Secțiunea a 10-a „Procesul de verificare și evaluare” din HG 395/2016, precum și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 și consideră că nu sunt necesare măsuri de remediere.

Pe baza raționamentelor mai sus expuse, autoritatea contractantă consideră că evaluarea ofertelor depuse la procedură s-a efectuat cu respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice și solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca nefondată și dispunerea măsurilor pentru continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 97/05.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 36594/06.07.2023, contestatorul a transmis Concluzii scrise în urma studierii dosarului la Consiliu, în care precizează următoarele:

1. Cu privire la Lotul 1 - Sistem de pompe vacuum, containerizat - Cerința C11 - „Pompa de vacuum - 3 bucăți (...) trebuie să fie montată pe rezervorul de vacuum...”, se arată că și produsul ofertantului desemnat câștigător permite și alte variante constructive, adică permite montarea pompei/pompelor și deasupra rezervorului de vacuum, pe el sau pe sasiu orizontal sau vertical (vol. 3/3 - Partea a 2-a pag. 123-126), iar acest produs a fost considerat conform de către autoritatea contractantă, fără nicio solicitare de clarificări relativă la care anume variantă constructivă se ofertează.

Dintr-o astfel de atitudine, rezultă și că intenția și scopul autorității contractante cu privire la cerința C11 erau să fie asigurată interconectarea pompă - rezervor, să se asigure integral cerințele tehnice și funcționale solicitate referitoare la debit aspirat, puterea nominală, sisteme de control, filtrare și siguranța la cel mai înalt standard în domeniu medical. Totodată, este semnificativ pentru autoritate ca dimensiunile stației oferite să se încadreze în suprafața spațiului solicitat. Iar toate aceste cerințe de performanță și funcționale, inclusiv cerința generală pompă

montată "pe" rezervor, erau îndeplinite perfect și de oferta contestatoarei (Dosar CNSC vol. 3/3 - Partea 1 pag. 48-55).

Nu era permisă o reinterpretație a cerinței de către Autoritatea contractantă abia la momentul evaluării ofertei pentru a declara neconformă oferta contestatoarei, în lipsa unei veritabile analize și verificări a documentelor depuse, în lipsa solicitării de clarificări și a unei motivări corespunzătoare a neconformității.

Mai mult, în virtutea principiului transparenței și a tratamentului egal prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, a principiului interpretării obiective a specificațiilor tehnice (art. 155 alin. 6 din Legea 98/2016, art. 9, 18, 20, art. 21, inclusiv art. 20 alin. 10 din HG 395/2016) și a prevederilor art. 133, 134 din HG 395/2016 privind Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, autoritatea contractantă ar fi trebuit să respecte și prevederile art. 127 (1) lit. j) din HG 395/2016 privind Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 - j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii; autoritatea contractantă, trebuia să procedeze la o veritabilă analiză a documentelor depuse ca parte a ofertelor și să solicite clarificări:

- din partea contestatoarei cu privire la îndeplinirea cerinței, iar nu să declare în mod intempestiv oferta sa ca neconformă, introducând tardiv obstacole nejustificate față de o concurență efectivă între operatori;

- din partea ofertantului desemnat câștigător, iar nu să prezume cerința îndeplinită și declare automat oferta sa drept conformă și câștigătoare.

Din punct de vedere tehnic, contestatorul precizează și că:

- sistemul de pompe vacuum al contestatoarei permite montarea pompelor pe un sașiu orizontal sau, la nevoie, pe un sașiu vertical;

- sistemul contestatoarei, cu pompele de vacuum montate pe sașiu orizontal, permite adaptarea în funcție de spațiul disponibil întrucât se execută individual având în vedere spațiul disponibil la fiecare locație.

Deci oferta tehnică a contestatoarei îndeplinea cerința și trebuia declarată conformă.

2. Cu privire la Lotul 2 - Stație de aer comprimat - Cerința C74 - "filtrul bacterian să fie confecționat din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borisilicat, și s-a oferit element filtrant confecționat din material hidrofob impregnat cu fibră de sticlă".

Autoritatea contractantă, în virtutea atribuțiilor legale ale comisiei de evaluare, avea obligația de a manifesta o atitudine obiectivă, trebuia să procedeze la o veritabilă analiză a documentelor depuse ca parte a ofertelor și putea și trebuia să observe că din oferta contestatoarei rezulta că filtrul bacterian din fibră de sticlă, pentru filtrarea bacteriilor din aerul comprimat, montabil în aval față de filtrul de praf, era prevăzut ca filtru bacterian "opțional", deci acesta nu este încorporat, fiind interschimbabil (Dosar CNSC vol. 3/3 - partea 1 - pag. 193-194 - Specificații tehnice contestatoare).

Dacă autoritatea nu ar fi re-interpretat tardiv cerința sau dacă ar fi solicitat clarificări cu privire la modul de îndeplinire a cerinței, ar fi

observat că produsul contestatoarei îndeplinește aceleași cerințe de performanță sau funcționale sau unele superioare cu cele solicitate.

Mai mult, filtrul bacterian menționat de contestatoare în oferta sa ca opțional, interschimbabil este tot din material hidrofob, iar din punct de vedere al materialului de bază - sticlă (aspect care rezultă și din Punctul de vedere al autorității - pag. 5, paragraful final), autoritatea contractantă, înainte de a declara oferta neconformă, trebuia să analizeze oferta și să verifice dacă, oferta atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse pe care le implica să clarifice dacă filtrul "opțional" putea fi sau poate fi impregnat cu borosilicat și/sau dacă îndeplinește aceleași cerințe de performanță sau funcționale sau unele superioare și care este impactul acestora. (conf. HG nr. 395/2016, pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii nr. 98/2016: art. 133)

Din punct de vedere tehnic, contestatorul precizează și următoarele:

1. calitatea aerului filtrat obținut - ca element de performanță și funcționalitate semnificativ este cel puțin cea impusă de cerințele Farmacopeei Europene;

2. filtrul actual al ... din fibră de sticlă este cel puțin la fel de funcțional și performant și îndeplinește următoarele caracteristici sau unele superioare pe care le îndeplinește și filtrul câștigătorului impregnat cu borosilicat:

2.1 Reținerea microorganismelor;

2.2 Retenție totală pentru particule mai mari de 0,01 micron;

2.3 Nivel înalt de securitate biologică - aer steril - filtrul antibacterian furnizat de noi întrunește toate cerințele impuse de normativele în vigoare referitoare la calitatea aerului medical fiind un dispozitiv medical;

2.4 Nivel de reținere 0,01 μm reținere absolută a bacteriilor 99,9999%;

2.5 Filtrul a fost dimensionat pentru debitul solicitat în procedura tehnică dar poate fi dimensionat până la un debit de 330 Nmc/h;

2.6 Filtrul antibacterian poate fi dotat opțional cu sistem monitorizare presiune diferențială;

2.7 Soluția Drager implică filtre antibacteriene de unică folosință care asigură un nivel de securitate biologică mai mare (în opinia departamentului tehnic al contestatoarei), spre deosebire de filtrul antibacterian al câștigătorului - Autoclavabil, maxim 120 cicluri la 134 grade.

Contestatorul reanexează un fragment-extras din documentația tehnică unde a marcat pozițiile referitoare la filtrul antibacterian oferit de contestatoare precum și declarația de conformitate CE (parte a ofertei tehnice a contestatoarei), unde se face referire la toate standardele respectate.

Se arată că oferta tehnică a contestatoarei îndeplinea cerința și trebuia declarată conformă.

3. Considerații comune pentru Lotul 1 și Lotul 2

Contestatorul consideră că rezultă o lipsă de obiectivitate în descrierea cerințelor tehnice, dar mai ales în interpretarea lor și în evaluarea ofertei contestatoarei (Lot 1 - cerința C11 și respectiv Lot 2 -

cerința C74), în contextul în care autoritatea contractantă procedase la consultări de piață pentru determinarea valorii achiziției prin Anunțul MC1017821/15.12.2021 pe www.e-licitatie.ro., iar la acest anunț a răspuns doar ofertantul care ulterior a și fost desemnat câștigător, care a prezentat detalii cu privire la produsul său și a permis astfel autorității să se familiarizeze cu produsul său (Dosar CNSC vol. 2/3 - pag. 211-219).

Din Procesul-verbal de evaluare a ofertelor tehnice A2 3019/29.05.2023 (Dosar CNSC vol 2/3 - pag. 44, 46, 47, 67, 78, 97, 98) rezultă că Spitalul, deja familiarizat cu produsul ofertantului desemnat câștigător, a considerat că oferta câștigătorului este clară și la toate cerințele - "cerință îndeplinită conform propunere tehnică", nu a solicitat clarificări cu privire la oferta câștigătorului. Aceasta spre deosebire de oferta contestatoarei, unde autoritatea a considerat că unele aspecte îi sunt aspecte neclare ("se impuneau clarificări"), dar nici nu a solicitat clarificarea lor; ci pare că "a ales" dintre acestea cele două aspecte în discuție (Lot 1 - C 11, Lot 2 C74) drept pretexte pentru a putea declara direct neconformă oferta contestatoarei, cu nesocotirea prevederilor legale, inclusiv nerespectarea asigurării concurenței, a tratamentului egal și a transparenței.

La dosarul achiziției comunicat de autoritatea contractantă către CNSC se observă că autoritatea a depus Raportul nr. A2 789/14.02.2023 (Dosar CNSC vol. 2/3 - pag. 195-196), deși face referire la referatul de necesitate nr. A1152/07.02.2023, totuși, acesta nu se regăsește printre documentele depuse la dosar. Din Strategia de contractare și din Specificațiile tehnice depuse nu rezultă elemente suplimentare care să explice necesitatea și cerințele Lot 1 - C11 și Lot 2 - C74 (Dosar CNSC vol 2/3 - pag. 203-210). Prin urmare, autoritatea contractantă nu are nicio justificare documentară pentru modalitatea de stabilire, interpretare și re-interpretare tardivă a celor două cerințe în discuție și pentru neînțelegerea necesarului propriu, analiza superficială a ofertei contestatoarei declararea ca neconformă a ofertei contestatoarei sub pretextul neîndeplinirii respectivelor cerințe, în realitate în mod nemotivat și abuziv.

4. Motivele din contestație

Totodată, contestatorul își menține toate considerațiile, motivele și argumentele din contestația formulată, inclusiv cele menționate și în contestație la pag. 8-9, astfel:

„Din modul de evaluare a ofertei subscrisei, rezultă că respingerea ofertei ca neconformă este nejustificată, ilegală și nu ține cont de necesarul și scopul urmărit de autoritatea contractantă și NU se raportează la cerințe de performanță sau funcționale, așa cum prevede art. 156 alin. 1 lit. a din Legea 98/20162 - 1 (1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități: a) prin raportare la CERINȚE DE PERFORMANȚĂ SAU CERINȚE FUNCȚIONALE, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de precisi pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul.

Comisia de evaluare, prin verificarea îndeplinirii specificațiilor tehnice de către oferta subscrisei nu a respectat prevederile art. 156 alin. 1 lit. b din Legea 98/2016 și art. 20 din HG 395/2016. Autoritatea contractantă, dar pe care aceasta le consideră neîndeplinite de oferta noastră Așa-zisele cerințe tehnice exacte , fără a ține cont că îndeplinirea sau neîndeplinirea cerințelor se face prin prisma de noțiunii de "cerințe de performanță sau cerinței funcționale".

Considerăm că susținerea autorității contractante cu privire la nerespectarea celor două specificații tehnice de către oferta subscrisei nu este justificată, nu este obiectivă, diminuează competiția, duce la discriminare și favorizează un anumit operator, nu ține cont de prevederile legale relative la asigurarea concurenței pe piață și nu țin cont de prevederile legale relative la întocmirea documentelor de atribuire, în special a caietului de sarcini din Legea nr. 98/2016 și a Normelor metodologie aprobate prin HG 395/2016. Cerințele tehnice minimale contestate sunt inadecvate, extrem de restrictive și generează riscul de descurajare a oricăror eventuali ofertanți.

Nu în ultimul rând, sunt încălcate astfel de către autoritatea contractantă principiile aplicabile achizițiilor publice prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, în special principiul tratamentului egal și al liberului acces la procedura de achiziție, prevăzute de art. 49 alin. 1 și 50 din Legea 98/2016 care interzic expres structurarea achiziției sau a anumitor elemente ale acesteia într-o manieră care să denatureze artificial concurența sau care pot favoriza un anumit operator economic.

Într-o speță similară, cu privire la interpretarea documentației de atribuire însă, prin Decizia 633/C9/626/2016, CNSC a decis că "au fost discriminați producătorii care fabrica produse cu alte caracteristici tehnice, care acoperă necesitățile autorității, aflați în imposibilitatea câștigării contractului. De altfel, NU AM FI IN FATA UNEI PROCEDURI COMPETITIVE DESCHISE DACA SE STABILEȘTE ANTERIOR DEMARĂRII PROCEDURII PRODUSUL CE S-A DORIT A SE ACHIZIȚIONA. (...)"

II. NOTE CHELTUIELI DE JUDECATĂ

Având în vedere cererea din contestație pag. 2, ultima linie prin care contestatorul a solicitat obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea prezentei cauze, în temeiul art. 26 (9) din Legea nr. 101/2016, acesta solicită obligarea autorității contractante la plata sumei de 8.364, 36 de lei, constând în:

- 8.263,36 lei cheltuieli onorariu avocat conform contract (adică 6.944 de Lei + TVA) și
- 101 lei cheltuieli contravaloare copii xerox dosar.

Contestatorul a depus în copie:

- Contract de asistență juridică 574086/07.06.2023 - încheiat în ziua analizării situației, conceperii, redactării și depunerii contestației nr. 87/07.06.2023;

- Factura AP 247/15.06.2023 pentru suma de 8.263,36 lei (6.944 lei + TVA);

- Dovada OP ING din 21.06.2023 privind plata sumei de 8.263,36 lei;

- Factura MG 7911/04.07.2023 privind contravaloare copii xerox dosar pentru suma de 101 lei.

Prin adresa nr. 88/12.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 31358/12.06.2023, ... a transmis recipisa de consemnare nr. 209220631/2 din 09.06.2023, eliberată de CEC BANK – Sucursala Victoria, în valoare de 12.300 lei, reprezentând cauțiune pentru contestație.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„ECHIPAMENTE MEDICALE: 1. SISTEM DE POMPE VACUUM, CONTAINERIZAT, 2. STATIE DE AER COMPRIMAT”*, cod CPV 42122450-9.

În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Până la data limită de depunere a ofertelor au depus oferte un număr de 2 ofertanți, printre care și contestatorul, aspecte consemnate în Raportul procedurii nr. A2 3066/31.05.2023.

Potrivit aceluiași document, oferta contestatorului a fost respinsă, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de

Nemulțumită de rezultatul procedurii, contestatoarea ... a depus la Consiliu contestația în analiză, ce face obiectul dosarului nr. 1574/2023.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de ..., pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, ... critică decizia autorității contractante de respingere ca neconforme a ofertelor depuse pentru lotul 1 și 2.

În primul rând, Consiliul nu poate reține ca întemeiate alegațiile contestatorului referitoare la lipsa unui răspuns la o solicitare de clarificări privind conținutul documentației de atribuire, având în vedere stadiul procedurii de achiziție publică, respectiv finalizarea etapei de evaluare a ofertelor și comunicarea rezultatului procedurii. În condițiile în care contestatorul avea nemulțumiri cu privire la conținutul documentației de atribuire avea posibilitatea să o conteste în termenul legal prevăzut de dispozițiile art.8 din Legea nr.101/2026, ceea ce în cauză nu s-a întâmplat. Astfel că ofertantul contestator ..., ca dealtminteri toți participanții la procedura de atribuire, avea obligația să respecte toate cerințele acesteia, în conformitate cu dispozițiile art. 123 alin.(1) teza I din HG nr.395/2016, potrivit căroră *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.....”*.

Referitor la criticile privind respingerea ofertei depuse la Lotul 1 - Sistem de pompe vacuum, containerizat, Consiliul reține următoarele:

Conform Caietului de sarcini - punctul 4.1. - Lotul 1 - Cerința C11, s-a solicitat *„Pompa de vacuum - 3 bucăți (...) trebuie să fie montată pe rezervorul de vacuum, să aibă valva unisens care să prevină pătrunderea aerului în sistemul de vacuum.”*

Astfel, autoritatea contractantă a solicitat ca pompa de vacuum „Trebuie să fie montată pe rezervorul de vacuum [...]”, operatorul economic însă a oferat „Pompele de vacuum sunt interconectate cu rezervoarele de vacuum [...]”.

În aceste condiții, apar ca fiind pertinente susținerile autorității contractante potrivit cărora soluția propusă de către operatorul economic, respectiv pompele de vacuum sunt interconectate cu rezervoarele de vacuum, presupune desfășurarea instalației pe o suprafață mult mai mare, comparativ cu soluția care presupune montarea pompei de vacuum pe rezervorul de vacuum.

În opinia Consiliului, pertinente sunt și susținerile autorității contractante în sensul că soluția propusă de contestator pentru containerizarea pompelor presupune ocuparea unui spațiu mare, spațiu de care autoritatea contractantă nu dispune, cerințele tehnice din caietul de sarcini fiind solicitate în concordanță cu necesitățile autorității contractante. Relevant este și faptul că operatorul economic a vizitat locația, cunoaștea spațiul unde urmează să fie amplasat containerul și ar fi trebuit să ia în calcul suprafața pe care trebuie să fie amplasată instalația de vacuum.

În consecință, Consiliul apreciază că decizia de respingere a ofertei ... depuse pentru lotul 1 este justificată și are suport legal.

Referitor la criticile privind respingerea ofertei depuse la Lotul 2 - Stație de aer comprimat, Consiliul reține următoarele:

Prin Raportul procedurii, autoritatea contractantă a considerat oferta neconformă, având în vedere faptul că cerința C74 nu este îndeplinită conform caietului de sarcini.

Astfel, autoritatea contractantă a solicitat ca filtrul bacterian „să fie confecționat din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borosilicat”, operatorul economic însă a oferat „elementul filtrant este confecționat din material hidrofob impregnat cu fibră de sticlă”.

Din documentul depus de către operatorul economic ... în cadrul procedurii de atribuire, din caracteristicile tehnice ale filtrului antibacterian, reiese că filtrul oferat este impregnat cu FIBRĂ DE SLICLĂ „glass fibre”, NU BOROSILICAT, așa cum a solicitat autoritatea contractantă, aspect care nu a fost negat de contestator.

Însă, potrivit informațiilor existente în spațiul virtual (internet), Consiliul reține că definițiile regăsite sunt următoarele:

Fibra de sticlă („glass fibre) este o sticlă care se prezintă sub formă de fibre fine, care se realizează din sticlă specială. Fibrele de sticlă se folosesc drept cabluri de transmisie în telecomunicație, ca fibre textile, sau și ca materiale termoizolante și fonoizolante. Ele constituie unul dintre cele mai importante materiale de construcție, fiind rezistent la variații de temperatură, îmbătrânirea materialelor și la substanțe chimice agresive. Fibrele de sticlă în amestec cu alte substanțe plastice măresc elasticitatea și rezistența mecanică a acestor materiale.

Sticla borosilicată („borosilicate glass”) este un tip de sticlă cu principalele componente de formare a sticlei, silice și trioxid de bor. Borosilicatele sunt cunoscute pentru că au coeficienți foarte mici de dilatare termică, făcându-i rezistenți la șocul termic, mai mult decât orice

altă sticlă obișnuită. O astfel de sticlă este mai puțin supusă stresului termic și este folosită în mod obișnuit pentru construcția sticlelor de reactivi. Borosilicatul este vândut sub nume comerciale precum Borcam, Borosil, Suprax, Kimax, Pyrex, Endural, Schott sau Refmex.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că apar ca fiind pertinente susținerile autorității contractante potrivit cărora există o diferență foarte mare între „glass fibre” și „borosilicate glass”, diferență care are legătură cu durabilitatea, rezistența chimică și la căldură a filtrului, având în vedere mediul în care este folosit acest filtru (compresor care degajă căldură mare, mediu în care compresoarele funcționează alternativ 24h din 24 h) și că, în niciun caz, termenul de fibră de sticlă nu include și noțiunea de borosilicat, așa cum contestatorul a încercat să sugereze.

Încă odată, Consiliul reține obligația operatorilor economici de a respecta cerințele documentației de atribuire în elaborarea ofertei (deci și a caietului de sarcini, parte integrantă a acesteia), orice critică adusă conținutului documentației ulterior comunicării rezultatului procedurii fiind evident tardivă.

Prin urmare, Consiliul apreciază că decizia de respingere a ofertei ..., depuse pentru lotul 2, este justificată și are suport legal.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la necesitatea solicitării de clarificări privind ofertele tehnice depuse pentru lotul 1 și 2 din prezenta procedură, Consiliul le apreciază ca fiind nejustificate. În condițiile în care este vorba de 2 specificații tehnice suficient de clar descrise în caietul de sarcini, solicitarea unor clarificări prin care ofertantul contestator ar fi încercat să explice faptul că produsele oferite ar putea îndeplini cerințele într-un mod echivalent, în opinia sa, ar fi condus la apariția unui avantaj în favoarea acestuia, fapt nepermis de dispozițiile art.209 alin.(2) din Legea nr.98/2016. Orice ofertant participant la o procedură de achiziție publică are obligația de a depune oferta în strictă concordanță cu cerințele documentației de atribuire, în acest mod fiind respectate principiile tratamentului egal și al transparenței, întrucât toți competitorii au la dispoziție aceleași informații (documentația de atribuire). Câtă vreme specificațiile tehnice în discuție au fost precis stabilite în caietul de sarcini (pompa de vacuum „*Trebuie să fie montată pe rezervorul de vacuum-lotul 1; filtrul bacterian „să fie confecționat din material hidrofob (PTFE) impregnat cu borosilicat”-lotul 2*), ofertanții participanți trebuiau să depună ofertă cu respectarea cerințelor impuse sau să le conteste, evident în termenul legal, ceea ce în cauză nu s-a întâmplat.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.