



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. 1879/C8/1930

Data: 08.07.2024

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35033/05.06.2024, formulată de către, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având împotriva raportului procedurii nr. 7835/29.05.2024, emis de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Pansamente”, se solicită:

- anularea parțială a raportului procedurii nr. 7835/29.05.2024, în ceea ce privește loturile nr. 4, 5, 6, 7 și 8 în sensul declarării acceptabile și conforme a ofertelor depuse de contestatoare și, pe cale de consecință;
- obligarea autorității contractante să procedeze la desemnarea câștigătorului prin aplicarea criteriului „prețul cel mai mic”, luând în considerare și ofertele financiare ale societății contestatoare și să emită un nou raport al procedurii pentru loturile nr. 4, 5, 6, 7 și 8.

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 critică decizia autorității contractante de excludere a ofertei sale din procedură.

Contestatoarea prezintă motivele de nelegalitate astfel:

În raportul procedurii, publicat în 29.05.2024, deși inițial se afirmă că „în urma desfășurării procesului de evaluare, au îndeplinit cerințele minime din Caietul de Sarcini propunerile tehnice prezentate de următorii ofertanți:

(...) 12. - oferta admisibilă pentru loturile 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 17, 18, 19, 22." (pag. 5-6), ulterior se afirmă următoarele: „Comisia de evaluare a procedat la data de 24.02.2023, în farmacia spitalului, la evaluarea ofertelor mostrelor depuse", ocazie cu care s-ar fi determinat că în cazul ofertelor depuse de către societatea contestatoare pentru loturile 4, 5, 6, 7 și 8 „mostra nu corespunde specificațiilor din caietul de sarcini".

Contestatoarea susține că, soluția autorității contractante nu este corectă atât din punct de vedere al imposibilității descalificării ofertei sale urmare a analizării „mostrelor" cât și din punct de vedere al analizei greșite a mostrelor trimise pentru fiecare dintre cele 5 loturi supuse discuției.

Motive de netemeinicie și nelegalitate ce privesc soluția asupra tuturor loturilor contestate.

a. Neprecizarea unui temei pentru excluderea ofertelor societății contestatoare.

Primul motiv de nelegalitate invocat în această contestație privește neindicarea temeiului de drept și neîncadrarea în drept a excluderii ofertelor pentru loturile 4, 5, 6, 7 și 8.

Conform art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, oferta admisibilă este cea care nu este inacceptabilă, neconformă sau neadecvată.

Așadar, există trei motive distincte de excludere a ofertelor unui operator economic, anume calificarea acestora ca inacceptabile, neconforme sau neadecvate. Autoritatea contractantă nu indică vreunul dintre aceste trei motive de excludere, dar nici nu ia în considerare ofertele societății contestatoarei atunci când desemnează câștigătorii procedurii.

Mai mult, în același raport al procedurii din 29.05.2024, autoritatea contractantă afirmă chiar că ofertele contestatoarei pentru loturile 4, 5, 6, 7 și 8 sunt conforme și acceptabile din punct de vedere tehnic.

Neindicarea vreunui motiv și neîncadrarea acestui motiv în normele de drept ce guvernează achizițiile publice este o evidentă încălcare a dispozițiilor art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prin aceea că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a informa societatea contestatoare în mod corect și complet cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției.

b. Analizarea „mostrelor" în afara cadrului procedurii.

Conform raportului procedurii din 29.05.2024, mostrele depuse de ofertanți au fost analizate de 24.02.2023 în farmacia spitalului, iar conform aceluiași raport al procedurii, anunțul de participare a fost publicat în data de 16.01.2024.

Astfel fiind, mostrele au fost analizate anterior publicării anunțului, iar orice motiv pentru excluderea ofertelor contestatoarei bazat pe o analiză efectuată anterior publicării anunțului de participare este nelegal și trebuie înlăturat.

c. Imposibilitatea analizării îndeplinirii specificațiilor din caietul de sarcini prin raportare la mostre.

Din punctul de vedere al Legii nr. 98/2016 și al Normelor de aplicare, afirmația autorității contractante din raportul procedurii cum că „mostra nu corespunde specificațiilor din caietul de sarcini" conduce la ideea că ofertele contestatoarei sunt considerate neconforme.

Așadar, contestatoarea susține că deși autoritatea contractantă nu precizează, motivul de excludere al ofertelor societății sale pentru loturile 4, 5, 6, 7 și 8 a fost acela că ofertele au fost considerate neconforme.

Or, cu privire la analizarea neconformității ofertelor din punctul de vedere al respectării cerințelor minime din caietul de sarcini, autoritatea contractantă s-a pronunțat deja prin același raport al procedurii și prin procesul verbal nr. 5046/26.03.2024, considerând că ofertele sunt conforme și îndeplinesc cerințele minime din caietul de sarcini.

Autoarea contestației susține că soluția s-a schimbat după analizarea mostrelor solicitate și depuse de ofertanți, inclusiv de către societatea sa, analiză care invocă motive de neconformitate care țin de fapt de analiza ofertei tehnice și, mai exact, a specificațiilor tehnice din această ofertă.

Tocmai din această perspectivă, Autoritatea Națională pentru Achiziții Publice a emis o opinie, înregistrată sub nr. 9480/24.07.2017, în care afirmă că autoritatea contractantă nu poate folosi analiza mostrelor pentru a verifica conformitatea cu caietul de sarcini.

Deși a fost exprimată opinia că există o diferență între mostre și eșantioanele prevăzute de art. 179 lit. I din Legea nr. 98/2016 și despre care face vorbire A.N.A.P. în opinia evocată anterior, contestatoarea învederează faptul că nu a identificat în legislația privind achizițiile publice o altă referire la mostre sau eșantioane în afară de cea de la art. 179.

Mai mult, conform dicționarului explicativ al limbii române, cuvintele mostră și eșantion sunt sinonime, astfel încât nici interpretarea gramaticală a normelor legale nu poate justifica o diferență între cei doi termeni.

Chiar și conform caietului de sarcini din procedură, petenta arată că autoritatea contractantă folosește termenii de eșantion și mostră ca fiind sinonime și nu două noțiuni diferite (pag. 11 din caietul de sarcini).

Așadar, în realitate, mostrele solicitate de autoritatea contractantă și despre care face vorbire în paginile 14-16 din raportul procedurii sunt eșantioane, noțiunile fiind sinonime și folosite cu același înțeles pe tot parcursul procedurii, iar analiza eșantioanelor nu poate conduce la respingerea ofertelor ca neconforme pentru necorespunderea cu cerințele din caietul de sarcini.

Contestatoarea susține că atâta timp cât din analiza ofertei tehnice nu au rezultat motive de excludere, excluderea ulterioară după analiza eșantioanelor depuse de ofertanți este, conform opiniei A.N.A.P nelegală.

Din acest motiv, tot prin caietul de sarcini (pag. 3-4 pct. X, autoritatea contractantă stabilește măsurile ce vor fi luate în cazul în care produsele livrate nu vor respecta cerințele prevăzute în caietul de sarcini, anume că acestea vor trebui înlocuite de îndată cu unele corespunzătoare.

Autoarea contestației susține că nu este atributul autorității contractante să aprecieze asupra îndeplinirii cerințelor din caietul de sarcini prin măsurarea unor mostre (autoritatea contractantă nu este o entitate autorizată să efectueze astfel de măsurători), există măsuri de remediere în cazul în care produsele nu ar respecta standardele prevăzute de fișele producătorului și de caietul de sarcini.

3. Motive de netemeinicie referitoare la fiecare lot individual.

Contestatoarea arată că deși autoritatea contractantă afirmă în raportul procedurii că după analizarea mostrelor transmise a ajuns la concluzia că produsele oferite nu îndeplinesc cerințele minime din caietul de sarcini și deși se arată în raportul procedurii că mostrele au fost analizate în farmacia spitalului, mai multe detalii despre această analiză nu există.

Analizarea mostrelor, nu poate conduce la schimbarea deciziei luate după analizarea propunerii tehnice, cu privire la admisibilitatea ofertei, dar chiar și în cazul în care, prin reducere la absurd, ar fi așa, atunci datele și măsurătorile autorității asupra mostrelor ar trebui să respecte standardele științifice și să fie executate cu aparate calibrate și omologate.

Rămâne sarcina autorității contractante să dovedească faptul că măsurătorile despre care se face vorbire în raportul procedurii pot fi luate în considerare împotriva specificațiilor producătorului.

a. Referitor la lotul 4.

Produsele oferite pentru lotul nr. 4, respectiv Comprese NESTERILE 40cm x 40cm x 100bucati din tifon medical de minim 47.5 g/mp au, conform specificațiilor producătorului, o greutate de 48 g/mp.

În raportul procedurii se afirmă că greutatea mostrei măsurate ar fi de 45,6 g/mp și că acesta ar fi motivul excluderii ofertei societății contestatoare.

Standardul SR EN 14079 pentru tifon medical absorbant prevede metoda de măsurare a masei pe metru pătrat, după cum urmează:

„Încercarea de determinare a masei pe metru pătrat se efectuează la o temperatură de 20°C +/- 2 °C și o umiditate relativă de 65% +/- 5% după ce produsul a fost expus timp de 24h în această atmosferă.”

Urmează să se determine, analizând documentele încheiate de autoritatea contractantă cu ocazia măsurătorilor, dacă metoda de determinare prevăzută de standard, a fost respectată sau nu, iar în cazul în care nu există dovezi în sensul că metoda a fost respectată, atunci măsurătorile autorității nu pot fi luate în considerare și cu atât mai puțin în contra specificațiilor producătorului.

b. Referitor la loturile 5, 6 și 7.

Produsele oferite pentru loturile nr. 5, 6 și 7, respectiv feșe din tifon medical de minim 47,5 g/mp de dimensiunile 10/10 cm, 20/10 cm și, respectiv, 7/10 cm au, conform specificațiilor producătorului, un număr de 120±6 fire în urzeală și un număr de 100±6 fire în bătătură.

În raportul procedurii se arată că numărul de fire în urzeală măsurat de autoritatea contractantă ar fi de 104 și numărul de fire în bătătură măsurat de autoritatea contractantă ar fi de 80 pentru toate trei produsele.

Standardul SR EN 14079 pentru tifon medical absorbant prevede metoda de măsurare a firelor în urzeală și bătătură, după cum urmează:

„Încercarea de determinare a firului se efectuează la o temperatură de 20°C +/- 2 °C și o umiditate relativă de 65% +/- 5% după ce produsul a fost expus timp de 24h în această atmosferă.”

Urmează să se determine, analizând documentele încheiate de autoritatea contractantă cu ocazia măsurătorilor, dacă metoda de determinare prevăzută de standard, a fost respectată sau nu, iar în cazul în care nu există dovezi în sensul că metoda a fost respectată, atunci

măsurătorile autorității nu pot fi luate în considerare și cu atât mai puțin în contra specificațiilor producătorului.

c. Referitor la lotul nr. 8.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a decis să excludă oferta societății sale pentru lotul nr. 8 pe baza unor constatări empirice, afirmând că produsele din eșantionul pus la dispoziție, respectiv tifon medical ambalat lat 0,9 metri, ar avea margini care „se deșiră, are defecte de țesătură și prezintă scame”.

Este dificil de crezut că autoritatea contractantă va putea să probeze aceste constatări de vreme ce fișa de produs a fost deja analizată ca parte a ofertei tehnice și produsul a fost considerat conform cu cerințele din caietul de sarcini.

Contestatoarea afirmă că nu pot fi luate în considerare constatările din raportul procedurii de vreme ce nu au la bază nici un fel de metodă științifică de măsurare, nu se precizează persoanele care au efectuat constatările și nici calificarea acestora.

În concluzie, ... solicită Consiliului anularea parțială a raportului procedurii nr. 7835/29.05.2024, în ceea ce privește loturile nr. 4, 5, 6, 7 și 8 în sensul declarării acceptabile și conforme a ofertelor depuse pentru aceste loturi și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante să procedeze la desemnarea câștigătorului prin aplicarea criteriului prețului cel mai mic, luând în considerare și ofertele financiare și să emită un nou raport al procedurii în acest sens.

Prin adresa nr. 8521/10.06.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 36305/11.06.2024..... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă arată că ofertele contestatoarei pentru cele 5 loturi au parcurs etapele ce corespund evaluării garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, a evaluării conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, a evaluării propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice.

Odată ce au fost stabilite clasamentele intermediare pentru aceste loturi, le-au fost solicitate, în mod identic, ofertanților clasați pe primele 3 locuri, documentele-suport pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, precum și mostre de produs pentru aceste loturi, în cazul prin solicitarea de clarificări nr. 5777/09.04.2024. Prin caietul de sarcini și fișa de date, ambele reprezentând părți ale documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică, spitalul a prevăzut următoarea cerință:

"Ofertanții vor trimite eșantioane (mostre de produs) doar la solicitarea autorității contractante, iar aceste eșantioane vor reprezenta exact produsul final care ar urma să facă obiectul viitoarelor acorduri-cadru", tipărită cu majuscule în documentele precizate mai sus.

Mostrele de produs prezentate de pentru loturile contestate au fost evaluate de către comisie, concluziile acesteia consemnându-se în Procesul-verbal al ședinței de evaluare a eșantioanelor (mostrelor) nr.

7318/22.05.2024, în Procesul-verbal nr. 7593/23.05.2024 privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE (informații inserate, ulterior, în raportul final al procedurii).

Contestatoarea trebuia să transmită, inclusiv pentru loturile contestate, conform cerinței din caietul de sarcini, mostre care să reprezinte exact tipul de produs (același producător) pe care ar urma să îl livreze în eventualitatea încheierii unui acord-cadru cu spitalul.

Parametrii care au fost verificați de comisia de evaluare au fost calitatea țesăturii (s-a verificat ca aceasta să fie fără defecte, să nu fie lucioasă, să nu aibă pete) și, de asemenea, s-au verificat greutatea/m², precum și dimensiunile mostrelor de produse. În general, s-au verificat parametrii similari cu cei pe care îi verifică, ulterior, comisia de recepție.

În ceea ce privește greutatea mostrelor aceasta a fost verificată prin utilizarea unei balanțe de farmacie, marca AXIS, model BTA210D, balanță de mare precizie, calibrată și verificată metrologic.

De pildă, pentru Lotul 4 - COMPRESE NESTERILE 40 cm x 40 cm x 100 buc. din tifon medical de minimum 47,5g/m², mostra depusă de nu a îndeplinit criteriul privitor la greutatea minimă cerută prin caietul de sarcini. Astfel, oferta societății contestatoare pentru lotul 4 a fost declarată neconformă și a fost respinsă, având ca temei juridic prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 396/2016.

Comisia de evaluare a adoptat o atitudine pro activă, diligentă, prin reevaluarea întregului lot, ulterior depunerii contestației.

Astfel, s-au reevaluat toate mostrele transmise în cadrul loturilor 4, 5, 6, 7 și 8, atât cele ale contestatoarei, cât și cele ale celorlalți operatori care au depus oferte pentru loturile contestate respectiv

Cu ocazia reevaluării concluziile comisiei de evaluare nu au fost diferite. Astfel, contestatoarea a avut 5 mostre neconforme din totalul de 5 produse ce corespund loturilor contestate.

Fiecare dintre cele 5 produse trebuiau să aibă, printre altele, o anumită dimensiune, o greutate minimă de 47,5 g/m², fie că vorbim despre feșe, comprese sau tifon.

Astfel, conform procesului-verbal nr. 8456/07.06.2024 de reevaluare a eșantioanelor (mostrelor) pentru loturile nr. 4, 5, 6, 7, 8, comisia a constatat neconformitatea ofertelor cu privire la parametrii (cerințele) greutate, dimensiuni, desimea firelor.

Autoritatea contractantă învederează Consiliului următoarele particularități ale speței prezentate astfel:

1. În realitate, contestația privește conținutul documentației de atribuire, respectiv faptul că autoritatea contractantă a solicitat mostre (eșantioane) de produs. O astfel de critică este tardivă și nu poate face obiectul unei contestații ulterior datei limită de depunere a ofertelor.

2. Cu titlu exemplificativ, contestatoarea arată în documentele care alcătuiesc oferta tehnică faptul că greutatea produsului "*Comprese nesterile 40x40 cm*" este mai mare de 47,5 g/m². Spitalul nu poate reține ca pertinentă justificarea contestatoarei că și-a asumat fără echivoc toate caracteristicile produselor solicitate de către autoritatea contractantă, întrucât contestatoarea are obligația dovedirii modului în care-și îndeplinește

contractul. Rolul propunerii tehnice nu este de asumare a prevederilor caietului de sarcini, ci de dovedire a modului în care se va executa contractul. În mod similar, mostra vine să confirme informațiile ce se regăsesc în oferta tehnică.

3. Cerința din caietul de sarcini privitoare la transmiterea de eșantioane (mostre) nu se referă la produse similare, prin care autoritatea dorește să afle dacă operatorul economic a mai furnizat produse din această categorie. Caietul de sarcini face referire chiar la produsele pe care le va livra ofertantul, în situația în care va deveni câștigător al procedurii de atribuire.

În fapt, această prevedere de prezentare a eșantioanelor constituie tocmai propunerea tehnică, având rolul de a confirma caracteristicile pe care ofertanții le menționează în acea propunere tehnică.

Cerința în discuție, menționată în cadrul caietului de sarcini, este una justificată, nicăieri în legislația achizițiilor publice neexistând vreo normă care să interzică prezentarea eșantioanelor, descrierilor sau fotografiilor în dovedirea îndeplinirii specificațiilor tehnice, nu puține fiind domeniile în care există această practică: consumabile medicale, produse dezinfectante, reactivi de laborator, consumabile pentru imprimante și alte bunuri de gen, tocmai pentru a evita declararea unor specificații și livrarea unor produse cu alte specificații.

Autoritatea contractantă este singura în măsură să stabilească elementele în baza cărora va stabili conformitatea propunerilor tehnice depuse în procedură, respectiv dacă este necesară doar o descriere a modului de îndeplinire a contractului sau sunt necesare și eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor, al căror scop nu este numai de a fi comparate cu specificațiile tehnice oferite și cerințele caietului de sarcini, ci și de a fi păstrate pentru compararea cu produsele care vor fi livrate de către ofertantul câștigător.

4. Textul de lege invocat de contestatoare - art. 179 lit. I) folosește sintagma „eșantion”, care conform DEX, reprezintă *„Cantitate mică dintr-o materie care servește la determinarea caracteristicilor acesteia”*, în timp ce în prezenta documentație de atribuire se utilizează și termenul de *„mostră”*.

5. Prevederile documentației de atribuire (deci inclusiv cele referitoare la depunerea mostrelor) nu au fost contestate de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru operatorii economici care au depus oferte, care aveau obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentație.

În situația în care ofertantul contestator aprecia că solicitarea autorității contractante de a depune mostre este excesivă și depășește cadrul legal trebuia să conteste documentația de atribuire, respectiv Caietul de sarcini, în cadrul termenului legal. Neprocedând de această manieră, s-a născut obligația acestuia de a respecta prevederile Caietului de sarcini, inclusiv în ceea ce privește depunerea mostrelor solicitate.

6. În același timp, contestatoarea invocă, în susținerea contestației, un răspuns ANAP din anul 2017. Răspunsul solicitat prin intermediul

portalului Helpdesk concluzionează că *"nicio ofertă nu poate fi respinsă la evaluarea tehnică în baza verificării/evaluării eșantioanelor prezentate ca dovadă a îndeplinirii privind capacitatea tehnică."*

Autoritatea contractantă arată că consilierea metodologică din partea ANAP, punctele de vedere ale acestei instituții reprezentând interpretări proprii cu privire la legislația din materia achizițiilor publice, fără caracter obligatoriu.

7. Solicitarea de eșantioane se face tocmai din perspectiva precizată de spital, pentru verificarea conformității documentelor electronice și letrici ale ofertei tehnice cu realitatea, respectiv cu mostrele de produs în sine.

8. Ca urmare a unor probleme apărute și reclamate de secțiile spitalului, s-a hotărât că este utilă solicitarea de mostre în procedurile de achiziție, mostre ce vor putea fi verificate anterior încheierii contractelor, dar și ulterior, la fiecare livrare.

9. Faptul că oferta unui participant la o procedură este, la un moment anume, declarată ca admisibilă, nu înseamnă că ea va avea acest caracter și la finalul evaluării sau că ea va fi și câștigătoare, ceea ce este și cazul unora dintre ofertele care, a câștigat o serie de loturi ale procedurii, dar căreia i-au fost și respinse ofertele care nu au fost conforme, fie aceasta chiar spre finalul procedurii de licitație. Admisibilitatea este una etapizată și trebuie să se mențină până la momentul încheierii raportului procedurii.

10. Concluzionând, autoritatea contractantă consideră că derularea procedurii de achiziție a fost realizată cu deplină respectare a dispozițiilor legale în materie.

..... solicită Consiliului să constate că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate, că evaluarea ofertelor s-a realizat în mod corect, legal, cu respectarea principiilor ce guvernează sfera achizițiilor publice și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată ca neîntemeiată, cu menținerea Raportului final al procedurii în integralitatea lui, și ale tuturor actelor subsecvente.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. 40263/27.06.2024, ... a transmis "concluzii scrise" prin care argumentează temeinicia contestației formulate în lumina punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă astfel:

1. Referitor la motivul respingerii ofertelor

În punctul de vedere depus de autoritate se afirmă (cel puțin pentru lotul 4) faptul că ofertele ar fi fost respinse ca neconforme și că temeiul de drept ar fi art. 137 alin. (3) lit. a din Normele de aplicare ale Legii nr. 98/2016.

Contestatoarea arată că această afirmație vine ca o confirmare a faptului că în raportul inițial nu există vreo astfel de diferențiere, iar autoritatea contractantă încearcă să suplinească lipsurile actului întocmit în procedura de achiziție prin punctul de vedere depus în procedura contestației.

2. Referitor la necontestarea caietului de sarcini.

Caracteristicile tehnice înscrise în documentele ce atestă calitatea produselor, livrate de producător, sunt înscrise în aceste documente ca

urmare a unor măsurători efectuate controlat, în medii specifice, de instituții autorizate și acreditate pentru a efectua aceste măsurători. Contestatoarea a exemplificat în contestație modul și metodele prin care se măsoară caracteristicile produselor conform standardelor europene în vigoare. Autoritatea contractantă nu are nici acreditările, nici cunoștințele tehnice și nici capacitățile tehnice să efectueze măsurători în condițiile cerute sau să infirme caracteristicile trecute în fișele tehnice ale produselor.

Din acest punct de vedere, apare evident faptul că nici autoarea contestației și nici vreun alt participant în procedură nu avea vreun motiv să conteste caietul de sarcini sub aspectul cerinței transmiterii unor mostre la cerere, de vreme ce nici în caietul de sarcini nu se menționa așa ceva și nici legea nu permite respingerea ofertei ca neconformă urmare a analizării mostrelor.

3. Referitor la metodele de măsurare.

Autoritatea contractantă afirmă la fila 4 din punctul de vedere faptul că greutatea mostrelor „a fost verificată prin utilizarea unei balanțe de farmacie, marca AXIS, model BTA210D, balanță de mare precizie, calibrată și verificată metrologic”. Aceasta este singura mențiune privind metodele utilizate.

Respingerea ofertelor ca urmare a aprecierilor, de multe ori subiective, ale membrilor comisiilor de licitație sau a comisiilor de evaluare din cadrul acelorași autorități contractante deschide larg o poartă către invalidarea de plano a dispozițiilor legilor privind achizițiile publice.

4. Referitor la inexistența unor diferențe între eșantioanele prevăzute de lege și mostrele solicitate de autoritatea contractantă în această cauză

Autoritatea contractantă, la pagina 8 a punctului de vedere depus la CNSC recunoaște că acest punct de vedere al ANAP se aplică la speța dedusă soluționării Consiliului.

Astfel fiind, completul desemnat cu soluționarea contestației va trebui să o analizeze inclusiv prin analizarea răspunsului ANAP fără să mai existe vreo posibilitate de excludere a acestei opinii din cauză de vreme ce ambele părți sunt de acord că opinia se referă la situația din prezenta cauză.

În concluzie, contestatoarea susține că apărările autorității contractante sunt nefondate și inapte să conducă la o decizie de respingere a contestației și solicită Consiliului să ia în considerare și argumentele prezentate în concluziile scrise.

..... a transmis recipisa de consemnare nr. 210291506/1, în original, eliberată de CEC BANK Sucursala Bacău la data de 07.06.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 8.220,00 lei.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Pansamente”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru, este de 2.689.080,00 lei fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că operatorul economic a formulat contestație împotriva Raportului procedurii nr. 7835/29.05.2024, referitor la rezultatele pentru loturile nr. 4, 5, 6, 7 și 8 din cadrul unei proceduri de licitație deschisă. Contestatoarea solicită anularea parțială a Raportului procedurii în ceea ce privește aceste loturi, declararea ofertelor sale ca fiind acceptabile și conforme, și desemnarea sa ca și câștigător, prin emiterea unui nou Raport al procedurii.

Evaluarea ofertelor este un proces complex și obiectiv, ce trebuie să fie transparent și să se bazeze pe documentația de atribuire și informații concrete. Autoritatea comunică faptul că pentru loturile contestate nu au îndeplinit cerințele tehnice din caietul de sarcini, în special în ceea ce privește greutatea minimă a produselor. Comisia de evaluare a constatat neconformitatea mostrelor depuse de cu cerințele din caietul de sarcini.

Documentația de atribuire a specificat clar că ofertanții vor transmite mostre de produs la solicitarea autorității contractante, mostre care trebuie să reprezinte exact produsul final. nu a contestat această cerință în termenul legală, devenind astfel obligatorie.

XIII, MODUL DE ELABORARE A PROPUNERII TEHNICE

Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor din caietul de sarcini, în acest sens, ofertantul având obligația de a prezenta în propunerea tehnică toate caracteristicile solicitate, precum și de a-și asuma toate celelalte cerințe din Caietul de sarcini.

OFERTANȚII VOR TRIMITE EȘANTIOANE (MOSTRE DE PRODUS) DOAR LA SOLICITAREA AUTORITĂȚII CONTRACTANTE, IAR ACESTE EȘANTIOANE VOR REPREZENTA EXACT PRODUSUL FINAL CARE AR URMA SĂ FACĂ OBIECTUL VIITOARELOR ACORDURI-CADRU.

Nu se acceptă descrierea specificațiilor din propunerea tehnică a ofertantului cu sintagme de genul "conform caietului de sarcini", "ne însușim caietul de sarcini" ș.a.m.d., o astfel de modalitate de elaborare a propunerii tehnice urmând a conduce la declararea acestora ca neconformă. Propunerea tehnică nu trebuie să aibă caracter general.

Eventualele specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabricație sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, vor fi considerate "sau echivalent".

Specificațiile tehnice ale produselor prevăzute în prezentul Caiet de sarcini sunt minimale și reprezintă condiții obligatorii, în cazul nerespectării acestora, ofertele vor fi declarate neconforme, în elaborarea propunerii tehnice trebuie urmărite, punctual, cerințele minime ale caietului de sarcini și asigurată îndeplinirea fiecărei cerințe în parte.

Prin adresa nr. 5777/09.04.2024, autoritatea i-a cerut contestatoarei următoarele: "Vă solicităm transmiterea eșantioanelor (mostrelor) pentru loturile 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 19, 22. Eșantioanele vor reprezenta exact produsul cuprins în oferta dumneavoastră tehnică, respectiv ceea ce ar urma să livrați în urma încheierii acordului-cadru. Mostrele vor avea înscris de către ofertant numărul lotului procedurii de licitație, pe fiecare produs în parte, și vor fi transmise în ambalajele originale pentru a se putea identifica cu ușurință numele producătorului, dimensiunile, greutatea (acolo unde este cazul) și alte date necesare evaluării."

Autoritatea a analizat eșantioanele/mostrele trimise de operatorii economici participanți la procedură, rezultatele fiind următoarele:

	Sanrotex	Crio 2	Prodconfarm	Jesături Transilvănene
--	----------	--------	-------------	------------------------

Lot 4 - COMPRESSE NESTERILE min. 47,5g/ m ²	45,6 g/ m ²	53,43 g/ m ²	56,31 g/m ²	nu a participat
Lot 5 - FEȘE 10 cm/10 m	9,6 cm/10 m; 78 fire (b)x 102 fire(u)	10 cm/ 10 m; 98 fire (b) x 120 fire (u)	10 cm/ 10 m; 98 fire (b) x 116 fire (u)	10 cm/ 10 m; 97 fire (b) x 123 fire (u)
Lot 6 - FEȘE 20 cm/10 m	19,8 cm/10 m; 80 fire (b) x 104 fire (u)	20 cm/ 10 m; 98 fire (b) x 120 fire (u)	20 cm/ 10 m; 98 fire (b) x 116 fire (u)	20 cm/ 10 m; 97 fire (b)x 123 fire (u)
Lot 7 - FEȘE 7 cm/10 m	7 cm/ 10 m; 88 fire (b) x 110 fire (u)	7 cm/ 10 m; 96 fire (b) x 117 fire (u)	7 cm/ 10 m; 97 fire (b) x 116 fire (u)	7 cm/10 m; 97 fire (b) x 122 fire (u)
Lot 8 - TIFON MEDICAL ambalat la 0,9 metri	lățime 0,94 cm; marginile se deșiră, are defecte de țesătură, prezintă scame, material de calitate slabă, contrar celor menționate în oferta tehnică depusă	lățime 0,90 cm; margini întărite, fără fire deșirate, fără defecte în țesătură	lățime 0,90 cm; margini întărite, fără fire deșirate, fără defecte în țesătură	lățime 0,90 cm; margini întărite, fără fire deșirate, fără defecte în țesătură

Pentru loturile contestate, în cazul de față, comisia de evaluare a analizat:

- **Lotul 4:** Compresse nesterile 40 cm x 40 cm x 100 buc. din tifon medical de minimum 47,5 g/m²
- **Lotul 5:** Fese 10 cm/10 m din tifon medical de minimum 47,5 g/m²
- **Lotul 6:** Fese 20 cm/10 m din tifon medical de minimum 47,5 g/m²
- **Lotul 7:** Fese 7 cm/10 m din tifon medical de minimum 47,5 g/m²
- **Lotul 8:** Tifon medical ambalat la 0,9 metri de minimum 47,5 g/m²

Consiliul constată că Ofertele contestatoarei pentru cele cinci loturi au parcurs următoarele etape: Evaluarea garanției de participare; Evaluarea informațiilor din DUAE și a documentelor aferente; Evaluarea conformității propunerilor tehnice cu caietul de sarcini; Evaluarea propunerilor financiare și verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice și Solicitarea de clarificări și mostre.

După stabilirea clasamentelor intermediare, au fost solicitate documentele-suport pentru demonstrarea informațiilor din DUAE și mostre de produs pentru loturile în cauză. a primit solicitarea de a transmite mostrele pentru loturile respective. Conform caietului de sarcini și fișei de date, mostrele trebuiau să reprezinte exact produsul final care ar urma să fie livrat.

Mostrele prezentate de pentru loturile contestate au fost evaluate de comisie, iar concluziile au fost consemnate în procesele-verbale nr. 7318/22.05.2024 și nr. 7593/23.05.2024.

Detalierea analizelor mostrelor:

Lotul 4 - Compresse nesterile 40 cm x 40 cm x 100 buc. din tifon medical de minimum 47,5 g/m²:

- **SANROTEX: 45,6 g/m² (neconform)**
- Crio 2: 53,43 g/m² (conform)

- Prodconfarm: 56,31 g/m² (conform)

-: nu a participat

Lotul 5 - Fese 10 cm/10 m din tifon medical de minimum 47,5 g/m²:

- **SANROTEX: 9,6 cm/10 m; 78 fire (b) x 102 fire (u) (neconform)**

- Crio 2: 10 cm/10 m; 98 fire (b) x 120 fire (u) (conform)

- Prodconfarm: 10 cm/10 m; 98 fire (b) x 116 fire (u) (conform)

-: 10 cm/10 m; 97 fire (b) x 123 fire (u) (conform)

Lotul 6 - Fese 20 cm/10 m din tifon medical de minimum 47,5 g/m²:

- **SANROTEX: 19,8 cm/10 m; 80 fire (b) x 104 fire (u) (neconform)**

-: 20 cm/10 m; 98 fire (b) x 120 fire (u) (conform)

-: 20 cm/10 m; 98 fire (b) x 116 fire (u) (conform)

-: 20 cm/10 m; 97 fire (b) x 123 fire (u) (conform)

Lotul 7 - Fese 7 cm/10 m din tifon medical de minimum 47,5 g/m²:

- : 7 cm/10 m; 88 fire (b) x 110 fire (u) (neconform)

- Crio 2: 7 cm/10 m; 96 fire (b) x 117 fire (u) (conform)

- Prodconfarm: 7 cm/10 m; 97 fire (b) x 116 fire (u) (conform)

-: 7 cm/10 m; 97 fire (b) x 122 fire (u) (conform)

Lotul 8 - Tifon medical ambalat la 0,9 metri de minimum 47,5 g/m²:

-: **lățime 0,94 cm; marginile se deșiră, are defecte de țesătură, prezintă scame, material de calitate slabă, contrar celor menționate în oferta tehnică depusă (neconform)**

- Crio 2: lățime 0,90 cm; margini întărite, fără fire deșirate, fără defecte în țesătură (conform)

- Prodconfarm: lățime 0,90 cm; margini întărite, fără fire deșirate, fără defecte în țesătură (conform)

-: lățime 0,90 cm; margini întărite, fără fire deșirate, fără defecte în țesătură (conform).

Însă, în considerarea dispozițiilor art. 179 litera l) din Legea nr. 98/2016, solicitările de mostre (de către autoritatea contractantă) au natura unor cerințe care probează capacitatea tehnică a ofertantului de a executa viitorul contract, și nu conformitatea produselor propuse cu cerințele caietului de sarcini: Art. 179. - Operatorul economic **face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională** prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: l) [...] **esantioane**, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante.

Totodată, normele de aplicare a legii, aprobate prin HG nr. 395/2016, interzic includerea criteriilor de calificare în conținutul caietului de sarcini, sub sancțiunea neluării lor în seamă (fiind considerate clauze nescrise), prin art. 30 alin. (6): Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă **și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs** sunt considerate clauze nescrise.

Din interpretarea textelor legale mai sus menționate, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic/organizatoric al fiecărui operator economic

participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, **sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse în anunțul de participare, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise.**

Astfel că, în absența oricărei mențiuni din cuprinsul anunțului de participare, privind obligativitatea prezentării mostrelor, autoritatea contractantă nu putea face analiza ofertelor în raport cu clauza caietului de sarcini (clauza fiind considerată nescrisă, adică regulă inexistentă).

Din cauza caracterului ei de clauză nescrisă, în formularea actuală, aceasta nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției.

În acest context de drept, Consiliul subliniază că legiuitorul nu a interzis solicitarea de mostre, însă a impus să se regăsească în mod transparent la nivelul anunțului de participare. Prin urmare, cerința prevăzută exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, este lovită de o cauză de ineficacitate și nu poate produce efecte juridice.

Nimic nu oprea autoritatea contractantă să includă în anunțul de participare cerința în cauză regăsită în caietul de sarcini, mai ales că îi era necesară.

În acest sens, Consiliul consideră relevantă practica Curții de Justiție a Uniunii Europene:

- Hotărârea din 16 aprilie 2015, SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, pronunțată în Cauza C-278/14, ce statuează explicit faptul că principiile care guvernează materia achizițiilor publice se opun posibilității unei autorități contractante de a respinge o ofertă care respectă cerințele anunțului de participare;

- Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-42/13:

„42. Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”;

- Hotărârea din 26 ianuarie 2023, ... împotriva C-403/21, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare,

formulată în temeiul articolului 267 privind Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, conform căroră:

„61 În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, **autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-un caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități** care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

62 **Invers, autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de selecție.** O atare alegere s-ar putea explica în special prin faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar putea prefera de asemenea să menționeze aceleași obligații în cadrul condițiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punctele 88 și 89).

67 Prin intermediul celei de a doua întrebări, **instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.**

68 Astfel cum reiese din răspunsul dat la prima întrebare, **pentru a nu lipsi de substanță largă putere de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili criteriile de selecție pe care intenționează să le impună operatorilor economici drept condiții de participare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții, obligațiile rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de un contract de achiziții publice care urmează să fie atribuit nu se pot adăuga de drept în calitate de criterii de selecție la criteriile menționate expres în documentele acestui contract.**

69 Prin urmare, este necesar să se răspundă la a doua întrebare că **principiile proporționalității și transparenței** garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că **se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză”.**

Așadar, evaluarea ofertelor în procedura de achiziție publică nu a fost realizată cu deplină respectare a dispozițiilor legale și a cerințelor documentației de atribuire.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care

stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor financiare ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a 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, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este întemeiată, urmând să fie admisă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de, în contradictoriu cu pentru Loturile 2, 4, 5, 6, 7 și 8 și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare în partea ce privește evaluarea ofertelor contestatoarei. Va obliga autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse de, la loturile 2, 4, 5, 6, 7 și 8, cu luarea în considerare a acestora, pe aspectul analizat, în termen de maximum 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de, în contradictoriu cu pentru Loturile 2, 4, 5, 6, 7 și 8 și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare în partea ce privește evaluarea ofertelor contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse de la loturile 2, 4, 5, 6, 7 și 8, cu luarea în considerare a acestora, pe aspectul analizat, în termen de maximum 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.