CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ....
Data: ....

Prin contestația nr. 65/26.06.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26049/26.06.2018, SC ..... SRL, cu sediul în ..... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ....., reprezentată legal prin administrator ....., critică *„.....* aferent lotului 1, comunicat prin adresa nr. 30549/18.06.2018, de către ....., cu sediul în ..... autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, desfășurată online, având ca obiect încheierea acordului-cadru ***„Furnizare consumabile pentru epurare extrarenală și a dializei hepatice”,*** **anunț de participare nr. ……,** cod CPV: 33181520-3 consumabile pentru dializă renală (Rev.2), s-a solicitat *„adoptarea măsurilor de remediere a situației în cauză – prin acceptarea ofertei noastre, ca fiind conformă cu specificațiile caietului de sarcini, având în vedere dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016, (...)”.*

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

Prin contestația nr. 65/26.06.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26049/26.06.2018, SC ..... SRL critică *„rezultatul verificării propunerii tehnice pentru ofertele depuse în cadrul procedurii”,* aferent lotului 1, comunicat prin adresa nr. 30549/18.06.2018, de către ....., autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, desfășurată online, având ca obiect încheierea acordului-cadru ***„Furnizare consumabile pentru epurare extrarenală și a dializei hepatice”,*** **anunț de participare nr. ……,** s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

Petenta menționează că, prin adresa nr. 30549/18.06.2018, autoritatea contractantă i-a dus la cunoștință faptul că oferta sa depusă pentru lotul 1 *„Consumabile pentru dializă continuă cu heparină”* al procedurii de atribuire a fost respinsă, ca neconformă, pe motiv că nu corespunde specificațiilor tehnice ale caietului de sarcini.

Precizează că motivul invocat de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei sale constă în „afirmația” conform căreia societatea sa nu ar pune la dispoziție și seringa de heparină, în pofida faptului că nici în propunerea tehnică depusă, nici în răspunsul la solicitarea de clarificare nu a făcut această precizare.

Contestatoarea susține că, în propunerea tehnică depusă în etapa inițială a precizat, în clar, faptul că aceasta îndeplinește cerințele caietului de sarcini. Mai afirmă că: *„strict referitor la seringa de heparină, ne exprimăm în sensul în care punem la dispoziție și seringa de heparină.*

Mai arată că, în răspunsul la solicitarea de clarificări, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 26577/29.05.2018, a învederat faptul că niciun producător nu include, în kitul de terapii de substituție renală acută, și seringa de heparină.

Afirmând că a *„considerat că autoritatea contractantă se referă strict la capacitățile tehnice ale produselor, astfel cum ies de pe linia de producție”,* petenta susține că, în ceea ce privește *„inexistența seringii în componența kitului”* poate pune la dispoziție broșuri de la producătorii de pe piață, informațiile fiind publice pe site-ul acestora.

De asemenea, petenta a mai precizat că nu există nicio condiționare legată de utilizarea unui anumit tip de seringă sau producător și a specificat, în clar, faptul că utilizatorul poate opta pentru volumul seringii în funcție de diluțiile utilizate în terapiile efectuate.

Subliniază faptul că răspunsul său la solicitarea de clarificări a vizat strict informațiile din broșura IFU, pag. 99, iar precizările au fost efectuate în sprijinul autorității contractante și nicidecum nu a dorit să se înțeleagă că nu pune la dispoziția .....ui și seringa de heparină.

În același sens, precizează că niciun înscris depus de către societatea sa nu conduce către această concluzie, precum și faptul că *„nu a fost exclusă obligativitatea de a pune la dispoziție, alături de kit, o seringă pentru a fi folosită în cadrul terapiei”.*

Având în vedere cele expuse, SC ..... SRL afirmă: *„considerăm că motivul ofertei «nu puneți la dispoziție și seringa de heparină în kitul de filtru și linii pentru dializă continuă cu heparină» nu subzistă, întrucât, după cum am precizat, atât la început, în oferta tehnică, cât și ulterior, alături de kit punem la dispoziție și seringa”.*

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 67/28.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 26339/28.06.2018, SC ..... SRL a depus recipisa de consemnare nr. 204693864/1 din 27.06.2018 a sumei de 5.650,00 ron, emisă de CEC BANK ..... reprezentând cauțiunea prevăzută la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată prin O.U.G. nr. 45/2018.

Prin punctul de vedere nr. 34051/04.06.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 27296/04.06.2018, ... a solicitat respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Redând dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă apreciază că *„documentaţia de atribuire, alcătuită din fişa de date, caietul de sarcini, strategia de contractare, formularele necesare şi modelul de contract de achiziţie, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanţi, drept pentru care toate prevederile ei şi-au consolidat forţa obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât si pentru operatorii economici participanţi la procedura de atribuire”.*

În acest sens, învederează Consiliului faptul că, în caietul de sarcini, pentru produsul de la lotul 1 *„Kit filtru și linii pentru dializa continuă cu heparină”,* la poz.1, paragraful 3, autoritatea contractantă a specificat că acesta trebuie *„să dețină linie pentru administrarea de coagulant și seringă de heparină*".

Mai arată că, în cadrul ședinței comisiei de evaluare privind verificarea ofertelor tehnice depuse pentru lotul 1 al procedurii, comisia de evaluare a constatat că documentele depuse de către fiecare din cei trei operatori economici participanți la procedură nu relevă faptul că aceștia ar pune la dispoziție și seringa de heparină, pentru linia de administrare de anticoagulant, astfel cum s-a specificat în caietul de sarcini, împrejurare în care, prin adresele nr. 26210/24.05.2018, nr. 28684/07.06.2018 și nr. 28685/07.06.2018, comisia de evaluare le-a solicitat, printre altele, să precizeze dacă pun la dispoziție seringa de heparină.

Arată că, în adresele de răspuns la solicitările de clarificări, înregistrate la sediul autorității contractante sub nr. 28881/08.06.2018 și nr. 29305/11.06.2018, doi dintre ofertanți au precizat, clar și fără echivoc, faptul că pun la dispoziție și seringa de heparină, iar, în adresa nr. 26577/29.05.2018, ofertantul contestator SC ..... SRL a precizat următoarele: *„niciun producător nu include, în kitul de terapii_de_substituție renală acută și seringa de heparină. Nu există nicio condiţionare legată de utilizarea unui tip anume de seringă sau producător. Aparatul funcționează cu orice seringi de 50 ml sau 30 ml aflate în dotarea .....ui”.*

Autoritatea contractantă susține că, deși a formulat clar și precis solicitarea de clarificare, respectiv *„ (...), SĂ SPECIFICAȚI DACĂ PUNEŢI LA DISPOZIŢIE ȘI SERINGA DE HEPARINĂ*", răspunsul contestatoarei a fost ambiguu, cu referire la producător.

Astfel, deși nu a menționat că producătorul kitului să fie și producătorul seringii, afirmaţia petentei potrivit căreia aparatul ar funcționa cu orice seringi aflate în dotarea .....ui, a întărit convingerea comisiei de evaluare că ofertanta nu pune la dispoziţie seringa de

heparina, mai ales că nu a precizat faptul că ar pune la dispoziţie această seringă.

Astfel, în urma analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări mai sus menționate, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei depusă de SC ..... SRL, ca neconformă, întrucât aceasta nu corespunde cerințelor tehnice prevăzute în caietul de sarcini, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 65 alin. (1) și (2), art. 133 alin. (2) și art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

În opinia organizatoarei procedurii, afirmația petentei potrivit căreia niciun producător nu include, în kitul de terapii de substituție renală acută și seringa, *„nu își găsește rostul nici în răspunsul acesteia la soluționarea autorității contractante și nici în cuprinsul contestației formulată de acesta”.*

..... precizează că a solicitat seringa de heparină în caietul de sarcini, indiferent dacă aceasta ar fi fost pusă la dispoziție furnizorului de către producătorul kitului sau dacă ar fi fost achiziționată de furnizor de la alt producător/distribuitor de seringi.

Afirmă că, prin inserarea acestei specificații tehnice în caietul de sarcini, *„a vrut să se asigure de faptul că va avea și seringi pentru administrarea de heparină, puse la dispoziție de către ofertant, nu să pună în discuție ceea ce oferă sau nu oferă un producător”.*

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că afirmațiile contestatoarei privind faptul că *„răspunsul la solicitarea de clarificări a fost dat strict pentru informațiile din broșura IFU pag. 99”* nu se susțin, întrucât solicitarea comisiei de evaluare a fost foarte clară: *„vă rugăm să specificați dacă puneți la dispoziție și seringa de heparină”.*

Opinează că, în condițiile în care răspunsurile celorlalți doi ofertanți au fost: *„punem la dispoziție și seringa de heparină”*, acceptarea de către spital a ofertei depusă de SC ..... SRL, cu lipsa punerii la dispoziție a seringii de heparină, cerință prevăzută în caietul de sarcini ar fi echivalat cu încălcarea de către autoritatea contractantă a principiului nediscriminării și cel al tratamentului egal, prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și legii nr. 101/2016, precum și celelalte acte normative indicate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată documente ale dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 71/11.07.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 28178/11.07.2018, SC ..... SRL a transmis documentul intitulat „Concluzii”, cu privire la punctul de vedere al autorității contractante privind contestația sa.

Contestatoarea solicită Consiliului „să aveți în vedere oferta tehnică depusă de subscrisa în etapa inițială, ofertă în care precizăm clar că

îndeplinim prevederile caietului de sarcini", precizând totodată că va pune la dispoziția autorității contractante și seringa de heparină.

În opinia contestatoarei nici unul dintre ofertanți nu a înțeles solicitarea autorității contractante, întrucât în punctul de vedere aceasta precizează faptul că, din documentele prezentate de către operatorii economici care au depus ofertă pentru loturile în discuție, nu reiese că aceștia ar pune la dispoziție și seringa de heparină.

Susține că, din formularea autorității contractante inserată în documentația de atribuire potrivit căreia ofertanții trebuie *„să dețină linie pentru administrarea de anticoagulant și seringă de heparină"* nu rezultă foarte clar acest aspect, formularea permițând interpretări diferite.

Astfel, arată petenta, abia în punctul de vedere autoritatea contractantă a precizat, fără echivoc, faptul că a solicitat seringă de heparină indiferent dacă aceasta ar fi fost pusă la dispoziție furnizorului de către producătorul kitului sau a fost achiziționată de furnizor de la alt producător/distribuitor de seringi.

Redând dispozițiile art. 20 alin. (2) din H.G. nr. 395/20016, contestatoarea conchide că autoritatea contractantă a utilizat o descriere care a condus la depunerea unor oferte din care, unde precizează chiar ea, nu reiese că s-ar pune la dispoziție și seringa de heparină.

Reiterează faptul că prin propunerea tehnică depusă, societatea sa și-a asumat îndeplinirea acestei cerințe.

Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia *„acceptarea ofertei SC ..... SRL cu lipsa punerii la dispoziție a seringii de heparină (...) ar fi echivalat cu încălcarea principiului nediscriminării și cel al tratamentului egal prevăzute de dispozițiile Legii nr. 98/2016",* petenta solicită Consiliului să constate că „lipsa punerii la dispoziție" este o supoziție a autorității contractante, nesusținută de niciun document.

Contestatoarea susține că niciun înscris emanând de la societatea sa nu conduce către această concluzie, întrucât *„nu a fost exclusă obligativitatea de a pune la dispoziție, alături de kit, o seringă pentru a fi folosită în cadrul terapiei".*

Precizând că solicitarea de clarificări i-a fost transmisă de către comisia de evaluare cu mult înainte de transmiterea aceleiași solicitări către ceilalți ofertanți, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă *„putea lua în calcul încă o solicitare de clarificări pentru a lămuri, întrutotul aspectele neclare*".

Reiterând susținerea din cuprinsul contestației potrivit căreia motivul invocat de către autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei sale, respectiv *„nu puneți la dispoziție și seringa de heparină în kitul de filtru și linii pentru dializă continuă cu heparină",* nu subzistă, SC ..... SRL solicită Consiliului *„adoptarea măsurilor de remediere a situației în cauză prin considerarea contestației noastre ca fondată și prin obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității".*

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, desfășurată online, având ca obiect

încheierea acordului-cadru ***„Furnizare consumabile pentru epurare extrarenală și a dializei hepatice”***, cod CPV: 33181520-3 consumabile pentru dializă renală (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.....

Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 7.578.120,00 și 69.905.300,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Achiziția a fost împărțită în loturi de produse, numerotate de la 1 - 5, prin contestația de față fiind contestat **lotul nr.1 *„Consumabile pentru dializa continuă cu heparină”***, cu o valoare estimată între 4.039.360,00-22.596.800,00 lei, fără TVA.

La procedura de atribuire, pentru lotul nr.1 au fost depuse 4 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatoarei, oferte care au fost vizualizate în SEAP, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. nr.23059/09.05.2018 al ședinței de constatare a ofertelor depuse.

În urma evaluării tehnice a ofertei depuse de către contestatoare, comisia de evaluare, conform adresei nr. 30549/18.06.2018, a respins oferta depusă de SC ..... SRL, aceasta fiind declarată neconformă *„în temeiul art.215 alin.(5) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, art.65 alin.(1) și (2), art. 133 alin.(2) și 137 alin.(1) din HG nr.395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/ acordului cadru din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice.(...)”*.

Decizia astfel comunicată a fost atacată de către SC ..... SRL cu contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

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

Prin acțiunea promovată, SC ..... SRL critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca neconforme, considerând-o nelegală și susținând că oferta sa a răspuns întrutotul cerințelor caietului de sarcini.

În analiza pretențiilor contestatoarei, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

-prin punctul IV.4.1) *„Modul de prezentare a propunerii tehnice*”, al fișei de date, a fost impusă următorea rigoare: *„Propunerea tehnica va fi prezentata in conformitate cu specificatiile tehnice din caietul de sarcini si va contine descrierea produselor ofertate. Ofertantul are obligatia de a prezenta propunerea tehnica astfel încât sa se asigure posibilitatea verificarii corespondentei propunerii tehnice cu specificatiile tehnice prevazute în caietul de sarcini, astfel propunerea tehnica va contine un comentariu, al specificatiilor tehnice continute în caietul de sarcini, prin care sa se demonstreze corespondenta propunerii tehnice cu specificatiile respective, indicand numarul paginii, la care se regaseste fiecare cerinta a caietului de sarcini, in cadrul fiselor tehnice / documentatiei din partea producatorului.(…)”;*

- prin Caietul de sarcini, referitor la produsul din componența lotului nr.1 – *„Kit filtru si linii pentru dializa cu heparina plus seringa*

heparina", după cum rezultă din descriere, a fost impusă cerința expresă de a se include în ofertă *„**seringa heparina**",* cerința fiind reluată și la capitolul „*Consumabile folosite in aceste proceduri*", astfel:

„I. Kit filtru si linii pentru dializa continua cu heparina

-set de linii si filtre care sa suporte efectuarea fiecărei terapii de supleere renala (SCUF. CVVH, CVV1ID, CVVHDF);

-set de linii preasamblat pentru o mai facila efectuare a procedurii;

-liniile arteriala/ venoasa/ filtrat sa detina port de recoltare in situ si sa poata fi identificate prin coduri de culoare;

*-**sa detina linie pentru administrarea de anticoagulant si seringa de heparina** (..)."*;

-în oferta sa, contestatoarea, după cum recunoaște, nu a precizat în mod expres asigurarea seringii în litigiu;

- făcând aplicarea dispozițiilor **art.209, alin (2)** din **Legea nr.98/2016,** autoritatea contractantă a solicitat o clarificare, înregistrată sub nr.26210/24.05.2018, în care a cerut în mod **explicit și inechivoc** petentei *„să specificați dacă puneți la dispoziție și seringa de heparină";*

- prin adresa de răspuns, SC ..... SRL a menționat următoarele: *„referitor la întrebarea care face referire la kitul filtru și linii, atât pentru anticoagularea cu heparină, cât și cu citrat, aferent loturilor 1-3 menționăm că niciun producător nu include în kitul de terapii de substituție renală acută și seringa de heparină. Nu există nicio condiționare legată de utilizarea unui anumit tip de seringă sau producător. Aparatul funcționează cu orice seringi de 50 ml sau 30 ml, aflate în dotarea .....ui (...)".*

Față de cele reținute, Consiliul constată următoarele:

La prevederea expresă a documentației de atribuire, reluată prin clarificarea adresată (adresa nr. nr.26210/24.05.2018), autoritatea contractantă a precizat, fără echivoc, că **seringa de heparină** trebuia ofertată în cadrul lotului nr.1.

În oferta sa, după cum chiar contestatoarea recunoaște, nu a inclus respectiva **seringă de heparină.**

Totodată, la demersul diligent al ....., în loc să formuleze un răspuns concludent, din care să rezulte asigurarea sau nu a respectivei componente, contestatoarea a ales prin propria voință să exprime o serie de considerente din care nu a rezultat cu claritate că este dispusă să furnizeze respectiva seringă de heparină.

În situația dată, autoritatea contractantă a făcut în mod corect aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr.395/2016 *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă."* și a respins în mod legal oferta SC ..... SRL,

ca neconformă, pe motivul că răspunsul la solicitarea de clarificări nu a fost concludent, comisia de evaluare fiind obligată prin forța dispozițiilor art.137 alin.(1) din HG nr. 395/2016 să respingă o astfel de ofertă.

Având în vedere că autoritatea contractantă a oferit șansa societății contestatoare să precizeze dacă oferta sa include seringa în litigiu, iar petenta a ales în mod deliberat să nu răspundă concludent, susținerea acesteia că respectă întrutotul cerințele caietului de sarcini, nu poate fi de natura a înlocui propunerea tehnică sau răspunsul concludent pe care era obligată să îl remită la solicitarea de clarificări a autorității contractante.

Întrucât autoritatea achizitoare a făcut aplicarea dispozițiilor exprese ale:

- art.133 alin.(1) din HG nr.395/2016 *„(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.”;*

- art. 137 alin.(1) din același act normativ: „*Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme*.”;

iar petenta nu s-a conformat obligațiilor instituite prin dispozițiile:

- art. 75 din Legea nr.98/2016 „*Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informaţiile şi cerinţele prevăzute în documentele achiziţiei (…)”*;

- art. 134 alin.(5) din HG nr.395/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau* ***clarificările/completările transmise nu sunt concludente****, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”;*

acțiunea promovată fiind bazată pe invocarea neregularităților produse din culpa exclusivă a societății contestatoare, contrar principiului de drept „ *nemo auditur propriam turpitudinem allegans”* potrivit căruia nimeni nu poate invoca in susținerea intereselor sale propria sa culpă, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din actul normativ susmențional.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ..... SRL, cu sediul în ....., în contradictoriu cu ....., cu sediul în ....

Obligatorie.

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

....