C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 507/21.01..... (pentru Lotul 2), emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului cadru având drept obiect: „.....” cod CPV: 33181520-3, s-a solicitat: „.....”

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul arată că prin adresa nr. 507/21.01....., autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta depusă pentru lotul 2, a fost clasată pe locul 2, în clasament. De asemenea, în raportul procedurii nr. 340/15.01..... publicat în SICAP la data de 22.01..... se precizează faptul că în urma evaluării documentelor depuse pentru lotul 2, au fost considerate admisibile ambele oferte.
Raportat la cerințele caietului de sarcini, contestatorul descrie ofertele depuse de SC ..... SRL și SC ....SRL, pentru lotul 2, după cum urmează:

- Cerința caiet sarcini: *„Cartuș de hemofiltrare dedicat adsorbției citokinelor*”.
  - oferta SC ..... SRL. Produs ofertat: Cytosorb; producător: Cytosorbents Inc SUA; Cartuș de hemofiltrare dedicat adsorbției citokinelor, conform broșură produs.
  - oferta SC ....SRL. Produs ofertat: HA330. Producător: Jafron China. Cartuș de hemofiltrare dedicat adsorbției citokinelor. Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută

aceasta caracteristică tehnică. IFU producător, declarația de conformitate și broșura îl denumesc „cartuș hemoperfuzie”, nu cartuș hemofiltrare, în condițiile în care, cele 2 procese, hemoperfuzia și hemofiltrarea, sunt total diferite.

- Cerința caiet sarcini: *„Compatibil cu orice mașină hemofiltrare și circulație extracorporeală (CEC, ECMO)”*.
  - oferta SC ..... SRL: „Compatibil cu orice mașină hemofiltrare și circulație extracorporeală” - conform declarație producător Compatibil cu CEC si ECMO - conform broșură produs, pg. 2 și IFU produs;
  - oferta SC ....SRL: *„Compatibil cu orice mașină hemofiltrare și circulație extracorporeală (CEC, ECMO)”*.
  Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care sunt prevăzute aceste caracteristici tehnice (compatibilitatea cu orice mașina de hemofiltrare și circulație extracorporeală și compatibilitatea cu CEC și ECMO). Conform informațiilor publice, cartușul ofertat este compatibil numai cu mașina de hemofiltrare și circulație extracorporeală, nu și cu CEC, ECMO. Un produs care, conform IFU producător, poate funcționa cu flux de sânge de până la 200-250ml/min, nu poate fi promovat ca un dispozitiv care poate fi instalat pe CEC și ECMO, unde fluxul de sânge este de 4.000- .....000ml (prin produs trecând, datorită montării în by-pass a dispozitivului, un flux de sânge de 400-700ml/min). Un alt aspect care vizează incapacitatea de a rula pe CEC sau ECMO este dat de timpul recomandat de rulare a terapiei, specificat de asemenea în IFU, de 120-150min, în cazul produsului ofertat de SC ....SRL. ECMO este un sistem care susține funcția cardiacă și pulmonară zile întregi, nu doar minute. De asemenea, nu se precizează că este vorba despre orice/toate mașină/mașinile. Referitor la acest aspect, pe lângă insuficienta descriere a compatibilității cu circuitele de epurare extracorporeală existente pe piață, ofertantul SC ....SRL promovează un produs care nu poate rula în modul de terapie hemodiafiltrare veno-venoasă continuă, cea mai des utilizată în cazul pacienților critici, cei care, de altfel au nevoie de un cartuș adsorbant.
- Cerința caiet sarcini: *„volum cartuș: 300 ml”*. Modificare caiet sarcini urmare a solicitării de clarificări: *„minim 300 ml”*.
  - oferta SC ..... SRL: „volum cartuș: 300 ml”, conform produs.
  - oferta SC ....SRL: *„volum cartuș: 330 ml”*.
  Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică. La pacientul critic, instabil hemodinamic, câțiva ml de sânge pot face diferența.
- Cerința caiet sarcini: *„selectivitate moleculara: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni”.*

- oferta SC ..... SRL: „Selectivitate moleculară: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni, conform prospect produs, pg. 2”
- oferta SC ....SRL: *„Selectivitate moleculară: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni*”
Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică.

- Cerința caiet sarcini: *„Rezistență flux lent*”
- oferta SC ..... SRL: „Rezistență flux lent, conform broșura produs, pg. 2”;
- oferta SC ....SRL: *„Rezistența flux lent*”;
Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică, aceasta fiind o caracteristică foarte importantă a unui absorber - capacitatea de a nu se colmata la un flux de sânge scăzut (pe parcursul unui tratament de epurare extracorporeală pot apărea situații în care fluxul de sânge este scăzut, fie datorită unor probleme de acces vascular, fie datorită deteriorării semnificative a stării pacientului, iar înfundarea/colmatarea adsorberului poate duce la pierderea unei cantități de sânge care face diferența în cazul pacienților critici).
- Cerința caiet sarcini: *„Volum de sânge extracorporal: 120 ml Modificare caiet urmare a solicitării de clarificări: min 120 ml”.*
- oferta SC ..... SRL: „Volum de sânge extracorporal: 120 ml, conform broșura produs, pg-2”;
- oferta SC ....SRL: *„Volum de sânge extracorporal: 185 ml*.”
Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică. În cazul pacienților critici, instabili hemodinamic, este necesar a se lucra cu filtre, circuite, adsorbere, dispozitive în general, care înglobează volume de sânge cât mai mici, pentru siguranța pacientului. În cazul de față, diferența între volumele celor 2 adsorbere este de 50%. Toți producătorii de astfel de dispozitive încearcă să producă device-uri care înglobează volume cât mai mici de sânge.
- Cerința caiet sarcini: *„Preumplut cu clorură de sodiu 0,9%*”
- oferta SC ..... SRL: „Preumplut cu clorură de sodiu 0,9%, conform broșura produs, pg. 2”.
- oferta SC ....SRL: *„Preumplut cu clorura de sodiu 0,9%*”
Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică. Conform informațiilor publice, cartușul ofertat de SC ....SRL este preumplut cu apă pentru preparate injectabile (apa distilată), IFU produs, pg. 1.
- Cerința caiet sarcini: *„Sterilizare cu raze gamma*”
- oferta SC ..... SRL: „Sterilizare cu raze gamma, conform prospect produs, pg. 2”.
- oferta SC ....SRL: „Sterilizare cu raze gamma”.

Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică.

- Cerința caiet sarcini: *„Durata de viață: 3 ani”*. Modificare caiet sarcini urmare a solicitării de clarificări: *„2 ani”*.
  - oferta SC ..... SRL: durata de viață: 3 ani conform IFU produs.
  - oferta SC ....SRL: durata de viață: 2 ani.
  Observații: SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică.

În consecință, față de cele mai sus menționate, contestatorul solicită Consiliului adoptarea măsurilor de remediere, prin declararea ofertei depusă de SC ....SRL ca fiind neconformă cu specificațiile caietului de sarcini.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 3445/....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205207236/1, tranzacția nr. 821182991/1567693373 din data de ....., emisă de CEC Bank – sucursale Victoria, în valoare de 399,60 lei.

Conform dispozițiilor art. 611 alin. (5) – (.....) din Legea nr. 101/2016, „(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (.....) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”.

Prin adresa 925/04.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 4278/ 05.02....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, ofertele depuse precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă inadmisibilitatea contestației, din următoarele considerente:

- din conținutul contestație rezultă în mod explicit faptul că se solicită exclusiv adoptarea de măsuri de remediere *„prin declararea ofertei depuse de SC ....SRL ca fiind neconformă cu specificațiile caietului de sarcini”*;
- raportat la prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, rezultă în mod clar, că petitul de adoptare a unor măsuri de remediere, este unul subsidiar celui de anulare, neputând fi formulat în lipsa situației premise - aceea de anulare a actului autorității contractante care ar fi vătămat dreptul ori interesul legitime ale contestatorului;
- în speță, contestatorul nu a formulat cerere în anulare, așa cum impune norma de drept invocată;
- de asemenea, SC ....SRL a formulat contestație numai împotriva adresei nr. 507/....., or, nu acesta este actul care stabilește rezultatul

evaluării ofertelor și documentelor depuse de către cei doi ofertanți, acest act fiind raportul procedurii, acest act nefiind contestat.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca nefondată a contestației.

În preambul, autoritatea contractantă subliniază că anestezia și terapia intensivă (ATI) în chirurgia cardiacă este o supraspecialitate în cadrul anesteziei terapiei intensive generale, care utilizează materiale sanitare specifice pentru diferite tipuri de circulație extracorporeală (ECMO, circulația extracorporeală în bypasul cardiopulmonar, LVAD, hemofiltrare, hemodializă, etc.), în combaterea răspunsului inflamator sistemic apărut după intervenții chirurgicale pe cord deschis. Pentru aceasta, la întocmirea specificațiilor tehnice pentru materialele sanitare utilizate în anestezia și terapia intensivă din chirurgia cardiacă, pe fundamentul respectării prevederilor legale și a principiilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice se urmăresc două obiective majore: asigurarea accesului specialiștilor la materiale sanitare de calitate, conform cerințelor specialității și obținerea unor costuri cât mai reduse pentru aceste produse de calitate.

În ceea ce privește critica potrivit căreia *„SC ....SRL nu indică documentul în care este prevăzută această caracteristică tehnică”*, întâlnită la toate punctele din contestație, autoritatea contractantă precizează că acest ofertant a depus în cadrul ofertei tehnice Instrucțiunile de utilizare pentru produsul ofertat, înscris pe care l-a vizualizat chiar și contestatorul și care cuprinde referințele pentru caracteristicile tehnice avute în vedere de către comisia de evaluare.

În ceea ce privește cartușul *„de hemofiltrare dedicat adsorbției citokinelor”*, autoritatea contractantă menționează că denumirea lotului vizează *„tip cartuș adsorbant”*. Denumirea dată de producător *„Cartuș de hemoperfuzie de unică folosință”* nu schimbă caracteristicile produsului și principiul de acțiune ca adsorbant de citokine. De asemenea, subliniază că în hemoperfuzie sângele sau plasma circulă printr-o coloană care conține sorbenți specifici, adsorbția fiind singurul mecanism de eliminare. HA 330 este coloana de adsorbție, elimină mediatorii inflamatorii și reglează imunitatea corpului pentru pacienții critici din unitatea de terapie intensivă și cei supuși unei intervenții chirurgicale cardiace; înlătură citokinele excesive, oprește activarea sistemului complement, îmbunătățește hemodinamica pacientului.

Cu privire la compatibilitatea cu mașina de hemofiltrare și circulație extracorporeală, autoritatea contractantă arată că în Instrucțiunile pentru cartușul de hemoperfuzie de unică folosință, la capitolul *„Aplicație”*, este menționată utilizarea cartușului în circulația extracorporeală a sângelui.

De asemenea, precizează că fluxul de sânge recomandat în acest tip de cartuș de adsorbție este un flux lent, între 80-500 ml/min, care poate fi crescut gradual. Cerința era *„rezistență flux lent”*, fără a impune un anumit nivel maxim ori minim, trimitere la anumiți parametri nu este

susținută de cerința caietului de sarcini. Menționează totodată că acest tip de cartuș are un timp limitat de utilizare (2-6 ore) și nu poate fi utilizat zile întregi. Eficiența maximă a acestui tip de cartuș este în primele 6 ore, utilizat o dată pe zi.

În ceea ce privește volumul cartușului de adsorbție, conform răspunsului la clarificări s-a precizat că acesta să fie de minim 300 ml, autoritatea contractantă subliniind că această cerință este îndeplinită de către ambii ofertanți, contestatorul nemotivând care ar fi neconformitatea produsului ofertantului declarat câștigător. Pentru hemodinamica pacientului critic există metode specifice de corecție.

Referitor de selectivitatea moleculară, autoritatea contractantă menționează că intervalul de adsorbție este prevăzut în IFU.

În ceea ce privește rezistența la flux scăzut/lent, arată că accidentele posibile (colmatarea filtrului, pierderea unei cantități de sânge din cauza malfuncției filtrului, etc.), o monitorizare invazivă atentă și îngrijirile de specialitate aferente pot preveni și trata incidentele potențiale.

De asemenea, precizează că volumul de sânge extracorporeal existent se regăsește în IFU. Monitorizarea invazivă atentă și îngrijirile de specialitate aferente pot preveni și trata incidentele potențiale.

În ceea ce privește preumplerea cu clorură de sodiu 0,9%, autoritatea contractantă menționează că lichidul (apa) existent în cartușul de hemoperfuzie va trebui să fie eliminat în cadrul procedurii de prespălare cu soluție salină (clorura de sodiu 0,9%) 2.500ml, ceea ce înseamnă că acesta va fi preumplut cu clorura de sodiu 0,9% la inițierea tratamentului.

Referitor la sterilizare și durata de viață a acestui cartuș, autoritatea contractantă precizează că este menționată în Instrucțiunile de utilizare (sterilizare cu raze gama, durata de viață 2 ani).

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru, având drept obiect: „.....” cod CPV: 33181520-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare nr. ...../.....2018, conform căruia valoarea estimată a procedurii este cuprinsă între: 26.177,20 – 4.830.858 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității contestației formulată de SC ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere cu privire la contestație.

În opinia autorității contractante, excepția invocată este justificată prin faptul că SC ..... SRL solicită adoptarea de măsuri de remediere

prin declararea ofertei depusă de SC ....SRL ca fiind neconformă cu specificațiile caietului de sarcini, fără să solicite și anularea vreunui act al autorității contractante.

În soluționarea excepției, Consiliul va reține incidența prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*".

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că SC ..... SRL a indicat în contestație atât actele care, în opinia sa, sunt de natură să îi vatăme drepturi (raportul procedurii nr. 340/15.01..... în care este detaliată modalitatea de evaluare a celor două oferte depuse pentru lotul 2 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 507/21.01..... prin care i s-a adus la cunoștință poziția în clasamentul ..... prin aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul 2) cât și solicitările adresate Consiliului, constând în obligarea autorității contractante la declararea ofertei depusă de SC ....SRL pentru lotul 2 ca neconformă.

Referitor la susținerile autorității contractante potrivit cărora „SC ..... SRL a formulat contestație numai împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 507/....., or nu acesta este actul care stabilește rezultatul evaluării ofertelor și documentelor depuse de către cei doi ofertanți; acest act este raportul procedurii", Consiliul constată că autoritatea contractantă este în eroare deoarece la pag. 2 din contestație, SC ..... SRL a indicat atât faptul că este nemulțumit de modalitatea de evaluare a ofertei SC ....SRL cât și faptul că „în raportul procedurii nr. 340/15.01..... încărcat în SICAP în data de 22.01..... se precizează faptul că (...) au fost considerate ambele oferte admisibile", aspectele invocate de către autoritatea contractantă în sprijinul excepției inadmisibilității contestației putând fi considerate cel mult o neînțelegere de ordin lingvistic.

Având în vedere cele mai sus reținute, Consiliul va respinge ca nefondată excepția invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul reține că SC ..... SRL este nemulțumit de modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta situată pe locul 1 în ierarhia rezultată prin aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul 2, depusă de SC ....SRL.

Având a verifica modalitatea în care a analizat autoritatea contractantă caracteristicile setului pentru stările septice tip cartuș adsorbant ofertat de SC ....SRL, Consiliul constată următoarele:

În cadrul caietului de sarcini, care reprezintă necesitatea autorității contractante, este precizat în mod expres că se dorește achiziționarea

unui set pentru stările septice tip cartuș adsorbant având următoarele caracteristici tehnice:

„Cartuș de hemofiltrare dedicat adsorbției citokinelor
Compatibil cu orice mașină hemofiltrare și circulație extracorporeală (CEC, ECMO)
Volum cartuș: 300ml
Selectivitate moleculară: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni
Rezistență flux lent
Volum de sânge extracorporal:120 ml
Preumplut cu clorură de sodiu 0,9%
Sterilizare cu raze gamma
Durata de viață: 3 ani".

Prin adresa nr. 7598/29.10.2018 (pag. 182-183 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a răspuns unui operator economic interesat, sens în care a modificat specificațiile tehnice aferente lotului 2 astfel: „(...) *Răspuns 1: se acceptă durata de viață minim 2 ani pentru cartuș absorbant; (...) Răspuns 2: se acceptă cartuș absorbant cu volum de minim 300 ml; (...) Răspuns 3: se acceptă cartuș cu volum de sânge extracorporeal de minim 120 ml*".

În instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SICAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00005] FisaDate_DF1023194.pdf", la cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat că „Ofertantul va elabora propunerea tehnică în baza cerințelor prezentate în Caietul de Sarcini. Formular nr. 3 Operatorii economici vor depune la oferta tehnică Documentul care să ateste conformitatea produsului cu cerințele Directivei Consiliului 93/42/CEE - Declarație sau certificat de conformitate CE (conf. Directivei 93/42 CE) - aceasta va trebui depusă în traducere autorizată.

Solicitările de clarificări referitoare la prezenta documentație de atribuire, se vor adresa în mod exclusiv în SEAP la Secțiunea „Întrebări" din cadrul procedurii de atribuire derulate prin mijloace electronice, iar răspunsurile la acestea vor fi publicate în SEAP la Secțiunea „Documentație și Clarificări" din cadrul anunțului/invitației de participare, autoritatea contractantă urmând să nu dea curs solicitărilor adresate prin altă modalitate de comunicare decât cea stabilită. Operatorii economici au dreptul de a transmite oferta numai în format electronic și numai până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor".

Formularul 3 „oferta tehnică" din setul de formulare publicat în SICAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[...../00002] Modele de formulare-semnat.doc.p7s" a fost elaborat de autoritatea contractantă sub forma unui tabel de conformitate, în care există posibilitatea ca ofertanții să bifeze opțiunea „Conformitate" cu variantele „da" sau „nu" și să completeze informații referitoare la respectivele caracteristici tehnice (a se vedea pag. 23 din dosarul cauzei).

La pag. 8 din caietul de sarcini (pag. 27 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a precizat că *„Specificațiile, **caracteristicile tehnice menționate în caietul de sarcini reprezintă cerințe minimale**. **Ofertele care nu vor întruni cerințele minime vor fi respinse fiind considerate neconforme**. Ofertele care nu se încadrează strict în descrierea și condițiile impuse în prezentul caiet de sarcini vor fi luate în considerare numai în situația în care oferta respectivă presupune un nivel calitativ superior din punct de vedere al specificațiilor, caracteristicilor tehnice menționate în caietul de sarcini”*.

Analizând modalitatea în care autoritatea contractantă a structurat specificațiile tehnice ale setului pentru stările septice tip cartuș adsorbant se poate desprinde concluzia că necesitatea autorității contractante constă în achiziționarea unui set pentru stările septice tip cartuș adsorbant care are anumite caracteristici, cum ar fi:

- Selectivitate moleculară: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni;
- Rezistență flux lent;
- Preumplut cu clorură de sodiu 0,9%.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită produsului care urmează a fi furnizat să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unui set pentru stările septice tip cartuș adsorbant care să aibă anumite caracteristici funcționale (selectivitate moleculară: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni; rezistență flux lent) sau fizice (preumplut cu clorură de sodiu 0,9%) sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui fel de set pentru stările septice tip cartuș adsorbant deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unuia care să aibă anumite caracteristici și performanțe, printre care se regăsesc și cele enumerate mai sus.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost

impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Pentru demonstrarea îndeplinirii acestor cerințe antemenționate, ale autorității contractante, SC ....SRL a ales să depună oferta tehnică, sens în care a depus următoarele înscrisuri:

- formularul 3 din setul de modele de formulare completat cu specificațiile tehnice aferente lotului 2 fără să indice vreun model sau vreun fabricant al produsului ofertat pentru lotul 2 și fără să bifeze sau să completeze cu vreo informație coloanele *„Conformitate*" - *„Da*" sau *„Nu*" (pag. 214 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei);

- o copie a specificațiilor tehnice aferente lotului 2 (pag. 96 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei);

- instrucțiunile pentru folosire pentru *„cartușul de hemoperfuzie de unică folosință*" produs de Jafron Biomedical Co., Ltd (filele 94 - 96 verso din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei);

- broșura *„HA330 – Cartuș pentru hemoperfuzie de unică folosință*" produs de Jafron Biomedical Co. Ltd China, în limba engleză și traducere în limba română (filele 91 – 94 precum și fila fără număr aflată între filele 90 și 91 în dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei);

- declarații de conformitate și certificate CE (filele 85-90 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei).

Verificând, la rândul său documentele depuse de SC ....SRL în propunerea tehnică pentru lotul 2 raportat la necesitatea autorității contractante astfel cum a fost consemnată în caietul de sarcini, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- referitor la cerința autorității contractante ca produsul ofertat pentru lotul 2 să aibă selectivitate moleculară: substanțe cu masa moleculară până la 55.000 daltoni, în tabelul din broșura prezentată de SC ....SRL în oferta sa (pag. 92 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei) se precizează *„intervalul de absorbție: 0,5-60 kDa*";

- referitor la cerința autorității contractante ca produsul ofertat pentru lotul 2 să fie *„Preumplut cu clorură de sodiu 0,9%",* SC ....SRL a depus în oferta sa instrucțiunile pentru folosire pentru *„cartușul de hemoperfuzie de unică folosință*" produs de Jafron Biomedical Co., Ltd din care rezultă că produsul respectiv nu este preumplut cu clorură de sodiu 0,9%, ci trebuie umplut cu această soluție de către utilizator, în timpul pregătirii pentru utilizare;

- referitor la cerința autorității contractante ca produsul ofertat pentru lotul 2 să aibă *„Rezistență flux lent*", Consiliul reține că din documentele prezentate de SC ....SRL în oferta sa nu rezultă faptul că produsul HA330 ar avea această caracteristică.

Potrivit prevederile art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta care cuprinde și propunerea tehnică reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că produsul ofertat de către SC ....SRL nu respectă cerințele minime cu privire la selectivitatea moleculară, rezistența flux lent și preumplerea cu soluție de clorură de sodiu, astfel produsul ofertat nu corespunde necesității autorității contractante astfel cum a fost detaliată în cadrul caietului de sarcini.

Din analiza ofertei depusă de către SC ....SRL, nu rezultă că aceasta și-a asumat responsabilitatea de a livra un set pentru stările septice tip cartuș adsorbant cu caracteristicile minime stabilite de către autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini.

Prin depunerea ofertei, SC ....SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul caietului de sarcini.

Astfel că potrivit art. ..... din Legea nr. 98/2016, avea obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și deci implicit cu cerințele impuse în cadrul caietului de sarcini.

În cazul în care prevederile documentației de atribuire erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive sau imposibil de îndeplinit, SC ....SRL avea dreptul de a le contesta, potrivit prevederilor legale de la momentul luării la cunoștință a acestora, respectiv de la data publicării în SICAP a caietului de sarcini.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al ofertării unui set pentru stările septice tip cartuș adsorbant care nu respectă specificațiile tehnice din caietul de sarcini potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este produsul care îi este necesar și informațiile care trebuie incluse în propunerea tehnică.

În cauza C-131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca ..... depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SICAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00005] FisaDate_DF1023194.pdf" și caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertelor, SC ....SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul instrucțiunilor pentru ofertanți denumite generic fișa de date a achiziției, și al caietului de sarcini, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. ..... din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că prin oferta depusă, SC ....SRL nu a făcut dovada conformității specificațiilor tehnice oferite cu cerințele minimale obligatorii stabilite în caietul de sarcini și care reprezintă necesitatea / exigențele autorității contractante.

Potrivit art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația de participare/anunțul de participare și în documentele achiziției, **dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții**:*

*a) **oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției**, având în vedere, dacă este cazul, dispozițiile art. 162;*

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind capacitatea și, dacă este cazul, criteriile de selecție și nu se află sub incidența motivelor de excludere", obligație care nu a fost îndeplinită corespunzător de către autoritatea contractantă ..... care a ales să desemneze câștigătoare oferta SC ....SRL pentru lotul 2 în baza unor aprecieri subiective cum ar fi cele exprimate de autoritatea contractantă în punctul de vedere cu privire la contestație, potrivit căruia

- *„o monitorizare invazivă atentă și îngrijirile de specialitate aferente pot preveni și trata incidentele potențiale"* privind *„(...) rezistența la flux scăzut/lent, accidentele posibile (colmatarea filtrului, pierderea unei cantități de sânge din cauza malfuncției filtrului etc)"*

sau

- *„lichidul (apa) existent în cartușul de hemoperfuzie va trebui să fie eliminat în cadrul procedurii de prespălare"*.

Astfel, conform unei jurisprudențe constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie

2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6

noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele

42 și 43, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37). Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură (a se vedea Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 42).

Cerințele din caietul de sarcini cu privire la specificațiile minime ale produsului aferent lotului 2 și cele cu privire la modul de elaborare a ofertei sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În cadrul ofertei sale SC ....SRL a ales să depună broșura și instrucțiunile de utilizare ale unui produs a cărui selectivitate moleculară nu se încadrează în limita maximă de 55000 daltoni stabilită de autoritatea contractantă, nu este preumplut cu soluția de clorură de sodiu 0,9% ci trebuie umplut de către utilizator și nici nu are rezistență lux lent. Față de această situație, rezultă că produsul ofertat de contestator nu este conform cu cerințele/necesitățile autorității contractante.

Mai mult, Consiliul va reține că, declarând admisibile ambele oferte depuse, în deplină cunoștință a faptului că oferta SC ....SRL nu îndeplinește propriile sale specificații tehnice solicitate expres în caietul de sarcini (astfel cum rezultă din punctul de vedere cu privire la contestație), autoritatea contractantă nu a respectat nici principiile tratamentului egal și nediscriminării, statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că din documentele depuse de contestator în oferta sa rezultă că produsul ofertat de acesta pentru lotul 2 are rezistență la flux scăzut, este preumplut cu clorură de sodiu 0,9% și are *„selectivitate mărime < 55KD*" (a se vedea verso-ul filei 6 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei).

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, așa cum este prevăzut la art.

127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, 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 depusă de SC ....SRL pentru lotul 2 este fondată, urmând să fie admisă.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, forma în vigoare la data depunerii contestației, va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire în partea referitoare la rezultatul procedurii pentru lotul 2 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente, și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția inadmisibilității contestației, invocată de către autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii de atribuire în partea referitoare la rezultatul procedurii pentru lotul 2 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente, și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini