În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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 CNSC sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ...., împotriva raportului procedurii nr. ..., emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ...., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect ***...***, s-au solicitat următoarele:

- reevaluarea ofertei sale tehnice cu privire la lotul 11;
- accesul neîngrădit la documentația tehnică a câștigătorului.

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 raportul procedurii nr. ..., emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În cuprinsul contestației, ... învederează faptul că a suferit un abuz prin descalificarea de la acest lot.

Față de acest aspect, subliniază că diferențele de lungime de doar 2 cm în cazul bluzei (82 de cm, în comparație cu 80 cm solicitați), respectiv de numai 1 cm în cazul pantalonilor (121 cm, în comparație cu 120 cm solicitați) sunt nesemnificative, nu schimbă în vreun fel calitatea sau funcționalitatea produsului, mai ales că oamenii, în general, implicit și pacienții, nu au aceeași conformație corporală, lungimile bluzelor/ale pantalonilor fiind influențate de greutate și de înălțime. Chiar și presupunând faptul că ar conta diferența de centimetri, autoritatea contractantă ar fi fost obligată să accepte setul din perspectiva echivalenței tehnice, impuse de prevederile art. 156 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Pentru a fi în acord cu legislația achizițiilor publice, în

caietul de sarcini ar fi trebuit ca specificația lungimii să permită o anumită toleranță pentru a nu fi o cerință restrictivă.

În continuare, contestatorul redă o serie de aspecte vizând accesul la studierea dosarului achiziției la autoritatea contractantă.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ..., ... învederează următoarele:

Oferta depusă de ... a fost în mod corect respinsă ca neconformă, întrucât nu respectă cerințele tehnice obligatorii prevăzute în caietul de sarcini aferent ....

Specificațiile privind lungimea bluzei (80 cm) și lungimea pantalonilor (120 cm) au fost stabilite ca valori fixe, cu caracter imperativ, iar nu ca intervale sau valori orientative.

Contestatorul a înțeles să oferteze produse cu alte dimensiuni (82 cm, respectiv 121 cm), ceea ce reprezintă o abatere de la cerințele minime obligatorii.

Cerințele tehnice stabilite în documentația de atribuire au caracter obligatoriu și nemodificabil, conform art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă nu poate interpreta, ajusta aceste specificații după depunerea ofertelor, întrucât ar încălca principiile tratamentului egal, transparenței și nediscriminării prevăzute de art. 2 din aceeași lege.

Respingerea ofertei ... este legală, temeinică și obligatorie, întrucât operatorul economic nu a respectat cerințele tehnice impuse prin caietul de sarcini, iar autoritatea contractantă nu poate accepta produse care nu corespund parametrilor tehnici solicitați.

În ceea ce privește critica contestatorului privind studierea dosarului achiziției la autoritatea contractantă, organizatoarea procedurii arată că refuzul de a transmite documentația tehnică având caracter confidențial nu reprezintă un act de opacitate sau de lipsa de transparență, ci este expresia respectării stricte a obligațiilor legale ce incumbă autorității contractante. Prin urmare, consideră că solicitarea de a comunica documente confidențiale este contrară dispozițiilor Legii nr. 98/2016, iar refuzul de comunicare este pe deplin legal, temeinic și justificat.

Procedura de evaluare a fost derulată corect, transparent și în strictă conformitate cu legislația achizițiilor publice, iar evaluarea ofertelor s-a realizat exclusiv pe baza documentației de atribuire și cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind aplicate în mod uniform tuturor operatorilor economici.

În concluzie, ... solicită Consiliului respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii ca fiind temeinic și legal.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Având în vedere solicitarea contestatorului de a i se permite studierea dosarului cauzei, prin adresa nr. ..., Consiliul a transmis o invitație în acest sens, la care ... a dat curs fără ca, în termenul acordat sau până la data prezentei, să depună concluzii scrise.

... a constituit cauțiunea în cuantum de ...

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***..***, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....

Valoarea total estimată a achiziție este între ....

Pentru ..., vizat prin contestație, urmare a evaluării ofertelor primite, a fost încheiat raportul proceduri nr. ..., potrivit cu care oferta contestatorului a fost respinsă.

Nemulțumit de decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ... a depus contestația de față.

Cererea de studiu a dosarului cauzei, formulată de contestator, a fost admisă cu consecința punerii la dispoziția acestuia a tuturor documentelor dosarului achiziției în forma transmisă la dosar de către autoritatea contractantă.

Pe fond, Consiliul reține, din actele evaluării, că oferta contestatorului a fost respinsă, ca neconformă, deoarece nu a îndeplinit cerințele caietului de sarcini referitoare la dimensiunile costumului medical obiect al lotului, în sensul în care dimensiunile ofertate de contestator au fost, în cazul bluzei, de 82 cm față de 80 cm solicitați, iar în cazul pantalonului chirurgical, de 121 cm față de 120 cm solicitați.

Se observă că autorul contestației nu combate situația de fapt reținută de autoritatea contractantă, apărarea sa fiind în sensul că autoritatea contractantă a manifestat un formalism excesiv deoarece diferențele semnalate sunt nesemnificative, nu schimbă în vreun fel calitatea sau funcționalitatea produsului mai ales că oamenii în general, implicit pacienții, au o conformație corporală diferită. Adaugă că autoritatea contractantă avea obligația să accepte setul din perspectiva echivalenței tehnice impusă de prevederile art. 156 alin. (1) și b) din Legea nr. 98/2016.

În soluționare, Consiliul reține că cerințele a căror nerespectare se impută contestatorului se regăsesc în caietul de sarcini sub forma la care face trimitere și acesta, respectiv: (…) bluza cu lungime de 80 cm, (…) pantalon lungime 120 cm.

Din actele dosarului, rezultă că în etapa de pregătire a ofertelor, urmare a unei solicitări de clarificări, autoritatea contractantă a înțeles să modifice parte dintre specificațiile tehnice aferente lotului, nu însă și pe cele legate de dimensiunile bluzei și pantalonului.

Relevante speței sunt dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 (Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției ...), dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 (Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire …), dar și cele ale art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 (verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini).

Trebuie punctat faptul că, impunând anumite rigori, autoritatea contractantă limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți și fără a lipsi de utilitate stabilirea cerințelor obligatorii.

Și jurisprudența constantă a CJUE este în sensul că în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (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 din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Sintetizând cele expuse anterior, arată Consiliul că regulile sub care se desfășoară o procedură de achiziție publică obligă la respectarea întocmai a cerințelor documentației de atribuire, de la care nici ofertanții, nici autoritatea achizitoare și nici organul de control administrativ-jurisdicțional nu se pot abate.

Cerințele caietului de sarcini au fost unele clare și exprese, astfel că ofertanții aveau obligația respectării lor întocmai, ceea ce ... nu a făcut, așa cum și recunoaște.

Ceea ce pretinde contestatorul este acceptarea ofertei sale chiar dacă nu respecte în totalitate cerințele caietului de sarcini, însă un atare comportament din partea comisie de evaluare nu este posibil deoarece încalcă atribuția expresă de verificare prevăzută la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 925/2016 precum și principiul tratamentului egal, contestatorul fiind evident avantajat.

Din perspectiva principiului tratamentului egal, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la o procedură de achiziții publice, relevantă este jurisprudența CJUE, respectiv Hotărârea pronunţată la data de 11 mai 2017 în cauza **C-131/16**, în procedura Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Gornictwo Naftowe i Gazownictwo S. A., cu participarea: Digital Center sp. z o.o., în care CJUE a reținut, printre altele:

27. **Principiul egalităţii de tratament** şi obligaţia de transparenţă **se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă şi un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire** a unui contract de achiziţii publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la iniţiativa autorităţii contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELVSlovensko şi alţii, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum şi Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

Deosebit de importantă este și aprecierea Curții din cauza C-599/10, din hotărârea din 29.03.2012, paragraful 38, potrivit căreia toți ofertanții sunt ținuți de obligația de diligență la redactarea propriilor oferte, precum și aprecierea potrivit căreia criteriul privind conformitatea ofertei este absolut, nerespectarea documentației de atribuire impunând respingerea ofertei (cauza T-4/01, hotărârea din 25.02.2023, cauza T-183/00, hotărârea din 25.02.2023)

Prin urmare, existând obligația îndeplinirii tuturor cerințelor puse în vedere ofertanților prin caietul de sarcini, printre care cele legate de dimensiunile produsului solicitat, prin încălcarea acestei părți a documentației de atribuire au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) HG nr. 395/2016 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini).

Nu prezintă vreo relevanță împrejurarea că produsul solicitat este unul de unică folosință și nici conformația diferită a oamenilor, ci modalitatea în care ... a înțeles să-și întocmească propunerea tehnică, anume cu nerespectarea specificațiilor tehnice explicit impuse și despre care a avut cunoștință încă de la data publicării sale în SEAP.

Așa cum corect arată și autoritatea contractantă, ... era în drept să solicite clarificări cu privire la specificațiile tehnice aflate în discuție astfel încât să se asigure că oferta sa nu va fi respinsă din considerentul nerespectării lor iar nu de a depune o ofertă cu nerespectarea documentației de atribuire. Procedând în această ultimă manieră și-a asumat ofertantul riscul respingerii ofertei sale, ca neconformă, deznodământ care s-a și produs.

Apărarea contestatorului conform căreia autoritatea contractantă era obligată să accepte oferta sa din perspectiva echivalenței tehnice impusă de prevederile art. 156 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nu poate fi primită, deoarece nerespectarea dimensiunilor impuse nu poate fi interpretată ca echivalență tehnică ci ca neconformitate cum corect a calificat-o comisia de evaluare.

Date fiind cele de mai sus, care demonstrează cu prisosință că oferta ... nu se încadrează în categoria celor admisibile, Consiliul va menține decizia de respingere a ofertei contestatorului.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația ..., în contradictoriu cu ....
Obligatorie.
Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.