CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 513/15.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 53842/18.12.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J.... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului - cadru de furnizare având ca obiect „Mănuşi chirurgicale, consumabile medicale, tifon medical şi sonde medicale”- loturile 30, 31, 32, 33, organizată de către ... în calitate de autoritate contractantă cu sediul în .... s-a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 28963/04.12.2017 pentru loturile 30, 31, 32, 33 şi a raportului procedurii nr. 28962/04.12.2017.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 513/15.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 53842/18.12.2017, SC ...SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică prevederile raportului procedurii nr. 28962/ 04.12.2017 conform căruia, în urma evaluării propunerilor tehnice, oferta contestatoarei a fost declarată neconformă pentru loturile 30, 31, 32, 33, cu următoarele justificări:

Ofertanti Cerinţe minime din cs	...	...	...	....	Observaţii
Lot 30: Tifon medical din BBC 100% 0.9m lăţime - ..greutate specifică 48-52 g/mp	32 g/mp	18.09 g/mp	19.2 g/mp	30g/mp	Nu corespund din punct de vedere tehnic cu cerinţele din

					caietul de sarcini
	Neconformă	Neconformă	Neconformă	Neconformă	

Ofertanti Cerinţe minime din cs	...	...	...	...	...	observaţii
Lot 31: Fesi tifon 10cm/10m – greutate specifică 48-52 g/mp	32 g/mp	16.85 g/mp	19.2 g/mp	30 g/mp	24 g/mp	Nu corespund din punct de vedere tehnic cu cerinţele din caietul de sarcini
Lot 32: Fesi tifon 15cm/10m – greutate specifică 48-52 g/mp	32 g/mp	15.85 g/mp	19.2 g/mp	30 g/mp	24 g/mp	Nu corespund din punct de vedere tehnic cu cerinţele din caietul de sarcini
Lot 33: Fesi tifon 20cm-10m – greutate specifică 48-52 g/mp	32 g/mp	16.85 g/mp	19.2 g/mp	30 g/mp	24 g/mp	Nu corespund din punct de vedere tehnic cu cerinţele din caietul de sarcini
	neconformă	neconformă	neconformă	neconformă	neconformă	

Contestatoarea menţionează că în ofertele tehnice depuse, caracteristica „greutate specifică” nu se regăseşte, astfel evaluarea propunerilor tehnice a fost de fapt o măsurare, şi, eventual, un calcul asupra caracteristicilor mostrelor.

Asupra evaluării propunerilor tehnice, punctul de vedere al ANAP este foarte clar: *"Astfel, precizăm că scopul solicitării eşantioanelor nu este acela de stabilire a conformităţii acestora cu specificaţiile tehnice minime stabilite în caietul de sarcini, respectiv evaluarea propunerilor tehnice nu se poate realiza prin compararea unor mostre/eşantioane cu produsele care fac obiectul contractului, ci potrivit art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016, din punct de vedere al modului în care propunerile tehnice corespund cerinţelor minime din caietul de sarcini, pe baza documentelor solicitate de autoritatea contractantă. Prin urmare, precizăm că raportat la eşantioanele prezentate, nu se poate respinge o ofertă pe evaluarea tehnică, ci pe neîndeplinirea criteriilor de calificare".*

Ca urmare a descalificării ofertelor, aşa cum reiese din comunicarea rezultatului procedurii nr. 28963/04.12.2017, câştigător pentru loturile 30, 31, 32, 33 este desemnat CRIO 2 SRL, cu oferta ce depăşeşte valoarea maximă estimată pentru fiecare lot, după cum urmează:

- pentru lotul 30: valoarea estimată fără TVA: între 250,560.00 şi 375,840.00 ron - oferta câştigătoare: 712,800 ron

- pentru lotul 31: valoarea estimată fără TVA: între 49,896.00 şi 68,040.00 ron - oferta câştigătoare: 150,120 ron

- pentru lotul 32: valoarea estimată fără TVA: între 88,920.00 şi 119,700.00 ron - oferta câştigătoare: 257,040 ron

- pentru lotul 33: valoarea estimată fără TVA: între 117,936.00 şi 158,760.00 ron - oferta câştigătoare: 342,720 ron.

Conform art. 137 alin. (2) litera e) sau f) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare avea obligația de a respinge aceste oferte ca fiind inacceptabile.

Pe cale de consecinţă, niciuna din ofertele depuse nu este admisibilă, fiind aplicabile prevederile art. 212 alin. (1) lit.a) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă face o confuzie intenţionată prin răspunsul la notificarea prealabilă, prin care precizează că nu s-a depăşit valoarea estimată prevăzută în anunţul de participare.

Astfel, legiuitorul face distincţie foarte clar între valoarea estimată a contractului şi valoarea estimată a achiziţiei. Valoarea estimată a contractului ce devine preţul contractului la finalul procedurii este diferită de bugetul alocat la nivel de autoritate contractantă pentru îndeplinirea obiectului contractului, fiind întotdeauna sub nivelul bugetului alocat.

Prin adresa nr. 2175/...-C4/16.01.2018, Consiliul a solicitat .... în temeiul art. 18 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 101/2016, documentele necesare soluţionării contestaţiei SC ... SRL.

Prin adresa nr. 1336/22.01.2018 înregistrată la Consiliu sub nr. 2966/22.01.2018, autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere în care solicită respingerea contestatiei ca fiind tardiv introdusă, conform art. 16 din Legea nr. 101/2016.

În data de 04.12.2017, SC ... SRL a formulat o simplă adresă (nr. 498/04.12.2017 înregistrată sub nr. 28908/04.12.2017) prin care solicită anularea procedurii pentru loturile 30, 31, 32, 33.

La această adresă autoritatea contractantă a formulat punctul de vedere pe care l-a comunicat către SC ... SRL cu adresa nr. 28949/04.12.2017, în data ae 05.12.2017.

Autoritatea contractantă apreciază că răspunsul său este satisfăcător pentru operatorul economic şi fără a mai primi vreo contestaţie din partea SC ... SRL, procedura s-a derulat în continuare prin încheierea acordurilor-cadru, aşa cum rezultă din comunicările privind rezultatul procedurii din data de 04.12.2017.

Autoritatea contractantă precizează că SC ... SRL nu a depus nicio contestaţie la sediul său, aceasta luând la cunoştinţă de existenţa acesteia din solicitarea Consiliului nr. 2175/...-C4/16.01.2018 de a transmite punctul de vedere cu privire la contestaţie.

Având în vedere că termenul de a formula contestaţie curge de la data primirii răspunsului, potrivit art. 8 alin. (1) lit a) coroborat cu alin. 2 lit. a) şi art. 5 alin. (2) din Legea nr 101/2016, contestatoarea poate sesiza Consiliul în 10 zile, termenul de depunere a contestaţie se împlinea astfel în data de 15.12.2017, orice contestaţie formulată după acest termen fiind tardivă, potrivit art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce priveşte modul de calculare a termenului de contestare, art. 8 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016 precizează că termenul de contestare se calculeaza începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a răspunsului autorităţii contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere. Potrivit art. 11 alin. 2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea ataşează contestaţiei dovada notificării prealabile a autorităţii contractante şi copia răspunsului autorităţii contractante dacă există, dovada înaintării contestaţiei către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum şi mijloacele de probă de care dispune.

Astfel, contestatoarea nu a îndeplinit obligaţia legală de transmitere a contestaţiei şi către autoritatea contractantă aşa cum prevede art. 11 din Legea nr. 101/2016 în termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016, obligaţie stabilită în sarcina sa de art. 16 din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă neputând să formuleze vreo apărare în favoarea sa, neştiind de existenţa contestaţiei.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă şi prevederile art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 565/22.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 3011/22.01.2018, SC ... SRL a formulat răspuns la punctul de vedere al autorităţii contractante, în care menţionează că contestaţia a fost transmisă autorităţii contractante pe adresa de e-mail ... în data de 15.12.2017, ora 18.19, cât şi Consiliului în data de 15.12.2017, ora 18.20.

Prin adresa nr. 2797/05.02.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 5346/08.02.2018, ... a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei SC ... SRL.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului - cadru de furnizare având ca obiect „Mănuşi chirurgicale, consumabile medicale, tifon medical şi sonde medicale”. În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 179247/27.09.2017, valoarea estimată a procedurii fiind situată între 2.189.181,6 lei și 3.203.080 lei.

Ca urmare a comunicării rezultatului procedurii în partea dedicată loturilor 30, 31, 32, 33, a formulat notificare prealabilă, iar apoi contestație, SC ... SRL, nemulțumită de respingerea ofertelor sale pentru aceste loturi, criticând și ofertele câștigătoare.

Ca urmare a solicitării punctului de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă a invocat tardivitatea acesteia, motivând că nu a primit contestația.

În urma solicitării dovezii transmiterii contestației, contestatoarea a comunicat Consiliului dovada transmiterii unui e-mail concomitent celui transmis către Consiliu, cu aceleași dimensiuni, cu confirmarea de primire aferentă transmisiei respective.

Potrivit art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, ,,Toate notificările şi actele procedurale se transmit prin poştă, fax şi/**sau mijloace electronice**, **cu confirmare de primire**”.

Confirmarea de primire, în sensul legislației achizițiilor publice, nu înseamnă un act emis sau certificat de un terț sau de destinatar, fiind valabilă și recipisa emisă automat de mijloacele electronice. Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice stabilește următoarele: ,,(52) Mijloacele electronice de informare și comunicare pot simplifica foarte mult publicarea contractelor și pot spori eficiența și transparența procedurilor de achiziție. Acestea ar trebui să devină mijloacele standard de comunicare și de schimb de informații în cadrul procedurilor de achiziții, deoarece sporesc semnificativ posibilitățile operatorilor economici de a participa la procedurile de achiziții din întreaga piață internă. În acest scop, transmiterea anunțurilor în format electronic, disponibilitatea în format electronic a documentelor privind achizițiile și – după o perioadă de tranziție de 30 de luni – comunicarea exclusiv electronică, în sensul comunicării prin mijloace electronice în toate etapele procedurii, inclusiv transmiterea cererilor de participare și, în special, transmiterea ofertelor (depunerea electronică) ar trebui să fie obligatorii''. Deci, dacă scopul introducerii mijloacelor de comunicare electronice este acela al simplificării comunicării, nu există niciun motiv a introduce elemente suplimentare, cum ar fi solicitarea unei confirmări din partea destinatarului, de natură a îngreuna comunicarea. Comunicarea electronică are avantajul posibilității de urmărire a trasabilității documentelor, oricând o expertiză informatică oferind posibilitatea depistării comunicațiilor existente între două stații, indiferent dacă s-a intervenit asupra integrității informațiilor. De altfel, niciun mijloc de comunicare nu este infailibil, chiar și corespondența prin poștă cu confirmare de primire fiind posibil să conțină alte documente decât a intenționat să trimită expeditorul, erorile umane fiind la fel de posibile ca și în cazul comunicărilor electronice. În situația de față, contestatoarea a făcut dovada transmiterii e-mailului către autoritatea contractantă, astfel încât Consiliul a solicitat autorității contractante extras din listingul e-mailurilor primite în data de 15.12.2017, din Inbox și Spam, autoritatea comunicând Consiliului doar o pagină, fără a rezulta dacă este din Inbox sau Spam. Prin urmare, văzând că ofertantul a făcut proba transmiterii contestației, iar autoritatea nu s-a conformat solicitărilor Consiliului, va respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Pe fondul contestației, SC ... SRL consideră că în ofertele tehnice depuse, caracteristica „greutate specifică" nu se regăseşte, astfel evaluarea propunerilor tehnice a fost de fapt o măsurare, şi, eventual, un calcul asupra caracteristicilor mostrelor. Mai invocă contestatoarea și o opinie ANAP, conform căreia scopul solicitării eşantioanelor nu este acela de stabilire a conformităţii acestora cu specificaţiile tehnice minime stabilite în caietul de sarcini, respectiv evaluarea propunerilor tehnice nu se poate realiza prin compararea unor mostre/eşantioane cu produsele care fac obiectul contractului, ci potrivit art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016, din punct de vedere al modului în care propunerile tehnice corespund cerinţelor minime din caietul de sarcini, pe baza documentelor solicitate de autoritatea contractantă *că raportat la eşantioanele*

prezentate, și că nu se poate respinge o ofertă pe evaluarea tehnică, ci pe neîndeplinirea criteriilor de calificare.

Astfel cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii, ofertele contestatoarei pentru cele 4 loturi nu îndeplinesc specificațiile tehnice referitoare la greutatea specifică/mp, solicitată în caietul de sarcini, respectiv:

-Lot 30: Tifon medical din BBC 100% 0.9m lăţime - ..greutate specifică 48-52 g/mp;

-Lot 31: Fești tifon 10cm/10m – greutate specifică 48-52 g/mp;

-Lot 32: Fești tifon 15cm/10m – greutate specifică 48-52 g/mp;

-Lot 33: Fești tifon 20cm-10m – greutate specifică 48-52 g/mp.

Verificând caietul de sarcini, Consiliul reține că, într-adevăr, există în conținutul său prevederi referitoare la greutate specifică, astfel cum sunt acestea precizate mai sus.

Potrivit cap. IV.4.1) - ,,Modul de prezentare a propunerii tehnice", *,,Ofertantul are obligația de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să asigure in totalitate corespondenta propunerii tehnice cu cerintele prevazute în Caietul de sarcini.* Oferta se va depune pentru unul sau mai multe loturi, respectand cantitățiile indicate pentru fiecare lot. La întocmirea ofertei se va tine cont de specificațiile tehinice pentru fiecare produs, prevazute în Caietul de sarcini". Așa cum contestatoarea recunoaște explicit în conținutul contestației, nu a făcut referire în conținutul ofertelor depuse la specificația ,,greutate specifică'', nedovedind, astfel, îndeplinirea specificațiilor tehnice solicitate. Un alt element de fapt, de asemenea, recunoscut implicit de contestatoare, este acela că mostra depusă nu are greutatea solicitată, dar, bazându-se pe un răspuns punctual, într-o anumită speță concretă, emis de ANAP, consideră că oferta sa nu poate fi respinsă ca neconformă. Este adevărat că, potrivit legislației incidente, mostrele se depun în dovedirea capacității tehnice și profesionale, astfel cum este prevăzut la art. 179 lit. l) din Legea nr. 98/2016: *,,Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente: l) eşantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorităţii contractante''*.

În cazul de speță, mostra nu s-a solicitat în fișa de date a achiziției, în dovedirea capacității tehnice, ci s-a solicitat în caietul de sarcini, în dovedirea îndeplinirii specificațiilor tehnice, la pagina 15 din caietul de sarcini, necontestat de ofertanți, fiind următoarea precizare: ,,*Ofertanții vor depune mostre, cu titlu gratuit, pentru fiecare produs pentru care licitează, la sediul autorității contractante, până la data și ora limită de depunere a ofertelor, în ambalajul originar, în care se va face livrarea, etichetate pe numele ofertantului, pe fiecare mostră depusă. Pentru ofertanții declarați necâștigători, mostrele se vor returna în 5 zile de la încheierea acordului cadru, iar pentru ofertanții declarați câștigători, mostrele se vor păstra ca etalon, pentru livrările ulterioare, până la finalizarea acordurilor cadru''*.

Cerința din caietul de sarcini este una justificată, nicăieri în legislația achizițiilor publice neexistând vreo normă care să interzică depunerea mostrelor și în dovedirea îndeplinirii specificațiilor tehnice, nu puține fiind domeniile în care există această practică: consumabile medicale, dezinfectanți, reactivi de laborator, consumabile pentru imprimante, mobilier școlar, piese de schimb, anvelope, lubrifianți și alte bunuri de gen, tocmai pentru a evita declararea unor specificații și livrarea unor produse cu alte specificații. Răspunsul ANAP este emis într-un context în care mostrele au fost solicitate pentru dovedirea capacității tehnice, contextul existent în cauza de față fiind diferit.

Prin urmare, Consiliul reține că, pe de o parte, ofertantul nici nu și-a asumat livrarea de tifon cu o greutate specifică de 48-52 g/mp, nici nu a depus mostre spre comparație în acest sens, fiind cert că produsul ofertat este diferit de cel solicitat în documentația de atribuire, nefiind corespunzător necesităților autorității contractante, astfel încât respingerea ofertelor sale pentru loturile 30, 31, 32, 33, este o măsură corectă.

În ceea ce privește criticile formulate de contestatoare referitoare la ofertele declarate câștigătoare pentru loturile în analiză, Consiliul are în vedere că ofertele sale fiind declarate, în mod legal, neconforme, aceasta nu are interes în promovarea căii de atac împotriva ofertei câșigătoare.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 101/2016, ,,(1) Orice persoană care se consideră **vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim** printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea entității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi''.

De asemenea, dispoziţiile art. 33 din C.pr.civ. stabilesc următoarele: *„**Interesul** trebuie **să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual**. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut şi actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv ameninţat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara*".

În ceea ce priveşte interesul, în doctrină se arată că, prin interes se înţelege **folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale**. Exercitarea dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie, cum este cazul de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate, pur vexatorii sau urmărind dezbateri teoretice, lipsite de finalitate practică.

Interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerinţe: să fie legitim, corespunzător cerinţelor legii materiale şi procesuale; să fie **personal şi direct, adică folosul practic urmărit prin declanşarea procedurii judiciare să aparţină celui care recurge la acţiune**; să fie născut şi actual, să existe în momentul în care este formulată cererea. În cazul de față, contestatoarea neavând nicio șansă la atribuirea contractelor, sunt lipsite de interes criticile sale.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 8 (opt) pagini.