

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. 2400/C1/2470

Data: 26.08.2024

Prin contestația nr. 4398/17.07.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45438/17.07.2024, formulată de SRL, cu sediul în municipiul, județul, înmatriculată la Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin și convențional de & Asociații SPARL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul, împotriva rezultatului procedurii emis de către, cu sediul în municipiul, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „Furnizare CONSUMABILE DIABET”, - cod CPV: 33195000-3, s-a solicitat - anularea raportului procedurii nr. 31640/10.07.2024 publicat în SEAP la data de 10.07.2024, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia (incluzând, dar fără a se limita la procesele-verbale de evaluare corespunzătoare), precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de SRL;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL pentru Lotul nr. 9, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale invocate prin prezenta contestație și, pe cale de consecință, la constatarea inadmisibilității acesteia;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin aplicarea în mod corespunzător a criteriului de atribuire doar ofertelor admisibile, atribuirea acordului-cadru pentru Lotul nr. 9, precum și emiterea unor comunicări privind rezultatul procedurii;

- solicită cheltuieli de soluționare a contestației pe cale separată.

Prin adresa nr. 1026/25.07.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. /25.07.2024, ... SRL, cu sediul în localitatea, județul, înmatriculată la Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr., având cod unic de

înregistrare, reprezentată legal prin, transmite cerere de intervenție voluntară prin care solicită Consiliului să constate legalitatea rezultatului procedurii cuprins în raportul de atribuire și să dispună respingerea, ca nefondată, a cererii formulate de contestator prin raportare la susținerile acestuia.

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

În prealabil, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, menționând că, urmare a anunțului de participare CN1067263 publicat în SEAP la data de 03.04.2024 de autoritatea contractantă, contestatorul a depus ofertă pentru lotul 9.

Arată sub formă tabelară clasamentul ofertelor admisibile pentru Lotul nr. 9, potrivit informațiilor generate automate în sistem/raportului procedurii publicat în SEAP, precizând că oferta depusă de SRL a fost declarată câștigătoare în pofida faptului că acesta nu a oferat un produs conform cerințelor autorității contractate, ci senzori aferenți unui cu totul alt sistem de monitorizare a glicemiei, incompatibili cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Precizează că, raportat la această împrejurare, a solicitat în prealabil accesul la dosarul achiziției publice, iar, ca urmare a studiului dosarului la data de 12.07.2024, a constatat faptul că oferta depusă de SRL pentru Lotul nr. 9 este vădit inadmisibilă (Secțiunea II), că autoritatea contractantă nu i-a transmis o comunicare privind rezultatul procedurii (Secțiunea III), precum și că autoritatea contractantă a încălcat principiile în materia achizițiilor publice (Secțiunea IV) prin maniera de evaluare a ofertelor și nerespectarea obligațiilor privind informarea ofertanților.

Apreciază că oferta depusă de SRL pentru lotul 9 este inadmisibilă deoarece:

- documentația de atribuire are caracter obligatoriu, iar atribuțiile comisiei de evaluare impun respingerea ofertelor care nu respectă cerințele din documentația de atribuire;
- SRL a oferat produsul senzor CT3 Poc Tech compatibil cu transmițătorul CT3 Poc Tech, în timp ce autoritatea contractantă a solicitat senzori pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom;
- oferta SRL este inadmisibilă, sens în care autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei sale.

În susținere, contestatorul invocă caracterul obligatoriu al documentației de atribuire și atribuțiile comisiei de evaluare, sens în care precizează că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare are, inter alia, următoarele atribuții și obligații:

- verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini (art. 127 alin. (1) lit. f) din Normele metodologice);
- stabilirea ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii (art. 127 alin. (1) lit. j) din Normele metodologice);
- stabilirea ofertelor admisibile, care sunt reprezentate doar de ofertele care nu sunt inacceptabile, neconforme sau neadecvate (art. 127 alin. (1) lit. k) din Normele metodologice și art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016);
- verificarea ofertelor atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică (art. 133 alin. (1) din Normele metodologice).

Totodată, precizează că potrivit art. 137 alin. (1) și (5) din Normele metodologice, comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme și de a stabili oferta câștigătoare numai dintre ofertele admisibile. Respingerea ofertelor inadmisibile (neconforme și/sau inacceptabile) nu este, așadar, facultativă, ci obligatorie pentru autoritatea contractantă. Menționează că aceste obligații decurg și din art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care instituie îndeplinirea cumulativă a două condiții pentru stabilirea ofertei câștigătoare pe baza criteriului de atribuire:

- oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției;
- oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind capacitatea și nu se află sub incidența motivelor de excludere.

Menționează că, în același timp, documentația de atribuire acceptată și necontestată este obligatorie în forma publicată în SEAP atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

Susține că efectul caracterului obligatoriu al documentației de atribuire presupune că:

- pe de o parte, potrivit art. 123 alin. (1) din Normele metodologice, indicat și la Secțiunea IV.4.3) - Modul de prezentare al ofertei din fișa de date (pag. 20), ofertanții elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire;
- pe de altă parte, comisia de evaluare este ținută în procesul de evaluare a ofertelor, de regulile pe care le-a stabilit prin documentația de atribuire; În opinia sa, autoritatea contractantă nu poate relaxa și nici nu poate deroga, în etapa de evaluare, de la regulile stabilite de ea însăși prin documentația de atribuire, aspecte reținute, de altfel, constant și în practica C.N.S.C., în continuare invocând jurisprudența C.N.S.C.

Susține că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit în mod corespunzător aceste atribuții și obligații în ceea ce privește oferta depusă de SRL pentru Lotul nr. 9. Consideră că evaluarea ofertei Asocierii SRL este superficială și încalcă principiul tratamentului

egal, autoritatea contractantă avantajând în mod nejustificat SRL în evaluarea ofertelor.

Precizează că documentația de atribuire impune ofertarea de senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Așadar, ab initio, apreciază că este important a fi subliniat obiectul achiziției: furnizarea de consumabile pentru diabet, respectiv senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom. În susținere face trimitere la jurisprudența CJUE, cauza C-413/17 (paragraf 42) - sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul TFUE.

Apreciază că sistemele de monitorizare continuă a glicemiei sunt deosebit de importante pentru pacienții diabetici indicând la intervale foarte scurte de timp valorile glicemiei. Consideră că acestea sunt benefice pentru pacienții diabetici în special întrucât:

- ajută la evitarea sau amânarea complicațiilor grave ale diabetului zaharat, pe termen scurt și lung.
- contribuie la gestionarea îmbunătățită a diabetului prin mai puține evenimente, cum ar fi hipoglicemia (glicemia scăzută) care duce la urgențe.
- oferă persoanelor cu diabet zaharat și echipei lor de îngrijire a sănătății mai multe detalii despre nivelurile de glucoză decât contoarele tradiționale de glucoză din sânge, oferind posibilitatea de a analiza datele mai precis decât oricând;
- oferă biofeedback în timp real, ceea ce le permite persoanelor cu diabet să-și modifice regimul alimentar sau doza de insulină în funcție de tendințe, conform indicațiilor furnizorului lor de asistență medicală; acest lucru poate reduce riscul de hipoglicemie și hiperglicemie (glicemie ridicată).
- persoanele cu diabet zaharat de tip 1 și tip 2 care utilizează un CGM au mai puține cazuri de hipoglicemie și un nivel scăzut al A1C.

De asemenea precizează că, în același timp, eventualele disfuncționalități ale sistemului de monitorizare generat de lipsa compatibilității între componente, aplicații etc. poate avea consecințe grave prin afișarea de date eronate.

În opinia sa, modul defectuos în care SRL a înțeles să elaboreze oferta tehnică pentru un acord-cadru de sensibilitate celui de față se află în contradicție cu rigorile legislației achizițiilor publice în sensul în care pregătirea și depunerea unei oferte admisibile, care să respecte toate cerințele documentației de atribuire este o condiție sine qua non pentru semnarea acordului-cadru cu autoritatea contractantă.

În susținere, face trimitere la cerințele solicitate pentru lotul nr. 9 prin caietul de sarcini, subliniind faptul că autoritatea contractantă a solicitat ofertarea unor senzori ai sistemului de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom, aspect care reiese, de altfel, și din însăși denumirea produselor care fac obiectul lotului nr. 9.

Menționează că importanța ofertării unor senzori pentru sistemul indicat expres prin documentația de atribuire a fost reiterat și prin răspunsul consolidat la clarificări nr. 19523/29.04.2024, pe care îl citează, prin care autoritatea contractantă a reiterat că dorește să achiziționeze pentru loturile nr. 5 și 6 doar produse compatibile cu sistemele Medtronic.

Așadar, subliniază faptul că, în opinia sa, răspunsul la clarificări este aplicabil, pentru identitate de rațiune, și pentru produsele ce fac obiectul lotului nr. 9, pentru care s-a solicitat să fie compatibile cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Apreciază că, în măsura în care SRL ar fi considerat că cerința ca senzorii să fie pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom nu este legală, aceasta avea la dispoziție:

- fie contestarea cerinței din caietul de sarcini în termenul legal,
- fie solicitarea de clarificări în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016.

Sușține că nu a uzat însă de niciuna dintre aceste căi legale, documentația de atribuire consolidându-și forța obligatorie din perspectiva cerinței de compatibilitate. SRL a acceptat astfel prin depunerea ofertei pentru lotul nr. 9, toate cerințele documentației, inclusiv obligația ofertării unor senzori ai sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Afirmă cu tărie că SRL nu a oferit senzori pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom. Consideră că oferta este neconformă.

Menționează că la acest moment, compatibilitatea cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom este asigurată doar de senzorii Dexcom. Produsele Dexcom sunt produse exclusiv de producătorul Dexcom Inc. USA, deținător a multiple patente pentru această tehnologie, neexistând un alt producător la nivel mondial care să producă componente/produse care să fie compatibile cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Pe cale de consecință, în opinia sa, doar produsele Dexcom Inc. USA sunt compatibile cu sistemele Dexcom.

În susținere, contestatorul face trimitere la cele precizate de producător, totodată menționând că, contrar cerinței exprese din documentația de atribuire, pe care o invocă, ... SRL a oferit produsul „Pochtech model CT3”, al cărui producător este Zhejiang POCTech Co., Ltd./China, despre care însuși ofertantul recunoaște că nu este compatibil cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Apreciază că prin propunerea tehnică, ... SRL încercă să aplice o pretinsă echivalență pornind de la premisa că lotul 9 și lotul 10 vor fi atribuite aceluiași operator economic. Documentația de atribuire nu include însă o astfel de cerință. Astfel, în ipoteza în care autoritatea contractantă ar atribui cele două loturi unor ofertanți diferiți, atunci senzorii nu ar fi utilizabili.

În opinia sa, ... SRL încearcă să susțină că senzorii ofertați ar fi echivalenți cu produsele Dexcom.

Precizează că produsul „PocTech model CT3” oferat de SRL nu este nici compatibil cu produsele Dexcom (nefiind un senzor pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom) și nici măcar echivalent din punct de vedere al performanțelor și indicațiilor de utilizare, arătând în continuare, cu titlu de exemplu, sub formă tabelară, diferențele esențiale între cele două produse pentru lotul nr. 9.

Menționează că, în urma analizării propunerilor tehnice, prin procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 29119/26.06.2024, autoritatea contractantă a declarat „conformă” și „admisibilă” oferta depusă de SRL pentru lotul nr. 9, în pofida faptului că acest operator economic nu comercializează produse Dexcom și nu a oferat senzori pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom, astfel cum s-a solicitat expres prin caietul de sarcini. Produsul oferat de SRL nu este echivalent și nici compatibil cu produsele Dexcom.

Mai mult, arată că, prin propunerea financiară, ... SRL afirmă că ar fi oferat „Senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom” (făcând trimitere la formularul nr. 7 - formularul de ofertă financiară și la anexa la formularul de ofertă - centralizatorul propunerii financiare), în pofida faptului că, prin propunerea tehnică, ... SRL a oferat și a depus specificații tehnice pentru un produs total diferit: „PocTech model CT3”.

Apreciază că modalitatea în care SRL și-a întocmit oferta a indus în eroare autoritatea contractantă, având în vedere că în oferta financiară acesta declară că ofertează produse Dexcom cu un anumit cost, însă în propunerea tehnică este oferat cu totul alt produs.

În opinia sa, o aplicare corectă a legislației achizițiilor publice ar fi impus însă respingerea ofertei SRL ca:

- neconformă, invocând prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a) și d) din Normele metodologice, întrucât (i) nu sunt respectate cerințele documentației de atribuire referitoare la compatibilitatea produsului oferat cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom și (ii) propunerea financiară (care face referire la produse Dexcom) nu este corelată cu elementele propunerii tehnice (unde se ofertează „Pochtech model CT3”), ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului;
- inacceptabilă, invocând prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării propunerii tehnice, nefiind oferat un produs pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom; și chiar ca
- neadecvată, invocând prevederile art. 215 alin. (51) din Legea nr. 98/2016, precizând că ofertarea unui produs care nu este pentru

sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom fiind lipsită de relevanță față de obiectul contractului ce urmează a fi încheiat pentru lotul nr. 9, neputând în mod evident satisface, fără modificări substanțiale, necesitățile și cerințele autorității contractante indicate în documentele achiziției, dar și în temeiul prevederilor proprii documentații de atribuire, în susținere făcând trimitere la secțiunea IV.4.1) - Modul de prezentare al propunerii tehnice și la instrucțiunile pentru ofertanți.

De asemenea, în susținerea celor criticate, contestatorul citează jurisprudența CNSC și precizează că obligația respingerii ofertelor în situații similare în care se ofertează un produs diferit și incompatibil cu produsele solicitate de autoritatea contractantă, a fost reținută și în jurisprudența anterioară a CNSC.

O altă critică adusă de contestatorul este netransmiterea de către autoritatea contractată a unei comunicări privind rezultatul procedurii.

În acest sens, precizează că autorității contractante îi incumbă obligația de a informa fiecare ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul procedurii în termen de maxim 3 zile de la emiterea deciziilor respective, invocând prevederile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 66 alin. (5) din Normele metodologice.

Evidențiază că obligația informării corespunzătoare a ofertanților cu privire la rezultatul procedurii de atribuire a fost subliniată de însăși autoritatea contractantă prin instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP (pagina 17), în continuare inserând print screen.

Precizează că, în condițiile în care raportul procedurii a fost publicat în SEAP la 10.07.2024, autoritatea contractantă avea obligația transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire cel mai târziu la data de 15.07.2024, dar, cu toate acestea, autoritatea contractantă nu i-a transmis nici până la momentul formulării contestației o comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire în sensul prevăzut de lege, cu încălcarea flagrantă a prevederilor legale ante-menționate.

Menționează că singura informare referitoare la rezultatul procedurii a fost generată automat de SEAP la data de 10.07.2024 pentru „desemnarea ofertelor admisibile, dar necâștigătoare”, inserând print screen în acest sens și precizând că aceasta este o informare emisă potrivit manualului de utilizare pentru ofertanți publicat în SEAP .

De asemenea, precizează că în cadrul acestei informări generate de SEAP nu a fost atașată însă și o comunicare a rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă, astfel cum aceasta era obligată să emită.

Consideră că informarea din SEAP nu reprezintă o comunicare a rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă conform prevederilor legale întrucât este (i) generată automat de sistem și (ii) nu

cuprinde informațiile de la art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, invocând în continuare jurisprudența CNSC.

Concluzionează că autoritatea contractantă și-a încălcat obligația legală de a informa fiecare ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul procedurii, precizând că în jurisprudența sa, Consiliul a sancționat nerespectarea termenelor legale prevăzute pentru informarea ofertanților.

Totodată, contestatorul critică încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice și restricționarea concurenței, respectiv:

- principiul tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care consideră că favorizarea vădită a ofertantului SRL, prin relaxarea documentației de atribuire pentru acesta, evaluarea superficială a ofertei acestuia și trecerea cu vederea a unor motive vădite de inadmisibilitate reprezintă exemplu de manual al încălcării principiului tratamentului egal; Apreciază că autoritatea contractantă a nesocotit propria cerință din caietul de sarcini, respectiv faptul că dorește să achiziționeze senzori pentru sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom;

- principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016 a fost încălcat prin modul în care autoritatea contractantă:

- nu a aplicat cerințele din documentația de atribuire în mod transparent tuturor ofertanților; Apreciază că autoritatea contractantă a respectat propriile cerințe doar pentru loturile nr. 5 și nr. 6, nu și pentru lotul nr. 9, unde aceasta nu a ținut cont de propria solicitare din caietul de sarcini, respectiv că dorește să achiziționeze senzori pentru sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom;

- nu a transmis o comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire;

- a făcut referire prin raportul procedurii la o altă legislație (i.e. Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale și H.G. nr. 394/2016) decât cea aplicabilă prezentei proceduri de atribuire (i.e. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și H.G. nr. 395/2016).

- principiul asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, reiterat la art. 1 alin. (4) din Normele metodologice prin declararea drept admisibilă a unei oferte vădit inadmisibile, și

- scopul legislației achizițiilor publice prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dat fiind că măsurile autorității contractante au condus și la afectarea gravă a competiției în cadrul procedurii de achiziție, contractul de achiziție publică fiind atribuit unui ofertant care a depus o ofertă vădit inadmisibilă în cadrul procedurii de atribuire; Concluzionează că, procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat chiar scopul legislației achizițiilor publice, prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv achiziția de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

Totodată, susține că autoritatea contractantă a încălcat principiile în materia achizițiilor publice (în special principiul transparenței) prin faptul că la dosarul achiziției publice nu se regăseau nici strategia de contractare și nici referatul de necesitate, invocând prevederile art. 3 alin. (1) și art. 9 alin. (1) și (2) din Normele metodologice.

În opinia sa, gravitatea încălcării principiilor în materia achizițiilor publice este dovedită inclusiv de sancțiunea severă prevăzută la art. 224 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 224 alin. (2) din același act normativ, respectiv amendă de la 5.000 lei la 30.000 lei.

Își întemeiază formularea contestației pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016 și a tuturor celorlalte acte normative invocate prin contestație și depune o serie de înscrisuri, precizând totodată că atât contestația, cât și înscrisurile au fost comunicate direct către autoritatea contractantă.

Prin Anexa 1 a contestației formulate de SRL, contestatorul solicită acces la dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 1026/25.07.2024, înregistrată la CNSC sub nr./25.07.2024, ... SRL, cu sediul în localitatea, județul, înmatriculată la Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin, formulează cerere de intervenție voluntară prin care solicită Consiliului admiterea cererii de intervenție și, în principal ca, după examinarea contestației, raportat la dispozițiile art. 25 și art. 26, din Legea nr. 101/2016, să constate legalitatea rezultatului procedurii cuprins în raportul de atribuire și să respingă ca nefondată cererea formulată de contestatoare prin raportare la susținerile acesteia.

Intervenientul susține că oferta sa îndeplinește în totalitate cerințele și specificațiile tehnice din caietul de sarcini, pentru lotul 9 - Senzori sistem de monitorizare continua a glicemiei Dexcom dar și pentru lotul 10 - Kit transmițător compatibil cu senzori Dexcom, așa cum sunt solicitate de către autoritatea contractantă, aspect pe care susține că l-a demonstrat prin documentele furnizate în SEAP, la propunerea tehnică.

Preliminar, intervenientul precizează că, potrivit art. 155 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu principiile atribuirii contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația să elaboreze specificațiile tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe și principiul tratamentului egal și al nediscriminării. În acest sens, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire, bază pentru care acesta a considerat că este de ajuns pentru a participa într-o licitație deschisă.

Menționează că cerințele autorității contractante sunt destul de clare și privesc în mod special achiziția de senzori pentru lotul 9 și transmițători pentru lotul 10, componente ale sistemului de monitorizare continua CGM, acesta fiind obiectul procedurii, produsele sale fiind certificate și avizate, conform cerințelor autorității contractante, fiind corespunzătoare din punct de vedere al caracteristicilor/specificațiilor cerute la loturile respective, minim solicitate de autoritatea contractantă.

În opinia sa, comparația făcută de către contestator cu privire la lotul nr. 5 și respectiv lotul nr. 9, nu sunt corect folosite în context, deoarece fiecare dintre acestea au legătură strânsă cu loturile 6 și 10, adică senzorii trebuie să fie compatibili cu transmițătorii, indicația de produs Medtronic sau Dexcom fiind doar descriere pentru echivalență.

Astfel, precizează: lotul nr. 6 - Kit transmițător compatibil cu senzorii Medtronic Guardian 3 și Guardian 4 care conține în cadrul specificațiilor tehnice informația: compatibil cu pompa de insulină augmentată cu senzori tip 640G și 740 G, precum și lotul nr. 10 - Kit transmițător compatibil cu senzori Dexcom.

Totodată menționează că lotul nr. 6 conține informații despre o pompă de insulină, informație suplimentară sistemului de monitorizare glicemică Medtronic, este un produs suplimentar utilizat de pacienți, care nu poate fi oferit de către niciun distribuitor și producător de pe piața din România în acest moment. Chiar și în aceste loturi (5 și 6), cerințele sunt restrictive pentru posibili ofertanți de pe piața din România, știind că nu toți pacienții înscriși în programul de diabet, nu sunt și utilizatori de pompă de insulină, astfel limitând ofertarea de produse similare pentru acei pacienți care au nevoie de sistem de monitorizare glicemică continuă dar nu au nevoie de pompa de insulină.

Apreciază comentariile făcute de contestator ca neputând fi considerate ca fiind legate de obiectul procedurii, senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei, atâta timp cât aceste comentarii nu s-au făcut înainte de derularea procedurii prin a contesta sau a clarifica cerințele caietului de sarcini, așa cum s-a lămurit prin răspunsul la solicitările de clarificări făcute de firma Medtronic, prin care s-au cerut clarificări despre senzori și transmițători și compatibilitatea lor, răspuns publicat în SEAP în data de 29.04.2024 cu număr de înregistrare 19523.

E de părere că titlul folosit de autoritatea contractantă - lotul 9 - Senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom dar și pentru lotul 10 - Kit transmițător compatibil cu senzori Dexcom, denumeste elementele care identifică cele două componente consumabile (senzor și transmițător) ale unui sistem CGM. Faptul că s-a indicat denumirea Dexcom nu demonstrează decât că s-a completat cerința din caietul de sarcini cu privire la înțelegerea necesităților funcționale relevante pentru autoritatea contractantă, dată de un producător de sisteme CGM cunoscut pe piața din România (în defavoarea produselor PocTech care nu sunt atât de cunoscute), dar mai

departe, în caietul de sarcini, fiind indicate specificații tehnice comune care sunt îndeplinite de către posibili ofertanți de produse echivalente aflate pe piața din România, care are aceeași valoare, același efect, aceeași semnificație sau același sens cu altceva.

Totodată, intervenientul precizează că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice sunt definite ca reprezentând „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris în mod obiectiv într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante”, descrieri care sunt îndeplinite de sistemul său de monitorizare glicemică CGM pentru cerințele minim solicitate de autoritatea contractantă.

În acest context legislativ, invocă prevederile art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precizând că acestea reglementează expres modalitățile de stabilire a specificațiilor tehnice.

De asemenea, în susținere face trimitere la prevederile art. 156 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, apreciază că astfel rezultă că modalitățile de stabilire a specificațiilor tehnice prevăzute la alin. (1) al art. 156 sunt exprese și limitative, autoritățile contractante fiind obligate să le respecte la elaborarea caietului de sarcini, afirmând că a avut în vedere această premisă în elaborarea propunerii tehnice pentru lotul 9 și pentru lotul 10, componente ale unui sistem de monitorizare glicemică CGM. Menționează că rolul denumirii Dexcom, în contextul solicitării unor cerințe/specificații tehnice comune/echivalente, formulate de autoritatea contractantă pentru sistemele de monitorizare glicemică CGM, nu au decât rol de a identifica pentru ce sunt utilizate componentele senzor și transmițător, descrierea fiind din punctul său de vedere precisă și pe înțelesul ofertanților de produse echivalente produselor Dexcom, sau mai bine spus ale sistemelor de monitorizare glicemică.

Arată că sistemul de monitorizare glicemică propus în documentația tehnică de către acesta nu are rolul de a substitui un produs Dexcom, ci doar să prezinte un produs echivalent, distribuitorul produselor Dexcom participând la această procedură la lotul 9, clasându-se pe locul 2 datorită criteriului prețului cel mai mic iar la lotul 10 nedepunând ofertă, astfel acesta din urmă ofertând un sistem incomplet format doar din senzori fără transmițător.

Consideră că același distribuitor nu a participat la ofertarea pentru lotul 10 - Kit transmițător compatibil cu senzori Dexcom, astfel ignorând această componentă/consumabil necesar sistemului de monitorizare glicemică, mai ales că produsul Dexcom (transmițător lot 10) este funcțional pentru 3 luni de zile, ceea ce creează într-adevăr o sensibilitate mare pentru pacienții care au nevoie de întreg sistemul, nu doar de senzori (care nu pot fi folosiți dacă nu există și transmițător

pentru ei), situație în care pacienții sunt în imposibilitate de a folosi un sistem CGM (sistem format din senzor și transmițător).

Afirmă că SRL, în cuprinsul contestației încalcă de nenumărate ori prevederile art. 15. alin (2) din Legea 101/2016, pe care le invocă în continuare.

Intervenientul susține că afirmațiile contestatorului precum ca:

- "(...) oferta depusă de pentru lotul 9...este superficială și încalcă principiul tratamentului egal, autoritatea contractantă avantajând în mod nejustificat în evaluarea ofertelor."

- "Modul defectuos în care a înțeles să elaboreze oferta tehnică pentru un acord-cadru de sensibilitatea celui de față se afla în contradicție cu rigorile legislației achizițiilor publice în sensul în care pregătirea și depunerea unei oferte admisibile, care să respecte toate cerințele documentației de atribuire este o condiție sine que pentru semnarea acordului-cadru cu autoritatea contractantă".

- "..... încearcă să susțină că senzorii ofertați ar fi echivalenți cu produsele Dexcom", sunt afirmații nejustificate și false.

Față de acestea, intervenientul consideră că prin acestea, contestatorul intenționează denaturarea scopului achiziției, fiind o licitație deschisă și disponibilă tuturor ofertanților de sisteme de monitorizare glicemică și nu doar pentru cei doi competitori Medtronic sau Dexcom, precizând următoarele:

- nu SRL este îndreptățit să analizeze produsele sale, ci autoritatea contractantă, iar din punct de vedere al performanțelor produsele distribuite de acesta sunt conform standardelor în vigoare EU, au certificare CE și sunt avizate la Ministerul Sănătății;

- oferta SRL este perfect admisibilă prin raportare la cerințele caietului de sarcini;

- SRL a oferit sistem de monitorizare continuă a glicemiei PocTech atât pentru lotul 9, cât și pentru lotul 10 transmițători, compatibile între ele, furnizorul SRL ofertând doar pentru lotul 9, iar pentru lotul 10 nu a oferit, astfel sistemul de monitorizare glicemică fiind incomplet, inutilizabil pentru pacienții înscriși în program, cauzând în cazul în care ar fi fost declarat câștigător prejudicii cu efecte negative pentru autoritatea contractantă și pacienți;

- ofertele celor două firme participante fiind admisibile au fost departajate de criteriul preț;

- oferta depusă de SRL este pentru produsele solicitate la lotul 9 senzori sistem de monitorizare continuă glicemiei echivalent Dexcom.

- chiar dacă SRL încearcă să distragă atenția de la compatibilitatea produselor cerute la lotul 9 și 10 invocând că SRL aplică „o pretinsă echivalență pornind de la premisa că lotul 9 și lotul 10 ar fi atribuite aceluiași operator economic”, legătura de sistem de monitorizare glicemică, care este format din senzori și transmițători, este

foarte clară din punct de vedere al funcționalității, ca și în cazul loturilor unde se cer senzori și transmițători Medtronic.

După părerea sa, indicațiile de la punctul 31 din contestație, privind compatibilitatea și echivalența din punct de vedere al performanței, sunt pure speculații, autoritatea contractantă stabilind caracteristicile minim de îndeplinit de ofertanți, nevoia obiectivă și nu cerințe descrise de contestator, acesta uitând ca detaliile descrise de el prin diferențele detaliate dintre un producător și celălalt producător sunt caracteristici constructive ale unui anumit produs și nu cerințe de performanță care să satisfacă necesitatea obiectivă a autorității contractante; standardele în vigoare și certificările produselor oferite fiind baza de încadrare în limitele minime și maxime pentru punerea pe piață a acestor dispozitive medicale. Mai mult, prin solicitarea unei caracteristici funcționale specifice unui anumit produs este în mod obiectiv imposibilă ofertarea unei soluții echivalente. Fiecare producător de astfel de sisteme proiectează și dezvoltă propria construcție/configurație constructivă a sistemelor astfel să atingă performanța maximă și scopul obiectiv al achiziției de a achiziționa senzori sistem de monitorizare continuă glicemiei.

O cerință care limitează participarea prin impunerea unor caracteristici constructive, cu încălcarea art. 156 din Legea nr. 98/2016, care interzice impunerea unui anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic se face „cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului”. Așadar, impunerea unui anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele, care restrânge concurența este admisibil numai în mod excepțional, când acest lucru este justificat de obiectul contractului, ceea ce impune autorității contractante să justifice existența excepției. Or, în această procedură actuală, nicăieri în cadrul documentației de atribuire, nu există justificare temeinică a acestei derogări de la regula impusă de art. 156, astfel neîmpiedicând participarea la o licitație deschisă ofertantului SRL.

- caracteristicile constructive și de performanță pentru senzori sistem de monitorizare glicemică continuă a glicemiei, sunt specificate în cadrul cerințelor din caietul de sarcini, cerințe îndeplinite de către SRL. Afirmă că a considerat că nevoia autorității contractante este pentru senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei, astfel autoritatea contractantă dând posibilitatea posibililor ofertanți să ofere soluții tehnice ce asigură această nevoie, în acord cu prevederile legale în vigoare și cu cerințele caietului de sarcini.

- formularul de ofertă reprezintă oferta financiară SRL pentru lotul 9 așa cum a fost denumit în procedură și nu are caracter tehnic. Propunerea tehnică este descrierea tehnică a produsului propus de

către SRL și clarifică propunerea sa de produs/ producător oferite ca fiind echivalent.

- invocarea celor de la SRL, la punctul 44, privind încălcarea principiilor este total eronată în acest context și este interpretată abuziv/discriminator.

Repetarea faptului că în caietul de sarcini s-au solicitat la lotul 9 senzori pentru sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom denotă că ofertantul SRL nu a înțeles care este rolul acestor principii, acela de a crea libertatea competiției dar nici care este denumirea lotului: lotul 9 - Senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom și nici pe departe „pentru sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom”.

Consideră că faptul că această firmă face o adevărată lecție de drept, indicând care sunt obligațiile autorității contractante în materia achizițiilor publice, atacând în mod discreționar produsele PocTech, fără ca aceasta să le cunoască, în contextul în care produsele PocTech sunt produse care corespund standardelor europene și naționale, fiind autorizate și avizate, îndeplinind standardele de performanță de punere pe piață, având același scop de utilizare, apreciază că prin aceasta arată că dorește să impună forțat un produs fără a da dreptul pacienților de a alege și mai mult de atât încercând să elimine competiția/concurența din licitație cu orice preț.

Subliniază în acest considerentul (74) al Directivei 24/2014, pe care îl invocă în continuare.

Sușinerile privind lipsa tratamentului egal între părți, în condițiile în care în apărările sale contestatoarea invocă condiții suplimentare față de cele cerute de autoritatea contractantă, denaturând prevederile caietului de sarcini sau interpretându-le după bunul plac, fără să fi cerut în cursul procedurii clarificări cu privire la acestea, apar ca afirmații nefondate și tendențioase.

Își întemeiază cererea de intervenție pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, a Legii nr. 101/2016, a Codului de procedură civilă privind intervenția voluntară și depune un set de documente.

Prin adresa nr. 36188/05.08.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 49755/05.08.2024, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției.

Urmare a solicitării contestatorului din cuprinsul contestației înregistrată la CNSC sub nr. 45438/17.07.2024, referitoare la consultarea dosarului aferent procedurii, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 51490/2470/C1/13.08.2024, Consiliul informează contestatorul că în data de 14.08.2024 poate consulta dosarul nr. 2470/2024, la sediul Consiliului.

La data de 14.08.2024, contestatorul SRL, prin împuternicit s-a prezentat la Sediul Consiliului pentru a studia dosarul nr. 2470/2024.

Prin adresa nr. 4426/19.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 52770/20.08.2024, contestatorul SRL, transmite răspuns față

de cererea de intervenție formulată de SRL, prin care solicită Consiliului pe cale de excepție – admiterea excepției tardivității cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea cererii de intervenție, și, pe fondul cauzei, în ipoteza în care Consiliul va trece peste inadmisibilitatea cererii de intervenție, solicită respingerea ca nefondate și netemeinice a susținerilor SRL din cererea de intervenție.

Cu privire la tardivitatea cererii de intervenție invocată de contestator, acesta susține că intervine întrucât nu i s-a comunicat cererea în termenul legal și nu a făcut această dovadă în fața Consiliului.

În susținere invocă prevederile art. 17 alin. (3) și (4) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, precum și 185 alin. (1) din C.pr.civ.

Contestatorul precizează că din mesajul de tip e-mail prin care a fost înaintată cererea de intervenție rezultă că intervenientul nu a transmis cererea de intervenție și către acesta, menționând că astfel cum reiese din acesta, intervenientul a comunicat cererea doar către Consiliu și autoritatea contractantă, inserând print screen cu e-mailul la care face referire, precizând totodată că intervenientul nu a transmis cererea de intervenție către acesta (nici la sediul social, nici la cel ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură) nici prin intermediul serviciilor poștale.

Așadar, în condițiile în care intervenientul nu poate face dovada formulării și comunicării către Consiliu, autoritate contractantă și contestator a cererii de intervenție în termenul legal, contestatorul solicită Consiliului să aplice sancțiunea prevăzute de lege, respectiv să respingă cererea de intervenție ca tardivă, făcând trimitere la jurisprudența CNSC, respectiv Decizia nr. 2392/C1/2426/2023 din 12.10.2023 și respectiv Decizia nr. 1063/C10/817/2023 din 10.05.2023.

Față de susținerile intervenientului, respectiv faptul că documentația de atribuire ar permite ofertarea oricărui sistem de monitorizare a glicemiei, indiferent de denumire sau compatibilitate cu sistemul Dexcom, precum și faptul că senzorii ofertați de acesta ar fi echivalenți senzorilor Dexcom, contestatorul susține că niciuna dintre aceste susțineri nu este adevărată, iar în susținerea afirmației sale, contestatorul argumentează după cum urmează:

Precizează că documentația de atribuire impune ofertarea de senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom, iar prin cererea de intervenție, ... SRL încearcă să argumenteze că autoritatea contractantă nu ar fi solicitat ofertarea unor senzori ai sistemului de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom, ci orice fel de senzori de monitorizare a glicemiei, inserând în acest sens print screen din cererea de intervenție.

De asemenea, menționează că, prin adăugarea denumirii Dexcom în descrierea specificațiilor tehnice din caietul de sarcini și în însăși denumirea produselor care fac obiectul lotului nr. 9 însă, autoritatea contractantă a indicat concret și clar nevoia sa obiectivă asupra achiziției

pe care urmărește să o realizeze. Astfel, dacă autoritatea contractantă aprecia oportun să achiziționeze orice senzori de monitorizare continuă a glicemiei (care să fie compatibili și cu alte sisteme de monitorizare continuă a glicemiei, în afară de Medtronic și Dexcom), ar fi putut organiza, de exemplu, un lot separat pentru achiziționarea senzorilor compatibili cu alte sisteme de monitorizare continuă a glicemiei.

În opinia sa, în caz contrar, atâta timp cât în titlul loturilor nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 și 10 este prevăzută expres denumirea producătorilor sistemelor (Medtronic pentru Loturile nr. 1, 2, 5, 6, 7, 8; Dexcom pentru Loturile nr. 9 și 10, Accu-Chek (Roche) pentru Loturile nr. 3 și nr. 4), este clar ca intenția autorității contractante din prezenta procedură este de a achiziționa produse fabricate de către acești producători sau compatibile cu produsele acestor producători, indicația de produs nefiind în niciun caz doar descriere pentru echivalență, astfel cum afirmă intervenientul prin cererea de intervenție formulată.

Consideră că importanța ofertării unor senzori pentru sistemul indicat expres prin documentația de atribuire reiese, de altfel, și din strategia de contractare nr. 13327/27.03.2024, unde sunt redată cele 10 loturi, în funcție de scopul și utilitatea acestora (inserând print screen în acest sens), dar și din răspunsul consolidat la clarificări nr. 19523/29.04.2024, prin care autoritatea contractantă a reiterat că dorește să achiziționeze pentru loturile nr. 5 și 6 doar produse compatibile cu sistemele Medtronic. Răspunsul la clarificări este aplicabil, pentru identitate de rațiune, și pentru produsele ce fac obiectul lotului nr. 9, pentru care s-a solicitat să fie compatibile cu sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

De altfel, susține că autoritatea contractantă a solicitat clar ofertarea unor senzori ai sistemului de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom.

Menționează că autoritățile contractante achiziționează în mod frecvent sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom pentru proprii pacienți cu diabet tip 1, cât și pentru pacienții cu diabet tip 1 care și-au achiziționat din resurse proprii consumabilele sistemului Dexcom, așa cum este reglementat la art. I. pct. 3 din Ordinul președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate nr. 202/2022, pe care îl redă în continuare.

Astfel, în opinia sa, autoritatea contractantă a organizat această procedură de atribuire cu scopul clar de a achiziționa produsele Dexcom atât pentru pacienții proprii, cât și pentru cei care dețin din resurse proprii acest tip de sistem (Dexcom), procedura de achiziție fiind pe deplin justificată pentru lotul nr. 9 - Senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom, contrar susținerii intervenientului din cererea de intervenție.

Reiterează faptul că produsele PocTech nu sunt nici compatibile cu produsele Dexcom, Medtronic, Roche etc. și nici echivalente din punct de

vedere al performanțelor; acceptarea oricăror produse care nu sunt nici compatibile și nici echivalente cu produsele solicitate conduce la încălcarea principiilor achizițiilor publice, astfel încât autoritatea contractantă ar achiziționa produse care nu îndeplinesc „necesitatea autorității contractante” (i.e. senzori pentru sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom), astfel cum precizează însuși intervenientul.

Prin urmare, apreciază că susținerile contestatorului reprezintă o critică mascată adusă documentației de atribuire, astfel cum rezultă de altfel și din prevederile legale invocate prin cererea de intervenție (e.g. art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016), care vizează modul în care autoritățile contractante elaborează specificațiile tehnice.

Evidențiază faptul că, în opinia sa, toate aceste critici din cererea de intervenție sunt însă tardive față de data publicării documentației, precum și inadmisibile prin acest demers procedural.

Astfel, consideră că dacă intervenientul avea nemulțumiri/neclarități cu privire la produsele ce trebuie oferite pentru lotul nr. 9 (inclusiv în ceea ce privește specificațiile tehnice impuse prin caietul de sarcini), acesta avea la dispoziție fie contestarea documentației în termenul legal, fie solicitarea de clarificări în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016. Intervenientul nu a uzat însă de niciuna dintre aceste căi legale, acceptând astfel prin depunerea unei oferte în cadrul procedurii, cerințele documentației astfel cum au fost formulate. Prin necontestarea acestora, specificațiile tehnice au devenit obligatorii atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți.

Atât timp cât la inițierea procedurii o autoritate contractantă indică anumite cerințe necesar a fi acoperite/îndeplinite de către ofertanți, în evaluare, aceasta are obligația de a se raporta la cerințele publicate la nivelul documentației de atribuire.

Contrar interpretării propuse de intervenient, apreciază că cerințele documentației de atribuire nu pot fi niciodată implicite, ci doar explicite astfel cum stabilește obligatoriu art. 20 alin. (2) din Normele metodologice, pe care îl redă în continuare.

Or, subliniază faptul că cerințele explicite ale documentației de atribuire, enumerate și prin contestație, prevăd obligația ofertării unui/unor senzori ai sistemului de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom. Așadar, din punctul său de vedere, nu contestatorul, ci intervenientul ar fi trebuit să prezinte eventualele comentarii legate de obiectul procedurii „înainte de derularea procedurii prin a contesta sau clarifica cerințele caietului de sarcini”.

Susține că senzorii PochTech nu sunt echivalenți senzorilor Dexcom.

Consideră că cerința ca senzorul să fie Dexcom nu este obligatorie, ci este doar o indicație de performanță, atunci senzorii ofertați de

intervenient ar trebui să îndeplinească cel puțin cerințele de performanță ale senzorilor Dexcom, potrivit propriului său raționament.

De asemenea, subliniază că senzorii de glicemie sunt utilizați în tratamentul diabetului zaharat, în cele mai multe cazuri, de tip 1.

Explică faptul că, în opinia sa, această afecțiune se caracterizează prin distrugerea celulelor beta pancreatice producătoare de insulină din insulele Langerhans din pancreas, fapt care conduce la un deficit de insulină. Aceasta necesită tratamentul cu insulină prin injecție. Suplimentar, precizează că este necesară o dietă destul de strictă, cu cântărirea alimentelor la fiecare masă și calculul numărului de carbohidrați, plus autocontrol glicemic.

Precizează că în funcție de valorile glicemiei, pacientul însuși/tutorele acestuia, precum și medicul iau deciziile de tratament, respectiv: pentru valori mari ale glicemiei, se administrează insulină; în măsura în care senzorul nu indică cu acuratețe glicemia crescută, dozele de insulină administrată pot fi prea mici, sens în care intervine hiperglicemia; iar pentru valori scăzute ale glicemiei, este necesară administrarea de glucoză (sub diverse forme); în măsura în care senzorul nu indică cu acuratețe glicemia scăzută, poate interveni hipoglicemia: hipoglicemia severă poate conduce la deces în intervale foarte scăzute de timp (de ordinul minutelor).

În continuare inserează print screen din cadrul strategiei de contractare cu cele menționate în acest sens de către autoritatea contractantă.

Face trimitere la presa națională, anexată răspunsului său, în care deja s-a scris despre experiența altor spitale cu senzorii PocTech.

Precizează că prin contestație a arătat punctual diferențele esențiale dintre senzorii Dexcom și senzori producătorului chinez PocTech prin raportare la parametrii esențiali, inserând sub formă tabelară informațiile la care se referă.

Consideră că intervenientul nu furnizează nicio explicație concretă cu privire la aceste diferențe esențiale dintre cele două produse.

Apreciază că în mod greșit intervenientul susține că parametrii indicați de acesta prin contestație nu ar reprezenta cerințe de performanță, ci caracteristici constructive ale produsului.

Parametrii exemplificați mai sus reprezintă tocmai cerințe de performanță: vârstă pacienților pentru care se pot obține măsurători (nu este o cerință constructivă, ci una funcțională), indice de performanță MARD, rezistența la apă, etc.

În opinia sa, intervenientul pretinde că autoritatea contractantă nu ar fi putut impune cerințe de performanță ale sistemului de monitorizare continuă a glicemiei întrucât acestea ar reprezenta „caracteristici constructive”, pretins contrare art. 156 din Legea nr. 98/2016. Precizează că intervenientul susține și faptul că autoritatea contractantă nu ar fi inclus o justificare pentru formularea acestor cerințe, sens în

care acesta consideră că le poate ignora. Câtă vreme nu a solicitat clarificări/contestat documentația de atribuire în termenul legal, aceasta nu mai poate fi criticată printr-o cerere de intervenție, astfel cum am arătat mai sus. Cerințele documentației de atribuire sunt obligatorii.

Mai departe, evidențiază că intervenientul afirmă că ar îndeplini caracteristicile constructive și de performanță din caietul de sarcini. Cu toate acestea, senzorii propuși nu sunt Dexcom, nu sunt compatibili cu transmițătorul Dexcom și nu au durată de utilizare de 10 zile.

De altfel, precizează că intervenientul recunoaște prin cererea de intervenție că în opinia sa putea fi oferat orice sistem de monitorizare a glicemiei, indiferent de echivalența sau nu a acestuia cu sistemul Dexcom.

Mai departe, contestatorul apreciază că pentru a se îndepărta de faptul că prin propunerea financiară afirmă că ar fi oferat „Senzori sistem de monitorizare continua a glicemiei Dexcom”, intervenientul susține că aceasta nu ar avea caracter tehnic. Cu toate acestea, și în propunerea tehnică intervenientul afirmă același lucru. În continuare inserează print screen din formulatul nr. 8 – oferta tehnică.

De asemenea, nu în ultimul rând, contestatorul evidențiază faptul că prin cererea de intervenție, ... SRL încearcă să distragă atenția de la neconformitatea ofertei sale prin formularea unor afirmații lipsite de obiectivitate la adresa sa. Apreciază că față de aceste afirmații ale intervenientului, se impun următoarele precizări:

- criticile referitoare la inadmisibilitatea ofertei SRL nu sunt nicidecum „afirmații nejustificate și false”, ci sunt formulate în baza cerințelor documentației de atribuire și a ofertei depuse de acesta, fiind pe deplin respectată, totodată, obligația de a nu denatura sau omite informațiile cunoscute, prevăzută la art. 15 din Legea nr. 101/2016;

- nu s-a afirmat la niciun moment că acesta ar fi îndreptățit să analizeze produsele oferite de SRL în locul autorității contractante, ci din contră, prin contestație, au fost prezentate atribuțiile și obligațiile comisiei de evaluare de a evalua oferta intervenientului și a respinge această ofertă, întrucât nu sunt respectate cerințele documentației de atribuire;

- dreptul său de a formula contestație împotriva rezultatului procedurii, prin criticarea ofertei declarate câștigătoare este un drept legal, prevăzut de Legea nr. 101/2016; precizează că în timp ce și-a concentrat argumentele pe aspecte tehnice, obiective, rezultat din analiza documentelor din dosarul achiziției publice studiate în fața autorității contractante, intervenientul a decis să își concentreze mare parte din apărări pe aspecte subiective, ce țin de propriile sale interpretări; atributul verificării corectitudinii procedurilor revine în sistemul european de achiziții publice și sectoriale tocmai operatorilor economici participanți la proceduri; întregul sistem de remedii a fost structurat în maniera actuală tocmai pentru ca participanții la proceduri să verifice în timp real această corectitudine și să

prevină efectele eventualelor derogări de la litera și spiritul legislației prin sesizarea instanțelor sau organismelor competente;

- comparația pe care intervenientul o face cu prețul ofertat de contestator este nerelevantă; Menționează că a depus o ofertă care respectă toate cerințele documentației de atribuire (i.e. senzori pentru sistemul de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom), precum și costurile prevăzute de legislație; în orice caz, potrivit art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare doar dintre ofertele admisibile câtă vreme oferta intervenientului nu este admisibilă, prețurile celor două oferte nu pot fi comparate întrucât aplicarea factorilor de evaluare (printre care și prețul) pot fi aplicați numai ofertelor admisibile: o ofertă admisibilă (i.e. oferta contestatorului) nu poate fi comparată cu o ofertă inadmisibilă (i.e. oferta intervenientului).

- intervenientul se raportează la ofertarea pentru lotul 10, deși acesta nu face obiectul contestației și nici nu există vreo cerință care să oblige participanții să participe la mai multe loturi; senzorii ofertați de acesta sunt compleți și compatibili cu transmițătorul Dexcom integrat pentru a simplifica atât montarea, purtarea și schimbarea acestora;

- nici criticile referitoare la încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice și restricționarea concurenței nu sunt interpretate „abuziv/discriminator”, astfel cum afirmă intervenientul; reiterează faptul că, în opinia sa, o respectare a principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice presupune aplicarea cerințelor documentației de atribuire în mod transparent tuturor ofertanților; nu interpretarea acestuia cu privire la cerințele obligatorii ale documentației de atribuire, ci raționamentul intervenientului conduce la distorsionarea concurenței în cadrul procedurii; dacă posibilitatea de a oferi și alte produse decât senzori pentru sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom ar fi fost prevăzută în documentația de atribuire, este posibil chiar să fi participat și alți operatori economici la procedura de atribuire; cerințele documentației de atribuire nu mai pot fi modificate/interpretare diferit însă în timpul evaluării, astfel cum solicită intervenientul.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 53437/2470/C1/22.08.2024, Consiliul solicită, ... SRL să înainteze dovada transmiterii cererii de intervenție către contestatorul SRL.

Ca urmare a solicitării Consiliului formulat prin adresa nr. 53437/2470/C1/22.08.2024, ... SRL a răspuns prin corespondența e-mail înregistrată la CNSC sub nr. 54027/26.08.2028 în sensul „(...) prin formularea de către SRL a răspunsului la cererea de intervenție (...) considerăm că s-a luat la cunoștință de documentele transmise de către noi către CNSC și către autoritatea contractantă”.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 46249/22.07.2024, contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii

nr. 210403620/1, din 19.07.2024, tranzacția nr. 1478771799/293725282, în cuantum de 10.000 lei, eliberată de CEC Bank Sucursala

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „Furnizare CONSUMABILE DIABET”, - cod CPV: 33195000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare CN1067263/03.04.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 4.354.000 lei, fără TVA. Criteriul de atribuire al contractului este „Cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... SRL a depus cererea de intervenție nr. 1026/25.07.2024, transmisă pe email în data de 25.07.2024, înregistrată la CNSC sub nr./25.07.2024, care prezintă natura juridică a unor cereri de intervenții accesorie, deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care, Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie, formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (...)” și având în vedere că, la data 18.07.2024, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, contestația formulată de SRL sub identificatorul: „Document: [CN1067263/00092] Contestație Lot 9.PDF.p7s”, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în termenul legal.

Pe de altă parte, având în vedere faptul că, în concluziile scrise formulate ulterior studierii dosarului, contestatorul SRL solicită Consiliului să nu ia în considerare cererea de intervenție deoarece SRL nu i-ar fi comunicat și acestuia un exemplar, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate, conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, asupra excepției tardivității cererii de intervenție.

În acest sens, Consiliul va reține ca relevante prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației” și cele ale alin. (4) al

aceleiași norme juridice, potrivit căreia *„Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia”*.

Constatând, din analiza dosarului cauzei, că SRL a transmis cererea de intervenție printr-o singură corespondență e-mail atât către CNSC și autoritatea contractantă în data 25.07.2024 însă la dosarul cauzei nu există dovada transmiterii și către contestator astfel cum dispun prevederile art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, în vederea respectării principiilor contradictorialității și dreptului la apărare statuate la art. 15 alin. (1) din același act normativ, Consiliul a solicitat intervenientului dovada transmiterii cererii de intervenție către contestator.

La această solicitare, ... SRL a răspuns prin corespondența e-mail înregistrată la CNSC sub nr. 54027/26.08.2028 în sensul *„(...) prin formularea de către SRL a răspunsului la cererea de intervenție (...) considerăm că s-a luat la cunoștință de documentele transmise de către noi către CNSC și către autoritatea contractantă”*, recunoscând, astfel, că nu a transmis cererea de intervenție către contestator, acesta luând cunoștință de cererea de intervenție din studiul dosarului cauzei constituit la CNSC.

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 185 alin. (1) Cpc, potrivit căruia *„Când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului (...)”*, Consiliul va respinge ca tardivă cererea de intervenție formulată de SRL, fără analiza pe fond a acesteia.

Procedând la analiza contestației, se reține că, ... SRL (oferant clasat pe locul II) critică modul de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare, aparținând SRL apreciind că oferta acestuia în cadrul lotului 9, având ca obiect: *„Senzori sistem de monitorizare continuă a glicemiei Dexcom”* trebuia respinsă ca neconformă, deoarece nu ar fi respectat cerința expresă a caietului de sarcini referitoare la compatibilitatea cu transmițătorul Dexcom, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit Fișei de date, pct.IV.4.1 *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”*, autoritatea contractantă a impus următoarele cerințe:

„Propunerea tehnică va fi prezentată în conformitate cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, va cuprinde toate pozițiile din lot și va conține descrierea produselor oferite, conform formular 2. Oferantul are obligația de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondentei propunerii tehnice cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini astfel propunerea

tehnica va conține un comentariu, al specificațiilor tehnice conținute în caietul de sarcini, prin care sa se demonstreze corespondenta propunerii tehnice cu specificațiile respective indicând numărul paginii unde se regăsește fiecare cerința a caietului de sarcini în cadrul fișelor tehnice/documentației din partea producătorului. Propunerea tehnica va fi numerotata și va cuprinde denumirea produselor așa cum este precizata în caietul de sarcini, **producătorul acestora si tara de origine pentru care se vor prezenta obligatoriu fise tehnice / orice alte documente relevante în acest sens, deținute de către producătorul acestora din care sa reiasă specificațiile tehnice solicitate în caietul de sarcini.**

Documentele emise în altă limbă decât română trebuie să fie însoțite de traducerea autorizată în limba română. Documentele emise în altă limbă decât română trebuie să fie însoțite de traducerea autorizată în limba română”.

De asemenea, în cadrul Caietului de sarcini, aferent lotului 9 – „Senzori sistem de monitorizare continua a glicemiei Dexcom”, s-au stipulat următoarele specificații tehnice:

- **compatibil cu transmițătorul Dexcom;**
- **durata de viață: 10 zile de utilizare;**
- **garanție: 12 luni de la livrare.**

Or, din analiza propunerii tehnice a ofertantului SRL și a fișei tehnice anexate, se reține că acesta nu respectă cerința impusă respectiv de a fi compatibil cu transmițătorul Dexcom, deoarece produsul „Pochtech model CT3”, oferat al cărui producător este Zhejiang POCTech Co., Ltd./China format din senzor CT3 PocTech este compatibil cu transmițător CT3 PocTech, aspect pe care însuși ofertantul îl recunoaște; prin urmare nu se respectă cerința impusă în cadrul documentației de atribuire, conform căreia demonstrarea caracteristicilor tehnice se face prin atașarea broșurilor/fișelor tehnice, iar , ofertele care nu fac dovada explicită a caracteristicilor tehnice declarate prin atașarea broșurilor de la producător vor fi considerate neconforme.

Astfel cum a precizat în mod explicit autoritatea contractantă caracteristicile tehnice vor fi susținute prin fișe tehnice/orice alte documente relevante în acest sens emise de producător, scopul fiind ca membrii comisiei de evaluare să verifice efectiv dacă produsele oferate au, în realitate, caracteristicile menționate de către ofertant în tabelul de conformitate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține și faptul că cerințele din documentația de atribuire, așa cum acestea au fost întocmite de autoritatea contractantă, sunt obligatorii atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile respectivei documentații cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind ținută ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale

aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv; orice altă interpretare excedează propriilor reguli stabilite de autoritatea contractantă și încalcă principiile transparenței și tratamentului egal statuate de art. 2 alin. (2) lit. d) și b) din Legea nr. 98/2016.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

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.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că, atât cerințele din fișa de date referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice, respectiv dovada explicită a caracteristicilor tehnice declarate cât și specificațiile tehnice din caietul de sarcini cu privire la compatibilitatea cu transmițătorul Dexcom sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la specificațiile tehnice enumerate în caietul de sarcini și cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a demonstra caracteristicile tehnice declarate prin atașarea broșurilor/fișelor tehnice de la producător cât și
- riscurile ce decurg din lipsa transmiterii documentelor solicitate.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor produse care nu corespund cu cerințele caietului de sarcini sau a căror executare nu au îndeletnicirea/capacitatea tehnică, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care, autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele ținând seama de toate elementele avute în vedere la elaborarea documentației de atribuire, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea ofertelor propuse în acest sens.

Consiliul reține că, potrivit art. 65 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, verificarea propunerilor tehnice depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere/reproducere a elementelor

din ofertă astfel cum a procedat, ci, este un proces laborios, constând în verificarea conformității fiecărei specificații tehnice impuse în caietul de sarcini cu propunerile tehnice și documentele doveditoare prezentate în acest sens, astfel încât, să confere autorității contractante certitudinea că furnizarea produselor oferite sunt conforme și corespund necesității ei, pentru care a inițiat procedura de atribuire în cauză.

Specificațiile tehnice propuse de ofertanți nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, ci, reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice, a căror realitate/conformitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu și-a respectat, în fapt, propria documentație de atribuire, alegând să verifice în mod superficial cerințele tehnice impuse cu privire la compatibilitatea cu transmițătorul Dexcom cât și modul de demonstrare a specificațiilor tehnice oferite și să desemneze drept admisibilă și, ulterior, câștigătoare, oferta SRL, în baza simplei prezumții că simpla ofertare a unui produs fără o verificare a conformității acesteia este suficientă în vederea desemnării ca și câștigătoare.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci, implicit și cerințele expres solicitate în cadrul caietului de sarcini (referitoare la documentele prin care se demonstrează specificațiile tehnice oferite), iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

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

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

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

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)“.

Potrivit art. 49 și 50 din Legea nr. 98/2016, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru

operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza **C-213/2017, CJUE** s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45 : *„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C 19/00, Rec., p. I 7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C 448/01, Rec., p. I 14527, punctul 47), constituie într adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre altele, Hotărârea Universale Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C 315/01, Rec., p. I 6351, punctul 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C 513/99, Rec., p. I 7213, punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C 21/03 și C 34/03, Rec., p. I 1559, punctul 26)”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu avea dreptul să accepte, drept conformă propunerea tehnică și concludentă fișa tehnică a produsului ofertat, având în vedere că, prin acceptarea unei astfel de oferte s-a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea SRL, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă neconformă (art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016), într-o ofertă conformă și, ulterior câștigătoare.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, **CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare și stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei depuse de SRL cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului SRL privind nelegalitatea evaluării ofertei câștigătoare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul criticilor din contestație, câtă vreme, indiferent de natura acestora, nu poate fi înlăturat caracterul neconform al ofertei SRL, rezultatul fiind același.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire, în partea care privește oferta depusă de SRL în cadrul lotului 9 și actele subsecvente și va obliga, la reevaluarea ofertei SRL pentru lotul 9 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității, invocată de contestatorul SRL iar, pe cale de consecință, respinge ca tardivă, cererea de intervenție formulată de SRL.

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii de atribuire, în partea care privește oferta depusă de SRL în cadrul lotului 9 și actele subsecvente și va obliga, la reevaluarea ofertei SRL pentru lotul 9 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

Redactat practicaua deciziei

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 28 (douăzecișiopt) pagini.