

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

DECIZIE
Nr. 445/C3/327
Data: 01.03.2022

Prin contestația nr. 163/10.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7291/11.02.2022, înaintată de SRL, cu sediul în, ..., și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, director general, formulată împotriva raportului procedurii nr. A513 din 31.01.2022, act emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, str. Drumul Taberei nr. 76, ..., în licitația deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare „Teste rapide antigen pentru diagnosticul Covid-19 II/2021”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1035501/07.10.2021, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 163/10.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7291/11.02.2022, ... SRL atacă raportul procedurii nr. A513 din 31.01.2022, întocmit de ca urmare a reevaluării ofertelor, măsură dispusă de Consiliu prin Decizia nr. 2901/C3/3188 din 30.12.2021.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu a respectat decizia Consiliului și a procedat în mod greșit la declararea ca și admisibile a ofertelor clasate pe primele două locuri, respectiv ofertele depuse de SRL și SRL, întrucât acestea nu au făcut dovada îndeplinirii cerințelor solicitate prin intermediul documentației de atribuire.

Astfel, ofertantul declarat câștigător și clasat pe locul 1, ...SRL, nu respectă (i) cerința 4 din fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 (*Certificat de conformitate CE - Documentele emise de instituții/organisme oficiale vor fi prezentate în limba autorității emitente, însoțite de o traducere autorizată în limba română*) și nici (ii) cerința potrivit căreia documentele

tehnice, prezentate ca mijloace probante, vor fi în limba emitentului, însoțite de o traducere autorizată în limba română.

Așa cum a subliniat CNSC în cuprinsul Deciziei nr. 2901/C3/3188, la pag. 9, *prin documentația de atribuire s-a impus nu doar o traducere conforma, ci chiar o traducere autorizata a documentelor de interes pentru achizitor (...). În categoria documentelor pentru care se impunea o traducere autorizată (...): Broșură/Fișă tehnică de prezentare/Memoriul tehnic a/al produsului ofertat care va cuprinde informații cu privire la produsul ofertat; Certificat de conformitate CE (marcajul european de conformitate CE).*

Pe de altă parte, arată contestatoarea, potrivit celui de al doilea raport al procedurii, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SRL, prin adresa nr. A92-"P" din data de 12.01.2022, printre altele, (i) transmiterea unei traduceri autorizate a Certificatului CE nr. DD60133279 0001, dar și (ii) transmiterea unei traduceri autorizate a fișei tehnice a produsului.

Or, acceptarea depunerii acestor documente, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, este contrară dispozițiilor coroborate ale art. 209 alin. (2) și art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, susține contestatoarea, oferta aparținând SRL este și neconformă, întrucât societatea nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut propus.

Privitor la oferta depusă de SRL, situată pe locul 2, contestatoarea susține că nu respectă cerința din fișa de date a achiziției, cap.IV.2.6, potrivit căreia *perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta - 4 luni (de la termenul limită de primire a ofertelor).*

Așa cum a subliniat CNSC, în cuprinsul Deciziei nr. 2901/C3/3188, la pag. 11, *nici perioada de valabilitate a ofertei nu a fost analizată de comisia de evaluare în raport cu cererea expresă a documentației de atribuire (...). Formularul de ofertă în cauză cuprinde altă perioadă de valabilitate (...).*

Și în acest caz, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 209 alin. (2) și ale art. 2 din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod nelegal, a solicitat ofertantului, prin adresa nr. A92-"P" din data de 12.01.2022, retransmiterea Formularului 4, din care să reiasă menținerea ofertei de preț pentru o perioadă de 120 zile.

Totodată, contestatoarea apreciază că oferta depusă de SRL trebuia declarată neconformă, pentru că nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut ofertat.

În concluzie, contestatoarea arată că, în lipsa respectării rigorilor documentației de atribuire, autorității contractante îi revenea obligația respingerii ofertelor.

Prin adresa nr. A-753 "P" din 16.02.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 8340/17.02.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei ca nefondată.

În fapt, în urma deciziei CNSC nr. 2901/C3/3188 din 30.12.2021, autoritatea contractantă susține că, în acord cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a aplicat același tratament tuturor participanților la procedura de atribuire, mai cu seamă, celor ajunși în etapa finală a procesului de evaluare. Aceștia li s-a trimis câte o solicitare de transmitere a traducerilor autorizate ale documentelor existente în cadrul ofertelor depuse. Contrar opiniei contestatoarei, autoritatea contractantă consideră că a respectat și dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Mai mult, însăși contestatoarei i-au fost transmise, în mod repetat, solicitări de clarificări ce vizau Formularul 7 (Declarația privind angajamentul de obținere a codului NATO de agent economic), cap. III. 1.1) din fișa de date a achiziției, cerința 2.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că a solicitat ofertanților aflați pe primele două locuri în clasament justificarea valorii oferite. Autoritatea contractantă menționează că și contestatoarea a primit o solicitare de clarificare similară, privind prețul neobișnuit de scăzut. În acest context, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SRL.

Prin concluziile scrise din adresa nr. 234/28.02.2022, înregistrate la CNSC sub nr. 10756/01.03.2022, ... SRL reiterează susținerile din contestație, susținând că autoritatea contractantă a acceptat incorect ca ofertanții clasati pe primele două locuri să prezinte documente ulterior termenului de înaintare a ofertelor (declarație de conformitate CE, documente tehnice, respectiv un nou formular de ofertă). De asemenea, contestatoarea arată că justificările pentru prețul neobișnuit de scăzut nu sunt concludente, în sensul susținerii prețurilor.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 07.10.2021, o procedură de licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare „Teste rapide antigen pentru diagnosticul Covid-19 II/2021”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1035501.

Nemulțumită de noul rezultat al procedurii de atribuire, consemnat în raportul procedurii nr. A513 din 31.01.2022, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea lui și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor declarate câștigătoare și clasate pe primele două locuri, respectiv reevaluarea ofertelor depuse de SRL și SRL.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207839662/1, în valoare

de 10.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 16.02.2022.

De asemenea, Consiliul reține și că, împotriva rezultatului anterior celui de față, ... SRL a mai formulat o contestație, ce a fost admisă de CNSC prin Decizia nr. 2901/C3/3188 din 30.12.2021.

Conform deciziei precedente (pag. 11-12), Consiliul a stabilit că autoritatea contractantă nu a analizat ofertele aflate în competiție cu oferta contestatoarei la nivelul cerințelor din propria documentație de atribuire și al prevederilor legale incidente: *Așa cum pretinde contestatoarea, autoritatea contractantă avea obligația de a analiza existența în propunerea tehnică a certificărilor pentru producător, în traducere autorizată, conform regulilor din caietul de sarcini (Documentele emise de institutii/organisme oficiale vor fi prezentate în limba autoritatii emitente, însoțite de o traducere autorizata în limba româna.).*

Astfel că, lipsa din oferte a acestor certificări ale ofertantului nu putea conduce automat la excluderea lor, ca neconforme, fiind obligatorie solicitarea prezentării lor doar după stabilirea clasamentului.

În schimb, lipsa din propunerea tehnică a certificărilor producătorului trebuia analizată în raport cu cerința de conformitate lipsită de dubiu.

Din cele ce preced, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă nu a analizat ofertele clasate pe locurile 1 (SC SRL) și 3 (..... SRL) în raport cu obligațiile din propria documentație de atribuire, ignorând și prevederile art. 207 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2016, ce impun ca ofertele câștigătoare să îndeplinească toate cerințele stabilite de achizitor.

Similar situației ofertelor arătate, nici oferta clasată pe locul 2 (..... SRL) nu a fost analizată de comisia de evaluare sub aspectul prezentării certificatelor de calitate/standardelor pentru producător sau în privința prețului aparent neobișnuit de scăzut. În același timp, nici perioada de valabilitate a ofertei nu a fost analizată de comisia de evaluare în raport cu cererea expresă a documentației de atribuire (vezi fișa de date a achiziției - IV.2.6 Perioada minima pe parcursul careia ofertantul trebuie sa isi mentina oferta/ 4 luni ...). Formularul de ofertă în cauză cuprinde altă perioadă de valabilitate, ce nu a fost sesizată de comisia de evaluare.

Prin urmare, actualul rezultat al procedurii, în privința celor 3 oferte desemnate câștigătoare, este afectat de nefinalizarea analizei lor în raport cu documentația de atribuire și cu regulile, sus evocate, din Legea nr. 98/2016.

Din considerentele deciziei precedente, rezulta că autoritatea contractantă putea accepta prezentarea certificărilor ofertantului după stabilirea clasamentului ofertelor admisibile, însă certificarea producătorului, inclusiv în formatul tradus autorizat, trebuia prezentată

în propunerea tehnică (caiet de sarcini, punctul 6 al secțiunii "4. Documente justificative care vor fi anexate la propunerea tehnică: 6) Certificat care să ateste implementarea sistemelor de management al calității ISO 9001 sau al dispozitivelor medicale ISO 13485, pentru producător").

Practic, solicitarea completării propunerii tehnice, cu documente expres precizate în caietul de sarcini, confirmă nerespectarea unor cerințe explicite ale acestuia, la momentul depunerii ofertelor.

Autoritatea contractantă a solicitat ofertanților clasati pe primele două locuri în clasamentul actual (SC SRL și SRL) seturi de documente ce trebuiau prezentate la momentul ofertării, conduită care reprezintă o veritabilă negociere a conținutului ofertelor, interzisă de prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Sușinerile autorității contractante că, în contrapondere, ar fi acceptat ca și oferta contestatoarei să fie completată cu un document ce i-ar fi lipsit ("angajamentul de obținere a codului NATO de agent economic") sunt lipsite de temei. Secțiunea specifică a fișei de date a achiziției preciza obligativitatea prezentării codului NCAGE înainte de semnarea primului contract subsecvent, iar odată cu oferta numai completarea DUAЕ: *III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale B. Obținerea codului NCAGE înainte de semnarea primului contract subsecvent sau Prezentarea certificatului de acordare a codului NCAGE Detinerea Certificatului de acordare a codului de agent economic (NCAGE) sau a Declarației prin care se angajează ca va obține codul NCAGE înainte de semnarea contractului (se pune la dispoziție model orientativ). Pentru obținerea codului NCAGE va completa o Cerere de alocare a codului NATO de agent economic (se pune la dispoziție model orientativ). [...] Modalitatea de îndeplinire: Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, sunt obligatorii să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, de către ofertanții clasati pe primele 3 locuri în clasamentul intermediar întocmit după finalizarea etapei de evaluare a ofertei.*

Numai după stabilirea clasamentului cu cei 3 posibili semnatori ai acordului-cadru autoritatea contractantă trebuia să solicite documente justificative.

Practic, se infirmă o pretinsă egalitate de tratament a celor 3 ofertanți, în raport cu conținutul ofertelor pentru care s-au solicitat completări și clarificări, pe care o evocă autoritatea contractantă.

În jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, s-a consacrat aplicarea aceluiași tratament ofertei aflate în aceeași

situație, în privința clarificării lor, numai după ce este cunoscută situația lor de ansamblu. Exemplificativ, punctele 31-35 din Hotărârea adoptată de instanța comunitară în cauza C 336/12, relevă modalitatea de aplicare a principiului tratamentului egal în acest domeniu:

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).

.....

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).

Consiliul constată că autoritatea contractantă, în situația de față, nu a făcut o apreciere similară, privitoare la întinderea demersurilor proprii în evaluarea ofertelor, raportat la amintitul principiu.

În același timp, solicitarea de justificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut a avut caracter pur formal, întrucât autoritatea contractantă nu a primit garanții reale ale sustenabilității prețurilor din propunerile financiare. Fiecare ofertant a transmis răspuns bazat pe altă formă de constituire a prețului unitar/total.

O mențiune suplimentară ține de propunerea financiară a SRL, a cărei durată de valabilitate a fost modificată, la nivelul impus prin documentația de atribuire, dar care prezintă informații neconcordante, ce relevă lipsa de fermitate. În privința justificării prețului neobișnuit de scăzut, se arată că prețul unitar (la producător) al testelor rapide antigen ar fi de 1,35 Euro, dar pentru cantitatea maximă s-ar diminua, la 1 Euro/bucată. Din justificarea în cauză, nu rezultă care, totuși, va fi prețul de livrare, în cazul încheierii acordului-cadru. De asemenea, din justificare rezultă utilizarea unui curs de schimb de 4,90 lei/Euro, în timp ce formularul de ofertă menționează un curs de 4,9475 lei/Euro. Totuși, din justificarea amintită, nu rezultă care ar fi nivelul costurilor cu transportul, depozitarea, livrarea etc. adică al unor operațiuni obligatoriu

de efectuat, în condițiile în care a fost prezentat un cost variabil al producerii testelor, la care s-ar adăuga și un adaos comercial inexact.

Practic, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare a competiției o ofertă (..... SRL) pentru care nu a promit justificări reale, efective, ale prețului propus, contrar dispozițiilor art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).*

Și în privința justificărilor aduse de SC SRL se constată lipsa de acuratețe a informațiilor privind nivelul prețului. În fapt, documentele provenind de la producătorul kitului de testare indică un preț unitar de vânzare, fără a indica componența lui, în timp ce ofertantul pretinde că acesta (precizat în oferta sa, în echivalent "lei") ar include toate costurile de producție, precum și pe cele de transport și manipulare, dar și indirecte (marketing, utilități, depozitare, salarii). Cu toate acestea, pe lângă prețul de la producător, în justificarea nivelului scăzut, s-a precizat doar un nivel al adaosului comercial, fără alte calcule/detalii de exactitate. De altfel, se constată că în justificarea ofertantului nu sunt incluse nici costurile cu tampoanele de recoltare de unică folosință, ce ar fi furnizate de un alt producător decât cel al kiturilor de testare.

În același timp, deși autoritatea contractantă a cerut explicații și transmiterea acordului încheiat cu SRL privitor la condițiile de ofertare relevate în decizia precedentă, ofertantul SC SRL a prezentat doar angajamentul că nu va fi nicio neclaritate în furnizarea testelor de către SRL (ce ar fi, în același timp, distribuitor al acelorași produse).

Din această conduită, nu rezultă nici justificarea prețului neobișnuit de scăzut și nici înlăturarea indiciilor de natura celor indicate la art. 167 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, invocate chiar prin solicitarea de clarificări a autorității contractante. Conform deciziei anterioare a CNSC, cele două oferte conțineau asemănări semnificative, situație care este reglementată la litera a) a amintitelor prevederi: "...indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ: a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire".

În consecință, eronat a acceptat autoritatea contractantă ca această ofertă, la rândul ei, să fie desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire ce are ca obiectiv încheierea acordului-cadru cu mai mulți operatori economici.

Având în vedere caracterul neconform al celor două oferte, rezultând din conținutul ce nu a respectat caietul de sarcini, dar și lipsa de concludență a informațiilor de justificare a prețului neobișnuit de scăzut, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. A513-P/31.01.2022, precum și în actele subsecvente lui. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile, pornind de la constatarea inadmisibilității celor două oferte.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SRL, în contradictoriu cu, privind rezultatul procedurii inițiate cu anunțul de participare nr. CN1035501/07.10.2021.

Anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. A513-P/31.01.2022, precum și în actele subsecvente lui și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile, pornind de la constatarea inadmisibilității celor două oferte aflate pe primele locuri ale clasamentului.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....