CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CIF RO ....., reprezentată legal prin ..... – consilier juridic, formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., județul ....., în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, pe loturi, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului, ...

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

Prin contestația nr...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă prevederile caietului de sarcini din cadrul documentației de atribuire, pentru lotul 1, elaborate de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, considerând că specificațiile tehnice, modificate prin adresa nr. 10454/17.04....., încalcă toate dispozițiile legale prevăzute de Legea nr. 98/2016.

În fapt, contestatoarea precizează că ulterior publicării în SEAP a documentației de atribuire și ca urmare a unei solicitări de clarificări din partea unui operator economic, autoritatea contractantă prin adresa nr. 10454/17.04....., a modificat specificațiile tehnice pentru produsul de

la lotul nr. 1 – Aparat de facoemulsificare pentru microincizie, prin introducerea în caietul de sarcini a următoarei cerințe: „aparat Phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut”.

Urmare a acestei modificări, contestatoare a formulat o notificare prealabilă, solicitând modificarea cerinței așa cum a fost formulată inițial, însă autoritatea contractantă a menținut-o în continuare.

Referitor la acest aspect, contestatoarea supune atenției că, condiția tehnică impusă de autoritatea contractantă, privind vitrectomie posterioară minim 16000 tăieri/minut, poate fi îndeplinită doar de un singur aparat, respectiv aparatul EVA, fabricat de producătorul DORC, cerință ce contravine dispozițiilor art. 155 alin. (1) alin. (6), art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, impunerea specificaţiilor tehnice ce stabilesc ofertarea unui aparat Phacoemulsificare care să permită upgrade la vitrectomie posterioară de minim 16.000 tăieri/minut care conduce în mod nemijlocit la un singur producător și elimină din procedură ceilalţi ofertanti și/sau producători cu aparatele lor, încalcă în mod grav dispoziţiile art. 2 din Legea nr. 98/2016 ce reglementează scopul actului legislativ și principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie publică.

Totodată, contestatoarea menționează că cerinţa tehnică impusă de autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificare din 17.04....., este nelegală și din prisma faptului că aceste specificaţii tehnice nu corespund necesităţilor autorității contractante care, la această data, nu are medici specialiști pentru realizarea intervenţiilor chirurgicale cu acest tip de aparat.

Cu privire la solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, pentru lotul 1, contestatoare o consideră întemeiată, raportat la dispozițiile art. 55 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele precizate, .. solicită, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor caietului de sarcini (a specificaţiilor tehnice pentru lotul nr. 1), în sensul eliminării cerinţei „aparat Phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut”, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire privind lotul nr. 1, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 12951/15.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 19447/15.05....., autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a adoptat măsuri de remediere, conform procesului-verbal nr. 12942/ 15.05....., postat în SEAP, în sensul eliminării din caietul de sarcini a cerinței “Aparat Phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut”, măsură de remediere ce a fost adusă la cunoștință și contestatoarei.

Față de aceste măsuri, prin adresa nr. 3251/16.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 19729/16.05....., contestatoarea a precizat că, prin procesul-verbal nr. 12942/15.05....., publicat în

SEAP, autoritatea contractantă a dispus eliminarea din caietul de sarcini a cerinţei "aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut", însă, tot prin acest proces-verbal s-a introdus o nouă specificaţie tehnică, neprevăzută iniţial prin caietul de sarcini, potrivit căreia aparatul va avea un sistem dublu de tăiere al vitrectomului.

Prin urmare, contestatoarea consideră că se impune anularea procedurii, cu atât mai mult cu cât măsura de remediere a caietului de sarcini a fost luată în perioada ulterioară datei stabilită pentru depunerea ofertelor, respectiv în perioada de evaluare a ofertelor, situație în care remedierea caietului de sarcini, la data de 15.05....., este imposibilă, fiind încălcate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a așteptat să dispună măsura de remediere după data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, pentru a elimina concurența și a favoriza un anume ofertant.

Pentru considerentele expuse, contestatoarea solicită anularea procedurii, întrucât au fost aduse încălcări grave prevederilor legale ce afectează procedura de atribuire, cu atât mai mult cu cât măsura de remediere dispusă în 15.05....., duce la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 14057/25.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 20975/25.05....., autoritatea contractantă a trimis un punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației SC ..... SRL, ca lipsită de obiect și nefondată.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă precizează că, în referire la cele solicitate de contestatoare, a luat măsurile de remediere ce concordă cu solicitările contestatoarei, în sensul eliminării din caietul de sarcini a cerinței "Aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut".

În ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia a fost introdusă o nouă specificație tehnică, autoritatea contractantă susține contrariul.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că SC ..... SRL a participat cu ofertă în cadrul procedurii, aceasta fiind declarată conformă în cadrul evaluării tehnice, dar necâștigătoare, întrucât a avut un preț mai mare decât oferta clasată pe primul loc.

Prin urmare, faptul că prețul ofertat de contestatoare a fost mai mare decât a ofertei clasate pe locul I, nu poate fi considerată o vătămare în înțelesul legislației aplicabile achizițiilor publice, motiv pentru care autoritatea contractantă consideră contestația SC ..... SRL nefondată.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă susține că aceasta a

rămas fără obiect, întrucât au fost dispuse măsuri de remediere, conform celor solicitate de aceasta.

În referire la măsura de remediere, autoritatea contractantă precizează că aceasta nu putea fi luată anterior depunerii ofertelor, întrucât a fost solicitată prin notificarea prealabilă formulată de contestatoare și înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 11559/02.05..... (în prima zi lucrătoare după data transmiterii din 27.04....., ora 18.06), dată ce coincide cu data limită de depunere a ofertelor.

Prin adresele nr. 23542 și nr. 23543/..C3/12.06....., Consiliul a solicitat contestatoarei și autorității contractante informații legate de îndeplinirea cerinței în discuție de către participanții la procedură.

Prin adresa nr. 15702/12.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 23594/12.06....., autoritatea contractantă a răspuns la solicitare, precizând următoarele: „… vă comunicăm faptul că cerința aparat phacoemulsificare care să permit upgrade ulterior la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut a fost îndeplinită de către un singur ofertant din cei 3 (trei) participanți la această procedură, respectiv Kembli Med SRL. Anexăm alăturat propunerile tehnice ale celor 3 ofertanți … menționăm faptul că în urma evaluării tehnice, toate cele 3 oferte au fost declarate conforme, ca urmare a eliminării cerinței menționate mai sus, cerința ce face obiectul prezentei contestații”.

Prin adresele înregistrate la CNSC sub nr. 23661 și nr. 23662/13.06....., contestatoarea a răspuns la solicitare, precizând următoarele: „… oferta ..depusă pentru lotul 1 Aparat de Phacoemulsificare pentru microincizie nu a respectat cerința impusă de autoritatea contractantă prin clarificarea nr. 10454 din 17.04.2017 … nu a îndeplinit nici a doua condiție tehnică stabilită de autoritatea contractantă în data de 15.05..... prin procesul verbal al ședinței nr. 12942, respectiv aparatul să prezinte sistem dublu de tăiere al vitreotomului. Oferta Farmexpert depusă pentru lotul 1 Aparat de Phacoemulsificare pentru microincizie a îndeplinit toate condițiile din caietul de sarcini, astfel cum a fost acesta prezentat de autoritatea contractantă la momentul publicării documentației de atribuire, respectiv înainte de modificările aduse caietului de sarcini prin clarificarea din 17.04..... … oferta .. pentru lotul 1-nu poate îndeplini condițiile tehnice din caietul de sarcini stabilite initial la data publicării documentației de atribuire în SEAP, condiții tehnice considerate minimale de autoritatea contractantă la data de 15.05..... (deși anterior depunerii ofertelor au fost considerate obligatorii) dar poate îndeplini condiția tehnică privind aparatul ofertat are sistem dublu de tăiere al vitreotomului …; oferta .. pentru lotul 1-nu poate îndeplini condiția tehnică stabilită ulterior depunerii ofertelor, respectiv în perioada de evaluare a ofertelor, întrucât aparatul ofertat nu are sistem dublu de tăiere al vitreotomului și/sau aparatul phacoemulsificare nu permite upgrade ulterior a vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut …; oferta .. pentru lotul 1-nu poate îndeplini condițiile tehnice din caietul de

sarcini … dar poate îndeplini condiția aparat phacoemulsificare care să permit upgrade ulterior la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut … solicităm anularea procedurii …” și a depus copia raportului procedurii nr. 14013/25.05.....

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, pe loturi, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, publicând în SEAP anunțul de participare nr. ..... la data de ..... și documentația de atribuire.

Nemulțumită de prevederile caietului de sarcini pentru lotul 1, SC ..... SRL a înaintat contestația de față, cu respectarea procedurii notificării prealabile stabilită la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, solicitând, în principal, eliminarea din caietul de sarcini aferent lotului 1 a cerinţei "aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut", iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire privind lotul nr. 1, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Văzând excepția lipsei de obiect a contestației, având în vedere măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 15.05....., Consiliul face analiza ei cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dar constată că este nefondată.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele informații:

- data publicării documentației de atribuire în SEAP: .....;

- adresa nr. 10454/17.04....., postată în SEAP, la rubrica erate, ... și clarificări, de modificare a documentației de atribuire aferente lotului 1, cu următorul conținut: „se acceptă solicitarea, astfel autoritatea contractantă completează caietul de sarcini cu cerința: aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut”;

- notificarea prealabilă nr. 2708/27.04.....;

- data depunerii ofertelor: 02.05.....;

- data depunerii contestației: .....;

- procesul-verbal nr. 12942/15.05..... cu măsurile de remediere ca urmare a evaluării contestației formulate de ...: „1. Adoptarea de măsuri de remediere în sensul eliminării din caietul de sarcini a cerinței aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut ...”;

- art. 2 alin. (1), coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, asigură dreptul de a sesiza Consiliului încălcarea unei reguli din legislația specifică, pentru „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante ...", iar calitatea de „persoană care se consideră vătămată" o are „orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice ...". SC ..... SRL, poate reclama orice pretinsă încălcare a regulilor de derulare a unei proceduri de atribuire, din domeniul său de activitate, ce ar putea să o prejudicieze (chiar pe viitor), fiind operator economic interesat/participant la prezenta procedură.

Astfel, Consiliul constată că, anterior termenului stabilit de depunere a ofertelor, la solicitarea unui operator economic interesat de participarea cu ofertă, la lotul 1 („considerăm util a se adăuga ca și cerință tehnică minimă aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut ..."), autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 10454/17.04....., postată în SEAP, la rubrica erate, ... și clarificări, astfel: „se acceptă solicitarea, astfel autoritatea contractantă completează caietul de sarcini cu cerința: aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut", modificând documentația de atribuire.

Totodată, Consiliul reține că, anterior transmiterii contestației, SC ..... SRL a prezentat ofertă în procedură, la lotul 1 contestat, aspect relevat de conținutul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 12053/07.05..... postat de autoritatea contractantă în SEAP, în secțiunea dedicată anunțului de participare (Procese verbale, declarații și rapoarte).

Consiliul constată că, ulterior depunerii ofertelor și formulării contestației nr. 3185/....., autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. 12942/15.05..... al ședinței de evaluare a contestației formulate de SC ..... SRL, prin care a hotărât: „1. Adoptarea de măsuri de remediere în sensul eliminării din caietul de sarcini a cerinței aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut. 2. Măsura adoptată la pct. 1 se va comunica contestatoarei .., celorlalți operatori economici implicați în procedură – ..., precum și CNSC". De asemenea, Consiliul reține și următoarea concluzie menționată în procesul-verbal: „în concluzie, comisia de evaluare apreciază că sistemul dublu de tăiere al vitreotomului presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale în caietul de sarcini, astfel încât urmează să fie luată

în considerare, dar nu ca cerință minimală, astfel încât să nu fie restrânsă participarea la procedură a celorlalți ofertanți”.

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă a achiesat la cererea contestatoarei, în sensul că, prin procesul-verbal de mai sus, a decis „eliminarea cerinței contestate”, dar ulterior termenului limită de depunere a ofertelor. În aceste condiții, pentru a-și produce efectele, se impunea ca aceste modificări/completări să fie incluse într-un act de modificare a anunțului/ fișei de date a achiziției, **anterior depunerii ofertelor**. Or, o astfel de posibilitate practică se putea acoperi doar în condițiile precizate la art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „În cazul în care, după publicarea unui anunţ, intervin anumite modificări faţă de informaţiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.

Totodată, Consiliul consideră că modificarea cerinței contestate, în sensul eliminării ei, concordă cu cererea contestatoarei, însă nu poate fi operate această modificare a cerinței după data de depunere/deschidere a ofertelor. Astfel, evaluarea ofertelor fără a ține cont de cerința impusă la data de 17.04....., prin adresa nr. 10454: „se acceptă solicitarea, astfel autoritatea contractantă completează caietul de sarcini cu cerința: aparat phacoemulsificare care să permită upgrade ulterior a vitrectomie posterioare minim 16.000 tăieri/minut”, încalcă principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, în acord și cu dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire.

Importanța modului în care documentația de atribuire este elaborată derivă atât din nevoia de satisfacere a necesităților autorității contractante, cât și din caracterul obligatoriu al acesteia, pentru toate părțile implicate, ofertantul urmând să își elaboreze oferta în conformitate cu prevederile acestui act (art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016), iar autoritatea contractantă fiind ținută la examinarea și evaluarea ofertelor raportat exclusiv la propriile condiții stabilite, în mod precis și complet, prin documentația de atribuire.

Riscul unei documentații de atribuire incomplete, ori insuficient lămuritoare, ori al unor clarificări la aceasta care să nu răspundă rigorilor stabilite de legiuitor, citate mai sus, aparține, pe de o parte, operatorilor

economici interesați de participarea la procedura de atribuire și care, în lipsa unor informații precise, corecte și complete, nu sunt în măsură să elaboreze și să prezinte oferte care să răspundă necesităților reale ale autorității contractante și care să poată avea șanse la declararea lor ca fiind admisibile și, ulterior, câștigătoare. Pe de altă parte, riscul aparține și autorității contractante care, organizând procedura de atribuire pe baza unei documentații ce nu îi descrie complet și corect nevoia de achiziție și regulile de desfășurare a acesteia, poate fi pusă în situația de a primi oferte care nu îi satisfac pe deplin necesitățile, ori care nu pot fi comparate, situație în care devine incident cazul de anulare a procedurii stabilit la art. 212 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, constatând imposibilitatea adoptării măsurilor de remedire a cerinței contestate, datorită continuării procedurii, prin deschiderea ofertelor primite de autoritatea contractantă, Consiliul va admite contestația și va anula procedura de atribuire, aferentă lotului 1, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016: *În cazul admiterii contestaţiei, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire*.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondate excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și anulează procedura la lotul 1.

Prezenta decizie este obligatorie, 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.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,**
... **...**

Opinie separată,

În urma analizei situației de fapt și de drept din speță, contrar poziției adoptate de majoritatea membrilor Consiliului, consider că se impunea respingerea contestației, ca nefondată.

Față de petitul acțiunii, ce prevedea: *obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor caietului de sarcini (a specificaţiilor tehnice pentru lotul nr. 1), în sensul eliminării cerinţei "Phacoemulsificare care să permită upgrade ulterio la vitrectomie posterioară minim 16.000 tăieri/minut", iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire privind lotul nr. 1, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016*, dar și față de împrejurarea că autoarea cererilor a înaintat o ofertă, chiar, ignorând specificațiile tehnice pe care le dorea excluse din caietul de sarcini, se impunea ca autoarea contestației să probeze, cel puțin, că întocmirea ofertei sale și, după caz, modalitatea de evaluare a ei, i-ar fi cauzat o vătămare.

Întrucât autoarea cererii de excludere a specificației tehnice în dispută a prezentat un echipament care nu prezenta o astfel de caracteristică tehnică, se înțelege că a avut cunoștință deplină a documentației de atribuire, și și-a asumat atât riscul de respingere a ofertei cât și șansa de a-i fi acceptată oferta și atribuit contractul.

De altfel, acceptarea de către autoritatea contractantă a criticilor, în sensul de a renunța la a verifica existența specificației tehnice în cauză, are caracterul unei achiesări, în parte, la contestație și nu poate proba decât temeinicia susținerilor că respectiva specificație este o cerere fără caracter definitoriu pentru nevoia ei obiectivă de achiziție (ci suplimentară caracteristicilor minime).

Faptul că, din punct de vedere formal, nu mai era posibilă modificarea documentației de atribuire, în sensul excluderii cerinței suplimentare, nu poate atrage, direct, anularea procedurii, câtă vreme autoritatea contractantă a primit oferte (inclusiv, a contestatoarei) pe care le-a analizat cu ignorarea cerinței amintite.

Or, contestatoarea nu poate invoca, în sprijinul criticilor sale, tocmai tratamentul de care a beneficiat oferta sa, din partea autorității contractante, ce nu a condus la o vătămare în sensul prevăzut de art. 3 alin. (1) litera f) din Legea nr. 101/2016.

În mod implicit, nefiind necesare măsuri de remediere a procedurii, nu se impunea anularea ei.

MEMBRU,

...

……