



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 2497/C5/2577

Data: 09.11.2021

Prin contestația neînregistrată la emitentă, datată 30.09.2021, depusă, inițial, în original, la registratura CNSC, iar ulterior, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 51230/30.09.2021 și, respectiv, sub nr. 51401/30.09.2021, ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator și convențional de SCA „...”, având adresa de corespondență la reprezentantul convențional în municipiul ... a contestat adresa nr. 5930/20.09.2021, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare măști de protecție de uz sanitar de tip II, FFP2, FFP3” (loturile 1-3), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat:

„a) anularea adresei nr. 5930/20.09.2021 privind comunicarea deciziei de respingere a ofertelor ... ca neconforme (...), precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente ori conexe care fundamentează sau se fundamentează pe aceasta (...); și

b) obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor depuse de către ..., cu luarea în considerare a documentelor puse la dispoziția sa de către subscrisa, cu consecința constatării caracterului conform al ofertelor ... în raport de motivul care stă la baza respingerii acestora”.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației, ... SRL a precizat că ofertele sale depuse pentru cele 3 loturi au fost respinse de autoritatea contractantă, ca neconforme, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, singura „motivare” fiind aceea că ofertele depuse nu ar satisface în mod corespunzător caietul de sarcini, fără să-i fie indicate cerințele din caietul de sarcini pretins a fi fost nesocotite.

... SRL consideră că este cel puțin surprinzătoare decizia autorității contractante din prezenta procedură, de a declara neconforme ofertele ... SRL, de vreme ce aceleași categorii de produse ofertate pe loturile 2 și 3 au fost considerate conforme în procedura de atribuire din noiembrie 2020.

... SRL arată că decizia de respingere a ofertelor sale este nemotivată, astfel că se impune anularea acesteia, autoritatea contractantă având obligația de a prezenta motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertelor. Autoritatea contractantă nu a indicat niciun motiv pentru care a considerat că ofertele depuse pe loturile 1-3 nu ar îndeplini cerințele caietului de sarcini, respectiv nu a menționat nicio cerință expresă din caietul de sarcini pretins a fi fost încălcată. În concret, decizia de respingere a ofertelor nu indică cerințele din caietul de sarcini pretins a fi fost încălcate de către ... SRL și nici caracteristicile tehnice ale produselor ofertate care nu ar corespunde cerințelor caietului de sarcini, iar toate cele trei oferte depuse îndeplinesc, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini, comisia de evaluare neadresându-i, în prealabil, nici măcar o solicitare de clarificări.

Nemotivarea actului administrativ contestat este de natură să producă ... SRL o vătămare suplimentară celei produse de efectul propriu-zis al acestuia. Situația este de natură a obstrucționa posibilitatea de a contesta în mod eficient decizia autorității contractante în lipsa prezentării rațiunilor care au fundamentat-o.

În lipsa motivării, principiile transparenței și al asumării răspunderii, care ar trebui să guverneze orice procedură de atribuire, sunt în mod grav afectate, atât timp cât destinatarul actului nu este informat cu privire la motivele de fapt și de drept concrete care au stat la baza emiterii lui.

Motivarea reprezintă o cerință esențială de validitate a oricărui act administrativ. În acest sens, ... SRL arată că:

a) în primul rând, motivarea îndeplinește o funcție de transparență a procedurilor administrative în profitul cetățenilor, care vor putea astfel să verifice dacă actul este sau nu întemeiat;

b) în al doilea rând, motivarea permite instanței să exercite controlul de legalitate asupra actelor contestate. Motivarea este, așadar, o condiție substanțială a cărei absență sau insuficiență antrenează anularea actului și care, în cazul nostru concret, este inexistentă.

Așadar, motivarea este o condiție de legalitate extrinsecă a actului, făcând obiectul unei aprecieri, în concret, după natura acestuia și

contextul adoptării sale. Obiectivul său este prezentarea, într-un mod clar și neechivoc, a raționamentului actului instituției emitente.

Data fiind lipsa unei motivări, care nu doar că trebuie să existe, ci trebuie să fie și clară și precisă, decizia de respingere a ofertelor încalcă:

a) dispozițiile art. 31 din Constituție, care reglementează dreptul la informație al persoanelor, motivarea devenind un principiu al procedurii de emitere a actelor administrative;

b) principiul motivării actelor administrative, consacrat și la nivel european, condiția fiind prevăzută la art. 296 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, precum și la art. 162 EURATOM, care stabilește prezentarea într-un mod „clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului”;

c) Recomandarea (2007) a Comitetului de Miniștri (art. 17 pct. 2) și Rezoluția (77) a Comitetului de Miniștri (principiul IV), preluate în Codul European al Bunei Conduite Administrative, care prevede că „fiecare decizie adoptată de Instituție, care poate afecta în mod negativ drepturile sau interesele unei persoane particulare, va menționa temeiurile pe care se bazează, indicând în mod clar faptele relevante și baza legală a deciziei”.

În speță, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de motivare a deciziei adoptate. O astfel de conduită atrage sancțiunea anulării deciziei de respingere a ofertelor depuse de ... SRL, având în vedere că:

a) dispozițiile legale impun obligația motivării;

b) i s-a creat contestatoarei speranța legitimă că ofertele sale sunt conforme.

Prin urmare, atât timp cât ... SRL a depus oferte în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, autoritatea contractantă avea obligația să le declare ca fiind conforme.

... SRL consideră că prin nemotivarea deciziei de respingere a ofertelor, accesul la justiție este obstrucționat din cauza dificultății de a contesta în mod eficient acest act.

Autoarea contestației a invocat jurisprudență în acest sens.

Un alt aspect criticat de ... SRL este că autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări, deși avea această obligație, înainte de a-i respinge ofertele ca neconforme, în contextul în care se pare că a identificat în prealabil o serie de lipsuri ale ofertelor.

În niciun caz, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a respinge ofertele, înainte ca aceasta să fie pe deplin convinsă de caracterul lor neconform. Sancțiunea respingerii ofertelor nu operează automat pentru orice fel de ambiguitate/neclaritate sau documente insuficiente ori eronate. În acest sens, autoritatea contractantă are obligația să analizeze ofertele, în mod obiectiv și să nu se întemeieze pe elemente insuficiente/neclare/incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective.

Autoritatea contractantă are datoria de a manifesta o anumită diligență atunci când evaluează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care oferta depusă indică faptul că ambiguitatea are, probabil, o explicație

simplă și poate fi ușor clarificată, este contrar principiului bunei administrări ca o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără să solicite clarificări în prealabil.

Așadar, intenția legiuitorului nu a fost aceea a respingerii automate a unui ofertant a cărui ofertă prezintă indicii de neconformitate de orice natură, fără a se încerca o clarificare a acestora.

Astfel, contestatoarea consideră că, preliminar respingerii ofertelor ca neconforme, comisia de evaluare avea obligația de a-i solicita clarificări, dată fiind constatarea acesteia în sensul că ofertele depuse nu ar satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, deși ... SRL a depus toate cele trei oferte cu respectarea deplină a cerințelor documentației de atribuire.

Pasivitatea autorității contractante care, preferând să respingă nemotivat ofertele, sub pretextul nerespectării cerințelor din caietul de sarcini, nu a adresat nicio întrebare prealabilă în vederea clarificării ofertelor depuse de către contestatoare, se impune a fi sancționată de către Consiliu prin admiterea prezentei contestații.

Față de aceste aspecte, respingerea ofertelor reprezintă un demers nejustificat și abuziv, autoritatea contractantă dând dovadă de un formalism excesiv și neîndeplinindu-și propriile obligații.

În acest sens, ... SRL a făcut trimitere la jurisprudență conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a solicita clarificări anterior respingerii unei oferte.

Autoarea contestației consideră, totodată, faptul că măsura respingerii ofertelor sale încalcă principiul proporționalității, reglementat de Directiva 2014/24 și Legea nr. 98/2016.

Dacă autoritatea contractantă ținea cont de principiul utilizării judicioase a fondurilor publice și considera/constata faptul că ofertele depuse ar fi incomplete sau neclare, avea posibilitatea, conform legii, de a cere clarificări pentru a nu exclude un ofertant ce a dovedit, chiar într-o procedură de atribuire anterioară, desfășurată de către aceeași autoritate contractantă, că produsele ofertate sunt conforme cu specificațiile tehnice.

Decizia de respingere a ofertelor depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite de legislația achizițiilor publice, fiind eliminat din competiție un ofertant care îndeplinește toate cerințele tehnice și care a depus ofertele în conformitate cu documentația de atribuire.

Maniera în care a procedat autoritatea contractantă este profund nelegală și se impune a fi sancționată prin admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea tuturor măsurilor de remediere ce se impun în vederea restabilirii legalității procedurii de atribuire.

În dovedirea contestației, ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri, printre care și originalul Recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 207541879/1 din 28.09.2021, în sumă de 26.325,00 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, precum și împuternicirea avocațială seria B nr. 6240799/2021.

Prin adresa nr. 51549/2577/C5/01.10.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei ... SRL să remită dovada înaintării contestației depusă la Consiliu către autoritatea contractantă, conform dispozițiilor cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

... SRL, prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 52304/ 06.10.2021, a făcut dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu.

Autoritatea contractantă a transmis, de două ori, prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere nr. 42733/06.10.2021, înregistrat de Consiliu sub nr. 52473/06.10.2021 și, respectiv, sub nr. 52905/08.10.2021, prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată, întrucât la întocmirea raportului procedurii au fost respectate întocmai prevederile legale.

Autoritatea contractantă a invocat prevederile legale, respectiv art. art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 133 alin. (1) și 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și a învederat faptul că poate stabili oferta câștigătoare dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare;

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind capacitatea și, dacă este cazul, criteriile de selecție nu se află sub incidența motivelor de excludere, comisia de evaluare având obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, propunerea tehnică trebuind să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă invocă mențiunile care se regăsesc în fișa de date, la cap. IV.4.1, respectiv „ofertantul are obligația de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini, astfel propunerea tehnică va conține o anexă ce va cuprinde un comentariu, articol cu articol, al specificațiilor tehnice conținute în caietul de sarcini, prin care să se demonstreze corespondența propunerii tehnice cu specificațiile respective. Ofertantul va elabora propunerea tehnică astfel încât aceasta să respecte, în totalitate, cerințele prevăzute în caietul de sarcini”, precum și prevederile din caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă a precizat că, din punct de vedere tehnic, ofertele depuse de ... SRL nu au fost conforme pentru următoarele motive:

- pentru lotul 1 - cerința din caietul de sarcini este pentru mască facială de uz medical tip II, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare ambalajul are mențiunea „Masca cu 3 pliuri tip IIR”;

- pentru lot 2 - cerința din caietul de sarcini este pentru mască care să aibă bandă elastică cu prindere pe cap, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare este expusă o poză în care masca prezintă sistem de prindere după urechi;

- pentru lot 3 - cerința din caietul de sarcini este pentru mască care să aibă banda elastică de prindere pe cap și lamelă nazală adaptabilă învelită în plastic, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare se evidențiază lamelă nazală metalică neînvelită în plastic.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la similitudinea prezentei proceduri cu o alta derulată în luna noiembrie 2020, autoritatea contractantă consideră că nu sunt relevante, întrucât, prin Ordinul nr. 2376/3030 din 04.12.2020 și anexele acestuia, este prevăzută clar condiția ca măștile să aibă bandă elastică de prindere pe cap, nu după urechi, așa cum sunt măștile din propunerea tehnică a contestatoarei.

Autoritatea contractantă a concluzionat că ofertele contestatoarei, pentru cele 3 loturi, nu pot fi considerate conforme, pentru că nu respectă, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

Prin corespondența intitulată „note scrise”, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 54318/15.10.2021, autoarea contestației a formulat apărări față de punctul de vedere al autorității contractante, prin care a punctat faptul că decizia de respingere a ofertelor depuse de ... SRL este nemotivată, precum și faptul că autoritatea contractantă avea obligația de a-i solicita clarificări, iar măsura respingerii ofertelor depuse de societatea sa încalcă, în mod, flagrant, principiul proporționalității.

În ceea ce privește motivele concrete de respingere a ofertelor sale, evidențiate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, contestatoarea a formulat apărări referitoare la motivul de respingere a ofertei depuse pentru lotul 1, menționând că produsul oferat este superior celui solicitat de autoritatea contractantă.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „Notele scrise” au fost însoțite de dovada comunicării acestora către autoritatea contractantă.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, punctul de vedere nr. 42733/06.10.2021, în original, înregistrat de Consiliu sub nr. 54803/19.10.2021, împreună cu o copie a dosarului achiziției.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare măști de protecție de uz sanitar de tip II, FFP2, FFP3”, cod CPV 33100000-1 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1030630/30.04.2021, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 07.06.2021 ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț” și valoarea estimată cuprinsă între 37,70 RON și 10.530.000,00 RON, fără TVA.

Obiectul contractului a fost divizată în 3 loturi, respectiv:

- Lot nr. 1 - „Măști faciale de uz medical – tip II”, având o valoare estimată cuprinsă între 0,70 RON și 8.400.000,00 RON, valoarea

estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 525.000,00 RON, fără TVA;

- Lot nr. 2 - „Măști de tip FFP2” , având o valoare estimată cuprinsă între de 7,00 RON și 630.000,00 RON, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 39.375,00 RON, fără TVA;

- Lot nr. 3 - „Măști de tip FFP3” , având o valoare estimată cuprinsă între de 30,00 RON și 1.500.000,00 RON, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 93.750,00 RON, fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 26 operatori economici (pentru lotul 1 - 15 oferte, pentru lotul 2 – 18 oferte, pentru lotul 3 – 16 oferte), contestatoarea din prezenta cauză depunând oferte pentru toate loturile, aspect consemnat în Declarația de participare publicată de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 14.07.2021.

După evaluarea ofertelor, membrii comisiei de evaluare au stabilit rezultatul procedurii, consemnat în Raportul procedurii nr. 5514/20.09.2021, potrivit căruia ofertele depuse de ... SRL pentru cele 3 loturi au fost respinse ca neconforme, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât nu au satisfăcut, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. 5930/20.09.2021, ofertantul ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

... SRL a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207541879/1 din 28.09.2021, în sumă de 26.325,00 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând contestația, Consiliul constată că aceasta vizează decizia autorității contractante de a respingere, ca neconforme, ofertele depuse de contestatoarea ... SRL pentru loturile 1, 2 și 3, contestatoarea criticând, pe de o parte, faptul că decizia autorității contractante nu este motivată, nefiind indicate motivele care au condus la această decizie, respectiv care au fost cerințele caietului de sarcini pe care ofertele sale nu le-au îndeplinit, iar pe de altă parte, lipsa transmiterii de solicitări de clarificări de către autoritatea contractantă în vederea lămuririi aspectelor considerate neclare.

Referitor la critica autoarei contestației cu privire la faptul că autoritatea contractantă trebuia să-i indice motivele respingerii ofertelor, respectiv cerințele din caietul de sarcini pe care ofertele sale nu le-au îndeplinit în mod corespunzător, Consiliul constată următoarele:

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul reține că, în etapa evaluării propunerilor tehnice, aceștia au stabilit, așa cum a fost consemnat în Procesul verbal nr. 35745/25.08.2021 și în Procesul

verbal nr. 5522/25.08.2021, în legătură cu ofertele contestatoarei, următoarele:

- pentru lotul 1 - oferta este neconformă având în vedere următoarele aspecte: „Masca medicală cu 3 pliuri conform cu EN 14683 **tip IIR**. Cerința din caietul de sarcini este pentru mască facială de uz medical **tip II**. (...) Testarea privind rezistența la rupere a materialului a fost efectuată prin metoda Grab, fiind menționat în raport că această metodă nu se află în domeniul acreditat CNAS. Pe poza ambalajului care este atașată la propunerea tehnică conform cerinței caietului de sarcini apare mențiunea „Masca cu 3 pliuri tip IIR”;

- pentru lot 2 - oferta este neconformă având în vedere următoarele aspecte: „În raport testare este expusă poza produsului care prezintă sistem de fixare după urechi. În instrucțiunile de utilizare și depozitare la pct. 2 «acoperiți nasul și gura și puneți benzile elasticele după urechi», iar la final este expusă o poză a produsului care prezintă sistem de fixare după urechi. Cerința caietului de sarcini: Masca să aibă bandă elastică cu prindere pe cap”;

- pentru lot 3 - oferta este neconformă având în vedere următoarele aspecte: „În documentele atașate la propunerea tehnică toate pozele produsului evidențiază lamela metalică nazală neînvelită în plastic. Cerința caietului de sarcini: Masca să aibă banda elastică de prindere pe cap și lamelă nazală adaptabilă învelită în plastic (lamela metalică să fie învelită în plastic pentru a evita ruperea și a cauza răni)”.

În cadrul Raportului procedurii nr. 5914/20.09.2021, membrii comisiei de evaluare au menționat, referitor la evaluarea propunerilor tehnice, faptul că rezultatul evaluării acestora se regăsește în procesele verbale nr. 35745/25.08.2021 și nr. 5522/25.08.2021, precum și concluziile privind ofertele depuse, în legătură cu ofertele contestatoarei depuse pentru loturile 1 – 3, reținând că acestea sunt neconforme, potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Analizând conținutul actului atacat, Consiliul constată că acesta conține, în referire la cele trei loturi, următoarele informații: „Prin prezenta vă facem cunoscut că în urma evaluării ofertelor depuse la procedura de atribuire a contractului (...) oferta dumneavoastră NU a fost declarată câștigătoare pentru următoarele loturi: (...)”, motivat de faptul că „oferta este neconformă - Art. 137 alin. (3) lit. a) din HG 395/2016 (...) în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

În cadrul punctului de vedere nr. 42733/06.10.2021, formulat de autoritatea contractantă în legătură cu prezenta contestație, aceasta a indicat motivele concrete care au condus la concluzia privind ofertele depuse de contestatoare pentru cele trei loturi, respectiv faptul că ofertele depuse de ... SRL nu au fost conforme pentru următoarele motive:

- **pentru lotul 1** - cerința din caietul de sarcini este pentru mască facială de uz medical tip II, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare ambalajul are mențiunea „Masca cu 3 pliuri tip IIR”;

- **pentru lot 2** - cerința din caietul de sarcini este pentru mască care să aibă bandă elastică cu prindere pe cap, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare este expusă o poză în care masca prezintă sistem de prindere după urechi;

- **pentru lot 3** - cerința din caietul de sarcini este pentru mască care să aibă banda elastică de prindere pe cap și lamelă nazală adaptabilă învelită în plastic, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare se evidențiază lamelă nazală metalică neînvelită în plastic.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1), coroborate cu prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei, la data de **08.10.2021**, punctul de vedere nr. 42733/ 06.10.2021. În aceste condiții, contestatoarea a luat la cunoștință de motivele concrete pentru care ofertele sale depuse în cadrul loturilor 1 -3 au fost respinse, ca neconforme.

Ca urmare a luării la cunoștință de punctul de vedere al autorității contractante, respectiv de motivele concrete de respingere a ofertelor sale pentru cele trei loturi, contestatoarea a remis Consiliului, la data de **15.10.2021**, documentul intitulat „Note scrise” în replică la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, în cadrul căruia și-a prezentat argumentele pentru care apreciază că decizia autorității contractante este eronată.

În cadrul acestui document, **contestatoarea formulează critici concrete doar în ceea ce privește motivul de respingere a ofertei sale pentru lotul 1**, în legătură cu motivele de respingere a ofertelor depuse pentru loturile 2 și 3, neformulând niciun fel de susțineri/apărări concrete.

Raportat la critica analizată, Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 215 alin. (1) și (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, *„(1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective. (2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”.*

Față de cele anterior expuse, analizând critica autoarei contestației referitoare la lipsa comunicării, prin intermediul actului atacat, a motivelor de respingere a ofertelor sale depuse pentru cele 3 loturi, Consiliul constată că, într-adevăr, actul atacat nu respectă rigorile prevăzute de art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în sensul că acesta nu conține motivele concrete care au stat la baza deciziilor de respingere a ofertelor depuse de ... SRL pentru cele 3 loturi, însă, având

în vedere faptul că aceste motive au fost comunicate contestatoarei prin intermediul punctului de vedere, ... SRL luând la cunoștință de acestea și **formulând apărări privind unul din loturi (lotul 1)**, Consiliul apreciază că obligarea autorității contractante la recomunicarea acestor motive (în condițiile în care comunicarea lor s-a realizat prin punctul de vedere), ar însemna dovada unui formalism excesiv.

Scopul comunicării motivelor de respingere a unei oferte este acela de a da posibilitatea ofertantului să conteste în cadrul termenului legal legal stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, decizia autorității contractante, în cazul în care o consideră incorectă/nelegală.

Ori, în speță, la data de **08.10.2021**, prin comunicarea punctului de vedere, contestatoarea a luat la cunoștință de motivele concrete care au determinat autoritatea contractantă să-i respingă ofertele și putea/trebuia să formuleze apărări în ceea ce privește decizia de respingere a ofertelor sale depuse în cadrul celor trei loturi.

În aceste condiții, a admite punctul de vedere al contestatoarei și a dispune obligarea autorității contractante la comunicarea motivelor de respingere a ofertelor contestatoarei depuse în cadrul loturilor 1 – 3, ar însemna dovada unui formalism excesiv, de vreme ce la data de **08.10.2021**, ... SRL a luat cunoștință de justificările punctuale pentru care oferta sa a fost respinsă și a beneficiat de suficient timp pentru a-și formula apărărilor necesare (prezenta decizie este emisă la data de **09.11.2021**). În felul acesta, cauza poate fi soluționată pe fond, în prezent, evitându-se prelungirea procedurii de atribuire în mod artificial, prin formularea unei noi contestații (însoțită de cauțiunea aferentă) cu privire la aspecte care pot fi dezlegate în prezenta cauză, în condițiile în care s-a asigurat respectarea principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar contestatoarea a avut suficient timp pentru a demonstra conformitatea ofertelor sale.

Astfel, analizând decizia de respingere a ofertei contestatoarei depusă pentru lotul 1 - „Măști faciale de uz medical – tip II”, Consiliul constată următoarele:

Potrivit pct. IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date a achiziției:

«Propunerea tehnică se va prezenta la rubrica special prevăzută în S.E.A.P. în acest sens, respectiv „Documente de calificare și propunere tehnică” și va include:

(...).

5) Modelul de contract semnat sau declarație privind acceptarea clauzelor. Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței cu cerințele/specificațiile prevăzute în cadrul prezentei secțiuni, respectiv cu cele prevăzute în cadrul Caietului de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire. Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor prezentate ale ofertei, inclusiv în urma solicitărilor de clarificare adresate de autoritatea/entitatea contractantă în acest sens legate de caietul de sarcini ori prevederile

legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă. Propunerea tehnică se încarcă în secțiunea dedicată a portalului SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, până la data limită de transmitere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă».

Prin Caietul de sarcini, aferent lotului 1 - Măști faciale de uz medical – **tip II**, autoritatea contractantă a stabilit următoarele: „materialul din care sunt confecționate măștile să fie neșesut, să includă un strat de filtrare lipit sau poziționat între straturile de material, să aibă 3 straturi și minim 3 pliuri. (...) Pe ambalaj trebuie să existe marcaj CE cu respectarea condițiilor legale specifice de utilizare a acestuia (în acest sens se va depune la nivelul propunerii tehnice poza de pe ambalaj).”.

Din analiza propunerii tehnice depusă de ... SRL pentru lotul 1, Consiliul reține că produsul ofertat aparține producătorului Sunsmmed Protective Products Ltd – China, iar din Fișa tehnică și pozele ambalajului produsului ofertat (filele 674-677 din dosarul achiziției publice înaintat de autoritatea contractantă), rezultă că acesta are mențiunea „Masca cu 3 pliuri **tip IIR**”, tip diferit de tipul solicitat de autoritatea contractantă prin Caietul de sarcini, respectiv **tip II**.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că acest aspect/această neclaritate nu a fost lămurită de autoritatea contractantă cu ofertantul, membrii comisiei de evaluare stabilind, fără a face alte demersuri, caracterul neconform al ofertei.

Ori, potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”, iar potrivit art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

În speță, autoritatea contractantă, trebuia să aibă un rol activ și să clarifice cu ofertantul aspectul în discuție prin aplicarea dispozițiilor anterior citate. Numai după analizarea răspunsului primit autoritatea contractantă putea stabili caracterul conform/neconform al ofertei în discuție. Susținerile contestatoarei formulate în fața Consiliului referitoare la caracterul superior al produselor ofertate de aceasta în cadrul lotului 1, trebuie să facă obiectul analizei membrilor comisiei de

evaluare, singura în măsură, potrivit art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, să stabilească caracterul conform/neconform al unei oferte.

În cadrul „Notelor scrise” contestatoarea prezintă unele argumente pentru care consideră că produsele ofertate de aceasta în cadrul lotului nr. 1 sunt superioare celor solicitate de autoritatea contractantă.

Deși la dosarul cauzei se află dovada faptului că la data de 15.10.2021, contestatoarea a comunicat autorității contractante „Notele scrise” în care susține că produsul ofertat în cadrul lotului 1 este superior, până în prezent autoritatea contractantă nu a făcut susțineri contrare, deși a curs un interval de timp suficient pentru a-și exprima opinia în legătură cu acest aspect,.

În aceste condiții, Consiliul constată că evaluarea ofertei depusă de contestatoare în cadrul lotului 1 nu a fost efectuată cu respectare dispozițiilor legale, această critică a contestatoarei fiind întemeiată și impunându-se ca autoritatea contractantă să clarifice cu ofertanta contestatoare, prin aplicarea dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 din HG nr. 395/2016, dacă măștile ofertate corespund cerințelor stabilite în caietul de sarcini/sunt superioare din punct de vedere calitativ față de cele solicitate de autoritatea contractantă, iar ulterior analizării răspunsului primit să stabilească, motivat, conformitatea/ neconformitatea ofertei depusă de ... SRL în cadrul lotului 1.

În ceea ce privește motivele de respingere a ofertelor depuse de contestatoare pentru loturile 2 și 3, Consiliul constată următoarele:

- **Pentru lotul nr. 2** - „Măști de tip FFP2” - cerința din caietul de sarcini este ca „Masca să aibă bandă elastică de **prindere pe cap** (...)”, iar din propunerea tehnică depusă de contestatoare, respectiv filele 608 și 639 din dosarul achiziției publice înaintat de autoritatea contractantă, respectiv din fotografiile produsului și din Instrucțiunile de utilizare și depozitare (punctul 2) rezultă că masca ofertată de contestatoare aparținând producătorului Henan Weimi Medical Equipment Co, Ltd – China, prezintă sistem de **prindere după urechi**. Din analiza răspunsului la solicitările de clarificări nr. 3451/28.05.2021, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 28.05.2021 ora 08:43, respectiv din solicitarea de clarificare nr. 3 și răspunsul aferent, rezultă că autoritatea contractantă nu a acceptat și ofertarea de măști cu benzi elastice de prindere după urechi.

- **Pentru lotul nr. 3** - „Măști de tip FFP3” - cerința din caietul de sarcini este ca „Masca să aibă bandă elastică de prindere pe cap și lamelă nazală adaptabilă (lamela **metalică să fie învelită în plastic pentru a evita ruperea și a cauza răni**)”, iar în propunerea tehnică depusă de contestatoare se evidențiază lamelă nazală metalică **neînvelită în plastic** (a se vedea filele 526, 546 și 582 din dosarul achiziției publice înaintat de autoritatea contractantă), producătorul măștilor ofertate fiind tot Henan Weimi Medical Equipment Co, Ltd – China.

Întrucât în cadrul documentului intitulat „Note scrise” în replică la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă,

contestatoarea ... SRL nu prezintă niciun fel de apărări cu privire la motivele de respingere a ofertelor sale depuse în cadrul loturilor 2 și 3 și având în vedere constatările Consiliului consemnate la alin. precedent din care rezultă că produsele ofertate de contestatoare în cadrul loturilor 2 și 3 nu respectă cerințele Caietului de sarcini, se apreciază că această atitudine a contestatoarei nu poate fi interpretată decât ca o însușire a concluziilor membrilor Comisiei de evaluare, respectiv o acceptare a motivelor de respingere a ofertelor sale, depuse în cadrul loturilor 2 și 3, o achiesare la acestea.

Prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de către potențialii ofertați în termenul legal avut la dispoziție, astfel că și-au dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințe stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor prin raportare la cerințele expres stabilite în aceasta.

Consiliul are în vedere dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu cele ale art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 395/2016, care dispun că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv nerespectarea unor cerințe din Caietul de sarcini, cade în sarcina operatorului economic în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, care sunt cerințele pe care produsele ofertate în cadrul loturilor 2 și 3 trebuie să le îndeplinească.

În condițiile în care în cadrul ofertelor depuse nu există niciun indiciu din care să rezulte că măștile ofertate de contestatoare în cadrul loturilor 2 și 3 îndeplinesc cerințele Caietului de sarcini, respectiv „au prindere pe cap” (lot 2) și „lamela metalică este învelită în plastică”, Consiliul apreciază că nu se impune reevaluarea ofertelor depuse de ... SRL în cadrul acestor loturi.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, va anula, în parte, Procesele verbale nr. 35745/25.08.2021 și nr. 5522/25.08.2021 și actele subsecvente acestora (inclusiv Raportul procedurii nr. 5514/20.09.2021 și actele subsecvente acestuia), respectiv referirile la oferta depusă de contestatoare pentru lotul 1 și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatoarei depusă pentru lotul 1, cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Pentru considerentele expuse în motivarea deciziei, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind reevaluarea ofertelor depuse de contestatoare pentru loturile 2 și 3.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Anulează, în parte, Procesele verbale nr. 35745/25.08.2021 și nr. 5522/25.08.2021 și actele subsecvente acestora (inclusiv Raportul procedurii nr. 5514/20.09.2021 și actele subsecvente acestuia), respectiv referirile la oferta depusă de ... SRL pentru lotul 1 și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatoarei depusă pentru lotul 1, cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind reevaluarea ofertelor depuse de contestatoare pentru loturile 2 și 3.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.