



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

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. 176/C8/4655

Data: 18.01.2018

Prin contestația nr. 1080/20.12.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 54498/20.12.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI RO..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ..., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „consumabile medicale”, s-a solicitat:

- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 08:45, pentru lotul 10,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 08:55, pentru lotul 13,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:00, pentru lotul 17,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:03, pentru lotul 2,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:19, pentru lotul 3,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:33, pentru lotul 5,
- clarificarea la documentația de atribuire transmisă prin intermediul SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:41, precum și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestora;
- obligarea autorității contractante de a renunța la solicitarea prezentării de eșantioane (mostre) de către operatorii economici participanți la procedură.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică solicitările de clarificări primite din partea autorității contractante prin care i-au fost solicitate mostre pentru fiecare lot la care a depus ofertă.

Contestatoarea arată că a depus oferte pentru loturile 1,2,3,5,10,13 și 17, în condițiile în care, prin fișa de date a achiziției autoritatea contractantă nu a solicitat drept cerință de calificare a capacității tehnice și profesionale eșantioane, descrieri sau fotografii. Deoarece prin fișa de date nu s-a solicitat astfel de eșantioane, descrieri sau fotografii, cererea de solicitare a acestora în această etapă a procedurii este apreciată de contestatoare ca fiind nelegală. În susținere, invocă prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, conform cărora criteriile de calificare și selecție precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini sau în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției/ anunțul de participare sunt considerate clauze nescrise.

Contestatoarea mai critică solicitările de clarificări menționate anterior și prin prisma termenului de răspuns impus de autoritatea contractantă, de numai o zi, termen care, în opinia sa, nu respectă prevederile art. 134 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea mai arată că aceste aspecte au făcut obiectul unei notificări prealabile la care nu a primit niciun răspuns până la formularea prezentei contestații.

Prin punctul de vedere nr. 1227/10.01.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 1599/12.01.2018, ..., a precizat că a solicitat transmiterea de mostre necesare pentru evaluarea tehnică, în conformitate cu prevederile art. 20 din caietul de sarcini, care face parte din documentația de atribuire.

De asemenea, autoritatea menționează că, în ceea ce privește lotul 1 – tifon, contestatoarea a transmis mostrele solicitate în termenul precizat, nefăcând același lucru și în ceea ce privește celelalte loturi.

Potrivit autorității contractante, seringile trebuie verificate și testate deoarece au garnitura din cauciuc care asigură o perfectă etanșare și o utilizare simplă și sigură pentru pacienți. Din traduceri nu se poate stabili dacă seringă ofertată corespunde cerințelor precizate în caietul de sarcini, până când mostra nu este testată și verificată, comisia de evaluare neputând stabili dacă oferta tehnică depusă respectă cerințele tehnice solicitate în caietul de sarcini (de exemplu: din seringă să curgă ser, seringile de 10 ml să respecte dimensiunile de 10 ml, deoarece la secția angiografie și neurochirurgie se folosesc pentru injectarea cantității corecte a substanței de contrast pentru coronografii și a medicamentelor care au fix 10 ml, acele huber sunt pentru camerele implantabile și sunt folosite de secția oncologie și în operații, fesile gipsate în momentul în

care se udă trebuie verificat timpul în care se face priza deoarece în propunerea tehnică sunt prevăzute 2-5 minute iar timpul de întărire 1 – 2 ore, nu max. 8 ore, romplastul trebuie să fie rupt ușor, să lipească nu să exfolieze pielea când este desfăcut. Vacuntainerele trebuie verificate la aparatele din laboratorul de analize, din sticlă și să nu se spargă în momentul presării, să conțină substanța respectivă conform cerințelor solicitate în caietul de sarcini, în parametrii respectivi și să se potrivească stativelor din laborator.

Autoritatea contractantă mai menționează că, prin intermediul SEAP, în data de 15.12.2017, a fost prelungit termenul pentru depunerea de mostre, până în data de 18.12.2017, răspunzându-se astfel la notificarea prealabilă. De asemenea, mai arată că ceilalți participanți la procedură au răspuns solicitării de a depune mostre, SC ... SRL fiind singura care nu a făcut acest lucru.

Potrivit autorității contractante, eșantioanele (mostrele) prezentate vor fi etalon pentru produsele livrate pe timpul derulării acordului-cadru. Referitor la contestatoare, autoritatea contractantă mai arată că aceasta nu a transmis nicio solicitare de clarificări privind caietul de sarcini, respectiv cu privire la eșantioane (mostre). Pentru lotul 17 pungi urină, arată că au fost depuse caracteristicile tehnice doar pentru punga de 2000 ml iar pentru punga pediatrică de 100 ml nu au fost depuse caracteristici.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru pe 36 de luni, având ca obiect „*consumabile medicale*”, publicând în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, cu o valoare estimată de 30.778.600 lei, fără TVA.

Printr-o serie de solicitări, postate în SEAP, în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a cerut SC ... SRL să prezinte mostre pentru produsele ofertate corespunzător loturilor 2, 3, 5, 10, 13 și 17.

Împotriva acestor solicitări ale autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 08:45, pentru lotul 10,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 08:55, pentru lotul 13,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:00, pentru lotul 17,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:03, pentru lotul 2,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:19, pentru lotul 3,
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:33, pentru lotul 5,

- clarificarea la documentația de atribuire transmisă prin intermediul SEAP în data de 12.12.2017, ora 09:41, precum și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acestora;

- obligarea autorității contractante de a renunța la solicitarea prezentării de eșantioane (mostre) de către operatorii economici participanți la procedură.

Verificând legalitatea acestor cereri ale autorității contractante, criticată de către SC ... SRL, Consiliul reține că, în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată în vederea derulării prezentei proceduri, autoritatea contractantă a menționat că vor fi prezentate mostre ale produselor ce fac obiectul loturilor 1 "Tifon" și 34 "Cateter venos central". Pentru toate celelalte loturi nu a fost făcută vreo mențiune cu privire la prezentarea de mostre.

Potrivit dispozițiilor art. 179 lit. l) din Legea nr. 98/2016, *"Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: [...] l) eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante."*

În fișa de date a achiziției nu se regăsește vreo cerință de calificare vizând prezentarea de mostre ale produselor oferite.

Văzând că prezentarea de mostre constituie cerință de calificare, conform dispoziției citate, pentru a putea fi luată în considerare la evaluarea unei oferte ea trebuia să se regăsească în cuprinsul anunțului de participare (conform art. 181 din Legea nr. 98/2016: *"Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare."*) și al fișei de date a achiziției, ceea ce nu se confirmă în speță. În această ipoteză, sunt incidente dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, care stabilesc că *"Criteriile de calificare și criteriile de selecție precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției/anunțul de participare sunt considerate clauze nescrise."*

Caracterul nescris al unor astfel de clauze înseamnă că ele nu sunt scrise în documentația de atribuire, nu apar în acest act al procedurii, situația fiind similară inexistenței respectivelor clauze. În sensul că noțiunea de „clauză nescrisă” semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel ..., Secția a ...-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr.

Concluzia este cu atât mai necesară cu cât, pentru loturile referitor la care autoritatea contractantă cere prezentarea de mostre prin solicitările a căror anulare este cerută Consiliului, autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea de mostre prin documentația de atribuire, nici prin fișa de date a achiziției (cum legal ar fi trebuit procedat) și nici prin caietul de sarcini (cum s-a înțeles în cazul loturilor 1 și 34).

În această situație, Consiliul constată intenția autorității contractante de a evalua ofertele primite de la SC ... SRL pe baza unui aspect care nu a fost prevăzut prin documentația de atribuire.

Potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire...”*. Însă, este necesar a sublinia faptul că documentația de atribuire, conținând *„orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”* (potrivit art. 20 alin. 2 din HG nr. 395/2016), are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică.

Este de notorietate că evaluarea unei oferte se realizează pe baza informațiilor cuprinse în documentația de atribuire și în conținutul acesteia, așa cum este necesar a fi completat ori lămurit, prin exercitarea drepturilor acordate de legiuitor părților din procesul de achiziție publică și al respectării obligațiilor corelative arătate prin lege.

În această situație, Consiliul stabilește că este nelegală invocarea, în etapa de evaluare a ofertelor primite de la SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 5, 10, 13 și 17, a necesității prezentării de mostre pentru aceste loturi.

În concluzie, dat fiind faptul că autoritatea contractantă nu a cerut, prin documentația de atribuire, ca cerință de calificare, prezentarea de mostre, Consiliul stabilește că este nelegală solicitarea acestora în etapa de evaluare a ofertelor și, eventual, luarea unei decizii de admitere/respingere a ofertelor pentru considerente derivând din această situație.

Nicio ofertă nu poate fi evaluată în mod legal în temeiul unor clauze nescrise (în înțelesul legii) sau inexistente, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa autorității achiziitoare modul în care au fost redactate documentele procedurii. Nimic nu a oprit unitatea contractantă să includă în anunțul de participare și în fișa de date cerința de calificare vizând prezentarea de mostre pentru produsele corespunzătoare tuturor loturilor supuse achiziției.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SRL și să anuleze actele autorității contractante cu privire la solicitarea adresată SC ... SRL în sensul prezentării de mostre pentru produsele oferite corespunzător loturilor 2, 3, 5, 10, 13 și 17.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de analizare a ofertelor depuse de SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 5, 10, 13 și 17.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL.

Anulează actele autorității contractante cu privire la solicitarea adresată SC ... SRL în sensul prezentării de mostre pentru produsele oferite corespunzător loturilor 2, 3, 5, 10, 13 și 17.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de analizare a ofertelor depuse de SC ... SRL pentru loturile 2, 3, 5, 10, 13 și 17.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

OPINIE SEPARATĂ

doar în ceea ce privește nerespectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, de către autoritatea contractantă

Astfel, am în vedere conținutul normelor legale de mai sus, care stabilesc:

„Art. 55. - (1) În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.

(2) În condițiile [art. 153](#) din Lege, autoritatea contractantă are obligația de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificațiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacția potențialilor ofertanți, cu excepția modificărilor substanțiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

b) conduc la modificări substanțiale a criteriilor de calificare și selecție, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce determină restrângerea competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici.”

Din verificarea dosarului cauzei, constat că autoritatea contractantă a postat pe SEAP:

- în data de 12.12.2017 clarificarea: „se solicită mostre conform caietului de sarcini pentru toate produsele ...”, iar în data de 13.12.2017 anunțul tip erată nr. 117580/13.12.2017;

- în data de 15.12.2017 clarificarea: „urmare a notificării făcute se prelungește depunerea de mostre...”, cu anunțul tip erată nr. 117854 din data 16.12.2017.

Întrucât, publicarea acestor informații suplimentare, care au condus ca modificarea documentației de atribuire, s-a efectuat după data de depunere a ofertelor, care, potrivit cap. IV.3.4) din anunțul de participare nr. 179944/20.10.2017, a fost 05.12.2017, autoritatea contractantă a încălcat normele legale anterior citate.

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.