C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva raportului procedurii având nr. 2659/20.03..... (Lotul 8 – Echipament de explorare cu ultrasunete Aplio 400), emis de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului cadru, având drept obiect: „.....", cod CPV: 50420000-5, s-a solicitat: .....

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

În fapt, contestatorul precizează că prin raportul procedurii nr. 2659/20.03....., autoritatea contractantă a precizat că oferta declarată câștigătoare pentru Lotul nr. 8 este cea depusă de SC Dyomedica DND SRL, cu o propunere financiară de 4.000 lei.

În opinia contestatorului, oferta depusă de SC Dyomedica DND SRL este inadmisibilă, întrucât:

- nu îndeplinește cerințele de calificare impuse prin fișa de date a achiziției, sub aspectul capacității de exercitare a activității profesionale impuse;
- ofertantul declarat câștigător a depus o ofertă financiară cu un preț neobișnuit de scăzut, devenind astfel incidente prevederile art. 137 alin. (2) lit. g) din HG nr. 395/2016 și art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește nerespectarea cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, raportat la secțiunea III.2.1.b) – Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției, contestatorul arată că ofertantul declarat câștigător nu este autorizat să presteze serviciile de reparare și întreținere pentru echipamentele medicale Canon Medical Systems (fosta Toshiba Medical Systems).

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul invocă următoarele prevederi legale: art. 926 alin. (1), art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006, precum și art. 12 alin. (2) din Normele Metodologice din 17.03.2016 de aplicare a titlului XIX din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății.

De asemenea, susține că din coroborarea celor două prevederi legale antemenționate rezultă că în ceea ce privește dispozitivele medicale, avizul de funcționare nominalizează producătorii pentru care unitatea este importator și/sau distribuitor și/sau reprezentant autorizat.

Astfel, întrucât echipamentele din Lotul 8 pentru care se vor presta servicii de reparare și întreținere, fac parte din portofoliul medical al Canon Medical Systems (fosta Toshiba Medical Systems), rezultă că ofertantul declarat câștigător pentru Lotul 8 – Echipament de explorare cu ultrasunete Aplio 400 – ar fi trebuit să fie autorizată de către producătorul Canon Medical Systems pentru a putea presta serviciile ce fac obiectul acordului cadru. Or, din avizul de funcționare prezentat de ofertantul declarat câștigător, nu rezultă că producătorul Canon Medical Systems (fosta Toshiba Medical Systems) este nominalizat în lista de producători anexată acestuia.

Întrucât SC Dyomedica DND SRL nu este autorizat de producătorul echipamentelor să presteze serviciile de service solicitate, contestatorul apreciază că acest ofertant nu are nici capacitatea practică de a presta aceste servicii, deoarece: nu are acces la interfața pusă la dispoziție de Toshiba doar pentru distribuitorii și/sau reprezentanții săi autorizați; nu are personal tehnic instruit de Toshiba pentru întreținerea acestor echipamente.

De asemenea, arată că potrivit Manualului de Service al dispozitivelor Aplio, activitățile de service asupra dispozitivelor medicale Canon Medical Systems (fosta Toshiba Medical Systems) aferente Lotului 8, presupun, inter alia, diagnosticarea tuturor componentelor interne sau calibrării hardware care se găsesc în meniul service; meniul service este accesibil exclusiv pe bază de parolă, furnizată periodic de către Canon Medical Systems doar reprezentanților săi autorizați. În plus, meniul service cuprinde o serie de setări care afectează modul de lucru asupra echipamentelor medicale. Astfel, în lipsa deținerii calității de distribuitor și/sau reprezentant autorizat medical Canon Medical Systems (fosta Toshiba Medical Systems, ofertantul declarat câștigător nu are acces la acest meniu service și, pe cale de consecință, nu poate presta în mod corespunzător activitățile de service aferente dispozitivelor medicale.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul consideră că autoritatea contractant[avea obligația de a respinge oferta ca fiind inacceptabilă în conformitate cu dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2), lit. b) din HG nr. 395/2016.

Totodată, contestatorul apreciază că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1), lit. h) din Legea nr. 98/2016, având în vedere faptul că potrivit DUAE-ului depus de ofertantul declarat câștigător, acesta a declarat că îndeplinește cerințele de calificare impuse prin documentația de atribuire. Astfel, acesta a făcut declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare.

În ceea ce privește oferta financiară a SC Dyomedica DND SRL, contestatorul consideră că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut, respectiv 4.000 lei, fiind astfel incidente dispozițiile legale referitoare la obligația autorității contractante de a solicita clarificări, de a verifica răspunsurile la clarificări și de a respinge oferta acestuia, dacă reprezintă un preț neobișnuit de scăzut, respectiv prevederile art. 210 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 12059/01.04..... contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205355106/1, tranzacția nr. 843374042/1588802800 din data de 01.04..... emisă de CEC Bank – unitatea: sucursala Cluj, în valoare de 100 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”.

Prin adresa nr. 3280/04.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 12682/04.04....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, invocând, pe cale de excepție, tardivitatea acesteia, din următoarele considerente:

- valoarea estimată a acordului cadru este de 475.420 lei fără TVA, respectiv mai mică decât pragul valoric prevăzut la art. 7 alin. (1), lit. c) din Legea nr. 98/2016;
- în data de 20.03..... a fost publicat în SICAP raportul final al procedurii, astfel că termenul de contestare este de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre acest act, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016;

- în data de 27.03..... a fost primită, la sediul spitalului, contestația formulată de SC ..... SRL, înregistrată sub nr. 2942/ 27.03.....

De asemenea autoritatea contractantă precizează că SC ..... SRL nu a depus ofertă la prezenta procedură.

În temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresele nr. 14777/.....-...../19.04..... și nr. 14779/.....-...../19.04....., Consiliul pune în discuția părților excepția privind lipsa de interes.

Contestatorul răspunde prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 15073/22.04....., precizând următoarele:

- SC ..... SRL a avut calitatea de operator economic înscris la procedura de atribuire pentru Lotul 8;
- urmare a consultării pieței și a stabilirii valorii estimate a acordului cadru pentru Lotul 8, de 5000 lei, SC ..... SRL nu a mai depus oferta, întrucât prețul stabilit nu se încadra în situația de a acoperi costurile serviciilor ce urmau a fi prestate;
- interesul derivă din situația în care, operatorii economici au fost declarați câștigători, fără să fie îndeplinite condițiile de calificare, doar pentru că se încadrau în prețul neobișnuit de scăzut propus de către autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă răspunde prin adresa nr. 3849/22.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15089/22.04....., precizând următoarele aspecte:

- în data de 09.01....., SC ..... SRL solicită clarificări cu privire la caietul de sarcini privind „efectuarea actualizării software”; prin postarea din data de 10.01....., autoritatea contractantă răspunde solicitării de clarificări;
- conform extras SEAP, contestatorul nu a depus oferta la această procedură;
- în data de 27.03..... a fost primită la sediul spitalului contestația depusă de SC ..... SRL;
- în speță, sunt relevante următoarele prevederi legale: art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1), lit. f) din Legea nr. 101/2016; art. 32 alin. (1) din codul de procedură civilă, precum și art. 33 cpc, care prevede că: *„interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual (...)”*.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea încheierii acordului cadru, având drept obiect: „.....”, cod CPV: 50420000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este cuprinsă între: 237.710 – 475.420 lei fără TVA. Conform

cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției lipsei de interes a contestatorului SC ..... SRL.

În cadrul contestației, SC ..... SRL solicită anularea procedurii pentru Lotul 8 – Echipament de explorare cu ultrasunete Aplio 400 și a raportului procedurii nr. 2659/20.03....., criticând ofertantul declarat câștigător pentru Lotul 8.

În soluționare, Consiliul va reține prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...)*”.

Totodată Consiliul reține că potrivit art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, sintagma *„persoană care se consideră vătămată”* este definită ca *„orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire” iar potrivit alin. (2) și (3) ale aceleiași norme juridice, *„(2) Termenii și expresiile definite la alin. (1) se completează în mod corespunzător cu termenii și expresiile definite în legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale, respectiv legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz” și „(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac*”.

Față de aceste aspecte, din articolul antemenționat rezultă „*ipso facto*” că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Cu alte cuvinte, procedura judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației să aparțină celui care recurge la formularea acesteia și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu ale acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvgardarea legii în general.

De asemenea, Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul procesual este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel, rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că, la pag. 9 din raportul procedurii de atribuire nr. 2659/20.03..... (pag. 307 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a consemnat ierarhia rezultată din aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul 8, după cum urmează:

- Locul 1: SC Dyomedica CND SRL;
- Locul 2: SC Silvexim Star SRL.

Totodată, Consiliul reține că, potrivit raportului procedurii de atribuire anterior menționat, de SC ..... SRL nu a depus ofertă pentru lotul 8.

Față de acest aspect, Consiliul constată că SC ..... SRL nu ar putea obține niciun folos material și direct din contestarea ofertei SC Dyomedica CND SRL deoarece o eventuală obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei aflată pe locul 1 în ierarhia rezultată prin aplicarea criteriului de atribuire pentru lotul 8 nu ar da posibilitatea SC ..... SRL să acceadă la calitatea de ofertant desemnat câștigător, câtă vreme acest operator economic nu a depus ofertă în cadrul acestui lot.

Având în vedere prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 este exclusă condiția existenței unui interes actual și direct și totodată a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce SC ..... SRL nu a depus ofertă pentru lotul 8 al prezentei proceduri de atribuire.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea

contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să motiveze și să dovedească care este interesul născut și actual, prejudiciul/vătămarea produsă.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

DECIDE:

Respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) pagini