



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr.2042/04.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.6034/07.03.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având CIF RO ... reprezentată legal prin director general ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.5011/25.02.2016, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă on-line, organizată în vederea încheierii acodului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea adresei susmenționată, prin care a fost declarată câștigătoare oferta depusă de ..., și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de ..., cu respectarea prevederilor art.73, art.82 alin.1 din H.G. nr.925/2006 și art.201 din O.U.G. nr.34/2006, desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art.209, alin.1 și alin.4, lit.4 din O.U.G. nr.34/2006.

Prin contestația nr.TM228056/07.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.6181/07.03.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin director general, ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii de

atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Prin cererea de intervenție nr.395/25.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.8678/28.03.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., a solicitat încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu, în considerarea prevederilor art.61, alin.2 din Codul de proc.civ, iar, în subsidiar, admiterea cererii de intervenție în interesul autorității contractante. Pe fondul cauzei a solicitat respingerea, ca nefondate, a contestațiilor depuse de ... și ... și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei prin care autoritatea contractantă a desemnat oferta ... a fost declarată câștigătoare.

Făcând aplicarea dispozițiilor art.273 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul va conexa dosarele susmenționate, contestațiile urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr.400, 420/2016.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

Respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de ..., cu sediul în ... și ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Admite cererea de intervenție voluntară accesorie, formulată de ..., cu sediul în

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr.6034/07.03.2016, ... critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.5011/25.02.2016, de către ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acodului-cadru având ca obiect „...”, solicitând anularea adresei susmenționate, prin care a fost declarată câștigătoare oferta depusă de ..., și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de ..., cu respectarea prevederilor art.73, art.82 alin.1 din H.G. nr.925/2006 și art.201 din O.U.G. nr.34/2006, desemnarea ofertei

câștigătoare dintre ofertele admisibile, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art.209, alin.1 și alin.4, lit.4 din O.U.G. nr.34/2006.

În motivarea contestației, ... susține că autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare oxigen pentru o perioadă de 48 de luni, pentru 3 puncte de furnizare, în procedură fiind încălcate prevederile art.2, art.201 alin.1, art.188 alin.2 lit.a, art.173 alin.2, art.174 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006, și art.34, art.35, art.36 alin.1 lit.c și art.36 alin.2 lit.a din H.G. nr.925/2006, precum și principiile nediscriminării, tratamentului egal, al utilizării eficiente a fondurilor publice și principiul transparenței, prevăzute la art.2 din ordonanța de urgență.

Apreciază contestatorul că autoritatea contractantă a desemnat, în mod nelegal și netemeinic, câștigătoare oferta depusă de ..., întrucât aceasta nu îndeplinește cerințele de calificare referitoare la dovedirea capacității economice, financiare și tehnice, oferta depusă fiind din punct de vedere tehnic și financiar inacceptabilă și neconformă, potrivit art.36 alin.1, lit.b, lit.c și alin.2, lit.a și lit.c din H.G. nr.925/2006.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu a clarificat, în mod corespunzător, oferta depusă de ..., în conformitate cu prevederile art.201, alin.1 din O.U.G. nr.34/2006, și pe baza documentelor justificative, ci a efectuat o evaluare superficial, atât în ceea ce privește demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție, cât și demonstrarea conformității ofertei tehnice și financiare cu cerințele solicitate.

Astfel, contestatorul susține că, potrivit caietului de sarcini, nu sunt acceptate oferte alternative, pe fundațiile existente neputând fi montate alte echipamente decât cele menționate de autoritatea contractantă, situație în care orice altă ofertă, diferită de cea solicitată prin caietul de sarcini, reprezintă o alternativă la prevederile caietului de sarcini, fiind inacceptabilă și neconformă potrivit art.36 alin.2 lit.a din H.G. nr.925/2006.

Apreciază contestatorul că propunerea tehnică depusă de ... nu poate îndeplini, în mod expres, cerințele caietului de sarcini, raportat la condițiile existente de la fața locului, neputând fi susținută și demonstrată prin prețul ofertat.

În situația în care ... a transmis orice altă ofertă, diferită, pentru toate instalațiile ofertate, chiar și pentru perioada temporară (adica echipamentele ofertate nu vor fi montate direct și exact pe fundațiile existente, fără nicio modificare a acestora), contestatorului consideră oferta acestuia ca fiind una alternativă, iar acceptarea acesteia încalcă principiile în materia achizițiilor publice, îndeosebi principiul egalității de tratament între operatorii economici.

Contestatorul menționează că, din punct de vedere tehnic, ofertarea unor echipamente cu capacități și dimensiuni mai mari decât cele solicitate prin caietul de sarcini determină modificarea condițiilor de la fața locului iar

ofertarea unor echipamente cu capacități și dimensiuni mai mici decât cele solicitate prin caietul de sarcini, prejudiciează autoritatea contractantă printr-o optimă utilizare de instalații, subdimensionate fiind, crescând astfel riscul unei aprovizionări defectuoase cu oxigen medicinal lichid, care nu ar putea fi conform necesarului autorității contractante, putând conduce la sincope majore în aprovizionarea cu oxigen a spitalului.

Totodată, raportat la prețul ofertat de ..., contestatorul apreciază că autoritatea contractanta nu a verificat dacă acesta are capacitatea tehnică de a îndeplini, în bune condiții, acordul-cadru pentru o perioadă de 48 luni, având în vedere, pe de-o parte, distanța dintre locația fabricii de producție a ... și sediul achizitorului, care este de 1460 km dus întors, iar, pe de altă parte, capabilitatea logistică necesară.

Pe de altă parte, întrucât există 3 locații în care trebuie montate 3 instalații distincte, cu punere în funcțiune, ceea ce presupune și obținerea avizului ISCIR, contestatorul susține că în condițiile în care ... are un singur subcontractant pentru montaj, nu poate îndeplini respectivele activități în termen de 30 de zile de la semnarea contractului, situație în care o justă evaluare a capacității de îndeplinire a cerințelor caietului de sarcini nu putea fi demonstrată decât prin prezentarea, în termenul solicitat, a unui grafic de lucrări, cu termene exacte de montaj și punere în funcțiune, ceea ce era necesar a se verifica.

Într-o altă critică, contestatorul apreciază că ... nu a demonstrat, cu documente justificative, îndeplinirea cerinței „tuburi de oxigen de 6,5 mc compatibile cu instalațiile de distribuire” coroborat cu cerințele „Oxigen medicinal la tub: Compoziție O₂ – minim 99,5%; Presiune 150-200 bari”.

Se impunea, în opinia contestatorului, verificarea pe bază de documente justificative dacă ..., la prețul ofertat, și-a demonstrat posibilitatea efectivă de a asigura consumul de oxigen medicinal al celor 3 locații, pentru o perioadă de 30 de zile, exclusiv în tipul de butelii solicitat prin caietul de sarcini.

Precizează contestatorul că, lunar, consumul maxim pentru cele 3 locații, conform caietului de sarcini, este de 48.000 mc, ceea ce înseamnă un necesar de 7.385 butelii, de 6,5 mc, adică minim 30 de camioane de 40 de tone, încărcate la capacitatea maximă de 240 butelii, respectiv un camion pe zi pentru fiecare dintre cele 30 de zile asumate.

De asemenea, contestatorul apreciază că prețul asumat de ... nu este unul corect, real și demonstrat, având în vedere că prețul oferit de ... reprezintă 99,35% din valoarea estimată a contractului, în condițiile în care are deja montată una din cele 3 instalații solicitate (investiția fiind deja amortizată) iar locul de fabricație este apropiat de amplasamentul achizitorului, în timp ce ofertantul declarat câștigător nu are montată nicio instalație și există o diferență considerabilă între locul de fabricație al oxigenului medicinal lichefiat și amplasamentul achizitorului.

Mai mult decât atât, contestatorul apreciază că atât oferta tehnică cât și cea financiară a ... au fost evaluate superficial, nefiind clarificate și luate

În calcul toate elementele necesare a fi lămurite în vederea încheierii și derulării acordului-cadru în condițiile de calitate și cantitate necesare autorității contractante pentru derularea acordului-cadru la parametri optimi.

De asemenea, contestatorul susține că o parte din costurile tehnice nu au fost luate în considerare de către ..., în momentul întocmirii ofertei financiare, prețul oferit fiind un preț nejustificat de scăzut în raport de complexitatea și volumul serviciilor necesare a fi prestate pentru îndeplinirea la parametri calitativi și cantitativi solicitați.

Arată contestatorul că nici spațiul de depozitare unde vor fi amplasate buteliile care vor asigura necesarul de oxigen până la punerea în funcțiune a echipamentelor nu a fost clarificat pentru buteliile puse la dispoziție de ...

Chiar dacă prețul oferit de ... este peste pragul de 80%, reprezentând 80,32% din valoarea estimată, apreciază contestatorul că este unul nejustificat de scăzut față de complexitatea și volumul de servicii necesare a fi prestate pentru îndeplinirea la parametri calitativi și cantitativi solicitați.

Pe de altă parte, arată contestatorul, din certificatul constatator al ..., emis de ONRC, reiese că situația financiară a ofertantului, în anul 2014 și 2013, a fost negativă, „pe pierdere”, ceea ce presupune, în opinia sa, că operatorul economic practică și ofertează prețuri anticoncurențiale, neloiale și nejustificate, neluând în calcul toate costurile implicate în desfășurarea unui contract, intenția sa fiind de a scoate din competiție operatorii economici care prezintă oferte justificate pe documente.

Având în vedere faptul că există 3 locații de livrare distincte, incluse în caietul de sarcini, contestatorul apreciază că se impunea cooptarea de către autoritatea contractantă a unor experți în vederea analizării ofertelor tehnice și financiare, obligație instituită și de prevederile art.34, alin.2 din H.G. nr.925/2006, în caz contrar, ar trebui să existe dovada din care să rezulte modalitatea în care comisia de evaluare a verificat oferta depusă de ...

O altă cerință care, în opinia contestatorului, nu a fost îndeplinită de către ..., este cea referitoare la prezentarea cerțicatelor privind plata impozitelor și taxelor locale aferente tuturor punctelor de lucru, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, prevăzute la cap.III.2.1.A – „Situația personală a candidatului sau ofertantului” din fișa de date.

De asemenea, contestatorul apreciază că ... nu a depus, în confirmarea listei principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, certificatele/documentele obligatorii, fiind calificat numai în baza mențiunilor din fișa prezentată.

Față de cele menționate, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a dat curs drepturilor sale prevăzute de art.73, alin.3 din H.G. nr.925/2006, efectuând o verificare superficială a ofertelor, încălcând

prevederile art.34, alin.1, lit.b, și lit.f, alin.2, lit.a și lit.c din H.G. nr.925/2006, evaluarea ofertei depusă de ... fiind nelegală și netemeinică, oferta acestuia fiind inacceptabilă și neconformă.

În subsidiar, față de lipsa constatată recent, cu privire la asigurarea unui spațiu de depozitare a buteliilor cu oxigen în cele 30 de zile necesare până la punerea în funcțiune a echipamentelor de oxigen lichefiat, contestatorul apreciază că procedura de atribuire conține o eroare gravă, o omisiune care nu poate fi remediată decât prin anularea procedurii de atribuire, fiind singura modalitate prin care se poate modifica caietului de sarcini.

În drept, se invocă prevederile O.U.G. nr.34/2006, H.G. nr.925/2006. Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin contestația nr.TM228056/07.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.6181/07.03.2016, ... critică rezultatul procedurii de atribuire, solicitând anularea respectivului rezultat și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

În motivarea contestației, ... susține că, deși ofertantul declarat câștigător nu a îndeplinit toate condițiile prevăzute în documentația de atribuire și în caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a descalificat oferta acestuia.

Astfel, arată contestatorul că deși în fișa de date, la Secțiunea III.2.1.b – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, s-a solicitat ca fiecare societate participantă la procedura de atribuire să depună, în copie certificată cu originalul, Avizul de funcționare emis de Ministerul Sănătății, operatorul desemnat câștigător nu a îndeplinit această cerință obligatorie. Avizul de funcționare are ca scop, după cum se arată, demonstrarea potențialului tehnic și organizatoric al fiecărui operator economic, prin care se dovedește posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul într-un cadru legal.

În susținerea afirmației sale, contestatorul arată că anexează lista deținătorilor de autorizații de punere pe piață a oxigenului medicinal, emisă de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale conform Legii nr.95/2006, apreciind că autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratare a operatorilor în materia achizițiilor publice.

În opinia contestatorului, se impune reanalizarea ofertelor și ca urmare a faptului că operatorul desemnat câștigător nu a dovedit ca oferta sa corespunde cerințelor tehnice și profesionale solicitate de autoritatea contractantă, și anume nu a prezentat Certificatul emis de Biroul Român de Metrologie Legală, conform Legii nr.11/1994.

Pentru a elimina orice risc cu privire la derularea contractului ce urmează a fi atribuit, contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica, în detaliu, potențialul tehnic și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, ofertele depuse

trebuind să reflecte capacitatea de a îndeplini în bune condiții contractul și de a rezolva eventualele disfuncționalități ce ar putea să apară pe perioada derulării raporturilor contractuale, astfel că neasigurarea condițiilor tehnice minime de securitate dovedesc incapacitatea operatorului desemnat câștigător de a îndeplini contractul.

Față de argumentele formulate anterior, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a favorizat ... în detrimentul celorlalți participanți la procedură, conduită de natură să aducă grave prejudicii intereselor legitime ale societății sale.

Invocând prevederile art.255 din O.U.G. nr.34/2006, contestatorul susține că cererea sa întrunește toate condițiile formale și de conținut prevăzute de dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă încălcând principiile prevăzute de art.2, alin.2 din ordonanță în lipsa documentelor componente ale ofertei desemnate câștigătoare, care să fundamenteze decizia comisiei de evaluare a ofertelor.

În drept, se invocă prevederile O.U.G. nr.34/2006.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.7472/18.03.2016, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.7743/18.03.2016, ... a precizat că își menține poziția cu privire la decizia de atribuire a contractului având în vedere următoarele considerente:

În urma verificării documentelor de calificare depuse de către cei 3 ofertanți, comisia de evaluare a constatat că acestea corespund cerințelor fișei de date, motiv pentru care au fost declarate admisibile.

De asemenea, se arată că, în urma verificării ofertelor tehnice și propunerilor financiare, s-a constatat că acestea corespund prevederilor documentației de atribuire.

Astfel, susține autoritatea contractantă, a declarat câștigătoare oferta cu produsul care a îndeplinit toate cerințele solicitate în caietul de sarcini, oferta fiind conformă și respectând legislația în vigoare.

Criticile formulate de cei doi contestatori cu privire la comisia de evaluare și la faptul că aceasta nu și-ar fi îndeplinit atribuțiile ce-i reveneau conform legislației achizițiilor publice, sunt, în opinia autorității contractante, nefondate, având în vedere că, potrivit actelor anexate raportului procedurii de atribuire, membrii comisiei de evaluare au analizat cu atenție și responsabilitate toate documentele depuse de ofertanții în cadrul procedurii de atribuire, atribuind, în mod legal, contractul ...

În drept, se invocă prevederile O.U.G. nr.34/2006.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ambii contestatori au depus concluzii scrise, prin care au detaliat cele arătate prin contestații.

Prin cererea de intervenție nr.395/25.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.8678/28.03.2016, ... a solicitat încuviințarea, în principiu,

a cererii de intervenție în interes propriu, în considerarea prevederilor art.61, alin.2 din Codul de proc.civ, iar, în subsidiar, admiterea cererii de intervenție în interesul autorității contractante. Pe fondul cauzei a solicitat respingerea, ca nefondate, a contestațiilor depuse de ... și ... și menținerea, ca temeinică și legală, a deciziei prin care autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta sa.

În susținerea admisibilității cererii de intervenție în interes propriu, ... precizează că cele două contestații vizează, în mod direct, oferta sa, astfel că interesul său în formularea prezentei cererii este justificat, conform art.61, alin.2 din Codul de proc.civ.

Dacă Consiliul apreciază cererea de intervenție în interes propriu ca fiind inadmisibilă, ... consideră că aceasta trebuie calificată ca fiind o cerere de intervenție accesorie, în sensul că este de natură a apăra decizia autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată admisibilă și conformă, interesul său fiind de a deveni parte în dosar și de a susține poziția procesuală a autorității contractante, în special în ceea ce privește decizia de declarare a ofertei câștigătoare.

Pe fondul cauzei, intervenientul combate criticile formulate de ... și răspunde punctual argumentelor aduse de contestator, în sensul că:

1.Oferta depusă de ... nu se încadrează în categoria celor prevăzute de art.33, alin.3 din H.G. nr.925/2006, din procesul-verbal al ședinței de deschidere al ofertelor, reieșind, în mod clar, că societatea sa a depus documentele de calificare astfel cum au fost solicitate de către autoritatea contractantă, oferta îndeplinind toate cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv a depus certificatul de atestare fiscală nr.786109 din 19.01.2016 și certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr.369-16- 00121 din 19.01.2016.

2. ... a depus în cadrul documentelor de calificare, Formularul nr.3, astfel cum a fost solicitat în documentația de atribuire, fapt consemnat de către comisia de evaluare în procesul-verbal al ședinței de deschidere al ofertelor, în timp ce contestatorul doar a redat cerințele fișei de date, confundând solicitările documentației din prezenta procedura cu alte proceduri la care a participat, probabil, în trecut sau încearcă să interpreteze, în maniera proprie, cerințele documentației de atribuire.

În concluzie, intervenientul susține că oferta sa este una acceptabilă, așa cum a fost declarată și de către comisia de evaluare, potrivit art.37, alin.2 din H.G. nr.925/2006.

3. ... a întocmit oferta tehnică ținând seama de toate cerințele documentației de atribuire, fiind corespunzătoare cerințelor caietului de sarcini, astfel cum au fost ele solicitate în documentația de atribuire, postată pe SEAP, și nu cum solicită contestatorul, oferta sa financiară asigurând fezabilitatea și sustenabilitatea contractului ce urmează a fi încheiat.

De asemenea, intervenientul menționează că la elaborarea ofertei financiare, a ținut seama de toate prevederile legale în vigoare și de toate cerințele tehnice solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, sens în care a solicitat și primit oferte de la subcontractanții declarați în procedura de atribuire, oferte care au la baza solicitările exprese din documentația de atribuire, acordurile de subcontractare având la bază următoarele prevederi "Subcontractantul se angajează față de contractantul general cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul general le va avea față de autoritatea contractantă".

De altfel, intervenientul susține că procedura de atribuire s-a desfășurat cu respectarea principiilor care stau la baza achizițiilor publice, prin documentația de atribuire, publicată pe SEAP, autoritatea contractantă nu a favorizat operatorii economici care au deja instalate instalațiile de ..., criticile contestatorului bazându-se doar pe speculații și încercări de a institui cerințe care nu au fost solicitate prin documentația de atribuire.

În concluzie, susține intervenientul, oferta sa tehnică respectă, în totalitate, cerințele caietului de sarcini, fiind însoțită de documente doveditoare în acest sens, respectiv: Anexa 1 Corespondența cu cerințele tehnice din caietul de sarcini, Anexa 2 Graficul de montaj, punere în funcțiune și autorizare a instalațiilor de stocare și furnizare cu oxigen medicinal lichid, Declarația pe propria răspundere de asumare a tuturor solicitărilor exprese ale autorității contractante, fișele tehnice de produs, fișele de date de securitate, specificații de produs finit, precum și documentele relevante privind prețurile subcontractanților declarați, făcând posibilă evaluarea ofertei de către autoritatea contractantă, în mod transparent, fără a fi nevoie să solicite clarificări privind detaliile ofertei transmise.

De asemenea, intervenientul răspunde punctual criticilor formulate de S.C. ..., solicitând respingerea acestora, din următoarele considerente:

În cadrul documentației de calificare, ... a depus Autorizația de punere pe piață a oxigenului medical nr.4801/2012/01 și Autorizația de fabricație a oxigenului medical nr.65F, autorizații necesare, conform legislației din România, pentru a dovedi conformitatea cu cerințele de calificare pentru operatorii economici producători de oxigen medicinal, emise de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, conform Legii nr.95/2006.

Referitor la afirmația contestatorului privind neprezentarea „Certificatului emis de Biroul Român de Metrologie Legală conform Legii 11/1994”, intervenientul precizează că această cerință nu se regăsește în cadrul fișei de date, ci în cadrul caietului de sarcini, nefiind o cerință de calificare, cum afirma contestatorul, în plus, acest document se regăsește în oferta tehnică la pagina 58.

Având în vedere cele menționate, intervenientul susține că autoritatea contractantă a uzat de dreptul conferit de art.201, alin.1 din O.U.G. nr.34/2006, coroborat cu art.13, alin.2 din H.G. nr.925/2006,

îndeplinind toate obligațiile legale prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice.

În temeiul art.274, alin.4 din O.U.G. nr. 34/2006, ... solicită accesul la dosarul achiziției publice.

... precizează că documentele ce alcătuiesc propunerea tehnică sunt documente confidențiale, temeiul legal fiind Legea nr.298 din 7 iunie 2001 pentru modificarea și completarea Legii nr.11/1991 privind combaterea concurenței neloiale și art.24 din O.U.G. 34/2006.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, intervenientul ... arată, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.9449/01.04.2016, că nu formulează concluzii scrise.

Relativ la cererea de intervenție voluntară în interes propriu, formulată de ..., Consiliul ia act de faptul că acesta sprijină apărările autorității contractante în sensul menținerii actualei finalități a procedurii. În consecință, cererea de intervenție conține elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art.61 alin.3 și art.63 din Codul de procedură civilă, adică ale unei intervenții accesorii.

Prin urmare, în raport de dispozițiile art.297 din ordonanța de urgență și cele ale art.152 C.proc.civ., Consiliul recalifică cererea de intervenție în interes propriu ca fiind cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante și o încuviințează în principiu, având în vedere că ... are un interes mai mult decât evident în a interveni în prezentul litigiu, deoarece este ofertantul a cărei ofertă este declarată câștigătoare.

Analizând adresa nr.2177/30.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.9091/30.03.2016, prin care ... solicită să i se permită, pentru a doua oară, accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice, precum și completarea notelor scrise depuse, Consiliul o va respinge deoarece, urmarea primului demers de acest fel, i s-au pus la dispoziție toate documentele de la dosar, mai puțin cele declarate confidențiale, respectiv nu a fost pusă la dispoziție propunerea tehnică a ... Aceste din urmă documente nu vor fi puse la dispoziția contestatorului, în considerarea dispozițiilor art.274 alin.4 și 5 din același act normativ, care prevăd că:

„(4) La cerere, contestatorul are acces la dosarul achiziției publice deus la Consiliu.

(5) Consiliul sau instanța de judecată are obligația de a aplica prevederile alin.4, cu respectarea art.24.”, Consiliul apreciindu-le ca fiind confidențiale.

În cadrul unei căi de atac ca cea de față, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire, care au fost depuse la organismul administrativ jurisdicțional. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și al secretelor comerciale ale acestora.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

La data de 11.12.2015, ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă on-line, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.164965.

Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 3.734.880 lei și 7.142.400 de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse 3 oferte, printre care se regăsesc și cele ale contestatorilor, oferte care au fost deschise la data de 25.01.2016, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr.1947.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.4868/24.02.2016, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..., cu o propunere financiară de 5.736.960 lei, fără TVA, S.C. ... și ... propunând același preț al ofertelor, respectiv 7.096.320,00 lei.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, respectiv a deciziei de desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de ..., ... și ... au depus, în termen legal, prezentele contestații.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Atât contestatorul ..., cât și contestatorul ... critică exclusiv decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de ..., susținând că este nelegală din perspectiva faptului că acesta nu îndeplinește în integralitate criteriile de calificare stabilite prin fișa de date, dar și din aceea că prețul pe care l-a oferit este unul ce nu poate fi justificat în raport cu ceea ce urmează a fi prestat.

În ceea ce privește categoria de critici conform cărora ofertantul desemnat câștigător nu îndeplinește criteriile de calificare impuse prin fișa de date, Consiliul constată că ... susține că:

- ofertantul menționat nu ar fi îndeplinit unul dintre criteriile de calificare prevăzute la cap.III.2.1.a – „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, respectiv nu a prezentat certificatele de atestare fiscală pentru plata obligațiilor la bugetele locale pentru toate punctele de lucru și sediile secundare;

- ofertantul menționat nu ar fi depus în confirmarea listei conținând principalele servicii prestate în ultimii 3 ani, certificate/documente care să confirme cele prezentate în listă, în timp ce ... susține că:

- ofertantul menționat nu ar fi îndeplinit unul dintre criteriile de calificare prevăzute la cap.III.2.1.b – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, respectiv nu a prezentat Avizul de funcționare emis de Ministerul Sănătății;

- ofertantul menționat nu ar fi îndeplinit cerința caietului de sarcini constând în prezentarea Certificatului emis de Biroul Român de Metrologie Legală conform Legii nr.11/1994.

Relevante în soluționare, relativ la prima critică a ..., reține Consiliul a fi prevederile de la cap.III.2.1.a – „Situția personală a candidatului sau ofertantului” din fișa de date a achiziției, unde s-a prevăzut în sarcina ofertanților, printre altele, obligația de a prezenta *„Document emis de către direcția de impozite și taxe locale privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor și taxelor către bugetul local din care să reiasă că nu are datorii scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertei.”*

Verificând documentele de calificare depuse de ofertantul câștigător, ..., Consiliul constată că acesta a prezentat, după cum și susține, Certificatul de atestare fiscală nr.786109/19.01.2016, eliberat de Administrația Națională de Administrare Fiscală – Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București și Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr.369-16-00121/19.01.2016, eliberat de Direcția de Impozite și Taxe Locale Sector 6.

Raportat la conținutul criteriului de calificare impus de autoritatea contractantă, Consiliul determină, ținând seama și de conținutul Certificatului constatator nr.9464/08.01.2016, emis de ORC București, din care rezultă că ... deține și alte proprietăți în afară de sediul social din București, că acesta avea obligația de a prezenta certificate de atestare fiscală privind plata impozitelor și taxelor locale, și pentru acele proprietăți în care funcționează sedii secundare/puncte de lucru.

Este adevărat că autoritatea contractantă nu a solicitat explicit prezentarea certificatelor fiscale în discuție, însă o asemenea solicitare nici nu era necesară în contextul legislației aplicabile, fiind necesar a fi subînțeleasă de ofertanții participanți la procedură. Concluzia se desprinde din aplicarea coroborată a următoarelor prevederi legale: art.181 lit.c din ordonanță, art.2 pct.7 și 38 din Legea nr.500/2002 privind finanțele publice, art.43 alin.3 din Legea societăților comerciale nr.31/1990, art.25 alin.2 lit.c, art.34 din O.G. nr.92/2003 privind Codul de procedură fiscală, art.1 alin.1, art.5 alin.1 și 2 și art.21 lit.a din Legea nr.26/1990 privind registrul comerțului.

În același sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind deciziile nr.1865/2012 și nr.117/31.01.2011, pronunțate de Curtea de Apel Bacău, precum și decizia civilă nr.1562/11.04.2013, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Astfel fiind, în condițiile în care ... a prezentat Certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale nr.369-16-00121/19.01.2016, eliberat de Direcția de Impozite și Taxe Locale Sector 6, pe raza căreia se află sediul său social, înscris din care rezultă că nu are datorii, autoritatea contractantă va face aplicarea prevederilor

art.201 alin.1 din ordonanța de urgență, urmând a solicita ofertantului menționat prezentarea inclusiv a certificatelor fiscale despre care s-a făcut vorbire.

Acest demers va fi efectuat pentru înlăturarea echivocului existent și anume spre edificarea în sensul că ofertantul desemnat câștigător nu are datorii la bugetele locale pe raza cărora deține proprietăți, soluția respingerii ofertei, ca inacceptabilă, în această situație, soluție propusă de contestator, fiind excesiv de formalistă și contrară scopului ordonanței de urgență, și anume „promovarea concurenței între operatorii economici, prevăzut la art.2 alin.1 din ordonanța de urgență.

În analiza susținerii contestatorului ..., conform căreia ofertantul desemnat câștigător nu ar fi depus în confirmarea listei conținând principalele servicii prestate în ultimii 3 ani, certificate/documente care să confirme cele prezentate în listă, Consiliul se va raporta la prevederile de la cap.III.2.3.b) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date, unde apare solicitat a se prezenta:

„Lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani conținând valori, perioade de livrare, beneficiari – (conf.formular nr.3)

Modalitatea de îndeplinire

Se va completa formularul nr.3”.

Față de modalitatea de îndeplinire a criteriului de calificare menționată, precizată expres de autoritatea contractantă ca fiind constituită de completarea formularului nr.3, Consiliul determină că ofertanții nu aveau obligația de a prezenta documente de natura celor despre care face contestatorul vorbire, ci doar formularul 3 completat, lucru pe care ofertantul desemnat câștigător l-a făcut.

Prin urmare, critica contestatorului este neîntemeiată.

Referitor la critica contestatorului ..., conform căreia ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit cerința fișei de date a achiziției constând în prezentarea Avizului de funcționare emis de Ministerul Sănătății, Consiliul constată:

La cap.III.2.1.b) – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale” din fișa de date, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților, să prezinte și:

„Aviz de funcționare emis de Ministerul Sănătății Publice valabil la data limită stabilită pentru depunerea ofertei aferentă procedurii – în copie conform cu originalul. (în conf. HG 144/2010 privind organizarea și funcționarea Ministerului Sănătății și Legea 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare). În avizul de funcționare emis de MSP pentru fiecare societate, trebuie să fie specificat producătorul tuturor produselor solicitate respectiv oferate. (...)

Autorizație de punere pe piață de la Ministerul Sănătății, Agenția Națională a Medicamentului pentru oxigenul lichid. (conf. lg.95/2006 și OMS 895/2006). (...)”

Verificând documentele de calificare depuse de ..., Consiliul constată că au fost depuse:

- Autorizația de fabricație 65F din 25.02.2015, emisă de Ministerul Sănătății – Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, din anexele căreia rezultă că ofertantul menționat are calitatea de producător de oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal comprimat;

- Autorizația de punere pe piață nr.4801/2012/01, emisă de Ministerul Sănătății – Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, pentru punerea pe piață de oxigen medicinal lichefiat;

- Autorizația de punere pe piață nr.4800/2012/01-16, emisă de Ministerul Sănătății – Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, pentru punerea pe piață de oxigen medicinal comprimat.

Astfel, ... a făcut dovada calității de producător de oxigen medicinal și că este autorizat de organismul abilitat, Ministerul Sănătății – Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, să pună pe piață produsul solicitat de autoritatea contractantă, respectiv oxigen medicinal lichefiat.

Având în vedere calitatea de producător de oxigen medicinal, ofertantului menționat nu i se poate pretinde îndeplinirea cerinței de a depune Avizul de funcționare, la care face contestatorul referire, deoarece nu se află în ipoteza vizată de cerință, adică nu este un ofertant care oferă produse ale altor producători, nu este distribuitor al produselor oferite.

Art.888 și urm. din Legea nr.95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, în concordanță cu care se reține cerința din fișa de date, vin să confirme că avizul se emite pentru activitățile de comercializare, de distribuție și de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale.

Pe de altă parte, produsul ce se dorește a fi achiziționat de autoritatea contractantă, respectiv oxigen medicinal, nu reține Consiliul a fi dispozitiv medical, iar în privința instalațiilor cu care se vor echipa cele 3 locații, dincolo de faptul că nu s-a probat că sunt dispozitive medicale, reține Consiliul că acestea nu formează obiectul achiziției, ci obiectul unui contract de comodat încheiat între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător, fiind cedată, deci, autorității contractante, folosința iar nu proprietatea lor.

Prin urmare, critica contestatorului nu poate fi reținută în soluționare, fiind nefondată.

În ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia ofertantul desemnat câștigător nu ar fi îndeplinit cerința caietului de sarcini de a fi prezentat Certificatul emis de Biroul Român de Metrologie Legală conform Legii nr.11/1994, Consiliul constată, de asemenea, că este nefondată, deoarece, documentul menționat, se regăsește a fi depus, de ..., în cadrul propunerii tehnice, la pag.392 a dosarului achiziției publice

Referitor la critica contestatorului ... conform căreia prețul oferit de ... este unul ce nu poate fi justificat în raport cu ceea ce urmează a fi prestat, Consiliul, spre a se edifica asupra temeiniciei acesteia, a procedat la analiza propunerilor tehnice și financiare ale ofertantului desemnat câștigător, prin prisma tuturor aspectelor învederate prin contestație.

Astfel, se constată că ... respectă cerința de a monta acele echipamente solicitate de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, neputând fi reținută susținerea conform căreia ar fi depus o ofertă alternativă, și-a asumat obligația de a respecta termenul de maximum 30 de zile de la semnarea acordului-cadru pentru montarea instalațiilor și obținerea autorizației ISCIR, sens în care a prezentat „Anexa nr.2 la Propunerea tehnică – Grafic montaj, punere în funcțiune și autorizare a instalațiilor de stocare și furnizare ci oxigen medicinal lichid”, precum și de a livra buteliile având specificațiile tehnice impuse de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește prețul oferit de ... de 5.736.960,20 lei, Consiliul observă că se situează peste pragul de 80% din valoarea estimată, ceea ce, raportat la dispozițiile art.202 din ordonanța de urgență, nu reprezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut.

Astfel fiind, în privința prețului propus de ofertantul desemnat câștigător, autoritatea contractantă nu avea obligația de a solicita justificări, prezumția prețului neobișnuit de scăzut fiind instituită, după cum s-a arătat, în cazul unui preț sub pragul prevăzut de lege.

Chiar și în situația unui preț aparent neobișnuit de scăzut, astfel cum este legal definit, importat de reținut este faptul că autoritatea contractantă nu are dreptul de a respinge „automat” oferta aflată într-o astfel de situație, ci obligația de a solicita justificări, ceea ce înseamnă că dispozițiile art.202 alin.1¹ din ordonanța de urgență instituie o prezimție relativă, ce poate fi răsturnată prin prezentarea de documente justificative. Prin urmare, se poate ajunge la atribuirea contractului și către acel ofertant care a propus un preț aparent neobișnuit, dar care a fost temeinic justificat.

Pe de altă parte, faptul că ambii contestatori au oferit un preț identic, care reprezintă 99,35% din valoarea estimată, și că au una respectiv două instalații deja amplasate, nu reprezintă argumente în sensul că prețul oferit de ... este unul ce nu poate fi justificat, ci mai degrabă trezește suspiciuni cu privire la o eventuală înțelegere între aceștia, fiind dificil de crezut că toate elementele care au concurat la formarea celor două prețuri au fost identice până la sutime.

De asemenea, nu poate fi scăpat din vedere că unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, conform art.2 alin.2 din ordonanța de urgență, este principiul eficienței utilizării fondurilor publice, care nu poate fi considerat ca respectat în condițiile în care s-ar face demersuri la care legea nu obligă, așa cum este cel propus de contestator.

Prin urmare, nu se reține a fi întemeiată nici această critică.

În ceea ce privește criticile legate de oferta desemnată câștigătoare, formulate ulterior studierii dosarului cauzei la sediul C.N.S.C., prin concluziile scrise, de către, Consiliul le va respinge, ca tardive, din următoarele considerente:

Față de caracterul imperativ al dispozițiilor art.270 alin.1 lit.e și alin.2, art.271, art.274 alin.1 și 4, art.275 alin.6 și art.276 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul reține obligația motivării în fapt a contestației, în termenul prevăzut de art.256² din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, această contestație fiind cea care se comunică, prin intermediul autorității contractante, tuturor participanților încă implicați în procedură, asigurând astfel respectarea principiilor transparenței și contradictorialității.

Așadar, pentru motivarea contestației nu se poate reține un alt termen decât cel prevăzut de art.256² din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, pentru formularea contestației, sau cel acordat de Consiliu în acest sens, ultima situație neregăsindu-se în cazul contestatorului.

Completarea contestației cu motivarea în fapt nu este îngăduită de dispozițiile O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, fiind incompatibilă cu celeritatea care guvernează întreaga procedură de contestare a actelor emise de autoritatea contractantă.

Dispozițiile art.274 alin.4 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, îi garantează, într-adevăr, contestatorului accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice depuse de autoritatea contractantă la Consiliu, dar nu se constituie într-un motiv de derogare de la caracterul imperativ al termenului în care trebuie invocate neregularitățile procedurii de atribuire.

Ordonanța pe linia achizițiilor publice dispune la art.275 alin.5 și art.276, că procedura în fața Consiliului *este scrisă, deci fără dezbateri orale, și că trebuie încheiată în 20 de zile de la primirea dosarului achiziției publice, principalul său avantaj fiind celeritatea maximă.*

Din economia dispozițiilor art.215 alin.1 coroborate cu dispozițiile art.270 alin.1 din ordonanța de urgență, rezultă, indubitabil, că persoana care se consideră vătămată printr-un act al autorității contractante emis în cadrul unei proceduri de achiziție publică, are la îndemână pârghia legală prin care să-și asigure accesul la dosarul achiziției publice anterior depunerii contestației, astfel încât, la momentul formulării acesteia, să fie în măsură să evidențieze absolut toate motivele de nelegalitate a actului atacat.

Or, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei NU rezultă că S.C. MESSER ROMÂNIA S.R.L. a solicitat autorității contractante să-i permită accesul la dosarul achiziției publice anterior depunerii contestației, analiza criticilor formulate ulterior depunerii contestației putând interveni doar în situația unei imposibilități obiective, dovedite, a contestatorului de a motiva

contestația, imposibilitate generată, spre pildă, de refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție dosarul achiziției într-un termen rezonabil.

Prin urmare, ...nu s-a aflat în imposibilitatea obiectivă de a formula motivarea în fapt a contestației în interiorul termenului în care avea deschisă calea de atac a contestației, ci a ales să stea în pasivitate, pierzând, astfel, din culpă proprie, termenul în care contestația, conținând inclusiv motivarea în fapt, trebuia depusă.

Acest mod de a proceda (completarea contestației cu motivarea în fapt ulterior depunerii ei), apreciază Consiliul că reprezintă o încercare de eludare a termenelor de contestare, fiind evidentă tardivitatea criticilor care exced conținutului inițial al contestației, prin raportare la dispozițiile legale la care s-a făcut referire, cadrul procesual fiind depășit.

În același sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind deciziile nr.716/CA/2013-R, nr.2899/CA/2013 – R și nr.434/Ca/2016 - R, pronunțate de Curtea de Apel Oradea, decizia civilă nr.2320/27.05.2013 și decizia nr.656/16.02.2012, pronunțate de Curtea de Apel București, decizia nr.4874/03.07.2012, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.1550/10.09.2012, pronunțată de Curtea de Apel Bacău.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.278 alin.5 și 6 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondate, contestațiile, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Față de soluția pronunțată, Consiliul admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ...

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.1 și 3 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET,

....

MEMBRU,

...

MEMBRU,

....