C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 01.2018

Prin contestația nr. 14/08.01.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 852/08.01.2018 și respectiv sub nr. 1039/09.01.2018, SC ...SRL, cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de .... ., a contestat rezultatul procedurii aferent lotului 1, document emis în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă" online, fără fază finală de licitație electronică, pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de furnizare având ca obiect „OXIGEN MEDICINAL", coduri CPV 24111500-0 (Rev. 2), 44612200-5 (Rev. 2), organizată de SPITALUL JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat următoarele:

- anularea raportului procedurii de atribuire în ceea ce privește respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă;
- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, emisă sub nr. 34382/1/2 din 14.12.2017, publicată în SEAP în data de 15.12.2017 şi a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- considerarea ca fiind valabil şi depus în termen certificatul de atestare fiscală cu privire la plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul de stat eliberat de Agenția Națională de Administrare Fiscală (în continuare „ANAF") pentru subcontractantul ...International Transport S.R.L.;
- anularea răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă formulată în data de 22.12.2017, comunicat la data de 28.12.2017 prin intermediul platformei SEAP;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea în condiții de legalitate a documentelor de calificare depuse pentru subcontractantul ...International Transport S.R.L.;

- „în subsidiar, în măsura în care capetele de cerere mai sus menționate nu sunt admise, anularea procedurii de atribuire întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă”.

SC ...SRL, în calitate de ofertant câștigător pentru lotul nr. 1, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de Director General și convențional prin av. ..., a formulat „cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante” având nr. 476/19.01.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin FAN COURIER EXPRESS, înregistrată la Consiliu sub nr. 2901/22.01.2017, respectiv sub nr. 2989/22.01.2017, prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în interesul autorității contractante și respingerea contestației ca neîntemeiată.

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

În susținerea contestației sale, SC ...SRL precizează că în urma analizării propunerilor financiare, oferta acesteia depusă pentru lotul 1 – „Oxigen medicinal + închiriere instalație stocare oxigen medicinal” a fost declarată admisibilă şi s-a clasat pe locul 1 astfel cum rezultă din comunicarea autorității contractante nr. 32489/1/2/ 27.11.2017, pe cale de consecință, fiindu-i solicitat să transmită, până la data de 04.12.2017, documentele de calificare actualizate prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare astfel cum au fost solicitate prin fișa de date şi DUAE.

Contestatoarea susține că, în data de 04.12.2017, a transmis autorității contractante adresa nr. 2006, având anexate toate documentele de calificare actualizate cu excepția certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...Internaţional Transport S.R.L, făcând totuși dovada solicitării de emitere a acestuia, cu mențiunea că acesta va fi eliberat până la data de 07.12.2017.

În data de 05.12.2017, în urma analizei documentelor primite, autoritatea contractantă a transmis comunicarea intermediară nr. 33180/1/2 prin care a revenit cu solicitarea de a fi depuse o serie de documente, printre care şi certificatul de atestare fiscală pentru subcontractantul ...Internaţional Transport S.R.L., până la data de 08.12.2017.

Contestatoarea a depus documentele solicitate cu excepția certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...Internaţional Transport S.R.L., încă neeliberat de către instituția publică competentă, solicitând autorității contractante acordarea unui termen suplimentar pentru depunerea certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...Internaţional Transport S.R.L. până la data de 14.12.2017.

La data de 12.12.2017, SC ...SRL a transmis, prin fax, certificatul de atestare fiscală pentru subcontractantul ...International Transport

S.R.L., eliberat de ANAF la data de 11.12.2017 sub nr. 817196, fără ca autoritatea contractantă să-l ia în considerare, întrucât, în data de 14.12.2017, aceasta a transmis comunicarea privind rezultatul procedurii înregistrată sub nr. 34382/1/2 prin care a declarat oferta SC ...SRL inacceptabilă, motivat de lipsa certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...Internaţional Transport S.R.L.

Contestatoarea formulează critici cu privire la faptul că, între data solicitării de prelungire a termenului pentru depunerea documentului solicitat (data de 12.12.2017) şi data la care a fost emisă Comunicarea privind rezultatul procedurii (data de 14.12.2017), autoritatea contractantă nu a transmis nicio comunicare în sensul că este de acord sau, dimpotrivă, refuză prelungirea termenului de depunere a documentului, conform solicitării exprese a SC ...SRL.

În acest context, contestatoarea apreciază că, autoritatea contractantă a rămas în pasivitate și nu a manifestat un rol activ în evaluarea documentelor transmise, atât în ceea ce privește solicitarea de prelungire a termenului de depunere a documentului suport dat fiind că nu a comunicat niciun răspuns, cât și în ceea ce privește faptul că nu a considerat documentul depus chiar înainte de comunicarea deciziei de respingere a ofertei, ci a considerat în mod nelegal şi inechitabil, că documentul depus pentru subcontractantul ...International Transport S.R.L. lipsește.

Contestatoarea susține, totodată, că lipsa răspunsului la cererea de prelungire a termenului limită de depunere a documentului nu poate fi interpretată ca un refuz tacit de a da curs cererii, astfel încât, autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont de documentul transmis, chiar ulterior. În susținerea considerațiilor sale, contestatoarea invocă practica judiciară.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, autoritatea contractantă ar fi putut solicita înlocuirea subcontractantului ...International Transport S.R.L, în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că subcontractantul ...International Transport S.R.L. este cel care nu şi-a îndeplinit obligațiile la termenul limită și, în niciun caz să considere integral oferta SC ...SRL, ca fiind inacceptabilă cu consecința excluderii ofertantului din procedura de atribuire.

În continuare, contestatoarea prezintă susținerile sale referitoare la corectitudinea deciziei atacate.

Contestatoarea arată că a respectat dispozițiile art. 6 din Legea 101/2016, în data de 22.12.2017, formulând notificarea prealabilă prin care a solicitat autorității contractante remedierea încălcărilor legislației achizițiilor publice în sensul anulării rezultatului Procedurii de atribuire precum şi a tuturor actelor subsecvente, autoritatea contractantă apreciind că nu există motive de remediere conform aspectelor învederate prin notificarea prealabilă.

În subsidiar, în măsura în care capetele de cerere mai sus menționate nu sunt admise, menținându-se decizia de respingere ca

neconformă a ofertei sale, contestatoarea consideră că se impune anularea procedurii de atribuirii, susținând că, oferta ...S.R.L. este, de asemenea, neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Astfel, contestatoarea susține că, din raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017 rezultă cu claritate faptul că ...S.R.L. nu a declarat niciun subcontractant pentru efectuarea lucrărilor de montaj pentru LOT 1, și că, în măsura în care ar fi declarat câștigător, SC ...S.R.L, ar trebui să dețină toate autorizațiile necesare în acest sens, sau, după caz, să indice subcontractantul care va realiza astfel de lucrări. În această ordine de idei, contestatoarea susține că, din verificarea site-ului ISCIR și a listelor „Persoane juridice autorizate conform PT CR4-2010 pentru efectuarea de lucrări la Recipiente metalice stabile sub presiune - reglementate de PT C4/2010” și „Persoane juridice autorizate conform PT CR4-2010 pentru efectuarea de lucrări la Conducte metalice sub presiune pentru fluide- reglementate de PT C6/2010”, rezultă că ofertantul ...S.R.L nu este autorizat pentru efectuarea lucrărilor la recipiente metalice stabile sub presiune (PT C4/2010 sau PT C6/2010) şi, pe cale de consecință, nu are dreptul efectuării lucrărilor la instalația de oxigen medicinal, în scopul executării contractului de achiziție publică.

Pe cale de consecință, în opinia contestatoarei, oferta ...S.R.L este neconformă în sensul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 şi se impune a fi respinsă, în aceste circumstanțe, devenind incidente prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 care obligă autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire atunci când nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

În dovedire, contestatoarea SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 1108/72 C5/09.01.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante , să transmită, documentele necesare soluționării contestației formulată de SC ...SRL, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, inclusiv oferta contestatoarei și corespondența (print screen) pe care a avut-o pe SEAP, precum și dovezi privind transmiterea punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. 1040/12.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 2136/16.01.2018, autoritatea contractantă a transmis, în original punctul de vedere nr. 602/10.01.2018 și, în copie certificată, o parte din dosarul achiziției.

La data de 19 ianuarie 2018, autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), în completarea dosarului achiziției, documentele DUAE depuse de către contestator cât și de subcontractanți pentru lotul nr. 1, corespondența fiind înregistrată sub nr. 2818/ 19.01.2018.

Prin punctul de vedere nr. 602/10.01.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 2136/16.01.2018, referitor la contestația formulată de SC ...SRL, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației ca netemeinică combătând punctual criticile formulate.

Cu privire la criticile formulate de SC ...SRL, privind pasivitatea autorității contractante în activitatea de clarificare a unor aspecte legate de documentele suport depuse de contestatoare pentru subcontractantul SC ...International Transport SRL şi de a nu fi răspuns la cererea societății de prelungire a termenului de depunere a documentelor suport, autoritatea contractantă arată că, în fișa de date a achiziției, la capitolul III.2) Condiții de participare, subpunctul III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului", se precizează că *„printre documentele ce trebuie depuse de operatorul economic pentru a participa la procedură este enumerat şi certificatul de atestare fiscală din care să rezulte lipsa datoriilor la bugetul general consolidat".*

Autoritatea contractantă susține că după verificarea îndeplinirii condițiilor de calificare și publicarea în SEAP, a raportului intermediar nr. 32488/27.11.2017, prin adresa nr. 32489/1/2/27.11.2017, postată în SEAP la data de 27.11.2017, a solicitat contestatoarei să depună, până la data de 04.12.2017, documentele de calificare actualizate iar prin adresa nr. 33180/1/2/05.12.2017, postată în SEAP în data de 05.12.2017 a acordat un nou termen, respectiv 08.12.2017, pentru depunerea certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul SC ...International Transport SRL Afumați, cazierul judiciar al reprezentantului legal al SC ...International Transport SRL şi formularul privind lista principalelor livrări. Până la data de 08.12.2017, contestatoarea a depus doar două din cele trei documente solicitate (cazierul judiciar şi formularul privind lista principalelor livrări). În ceea ce privește certificatul de atestare fiscală al SC ...International Transport SRL, societatea contestatoare a depus o copie după cererea de eliberare a acestuia, înregistrată la ANAF în data de 04.12.2017, astfel încât, Certificatul de atestare fiscală al SC ...International Transport SRL, a fost depus tardiv, respectiv în data de 12.12.2017, ca urmare a cererii nr. 817196 din 07.12.2017.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că, o nouă prelungire a termenului pentru depunerea certificatului fiscal nu se justifica, în condițiile în care membrii comisiei au acordat societății contestatoare două termene (unul pe 04.12.2017 iar al doilea pe 08.12.2017) pentru a prezenta documentul actualizat și susține că, în mod corect, comisia de evaluare, a întocmit raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017 şi comunicarea nr. 34382/1/2/14.12.2017, documente a căror anulare se solicită prin prezenta contestație.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă consideră că membrii comisiei de evaluare au aplicat judicios prevederile legislației în domeniul achizițiilor publice, respectiv art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, transmiterea documentelor solicitate prin adresa nr. 33180/1/2/05.12.2017 având ca temei de drept art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la criticile privind netemeinicia şi nelegalitatea hotărârii de respingere a ofertei SC ...SRL ca inacceptabilă, autoritatea contractantă susține că, decizia sa, de a considera oferta societății ca fiind

inacceptabilă, este susținută de prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Referitor la criticile privind nesolicitarea înlocuirii subcontractantului în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționează că, prevederile invocate nu sunt incidente în prezenta speță, deoarece membrii comisiei nu au pus în discuție excluderea subcontractantului SC ...International Transport SRL pentru motivele enumerate expres de art. 164 şi 167 din Legea nr. 98/2016. Autoritatea contractantă susține că, în lipsa certificatului de atestare fiscală, s-a aflat în imposibilitatea de a efectua verificări sau de a cere lămuriri cu privire la o eventuală datorie a subcontractantului trecută în acest act, astfel că nu a putut da eficiență juridică nici dispozițiilor art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la cererea subsidiară de anulare a procedurii pentru lipsă oferte admisibile, autoritatea contractantă solicită să se constate că susținerile contestatoarei de neconformitate a ofertei depuse de SC ...SRL sunt ridicate pentru prima dată pe calea contestației, nefiind cuprinse în notificarea prealabilă nr. 2066/22.12.2017, nerespectându-se procedura prealabilă de notificare prevăzută de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante formulată de SC ...SRL, aceasta solicită admiterea cererii, în principiu, și respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Referitor la admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, SC ...SRL susține că are un interes justificat, legitim, născut, actual și direct de a interveni în cadrul contestației formulată de către SC ...SRL, prin raportare la calitatea de ofertant declarat câștigător pentru Lotul nr.1 în cadrul procedurii, astfel cum a fost stabilit prin Raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017, care nu a fost contestat cu privire la conformitatea și admisibilitatea ofertei sale, astfel că decizia autorității contractante cu privire la oferta ...SRL este definitivă.

Cu privire la criticile formulate de SC ...SRL, intervenienta susține că, în mod corect oferta acesteia a fost declarată ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, având în vedere că la data de 08.12.2017 ofertantul ...SRL nu a prezentat certificatul de atestare fiscală cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul de stat eliberat de ANAF al subcontractantului său, prezentând doar „o cerere de eliberare a certificatului fiscal”, fiind dovedit, prin înscrisuri, că respectivul document a fost depus la data de 12.12.2017, cu depășirea termenului limită (04.12.2017 și respectiv 08.12.2017) stabilit de către autoritatea contractantă.

Intervenienta apreciază că societatea contestatoare ignoră înscrisurile doveditoare aflate în dosarului achiziției care demonstrează faptul că autoritatea contractantă a acționat în mod corect și legal, a

oferit un termen rezonabil pentru a depune certificatul fiscal al subcontractantului, a oferit explicații calificate notificării prealabile, astfel încât invocarea relei credințe și lipsa de rol activ în clarificarea aspectelor legate de documentele suport, fapt ce i-ar fi creat astfel o situație defavorabilă, sunt nesustenabile, contestatoarea fiind singura răspunzătoare pentru situația sa.

Referitor la cererea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire „întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă", intervenienta susține că această solicitare este neîntemeiată, bazată pe susțineri neadevărate, oferta SC ...SRL fiind declarată câștigătoare pentru Lotul nr. 1, așa cum rezulta din Raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017, care nu a fost contestat cu privire la conformitatea și admisibilitatea ofertei sale, decizia autorității contractante fiind definitivă.

În final, în concordanță cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, SC ...SRL solicită accesul la documentele dosarului de achiziție publică.

Prin adresa nr. 3053/72 C5/22.01.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei susțineri față de cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

De asemenea, cu privire la cererea de intervenție, prin adresa nr. 3055/72 C5/22.01.2018, Consiliul a solicitat susțineri și autorității contractante.

Având în vedere cererea SC ...SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 3071/72 C5/23.01.2017, intervenienta a fost invitată, în acest sens, la data de 25.01.2018, eventualele concluzii scrise urmând a fi comunicate Consiliului în termen de o zi lucrătoare de la dat studierii dosarului, însoțite de dovada transmiterii acestora către autoritatea contractantă și către contestatoare. Intervenienta a studiat documentele dosarului achiziției și a primit copiile solicitate la data de 25.01.2018, însă până la data prezentei, nu a formulat „Concluzii scrise".

Prin adresa nr. 73/25.01.2018, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 3330/25.01.2018, intitulată „Răspuns la Cererea de intervenție", contestatoarea SC ...SRL solicită, în principal, respingerea cererii de intervenție formulată SC ...SRL în interesul autorității contractante și, pe fond, admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Referitor la susținerile intervenientei cu privire la conformitatea şi admisibilitatea ofertei SC ...SRL și a faptului că raportul procedurii nu a fost contestat, contestatoarea învederează faptul că, „reevaluarea conformă a ofertei sale" va conduce la clasarea ofertei depusă de Messer pe locul 2, dat fiind că în urma analizării propunerilor financiare, oferta sa pentru lotul 1 a fost declarată admisibilă şi s-a clasat pe locul 1 astfel cum rezultă din comunicarea autorității contractante nr. 32489/1/2 din data de 27.11.2017. Prin urmare, contestatoarea apreciază că, prin admiterea contestației sale şi dispunerea de către Consiliu a reevaluării, în condiții de legalitate, a documentelor de calificare depuse pentru

subcontractantul ...International Transport S.R.L. va conduce în mod direct la modificarea clasamentului, oferta SC ...SRL „neavând caracter definitiv”.

În ceea ce privește susținerile pe fond referitoare la netemeinicia contestației, contestatoarea reiterează faptul că, imposibilitatea obiectivă de a depune certificatul de atestare cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul de stat eliberat de ANAF pentru subcontractantul ...International Transport S.R.L. nu este de natură a declara oferta sa ca inacceptabilă, decizia autorității contractante fiind contrară legislației în vigoare, precum şi jurisprudenței constante în materie.

Pe de altă parte, contestatoarea reiterează prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 susținând, totodată, că textul legal nu face nicio distincție cu privire la un eventual număr maxim de cazuri în care autoritatea contractantă ar putea solicita astfel de clarificări sau completări. Prin urmare, în vederea respectării principiilor tratamentului egal şi al transparenței, autoritatea contractantă putea solicita, în temeiul prevederilor legale mai sus menționate, lămuriri sau informații, respingerea de plano a ofertei ca inacceptabilă nefiind în acord cu aceste principii.

Prin adresa nr. 2133/23.01.208, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 3355/25.01.2018, autoritatea contractantă a răspuns solicitării Consiliului cu privire la cererea de intervenție formulată de SC ...SRL, precizând că este de acord cu admiterea în principiu a cererii raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, aceasta dovedind un interes justificat, legitim, născut, actual și direct.

Aspecte privind confidențialitatea

În ceea ce privește cererea formulată de către intervenientă privind accesul la dosarul cauzei, Consiliul a constatat faptul că atât contestatoarea cât și intervenienta au depus, odată cu oferta, declarații de confidențialitate, după cum urmează:

- Contestatoarea a aplicat ștampila „confidențial” pe fiecare pagină a propunerii tehnice și a depus documentul intitulat „Informații confidențiale conținute în oferta tehnică”, în cadrul căruia a precizat că „(...) informațiile marcate de noi ca fiind confidențiale reprezintă rezultatul cercetării, experienței acumulate (...)”;
- SC ...SRL a aplicat ștampila „confidențial” pe fiecare pagină a propunerii tehnice și a depus documentul intitulat „Solicitare confidențialitate documente”, în cadrul căruia a precizat că „(...) este deținătorul legitim al înscrisurilor marcate «confidențial», acestea fiind informații confidențiale deoarece cuprind secrete comerciale în concordanță cu prevederile Legii nr. 11/1991 (...)”.

Consiliul a decis să pună la dispoziția părților care au solicitat studierea dosarului constituit la Consiliu, respectiv a intervenientei, toate documentele aflate la dosarul cauzei, mai puțin documentele declarate confidențiale de aceștia.

Pentru a decide astfel, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 148 din HG nr. 395/2016, precum și faptul că CNSC a aplicat principiul tratamentului egal nepermițând celor două părți din cauză care au invocat fiecare caracterul confidențial al unor documente, accesul la documentele declarate confidențiale de contracandidatului său.

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

SPITALUL JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ..., în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără fază finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal", cod CPV 24111500-0 (Rev. 2), 44612200-5 (Rev. 2), divizat în 2 loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../....09.2017, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la .....2017, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" și o valoare estimată cuprinsă între 70.331 și 4.456.000 RON.

Prezenta contestație vizează lotul 1 – „...".

În cadrul prezentei proceduri de atribuire au depus oferte, pentru lotul 1, 3 ofertanți, printre care și contestatoarea din prezenta speță, aspect consemnat în „procesul verbal de deschidere a ofertelor înregistrat sub nr. 27980/13.10.2017".

După evaluarea ofertelor autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 1, consemnat în raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017, potrivit căruia, a stabilit câștigătoare oferta depusă de SC ...SRL, în timp ce oferta depusă de SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. 34382/ 1/2/14.12.2017, ofertantul SC ...SRL a depus prezenta contestație.

Atașat contestației, autoarea acesteia a prezentat dovada respectării prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă nr. 2066/22.12.2017, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 35206/28.12.2017, prin care autoritatea contractantă a formulat apărări punctuale privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei, susținând că, în mod corect, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii.

În ceea ce privește cererea de intervenție în interesul autorității contractante, formulată de SC ...SRL transmisă Consiliului, prin poștă, la data de 19.01.2018 și, prin e-mail, la data de 22.01.2018, CNSC constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [„(*3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul*

de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație"], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SC ...SRL la data de 09.01.2018, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 19.01.2018. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 şi art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, SC ...SRL are calitatea de ofertant câștigător al lotului 1, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată în legătură cu acest lot, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție.

Analizând contestația care formează obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că aceasta vizează decizia autorității contractante de a stabili rezultatul procedurii pentru lotul 1, respectiv decizia de a respinge oferta sa și de a stabili câștigătoare oferta depusă de SC ...SRL, contestatoarea formulând critici după cum urmează:

- autoritatea contractantă nu a manifestat un rol activ în clarificarea unor aspecte legate de documentele suport depuse de contestatoare pentru subcontractantul ...INTERNATIONAL TRANSPORT SRL și nu a răspuns solicitării de prelungire a termenului de depunere a documentelor suport;

- comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire este neîntemeiată și nelegală;

- în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă putea solicita înlocuirea subcontractantului ...INTERNATIONAL TRANSPORT SRL;

- oferta depusă de SC ...SRL este neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 95/2016.

Comparând conținutul notificării prealabile transmisă de contestatoare autorității contractante cu cel al contestației, Consiliul constată că acestea au conținut diferit în sensul că, în cadrul notificării prealabile SC ...SRL nu a formulat niciun fel de critici referitoare la ofertantul declarat câștigător. De altfel, Consiliul constată că în cadrul notificării prealabile nu se regăsește nici capătul de cerere, formulat în contestație, referitor la anularea procedurii de atribuire ca urmare a faptului că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca inadmisibilă critica autoarea contestației referitoare la oferta depusă de Asocierea SC ...SRL (locul 2 în clasamentul final) precum și capătul de cerere referitor la anularea procedurii de atribuire, scopul procedurii prealabile și, în consecință, scopul legii nefiind realizat pentru această critică/acest capăt de cerere.

Legea nr. 101/2016 stipulează, pe de o parte, la art. 6 alin. (1) lit. a) obligaţia contestatoarei de a transmite autorităţii contractante o notificare în termen de *„a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii*", iar pe de altă parte, obligaţia acesteia de a transmite autorităţii contractante o contestaţie, în cadrul termenului legal de contestare, stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Aşa cum rezultă din conţinutul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma „se poate face numai după", utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

Instituirea procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ are un dublu scop: dă posibilitatea autorităţii contractante să-şi repare ea însăşi eventualele greşeli, asigurându-se astfel o cale mai rapidă de restabilire a legalităţii şi protejează operatorul economic, acesta având posibilitatea de a obţine anularea actului printr-o procedură administrativă, simplă şi rapidă.

Consiliul apreciază că scopul legii nu a fost atins în cauză, în ceea ce privește critica anterior menționată, în condițiile în care această critică/acest capăt de cerere nu se regăsește în notificarea prealabilă pe care contestatoarea i-a transmis-o autorității contractante

Astfel, Consiliul apreciază că se impune să existe identitate de motive/capete de cerere între notificarea prealabilă şi contestație, pentru a se atinge scopul instituirii procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ. Numai astfel autoritatea contractantă poate examina în cunoștință de cauză pretențiile solicitantului, în condițiile legii, înainte de a fi sesizat Consiliul. În caz contrar, procedura notificării prealabile ar fi pur formală ceea ce ar duce la imposibilitatea atingerii scopului pentru care actualul cadru normativ a introdus această procedură în materia achizițiilor publice.

Din conținutul actului atacat rezultă că oferta contestatoarei, depusă pentru lotul 1, a fost respinsă ca inacceptabilă, întrucât, urmare a analizei documentelor de calificare încărcate în SEAP, la solicitarea comisiei de evaluare, aceasta a constatat „lipsă certificat de atestare cu privire la plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul de stat eliberat de ANAF pentru subcontractantul ...INTERNATIONAL TRANSPORT SRL AFUMAȚI".

Analizând informațiile menționate în cadrul DUAE-ului depus de către SC ...SRL, „Partea II: Informații referitoare la operatorul economic”, lit. D, Consiliul constată că, la întrebarea „Operatorul economic intenționează să subcontracteze vreo parte din contract unor terți?”, ofertantului a bifat răspunsul „Da”, indicând, printre subcontractanții propuși, operatorul economic SC ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL.

Potrivit informațiilor din cadrul acordului de subcontractare nr. 88/10.10.2017, încheiat între SC ...SRL și SC ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL, obiectul contractului îl reprezintă „Transport oxigen lichid la sediul beneficiarului cu mijloace de transport care să respecte legislația aplicabilă în vigoare (ADR de transport)”, iar din conținutul DUAE-ului depus de subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL, Partea a II-a: Informații referitoare la operatorul economic”, cap. A, lit. e), rezultă că, la întrebarea „Operatorul economic va fi în măsură să furnizeze un certificat cu privire la plata contribuțiilor la asigurările sociale și plata impozitelor sau să furnizeze informații care să îi permită autorității contractante sau entității contractante să obțină acest certificat direct prin accesarea unei baze de date naționale în orice stat membru, disponibilă în mod gratuit?”, subcontractantul a bifat răspunsul „Da”.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliu constată că, după verificarea documentelor de calificare, evaluarea propunerilor tehnice și financiare și aplicarea criteriului de atribuire, aceasta a stabilit, în cadrul raportului intermediar nr. 32488/27.11.2017, că oferta depusă de SC ...SRL este situată pe primul loc, urmând ca, în conformitate cu art. 132 din HG nr. 395/2016 și art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, să solicite acestui ofertant transmiterea documentelor de calificare **actualizate** prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare așa cum au fost ele solicitate prin fișa de date și DUAE.

Astfel, prin adresa nr. 32489/1/2/27.11.2017, intitulată „Comunicare intermediară”, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ...SRL „*transmiterea documentelor de calificare actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare așa cum au fost solicitate prin fișa de date și DUAE. Documentele solicitate se vor transmite în SEAP, semnate cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat eliberat de un furnizor de certificare acreditat până la data de* ***04.12.2017****. În cazul în care nu transmiteți documentele de calificare în formele solicitate până la data limită de 04.12.2017, oferta dvs. va fi considerată inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 395/2016”.*

Ofertantul SC ...SRL a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. 2006/**04.12.2017**, atașând o parte din documentele solicitate și precizând, în același timp, că „În ceea ce privește certificatul de atestare fiscală eliberat de ANAF al subcontractantului ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL, am atașat cererea de eliberare al acestuia, urmând să

vă trimitem certificatul imediat după eliberare. Vă asigurăm pe această cale că am făcut demersurile necesare astfel încât în termen de maxim 5 zile să putem prezenta documentul conform solicitării dvs.”.

Ca urmare a faptului că în cadrul documentelor transmise de ofertant nu s-a regăsit certificatul de atestare fiscală cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul de stat eliberat de ANAF pentru subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPRT SRL, prin adresa nr. 33180/1/2 din 05.12.2017, comisia de evaluare a solicitat ofertantului SC ...SRL, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din legea nr. 98/2016, art. 134 alin. (1) și art. 135 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016, completarea, până la data de **08.12.2017**, „a documentelor de calificare prin transmiterea documentelor constate lipsă”.

Prin adresa nr. 2024/**08.12.2017,** contestatoarea a răspuns solicitării autorității contractante, precizând că „În ceea ce privește certificatul de atestare fiscală eliberat de ANAF al subcontractantului ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL, am atașat cererea de eliberare al acestuia, urmând să vă trimitem certificatul imediat după eliberarea de către autoritatea statului, respectiv ANAF. Vă asigurăm pe această cale că am făcut demersurile necesare astfel încât să putem prezenta documentul conform solicitării dvs., însă, din motive neimputabile nouă, acest document însă nu a fost emis de către ANAF până la această dată. Vă solicităm o extindere a termenului de răspuns la prezenta solicitare de la data de 08.12.2017 până la data de **14.12.2017**”.

Prin adresa nr. 2030/12.12.2017, fără a primi acordul autorității contractante de extindere a termenului de răspuns din adresa nr. 33180/1/2 din 05.12.2017, contestatoarea a prezentat, din proprie inițiativă, certificatul de atestare fiscală nr. 817196/11.12.2017 eliberat de ANAF în baza cererii nr. 817196 din 07.12.2017, pentru subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL

În cadrul raportului procedurii înregistrat sub nr. 34381/15.12.2017, membrii comisiei de evaluare au reținut, în legătură cu lotul 1, că pentru subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL nu a fost depus certificatul de atestare fiscală privind achitarea obligațiilor exigibile către bugetul de stat și către bugetele asigurărilor sociale de stat eliberat de Direcția Generală a Finanțelor Publice și Controlul Finanțelor de Stat, și respingând oferta depusă de SC ...SRL, a declarat câștigătoare oferta depusă de SC ...SRL.

Analizând critica autoarei contestației privind decizia membrilor comisiei de evaluare de a respinge oferta sa, respectiv faptul că autoritatea contractantă nu a manifestat un rol activ în clarificarea unor aspecte legate de documentele suport depuse de contestatoare pentru subcontractantul ...INTERNATIONAL TRANSPORT SRL și nu a răspuns solicitării de prelungire a termenului de depunere a documentelor suport, Consiliu constată că aceasta este neîntemeiată.

Astfel, potrivit prevederilor fișei de date a achiziției, pct. III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, *„Ofertanții, terții*

susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 60, art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertanții clasați pe primul loc semnatari ai acordurilor cadru în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. 1. Certificate constatatoare privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării; (...)".

În speță, așa cum s-a reținut anterior, Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei, de două ori, depunerea certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL, ofertantul SC ...SRL nu a depus acest document, în termenul acordat de către autoritatea contractantă.

În aceste condiții, ofertanta contestatoare avea obligația de a se conforma solicitării autorității contractante, aceasta neputând pretinde ca autoritatea contractantă să fie obligată să-i solicite prezentarea aceluiași document de nenumărate ori până când aceasta se conformează întocmai.

În acest context, Consiliul apreciază că în speță are incidență adagiul latin „Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", potrivit căruia nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă/ nimeni nu poate să obțină foloase invocând propria sa vină și nici să se apere valorificând un asemenea temei.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul apreciază că o eventuală solicitare suplimentară adresată contestatoarei în legătură cu transmiterea documentului în discuție, respectiv prelungirea termenului de depunere a certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL, ar fi determinat incidența dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*", în condițiile în care, solicitările de clarificări adresate contestatoarei au fost clare, aceasta având la dispoziție un interval de răspuns suficient, respectiv între **27.11.2017** (data primei solicitări de clarificări) și **08.12.2017** (termenul limită de răspuns acordat prin intermediul celei de-a doua solicitări de depunere a documentului în discuție).

Ori, așa cum rezultă din certificatul de atestare fiscală emis de organul competent pentru subcontractantul ...INTERNAȚIONAL TRANSPORT SRL transmis tardiv de către contestatoare autorității contractante (la data 12.12.2017), în fapt, cererea de eliberare a acestui document a fost înregistrată la organul emitent la data de 07.12.2017, prin urmare cu o zi înainte de expirarea celui de-al doilea termen acordat

de autoritatea contractantă pentru transmiterea documentului în discuție, dovada depunerii cererii de eliberare a certificatului de atestare, depusă de contestatoare la dosarul cauzei și anexată primului la răspuns la solicitarea de clarificări (04.12.2017) fiind, în fapt, un număr de ordine și nu o dovadă a depunerii cererii/procesării acesteia de către organul fiscal.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a manifestat un rol activ în clarificarea aspectului referitor la certificatul de atestare fiscală al subcontractantului ...INTERNATIONAL TRANSPORT SRL, în sensul că a transmis două solicitări de clarificări în acest sens, iar ofertantul a avut la dispoziție 11 zile pentru a transmite un răspuns concludent, fiind nerelevantă, astfel, lipsa de răspuns a autorității contractante la solicitarea de prelungire a termenului de depunere a documentelor, în condițiile în care contestatoarea, deși nu a atacat în cadrul termenului legal solicitările de clarificări formulate de autoritatea contractantă, nu a respectat niciunul din cele două termene acordate de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că actul atacat, respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire este neîntemeiată și nelegală, Consiliul constată următoarele:

Din conținutul adresei nr. 34382/1/2 din 14.12.2017 rezultă că temeiurile legale invocate de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei contestatoarei au fost „art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016” și „art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016”.

Verificând incidența acestor prevederi legale prin raportare la situația expusă anterior în legătură cu oferta depusă de către SC ...SRL, Consiliul constată că, într-adevăr, autoritatea contractantă nu a indicat în cadrul actului atacat toate prevederile legale incidente cu privire la oferta contestatoarei, așa cum a făcut însă în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă și în cadrul punctului de vedere transmis Consiliului, în sensul că nu a fost indicat și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, însă acest aspect nu este de natură să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei contestatoarei. O anulare a acestui act și dispunerea de către Consiliu a recomunicării către contestatoare a tuturor prevederilor legale incidente ar însemna dovada unui formalism excesiv fără ai aduce contestatoarei niciun avantaj real.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că autoritatea contractantă ar fi putut solicita subscrisei înlocuirea subcontractantului ...INTERNATIONAL TRANSPORT SRL, Consiliu nu poate reține incidența în speță a prevederilor art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, (*„În cazul în care este identificată o situaţie de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situaţie”*), așa cum susține contestatoarea, întrucât, situația expusă, respectiv nedepunerea unui document-suport aferent DUAE nu reprezintă un motiv de excludere din

cele prevăzute de art. 164, 165 și 167 din același act normativ. În fapt, ca urmare a nedepunerii certificatului de atestare fiscală pentru subcontractant, autoritatea contractantă s-a aflat în imposibilitatea de a verifica existența unor situații de excludere de genul celor prevăzute de legiuitor la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește practica națională, invocată de către contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă, având în vedere, pe de o parte, faptul că în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL și, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

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 şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu SPITALUL JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ..., în calitate de autoritate contractantă.

Admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

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

PREŞEDINTE COMPLET
..

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 16 pagini.