



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 106 din 26.01.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1964 din 26.01.2016, depusă de SC ...SA, cu sediul în ..., având CUI ..., privind procedura de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Furnizare reactivi de hematologie, imunologie (proteine speciale), electroforeză, sumar urină cu punere la dispoziție a analizoarelor automate aferente loturilor oferite – Lot 1 Reactivi de hematologie cu punere la dispoziție a analizorului”, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1391361/21.01.2016, și a tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente (prec...și a celor conexe cu adresa menționată), emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire c...ar fi raportul procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului procedurii;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate valabile și admisibile conform criteriului de atribuire.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 41347 din 23.02.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 4727 din 23.02.2016, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ..., în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii, s-a solicitat;

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, astfel c...a fost formulată, în temeiul dispozițiilor art. 273 alin. (2) din OUG nr. 34/2006;

- pe fondul cauzei, respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată;

- menținerea ultimului raport al procedurii de atribuire și, pe cale de consecință, a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1391370/21.01.2016 și continuarea procedurii.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (1) și (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge

- ca nefondate criticile privind anularea raportului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii,
- ca autoritate de lucru judecat criticile privind stabilirea eronată a inacceptabilității ofertei SC ...SA (pentru prezentarea unei propuneri tehnice alternative),

din cadrul contestației formulată de SC ...SA, în contradictoriu cu

În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (6) din aceeași ordonanță de urgență, dispune continuarea procedurii de atribuire.

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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 nr. 106 din 26.01.2016, înregistrată la Consiliul cu nr. 1964 din 26.01.2016, SC ...SA, în calitate de operator economic participant la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, organizată de ..., critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă.

În fapt, contestatoarea a depus ofertă în cadrul procedurii pentru Lotul 1 - „Reactivi de hematologie cu punere la dispoziție a analizorului”.

Ulterior, la data de 18.11.2015, prin adresa nr. 1528743, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată admisibilă, invitând-o să prezinte o nouă ofertă financiară, în cadrul etapei finale de licitație electronică.

După încheierea etapei finale de licitație electronică, la data de 26.11.2015, ... a comunicat adresa nr. 1528871, prin care petenta a fost informată că oferta sa a fost declarată câștigătoare, fiind invitată să se prezinte, în data de 08.12.2015, pentru semnarea acordului-cadru și a contractului subsecvent de furnizare.

Prin contestația promovată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, înregistrată pe rolul Consiliului sub nr. 23454/04.12.2015, SC ...SRL a invocat nerespectarea de către SC ...SA a cinci cerințe prevăzute în caietul de sarcini, cu privire la analizorul automat de hematologie pe care l-a oferat, solicitând Consiliului să dispună:

- *anularea în tot a adresei de comunicare a rezultatului procedurii;*
- *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii transmisă ofertantului câștigător;*
- *desființarea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii cu respectarea celor menționate în contestație;*
- *în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire.*

Consiliul, procedând la analiza contestației, a respins integral patru din cele cinci motive invocate, însă a admis în parte contestația, apreciind ca fiind întemeiată critica conform căreia SC ...SA nu ar fi îndeplinit cerința de la punctul II.1.b.27) „*Minim 90 fișiere QC pentru controlul de calitate, cu grafice cu minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri*”.

SC ...SA a formulat plângere împotriva deciziei nr. 31/C5/2391/11.01.2016, la Curtea de Apel București, aceasta fiind în prezent în procedura regularizării, conform art. 200 C.proc.civ.

Contestatoarea învederează Consiliului că, în considerarea deciziei, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să preia, în mod succint, din motivarea Consiliului, aspectul potrivit căruia analizorul oferat nu ar corespunde cerinței de la punctul II.1.b.27) din caietul de sarcini, fără însă a mai analiza în mod temeinic dacă, într-adevăr, acest aparat respectă sau nu cerința.

În opinia sa, o asemenea atitudine este în contradicție cu dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006. Astfel, pentru a asigura o reevaluare completă și pertinentă a ofertei se impunea ca autoritatea contractantă să uzeze de prevederile art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și să solicite clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de la punctul II.1.b.27) din caietul de sarcini sau, după caz, pentru demonstrarea conformității ofertei cu această cerință.

Un asemenea demers apare cu atât mai necesar și evident cu cât autoritatea contractantă, în cadrul evaluării inițiale, a uzat de prevederea indicată și a solicitat clarificări cu privire la mai multe aspecte, printre care și la cel în discuție.

Prin adresa nr. 1528433/02.11.2015, comisa de evaluare i-a comunicat că „*referitor la punctul II.1.b.27) din caietul de sarcini (solicitare pentru minim 90 de fișiere QC cu grafice de minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri), nu reiese clar dacă propunerea tehnică a firmei satisface cerințele laboratorului*”.

Contestatoarea arată că a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 1306/04.11.2015 (înregistrată la autoritatea contractantă sub nr.

1528460/04.11.2015), precizând următoarele: „Conform pag. 1-39, 411 și 4-12 din <Instruction for Use>, permite analiza a 30 loturi de QC cu nivele fiecare, adică 90 de fișiere QC cu grafice Levey-Jennings cu 31 puncte pentru fiecare parametru. Analizorul prezintă 4 porturi USB cu ajutorul cărora putem să arhivăm un număr infinit de grafice cu un număr infinit de puncte, numere de puncte posibil de stocat de aparat neavând relevanță clinică”.

Răspunsul a fost analizat în mod corespunzător de comisia tehnică, reținându-se următoarele: „se aduc dovezi de la producător pentru existența a minim 30 de fișiere pentru fiecare nivel din cele 3 ale sângelui de control, astfel încât se îndeplinește cerința din caietul de sarcini (minim 90 fișiere de control)”.

Așadar, apreciază că și în etapa reevaluării se impunea solicitarea de clarificări, posibilitate legală care, dacă ar fi fost uzată în mod corespunzător de autoritatea contractantă, ar fi fost de natură să îi ofere informații vitale care demonstrează cu prisosință conformitatea ofertei cu cerința de la punctul II.1.b.27) din caietul de sarcini, respectiv la posibilitatea de vizualizare a unor grafice cu minim 300 de puncte fiecare, ceea ce presupune ca fiecare grafic să aibă minim 300 de puncte, indiferent de modul de afișare (pe ecran sau tipărite), specificație pe care analizorul ofertat o îndeplinește întocmai.

Cu privire la acest din urmă aspect, contestatoarea menționează că nu reiese de nicăieri faptul că „analizorul ofertat îndeplinește cerința prin posibilitatea de vizualizare a 2 (două) grafice având câte 150 uz puncte și analizarea lor concomitentă”, ci, dimpotrivă, atât în oferta tehnică depusă inițial (care conține inclusiv documentele emise de producător), cât și în cadrul tuturor răspunsurilor la solicitările de clarificări, este precizat foarte clar: „prin arhivare și export al datelor, graficele pot fi vizualizate ori de câte ori este necesar utilizatorului și fără a se limita doar la cele 300 de puncte solicitate, conform procedurilor descrise în manualul „Instruction for Use”, paginile 4-6, 4-7, 4-8, 4-9, 4-10”. Învederează Consiliului, în special, cele cuprinse la pag. 4-7 din manualul anterior menționat, unde se precizează faptul că: „Alte opțiuni - Export - exportarea datelor din fișierul de control în format .csv, ce poate fi vizualizat în orice program tabelar important, c...este Microsoft Excel, sau exportarea datelor brute în format INF/DAT.f, această descriere fiind, în fapt, procedura de export a datelor într-un fișier Excel, care rulează pe computerul din dotarea analizorului și în care poate fi reprezentat un număr practic nelimitat de puncte.

Contestatoarea își rezervă dreptul de a formula concluzii scrise după studierea dosarului achiziției publice depus de autoritatea contractantă la Consiliu.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 41347 din 23.02.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 4727 din 23.02.2016, formulată de S.C. ...SRL, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii, s-a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea contestației formulate ca nefondată și menținerea ultimului raport al procedurii de atribuire.

1. În ceea ce privește admisibilitatea, în principiu, a cererii de intervenție, aceasta invocă prevederile art. 297 din ordonanță și ale art. 61 alin. (1) din Codul de procedură civilă, arătând că scopul este de a deveni parte în litigiul dintre autoritatea contractantă și contestatoare și, totodată, de a susține poziția procesuală a autorității contractante, respectiv decizia de desemnare a ofertei SC ...SRL, ca fiind câștigătoare. În opinia sa, toate condițiile sunt îndeplinite în mod evident, interesul S.C. ...S.R.L. fiind acela de a se menține decizia de desemnare a ofertei sale ca fiind câștigătoare (inclusiv a tuturor actelor subsecvente).

2. Analiza susținerilor contestatoarei:

În primul rând, intervenienta arată că adresa de comunicare a rezultatului procedurii, respectiv adresa nr. 1391369 din data de 21.01.2016, respectă prevederile art. 207 alin. (2) lit. b) din ordonanță, în cuprinsul acesteia regăsindu-se motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, și anume, depunerea unei oferte cu caracter alternativ. Potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. c) din HG nr. 925/2006, depunerea unei oferte alternative, în condițiile în care nu este precizată în mod explicit în anunțul de participare posibilitatea depunerii unor oferte alternative, conduce la calificarea ofertei ca inacceptabilă.

Cu privire la dispozițiile art. 201 din ordonanță, se arată că legiuitorul, prin intermediul acestei norme, instituie un drept și nu o obligație, așa c...încearcă să susțină petenta. Astfel, pe parcursul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația, de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Mai mult decât atât, în cadrul evaluării inițiale, autoritatea contractantă a uzat de acest drept, solicitând contestatoarei, (prin intermediul solicitării de clarificare nr. 1528433/02.11.2015), lămuriri cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței de la punctul II.1.b.27 din caietul de sarcini. Nici prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 1528460 din data de 04.11.2015, explicațiile prezentate de SC ...SA nu au fost concludente (contestatoarea a făcut dovada ca analizorul ofertat îndeplinește cerința privind cele 90 de fișiere de control).

Cu privire la partea a doua a specificației tehnice de la punctul II.1.b.27 din caietul de sarcini, care se referă la numărul de 300 de puncte de control pentru fiecare grafic, contestatoarea a afirmat că numărul de puncte de control nu are relevanță clinică. Or, specificațiile tehnice stabilite prin caietul de sarcini sunt obligatorii, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți. Cu alte cuvinte, odată ce SC ...SA a acceptat specificația, prin nepromovarea unei contestații împotriva acesteia care să conducă la eliminarea și/sau modificarea ei, este obligată la demonstrarea conformității ofertei sale cu cerința formulată de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește susținerile petentei din cadrul contestației potrivit căroră „nu reiese de nicăieri faptul că analizorul DxH 800 ofertat

îndelinește cerința prin posibilitatea de vizualizare a 2 grafice având câte 150 de puncte și analizarea lor concomitentă”, sunt apreciate de intervenientă ca fiind eronate, această informație reieșind din următoarele documente: „Instructions for use”, document depus în cadrul ofertei tehnice și adresa nr. 326/07.01.2016, emisă de către autoritatea contractantă și depusă în cadrul dosarului nr. 41113C5/04.11.2015.

În ceea ce privește anexa atașată la contestația formulată de SC ...SA conținând, în format tipărit și electronic, grafice cu 300 de puncte fiecare, intervenienta invocă tardivitatea acestor probe. Aceasta apreciază că, în măsura în care contestatoarea le aprecia ca fiind necesare în vederea demonstrării conformității ofertei sale cu cerințele caietului de sarcini, avea obligația de a le comunica în termenul legal de depunere a ofertelor sau, cel târziu, în cadrul celor două sesiuni de solicitări de clarificare, cu respectarea dispozițiilor legale conform cărora depunerea de noi documente nu trebuie să fie de natură să distorsioneze concurența prin generarea unui avantaj pentru unul dintre ofertanți.

Prin acceptarea, la acest moment, a respectivelor documente, intervenienta apreciază că se produce o încălcare a principiului garantării tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici instituit prin dispozițiile art. 2 lit. b) din ordonanță.

Prin adresele nr. 4814 și 4816/124-C4/23.02.2016 Consiliul a solicitat contestatoarei și autorității contractante punctul de vedere cu privire la suspendarea soluționării contestației până la soluționarea plângerii aflate pe rolul Curții de Apel București sub nr. 577/2/2016, potrivit dispozițiilor art. 413 pct. 1 C. proc. Civ.

Autoritatea contractantă a răspuns solicitării prin adresa nr. 1391904/29.02.2016 precizând că acesta este atributul Consiliului, nefiind necesar punctul său de vedere.

Contestatoarea a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 342/29.02.2016 precizând că este de acord cu suspendarea soluționării contestației până la pronunțarea Curții de Apel București asupra plângerii sale.

Prin adresa nr. 351/01.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 5536/01.03.2016, SC ...SA solicită Consiliului repunerea dosarului pe rol având în vedere că Curtea de Apel București s-a pronunțat asupra plângerii sale, prec...și efectuarea unei expertize de către un expert tehnic independent.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Furnizare reactivi de hematologie, imunologie (proteine speciale), electroforeză, sumar urină cu punere la dispoziție a analizoarelor automate aferente loturilor ofertate – Lot 1 Reactivi de hematologie cu punere la dispoziție a analizorului”, ... în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 162586 din 05.09.2015, alături de care a postat și documentația de atribuire. Autoritatea

contractantă a consemnat rezultatul evaluării ofertelor în Raportul procedurii nr. 1528869/26.11.2015.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire SC ...SRL a formulat contestație ce a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016. Împotriva deciziei Consiliului a formulat plângere SC ...SA, ce a făcut obiectul dosarului nr. 577/2/2016 aflat pe rolul Curții de Apel București. Prin Decizia nr. 1039/2016, Curtea de Apel București a respins plângerea ca nefondată.

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a întocmit un nou raport al procedurii și a comunicat ofertanților noul rezultat al procedurii. Nemulțumită de noul rezultat al procedurii (ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1391369 din 21.01.2016), SC ...SA a formulat prezenta contestație solicitând:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1391361/21.01.2016, și a tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente (prec...și a celor conexe cu adresa menționată), emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate valabile și admisibile conform criteriului de atribuire.

În cauză a formulat cerere de intervenție SC ...SRL (ofertantul desemnat câștigător), demers ce a fost încunoștințat părților. Cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 297 din OUG nr. 34/2006 cu cele ale art. 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea poziției de câștigătoare a contractului de achiziție publică.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către Consiliu din oficiu a excepției autorității de lucru judecat cu privire la contestația formulată, raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 284 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția. Consiliul constată temeinicia în parte a excepției invocate din oficiu.

În acest sens, prin adresele nr. 5617 și 5618/124-C4/02.03.2016 Consiliul a solicitat contestatoarei și autorității contractante opinia referitoare la excepția autorității de lucru judecat cu privire la contestația formulată.

Prin adresa nr. 361/03.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 5815/03.03.2016, contestatoarea învederează Consiliului faptul că, în speță, nu sunt îndeplinite condițiile autorității de lucru judecat, astfel încât excepția autorității de lucru judecat nu este incidentă și, pe cale de consecință, solicită respingerea acesteia, pentru următoarele motive:

Potrivit art. 431 alin. 1 C.proc.civ. „*Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect*”. Rezultă că, pentru a exista autoritate de lucru judecat dedus într-un proces din hotărârea pronunțată într-un proces anterior, potrivit articolului de lege anterior menționat, trebuie să existe triplă identitate de: părți, obiect și cauză.

1. Nu există identitate de părți în cele două dosare, având în vedere următoarele:

- în contestația care a format obiectul dosarului nr. 2391/2015 al Consiliului (finalizat prin decizia nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016, menținută în întregime de Curtea de Apel București, conform soluției pronunțate în dosarul nr. 577/2/2016), calitatea de contestator a revenit SC ...SRL, cea de autoritate contractantă ..., iar SC ...SA a avut calitatea de intervenient accesoriu, în timp ce, în prezenta contestație, calitatea de contestator o deține SC ...SA, cea de autoritate contractantă ..., iar SC ...SRL are calitatea de intervenient.

- litigiul ce a format obiectul dosarului nr. 577/2/2016, finalizat prin hotărârea Curții de Apel București, nu reprezintă un litigiu nou, de sine stătător, acesta reprezentând calea de atac (de control judiciar) în cadrul litigiului inițial. Identitatea de părți trebuie judecată luând în considerare calitatea acestora în cadrul litigiului inițial și nu în calea de atac, motiv pentru care calitatea părților în dosarul nr. 577/2/2016, nu poate fi avută în vedere și interpretată în sensul identității de părți cu cele implicate în prezenta contestație.

Pe cale de consecință, cerința identității de părți impusă de prevederile legate incidente nu este îndeplinită, părțile litigiului anterior și celui prezent fiind în mod vădit diferite.

2. Obiectul celor două dosare este diferit, având în vedere că:

- în dosarul nr. 2391/2015, soluționat anterior de Consiliu, SC ...SRL urmărea să obțină, în esență, anularea în tot a adresei nr. 1528873/26.11.2015 de comunicare a rezultatului procedurii emisă de ...; anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii transmisă ofertantului câștigător SC ...SA; desființarea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia, iar SC ...SA, a cărei ofertă fusese desemnată câștigătoare, menținerea acestui rezultat al procedurii;

- în litigiul de față, SC ...S.A. urmărește anularea adresei nr. 1391361/21.01.2016, prin care autoritatea contractantă i-a respins oferta ca fiind inacceptabilă, prec...și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente acesteia, emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire, după momentul soluționării dosarului nr. 2391/2015 de către Consiliu și după o nouă evaluare a autorității contractante.

Având în vedere cele prezentate, în opinia contestatoarei, rezultă fără putință de tăgadă că nu se poate vorbi de existența unei identități cu privire la obiectul celor două dosare, de vreme ce actele contestate sunt diferite și emise la momente distincte în cadrul procedurii de atribuire.

3. SC ...SA precizează că, decizia Consiliului nr. 31/C5/2391 a fost emisă în data de 11.01.2016 și i-a fost comunicată efectiv în data de 13.01.2016, astfel că:

- ulterior studierii motivării acestei decizii, a hotărât să facă uz de dreptul conferit de prevederile de art. 281 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, să formuleze și să depună plângere împotriva deciziei, în termen legal,

iar adresa nr. 1391361/21.01.2016, a cărei nelegalitate și netemeinicie o contestă în cauza pendinte, i-a fost comunicată de autoritatea contractantă în data de 21.01.2016, contestatoarea hotărând să formuleze contestația în virtutea dreptului acordat de dispozițiile art. 255 și următoarele din OUG nr. 34/2006;

- nu avea cunoștință, la momentul formulării plângerii, care urma să fie hotărârea autorității contractante, în lumina deciziei Consiliului nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016 și nici modalitatea în care U.M. ...urma să facă aplicarea acestei decizii și, în consecință, nu avea niciun drept cu privire la formularea vreunei contestații în acest sens.

4. Totodată, autoarea contestației arată că:

- prin plângerea ce a făcut obiectul dosarului nr. 577/2/20161, a înțeles să conteste decizia nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016, pe considerentul principal că CNSC a procedat la admiterea, în parte, a contestației SC ...SRL, deși, în urma analizei pe care a efectuat-o asupra specificațiilor tehnice, a constatat că oferta SC ...SA îndeplinește condițiile impuse de autoritatea contractantă (însușindu-și prin decizie toate constatările comisiei tehnice a ...), însă, în final, a decis că reprezintă o ofertă alternativă și trebuie respinsă; în timp ce,

- prin contestație, înțelege să pună la îndoială (justificată și pertinentă) și să sancționeze comportamentul arbitrar și vădit contrar al autorității contractante care, după ce inițial a considerat oferta sa ca fiind una conformă și care respectă întru totul cerințele impuse prin documentația de atribuire, prin adresa nr. 1391361/21.01.2016, a declarat oferta depusă de SC ...SA ca inacceptabilă, fără a detalia în vreun fel argumentele care au condus la respingerea ofertei pe acest temei, încălcând dispozițiile Art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În consecință, ceea ce a contestat în cadrul dosarului nr. 577/2/2016, înregistrat pe rolul Curții de Apel este decizia CNSC nr. 31/C5/2391 (iar prin promovarea căii de atac, a urmărit cenzurarea de către instanță a unui act al Consiliului), în timp ce, ceea ce se contestă în acest dosar este comportamentul abuziv al autorității contractante, după o nouă evaluare, și nu un act al Consiliului.

În concluzie, contestatoarea apreciază că, în prezenta cauză, nu sunt îndeplinite condițiile necesare incidenței excepției autorității de lucru judecat cu privire la contestație și, pe cale de consecință, solicită:

- respingerea acestei excepții, în măsura în care aceasta a fost invocată sau urmează a fi invocată fie din oficiu, fie de către una din părți, și
- continuarea judecării contestației de către Consiliu și pronunțarea unei decizii în sensul:

- anulării adresei nr. 1391361/21.01.2016, prin care i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, pentru Lot 1 - „Reactivi de hematologie cu punere la dispoziție a analizorului”, respectiv faptul că oferta a fost declarată inacceptabilă, prec...și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente (prec...și a celor conexe cu adresa anterior menționată), emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, după observarea nelegalității și netemeinicii actului atacat, cu consecința stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate valabile și admisibile conform criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. 1391962 din 03.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 5837/03.03.2016, solicitând respingerea contestației înaintată de SC ...SA ca inadmisibilă, invocând, în acest sens, prevederile art. 430 alin. (1) din Codul de procedură civilă și ale art. 285 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

Criticile contestatoarei formulate împotriva respingerii ofertei sale ca inacceptabilă pentru nerespectarea cerinței de la punctul II.1.b.27 a caietului de sarcini (*minim 90 de fișiere Qc cu grafice de minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri*) sunt respinse de Consiliu ca putere de lucru judecat. În motivare, Consiliul are în vedere că criticile contestatoarei vizează modalitatea de reevaluare a ofertei sale ca urmare a punerii în aplicare a deciziei nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016, respectiv faptul că oferta sa îndeplinește cerința caietului de sarcini - *minim 90 de fișiere Qc cu grafice de minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri*.

Această neconformitate a propunerii tehnice a făcut obiectul contestației soluționate de Consiliu prin decizia nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016, criticile fiind admise. Astfel, cu referire la acest aspect, în motivarea deciziei, Consiliul a precizat:

Ultima critică are în vedere neîndeplinirea de către ofertantul câștigător a cerinței menționată în cadrul Caietului de sarcini, la punctul II.1.b.27): „Minim 90 fișiere QC pentru controlul de calitate, cu grafice cu minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri”, referitoare la același analizor, autoarea contestației criticând faptul că analizorul ofertat prezintă 30 fișiere de QC, fiecare cu maxim...150 de măsurători (puncte).

Analizând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține, că folosind același mod de lucru, respectiv luând ca bază constatările Comisiei tehnice, autoritatea contractantă i-a transmis SC ...SA, adresa nr. 1528433/02.11.2015, prin care i-a comunicat că „referitor la punctul II.1.b.27) din caietul de sarcini (solicitare pentru minim 90 de fișiere QC cu grafice de minim 300 puncte **fiecare** și minim 30 parametri), nu reiese clar dacă propunerea tehnică a firmei ...SA satisface cerințele laboratorului”.

SC ...SA a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 1306/04.11.2015, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1528460/04.11.2015, în cuprinsul căreia a menționat următoarele:

„Conform pag. 1-39, 4-11 și 4-12 din «Instruction for Use», DxH 800 permite analiza a 30 loturi de QC cu 3 nivele fiecare, adică 90 de fișiere QC cu grafice Levey-Jennings cu 31 puncte pentru fiecare parametru. Analizorul DxH 800 prezintă 4 porturi USB cu ajutorul cărora putem să arhivăm un număr infinit de grafice cu un număr infinit de puncte, numere de puncte posibil de stocat de aparat neavând relevanță clinică” și a atașat paginile menționate mai sus.

Acest răspuns a fost analizat de Comisia tehnică, în cadrul Raportului tehnic nr. 1528476/05.11.2015, în cuprinsul căruia s-au menționat următoarele: „se aduc dovezi de la producător pentru existența a minim 30 fișiere pentru fiecare nivel din cele 3 ale sângelui de control astfel încât se îndeplinește cerința din Caietul de sarcini (minim 90 fișiere de control)”.

Raportul tehnic a fost însoțit de comisia de evaluare așa c...rezultă din Procesul-verbal nr. 1528477/05.11.2015, „de verificare a solicitărilor de clarificări ofertă tehnică firma MEDIST”.

Analizând propunerea tehnică a ofertantului desemnat câștigător, depusă în cadrul lotului 1, Consiliul constată că în tabelul centralizator care se referă și la specificațiile tehnice ale Analizorului automat hematologie model DxH800, ce aparține producătorului Beckman Coulter, la poziția II.1.b. „Analizorul automat de hematologie pus la dispoziție”, punctul II.1.b. 27 - „Minim 90 fișiere QC pentru controlul de calitate, cu grafice cu minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri”, SC ...SA a menționat următoarele: „Analizorul este prevăzut cu un sistem complet de control al calității care permite o monitorizare optimă a performanțelor sistemului. Permite 30 loturi de QC cu 3 nivele fiecare, cu grafice cu 300 puncte fiecare și 30 parametri. Conform pag. **1-30, 4-6, 4-7, 4-8, 4-9, 4-10** din Instructions for Use”.

Analizând aceste pagini, Consiliul constată că au fost prezentate de ofertant doar în limba engleză, deși în cadrul Caietului de sarcini, la punctul II.5 – „Alte condiții pentru analizoarele puse la dispoziție, valabile toate loturile”, subpunctul II.5.5., autoritatea contractantă a menționat următoarele: „Analizorul va fi însoțit de: manual de utilizare în limba română (sau traduceri autorizate).

În cadrul adresei nr. 1306/04.11.2015, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1528460/04.11.2015, SC ...SA a indicat alte pagini, și anume: **1-39, 4-11 și 4-12**.

Dintre aceste pagini niciuna nu se regăsește în cadrul propunerii tehnice, fiind prezentate traduceri acestora ca urmare a adresei CNSC nr. 13282/2391C5/29.12.2015. Pag. 1-39 din „Instruction for Use” depusă în cadrul propunerii tehnice (pag. 59 numerotare ofertant, pag. 174 numerotare autoritatea contractantă), are un alt conținut decât pag. 1-39 din „Instruction for Use” depusă ca urmare a solicitării de clarificări. O parte din informația care se regăsește la pag. 1-39 depusă în urma solicitărilor de clarificări se regăsește în cuprinsul paginii 1-30 aflată în cadrul propunerii tehnice (pag. 81 numerotare ofertant, pag. 196 numerotare autoritatea contractantă), relevant în soluționarea cauzei fiind aspectul referitor la faptul că modulul aplicației software pune la dispoziție următoarele capacități de stocare: „30 de fișiere control fiecare cu un maxim de **150** cicluri”.

În cadrul paginii 1-39 depusă în urma solicitărilor de clarificări se regăsește un tabel, în coloanele intitulate „instrument autonom” și „Sisteme Conectate” fiind menționată aceeași informație: „30 de fișiere fiecare cu un maxim de **150** cicluri”.

Analizând cerința în discuție, și anume: „Minim 90 fișiere QC pentru controlul de calitate, cu grafice cu minim 300 puncte **fiecare** și minim 30 parametri”, Consiliul constată că nevoia autorității contractante, astfel c...a fost transpusă în specificații tehnice, este aceea de vizualizare a unor grafice cu minim 300 de puncte fiecare, ceea ce presupune ca fiecare grafic să aibă minim 300 de puncte, indiferent de modul de afișare (pe ecran sau tipărite).

Verificând documentele aflate la dispoziția sa, cele menționate în cadrul propunerii tehnice și cele anexate răspunsului la clarificări (pagina 4-23 din „Instruction for Use” nu a fost luată în considerare întrucât reprezintă un document nou care nu a fost analizat de Comisia de evaluare, fiind anexat doar Cererii de intervenție), prec...și susținerile părților Consiliul constată că, în fapt graficele de control au 150 de puncte fiecare. În cadrul adresei nr. 1391171/06.01.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 326/07.01.2016, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „În ceea ce privește graficele de control, comisia tehnică a considerat că „tipărirea a 2 (două) grafice având câte **150** de puncte și analizarea lor concomitentă permite obținerea acelorași informații ca și tipărirea și analiza unui grafic de QC cu 300 puncte, oferind o imagine completă a tendințelor de control intern”, iar în cadrul punctului de vedere nr. 1529134/10.12.2015, înregistrat la Consiliu sub nr. 23962/11.12.2015, aceasta a subliniat că: „ (...) analizorul DxH800 permite analiza a 30 loturi de QC cu 3 nivele fiecare, deci 90 fișiere QC cu grafice având minim 31 parametri fiecare și minim **150** puncte pentru fiecare fișier de QC, mult peste nevoile de stocare de informații de QC ale laboratorului de analize medicale. În plus,

analizorul DxH800 prezintă 4 porturi USB cu ajutorul cărora se pot arhiva un număr infinit de grafice și de puncte, neafectând funcționarea curentă a analizorului (...) În urma clarificărilor (...) a fost acceptată soluția propusă ca fiind echivalentă la solicitări și potrivită în procesul de stocare și redare a datelor, neafectând operarea zilnică cu acest analizor”.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că analizorul oferat reprezintă o alternativă la cerința caietului de sarcini, care satisface nevoile autorității contractante.

În speță, cerința a fost formulată de către autoritatea contractantă în sensul vizualizării unor grafice cu minim 300 de puncte **fiecare**, indiferent de modul de afișare (pe ecran sau tipărite), iar produsul oferat de SC ...SA, îndeplinește cerința prin posibilitatea de vizualizarea a „2 (două) grafice având câte 150 de puncte și analiza lor concomitentă” fapt care „permite obținerea acelorași informații ca și tipărirea și analiza unui grafic de QC cu 300 puncte”, ceea ce nu poate reprezenta decât o ofertă alternativă, care nu poate fi luată în considerare deoarece în procedura de atribuire în cauză criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar în astfel de situații nu este posibilă depunerea de oferte alternative, așa c...de altfel rezultă și din caietul de sarcini, punctul I, alin. (2).

Consiliul apreciază că în speță nu sunt incidente dispozițiile art. 36 alin. 36 din OUG nr. 34/2006, deoarece specificația tehnică în discuție nu s-a realizat în modalitatea prevăzută la art. 35 alin. (6) lit. a) din OUG nr. 34/2006, care stipulează următoarele: „Fără a aduce atingere reglementărilor tehnice naționale obligatorii, în măsura în care acestea sunt compatibile cu dreptul comunitar, autoritatea contractantă are obligația de a defini specificațiile tehnice:

a) fie prin referire, de regulă în următoarea ordine de prioritate, la standarde naționale care adoptă standarde europene, la omologări tehnice europene, la standarde internaționale sau la alte referințe de natură tehnică elaborate de organisme de standardizare europene; în cazul în care acestea nu există, atunci specificațiile tehnice se definesc prin referire la alte standarde, omologări sau reglementări tehnice naționale privind utilizarea produselor sau proiectarea, calculul și execuția lucrărilor. Orice astfel de referire trebuie să fie însoțită de mențiunea sau echivalent”.

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține susținerile SC ...SA menționate în cadrul cererii de intervenție (pag. 7 din 8), referitoare la faptul că „cerința din caietul de sarcini contestată și anume «grafice cu minim 300 puncte» este perfect îndeplinită, mai mult decât atât, echipamentul oferat de noi poate fi considerat superior, deoarece prin arhivare graficele pot fi vizualitate ori de câte ori este necesar utilizatorului și fără a se limita doar la cele 300 de puncte solicitate”, aceasta în condițiile în care, de altfel, SC ...SA a eliminat din cadrul cerinței cuvântul „fiecare”, cerința menționată în caietul de sarcini fiind „cu grafice cu minim 300 puncte **fiecare**” și nu „cu grafice cu minim 300 puncte”.

În consecință, Consiliul apreciază ca fiind întemeiată această critică a contestatoarei.

Consiliul are în vedere faptul că, față de decizia nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016 de admitere în parte a contestației, a formulat plângere SC ...SA, aceasta formând obiectul dosarului nr. 577/2/2016, soluționat de Curtea de Apel București, Secția de contencios administrativ și fiscal, plângerea contestatoarei fiind respinsă ca nefondată prin Decizia nr. 1039/2016.

În plângerea depusă, SC ...SA critică decizia Consiliului nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016 în ceea ce privește constatarea neîndeplinirii de către oferta sa a cerinței caietului de sarcini referitoare la *minim 90 de fișiere Qc cu grafice de minim 300 puncte fiecare și minim 30 parametri*, criticile fiind identice cu cele din contestația depusă.

C...prin decizia Curții de Apel București, nr. 1039/2016, a fost respinsă ca nefondată plângerea formulată de SC ...SA împotriva deciziei Consiliului nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016, rezultă că aceasta din urmă a fost menținută în integralitatea ei de Curtea de Apel, drept pentru care a rămas definitivă și irevocabilă.

Prin urmare, soluția pronunțată de Consiliu cu privire la criticile formulate împotriva propunerii tehnice din oferta SC ...SA, a fost consfințită de decizia Curții de Apel București, prin decizia sa nr. 1039/2016, având autoritate de lucru judecat, existând identitate între problema soluționată irevocabil de instanța de control judiciar și problema dedusă judecării prin prezenta contestație.

În conformitate cu dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă, *Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.*

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, prec...și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.

Prin urmare, pentru a exista putere de lucru judecat dedus într-un proces din hotărârea pronunțată într-un proces anterior, potrivit articolului menționat, trebuie să existe triplă identitate de părți, de obiect și de cauză.

Cu privire la elementul părți, se poate lesne observa existența identității, în cadrul dosarului nr. 2391/2015 soluționat prin Decizia nr. 31/C5/2391/11.01.2016 pronunțată de Consiliu SC ...SA a avut calitate de intervenient iar SC ...SRL a avut calitate de contestator iar în cadrul dosarului nr. 124/2016 ce are ca obiect soluționarea contestației nr. 106/26.01.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1964/26.01.2016 SC ...SA are calitate de contestator iar SC ...SRL calitate de intervenient, ... în toate dosarele având calitate de autoritatea contractantă.

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același. De aici rezultă și identitatea de cauză, prec...și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiasi drept.

Motivarea în fapt și drept pe care se întemeiază contestația este importantă pentru că alături de obiectul acesteia determină calitatea procesuală a părților și interesează în problema litispendenței și a autorității de lucru judecat.

Consiliul constată că, în speța de față, motivarea în fapt și drept a contestației 106/26.01.2016, înregistrată la Consiliul Național de

Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1964/26.01.2016 este aceeași cu cea din cererea de intervenție, respectiv modalitatea în care propunerea sa tehnică îndeplinește cerințele caietului de sarcini.

Constatând existența triplei identități de părți, obiect și cauză, Consiliul urmează să respingă criticile cu privire la modalitatea de respingere a ofertei contestatorului deoarece există autoritatea de lucru judecat.

Prin urmare, Consiliul nu poate fi chemat să reverifice conformitatea propunerii tehnice, aspect cu privire la care s-a pronunțat printr-o decizie anterioară (a admis criticile contestatoarei anterioare), cu atât mai mult cu cât la data depunerii contestației, contestatoarea își exercitase dreptul de a depune plângere împotriva deciziei Consiliului nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016. Astfel, atât pe rolul Consiliului, cât și pe rolul Curții de apel se aflau în analiză două cereri similare, iar Curtea de apel s-a pronunțat cu privire la plângerea formulată, respingând-o ca nefondată.

Criticile contestatoarei cu referire la modul de punere în aplicare a deciziei Consiliului nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016 (cu referire la faptul că autoritatea contractantă trebuia să solicite noi clarificări asupra modului de îndeplinire a cerinței tehnice în discuție) sunt considerate de Consiliu nefondate. Prin decizia Consiliului s-a constatat că soluția prezentată de contestatoare este o alternativă la cerința caietului de sarcini, respectiv:

În speță, cerința a fost formulată de către autoritatea contractantă în sensul vizualizării unor grafice cu minim 300 de puncte **fiecare**, indiferent de modul de afișare (pe ecran sau tipărite), iar produsul oferat de SC ...SA, îndeplinește cerința prin posibilitatea de vizualizarea a „2 (două) grafice având câte 150 de puncte și analizarea lor concomitentă” fapt care „permite obținerea acelorași informații ca și tipărirea și analiza unui grafic de QC cu 300 puncte”, ceea ce nu poate reprezenta decât o ofertă alternativă, care nu poate fi luată în considerare deoarece în procedura de atribuire în cauză criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar în astfel de situații nu este posibilă depunerea de oferte alternative, așa c...de altfel rezultă și din caietul de sarcini, punctul I, alin. (2).

Prin urmare, autoritatea contractantă nu trebuia să solicite clarificări suplimentare, ci doar să constate și să consemneze prin raportul procedurii inacceptabilitatea ofertei SC ...SA (pentru prezentarea unei propuneri tehnice alternative).

Cum, Curtea de Apel București a menținut soluția dată de Consiliu prin decizia nr. 31/C5/2391 din 11.01.2016, în mod cert rămân ca valabile documentele întocmite de autoritatea contractantă ca urmare a punerii în aplicare a acesteia (raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii).

Solicitările contestatoarei de studiu a dosarului achiziției existent la Consiliu, prec...și efectuarea unei expertize de către un expert tehnic independent vor fi respinse nemaifiind de interes în soluționarea cauzei.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor de la art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul respinge

- ca nefondate criticile privind anularea raportului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii,

- ca autoritate de lucru judecat criticile privind stabilirea eronată a inacceptabilității ofertei SC ...SA (pentru prezentarea unei propuneri tehnice alternative),
din cadrul contestației formulată de SC ...SA în contradictoriu cu
În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (6) din aceeași ordonanță de urgență, dispune continuarea procedurii de atribuire.
Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

Redactată în cinci exemplare, conține 15 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

MEMBRU,

...