

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: 24.05.2023

Prin contestația nr. 3143/18.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 20631/19.04.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la ONRC sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional de „... – Cabinet de Avocat”, împotriva documentației de atribuire, publicat în SEAP în data de 07.04.2023, elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Proiectare și execuție lucrări – furnizare echipamente – montaj în cadrul proiectului «Creșterea siguranței pacienților în Spitalul Municipal ...» cod SMIS 2014+155572”, cod CPV 45220000-5 Lucrări de inginerie și de construcții (Rev.2), anunț de participare simplificat nr. .../07.04.2023, s-au solicitat următoarele:*

În principal:

- anularea procedurii de atribuire;

În subsidiar:

- modificarea anunțului de participare și a fișei de date ale achiziției, în raport de cererile/criticile ...;

- plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației (onorariu avocat în sumă de 5.000 lei) în temeiul art. 26 alin. (9) din Lege și art. 453 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă.

Prin încheierea nr. ..., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația nr. 3143/18.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 20631/19.04.2023, către ... solicită anularea procedurii de atribuire

Contestatoarea opinează că autoritatea contractantă a greșit când, inițiind achiziția, a considerat că s-ar afla în fața unui contract de

achiziție de lucrări, susținând că, în opinia sa, ponderea majoritară a achiziției este dată de furnizarea de echipamente, descrise în anunțul de participare, punctul II.2.4) Descrierea achiziției publice.

Societatea ... menționează că tot în anunțul de participare, punctul II.2.4) Descrierea achiziției publice, atunci când se face o evaluare valorică a ponderii categoriilor de activități vizate de achiziție, se arată această ponderea majoritară a utilajelor și echipamentelor.

Contestatoarea invocă și redă art. 3 (1) lit. m) și n) din Legea nr. 98/2016, susținând că în urma comparării definițiilor legale ale celor două tipuri de contract de achiziție cu descrierea achiziției așa cum figurează în anunțul de participare se constată cu evidență că scopul achiziției este „*Creșterea siguranței pacienților în Spitalul Municipal ...*”, realizat prin achiziționarea de noi echipamente și utilaje/instalații - pentru utilizarea cărora, în scopul propus, sunt necesare normale lucrări de construcție și operațiuni de amplasare și montare/instalare.

De asemenea, susține că un contract de achiziție lucrări nu are în componența sa achiziția de produse (în speță, echipamente într-un număr și valoare atât de mari).

În sprijinul afirmației sale, contestatoarea invocă, pe lângă definiția legală a contractului de achiziție lucrări și prevederile art. 16 din Legea nr. 98/2016.

... subliniază că în speța de față, autoritatea contractantă nu pune la dispoziția contractantului ofertant de lucrări produsele necesare pentru executarea lucrărilor, raportul fiind inversat: ofertantul trebuie să asigure echipamentele și utilajele impuse de scopul achiziției, pe care apoi trebuie să le încorporeze în spații adecvate (prin lucrări de construcții) și să le interconecteze (prin instalații și operațiuni de instalare), astfel încât să procure funcționalitatea achiziției.

În acest sens, citează părți considerate relevante și din caietul de sarcini al achiziției, concluzionând că în speță este vorba de un contract de furnizare produse (echipamente, utilaje, instalații), conținând și servicii de proiectare, lucrări de construcții și operațiuni de montare-instalare.

Ori, în opinia sa, reaprecierea tipului de contract de achiziție determină modificări esențiale, între care, ... menționează:

- procedura de atribuire trebuie să fie, în mod obligatoriu licitația deschisă [conform art. 69 (1) din Legea nr. 98/2016];
- termenele de inițiere și derulare a procedurii de atribuire sunt diferite în cazul licitației deschise față de cele ale procedurii simplificate într-o singură etapă;
- cerințele de calificare pentru achiziția de produse sunt altele decât cele pentru achiziția de lucrări (de altminteri, ele nici nu sunt menționate în documentația de atribuire).

Contestatoarea susține că sunt aplicabile prevederile art. 55 din HGR nr. 395/2016, concluzionând că reaprecierea tipului de contract

schimbă piața de profil - din cea a antreprenorilor în construcții în cea a furnizorilor de echipamente (în principal, de gaze medicale).

2.1.2. ... precizează că valoarea estimată a achiziției este greșit stabilită, prezentând argumentele sale în acest sens.

În cele ce urmează, ... invocă și redă prevederile art. 319 din Codul Fiscal, respectiv citează din Anexa nr. 1 la OMF nr. 2634/2015.

... solicită modificarea documentației de atribuire, afirmând că lipsește tema de proiectare, întocmită de către beneficiar sau de către proiectantul prestator al serviciului, în conformitate cu prevederile art. 4 și Anexa nr. 2 H.G.R. nr. 907/2016 și precizează că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita sau nu criterii de capacitate referitoare la capacitatea tehnică și profesională; în speța de față a ales să solicite asemenea criterii.

Contestatoarea observă că autoritatea contractantă nu a solicitat criterii de capacitate referitoare la furnizarea de produse (în speță, echipamente, utilaje și instalații) - care reprezintă în fapt obiectul achiziției și care au ponderea majoritară în cadrul achiziției.

Cu referire la criteriile de capacitate tehnică și profesională stabilite în anunțul de publicitate doar pentru activitatea de executare lucrări și pentru activitatea de proiectare, ... opinează că acestea nu sunt stabilite astfel cum prevede art. 178 din Legea nr. 98/2016, prezentând susținerile sale în acest sens.

Contestatoarea învederează că există neconcordanță între prevederile documentației de atribuire și prevederile legale aplicabile.

... critică modul de formulare a experienței similare pentru cele două activități proiectare și lucrări.

În continuare, societatea contestatoare prezintă și alte critici asupra documentației de atribuire aferentă acestei proceduri de achiziție publică.

În final, consideră că autoritatea contractantă trebuie obligată să stabilească data limită de depunere a ofertelor cel puțin la 08.06.2023.

În probațiune, au fost atașate, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. 3252/21.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21459/21.04.2023, ... a transmis la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare nr. 209068101/1 din 18.04.2023, în valoare de 35.000 lei, emisă de CEC BANK – Sucursala Victoria.

Prin adresa nr. 22731/25.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22138/25.04.2023, cu privire la contestația formulată de ..., autoritatea contractantă ... a transmis punctul ei de vedere, solicitând:

În principal:

- respingerea contestației ca inadmisibilă, fiind tardiv formulată raportat la prevederile art. 16 alin. (1) coroborat cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 raportat la tipul procedurii (Procedură Simplificată).

În subsidiar:

- respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii în totalitate a actelor întocmite de autoritatea contractantă ca temeinice și legale [art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016].

1. Cu privire la excepția inadmisibilității contestației formulate, autoritatea contractantă invocă și redă art. 16 alin. (1) și art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, subliniind că prin neîndeplinirea acestei obligații procedurale, respectiv formularea tardivă, ... și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situație, respectiv respingerea contestației, ca inadmisibilă raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere cele mai sus menționate, ... solicită respingerea contestației, ca inadmisibilă, fiind tardiv formulată, raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

2. Cu privire la fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată cu consecința menținerii în totalitate a actelor întocmite ca temeinice și legale (art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016), prezentând argumentele sale, în acest sens, subliniind că tipul contractului este *proiectare + execuție*.

În concluzie, autoritatea contractantă subliniază că nu este de acord cu stabilirea datei limită de depunere a ofertelor la data de 08.06.2023.

Prin adresa nr. 3392/27.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22784/28.04.2023, ca urmare a punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a formulat răspuns, prin care prezintă apărări în susținerea respingerii excepțiilor invocate de către autoritatea contractantă, respectiv în ceea ce privește admiterea, pe fond, a contestației sale.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante copia dosarului achiziției publice, inclusiv strategia de contractare.

Prin adresa nr. 24404/02.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 23460/03.05.2023, autoritatea contractantă a înaintat dosarul achiziției publice.

Conform solicitării din cadrul contestației, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a transmis contestatoarei ... invitația de a studia dosarul constituit la C.N.SC, sens în care delegatul acesteia s-a prezentat în data de 08.05.2023 la sediul instituției și, în urma studierii dosarului cauzei, a obținut și fotocopiile dorite.

Prin adresa nr. 3546/09.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 25030/10.05.2023, ... a formulat concluzii scrise, reiterând argumentele în sprijinul criticilor sale.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat ... să comunice actul doveditor care demonstrează că, potrivit obiectului de activitate, este autorizată să presteze serviciile de proiectare și execuție lucrări (...), conform obiectului de activitate aferent procedurii.

Prin adresa nr. 3768/18.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 26980/18.05.2023, ... a răspuns solicitării de mai sus a Consiliului, astfel:

„Vă comunicăm următoarele privind actele doveditoare, care demonstrează că, potrivit obiectului de activitate suntem autorizați să efectuăm serviciile de proiectare și să executăm lucrările care fac obiectul achiziției procedurii de achiziție „Proiectare și execuție lucrări - furnizare echipamente - montaj în cadrul proiectului «Creșterea siguranței pacienților în Spitalul Municipal ...» cod SMIS 2014+155572” organizata de

Lucrările de proiectare se executa autorizat din punct de vedere ONRC conform codurilor CAEN:

o 7111 - Activitati de arhitectura

o 7112 - Activitati de inginerie si consultanta tehnica legate de acestea

De asemenea pentru aplicarea marcajului CE conform Directivei 93/42/CEE respectiv Directivei MDR 2017/745 pe proiectele de fluide medicale, competenta este asigurata prin contractul încheiat cu G. ...atașat.

Execuția lucrărilor se executa autorizat din punct de vedere ONRC conform codurilor CAEN:

o 4329 - Alte lucrări de instalatii pentru constructii « 4322 - Lucrări de instalatii sanitare, de încălzire si de aer condiționai o 4120 - Lucrări de constructii a clădirilor rezidențiale si nerezidentiale o 3320 - Instalarea mașinilor si echipamentelor industriale Atașat Certificatul constatat nr. 475252/02.05.2023

B. ... este autorizat pentru import, comercializare si instalare ale echipamentelor/instalatii care fac obiectul achiziției - rețele de fluide medicale, generatoare de oxigen, statii centrale de aer comprimat medical si vacuum, tablouri de comanda si control gaze medicale, prize medicale pentru fluide, console ATI, sisteme si accesorii de oxigenoterapie conform avizului nr. 5296/06.08.2020 eliberat de Ministerul Sanatatii ANMDM (document atașat)

C. ... este certificata conform SR EN ISO 9001:2015 SISTEM DE MANAGEMENT AL CALITATII si conform SR EN ISO 13485 SISTEM DE MANAGEMENT AL DISPOZITIVELOR MEDICALE intre altele pentru:

-Import si distributie dispozitive medicale (instalatii si echipamente de productie a gazelor medicale - oxigen 93, aer comprimat medical, vacuum; instalatii distributie gaze medicale, tablouri de comanda, control si alarmare gaze medicale, echipamente pentru oxigenoterapie si aspirație inclusiv prize pentru fluide medicale)

- Instalare (montaj si punere in funcțiune) si mentenanta dispozitive medicale (instalatii si echipamente de productie a gazelor medicale - oxigen 93, aer comprimat medical, vacuum; instalatii distributie gaze medicale, tablouri de comanda, control si alarmare gaze

medicale, echipamente pentru oxigenoterapie si aspirație inclusiv prize pentru fluide medicale), distributie gaze medicale, tablouri de comanda, control si alarmare gaze medicale.

- Proiectare, producție, montaj, punere în funcțiune, service si reparare pentru unitati medicale de alimentare la capul bolnavului si suspendate, inclusive prize de gaze medicale, rețele din țeava de cupru pentru transportul gazelor medicale a vacuumului, tablouri de comanda, control si alarmare gaze medicale

Atașat:

CertIFICATELE nr. 011DM si 81 IC; subliniem faptul ca certificatele sunt emise de organism de certificare acreditat RENAR pentru respectivele domenii.

D) ... a executat si are în curs de execuție numeroase proiecte similare, din care menționam:

(...)”

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „Proiectare și execuție lucrări – furnizare echipamente – montaj în cadrul proiectului «Creșterea siguranței pacienților în Spitalul Municipal ...» cod SMIS 2014+155572”, cod CPV 45220000-5 Lucrări de inginerie și de construcții (Rev.2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de participare simplificat nr. .../07.04.2023.

La pct. II.1.5) din cadrul anunțului de participare, organizatoarea procedurii a precizat că valoarea totală estimată este de 8.573.408,85 lei, fără TVA, iar pct. II.2.5) din cadrul aceluiași document, a fost stabilit criteriul de atribuire: „cel mai bun raport calitate-preț”.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii cu nr. 209068101/1 din 18.04.2023 din care rezultă consemnarea cauțiunii în cuantum legal, pe seama și la dispoziția C.N.SC, corespunzător dosarului nr.

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

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire SC ... a investit Consiliul în soluționarea contestației de față, solicitând cel menționate în preambul.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, Consiliul va analiza cu prioritate excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată din oficiu, pe care o va admite.

În justificarea aceste concluzii, Consiliul are în vedere următoarele norme legale:

-art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

- art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016:

f) persoană care se consideră **vătămată** - orice operator economic care îndeplinește **cumulativ** următoarele condiții:

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

(ii) **a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante**, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

- art. 33 din codul de Procedură Civilă: „Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.”.

Față de normele legale citate anterior, pentru atacarea unui act al entității contractante, se impune ca o persoană, care se consideră vătămată, să sufere un prejudiciu, generat de respectivul act.

În susținerea interesului contestatoarei în promovarea contestației sale, Consiliul, pentru respectarea principiului contradictorialității, statuat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. ..., a solicitat societății ... să comunice „*actul doveditor care demonstrează că, potrivit obiectului de activitate, este autorizată să presteze serviciile de proiectare și execuție lucrări (...), conform obiectului de activitate aferent acestei proceduri.*”

Contestatoarea a transmis adresa nr. 3768/18.05.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 26980/18.05.2023, în care a susținut că ar fi autorizată să efectueze activități de proiectare și execuție conforme cu obiectul prezentului contract de achiziție publică, dar nu a atașat un document doveditor în acest sens, cum ar fi certificatul constatator emis de către Oficiul Național al Registrului Comerțului, în care sunt enumerate activitățile desfășurate sub condiția **autorizării** prealabile.

Astfel, pentru a proba un interes direct, imediat și cert (determinat, legitim, personal, conform art. 33 Cpciv), Consiliul consideră că autoarea contestației trebuia să probeze posibilitatea teoretică de participare în procedură, respectiv să demonstreze că poate realiza activitățile stabilite de către autoritatea contractantă, în procedura inițiată prin anunțul de

participare nr. .../07.04.2023, și nu doar să înainteze o contestație în condițiile în care activitățile pe care le desfășoară nu corespund celor aferente acestei proceduri de atribuire.

Or, potrivit celor evocate, în condițiile în care societatea contestatoare nu a demonstrat interesul său în formularea prezentei contestații, astfel încât să confirm, nu doar verbal, ci și prin documentele oficiale că are autorizate activitățile de proiectare și execuție aferente acestui contract de achiziție publică, Consiliul apreciază că societatea nu are nici calitatea de persoană ce ar putea fi vătămată de conținutul anunțului de participare, respectiv al documentației de atribuire, considerate ca fiind restrictive și ar împiedica-o să participe la procedură.

Mai mult decât atât, cu privire la acest aspect, Consiliul se raportează și la dispozițiile art. 3 alin. (1) lt. jj) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia, prin operator economic se înțelege: *„operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă **în mod licit** pe piață **executarea de lucrări**, furnizarea de produse ori **prestarea de servicii**, și care este/sunt stabilită/stabilite în: (...)”*.

Prin urmare, față de cele prezentate, reiese că societatea ... nu a demonstrat calitatea de potențial ofertant (chiar asociat) în cadrul prezentei proceduri. Pe cale de consecință, neavând această calitate, nu poate suferi vreun prejudiciu ca urmare a impunerii unor măsuri de anulare a procedurii de atribuire sau de modificarea anunțului de participare și a fișei de date ale achiziției.

Relevante, în acest caz, sunt și prevederile art. 249- *Sarcina probei* din Codul de Procedură civilă, potrivit cărora: *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*, astfel că sarcina probei aparține părții ce invocă un prejudiciu (contestatoarei, în speță), aceasta trebuind să își dovedească afirmațiile, dispozițiile amintite fiind deplin aplicabile în speță, raportat la art. 231 din Legea nr. 98/2016, respectiv: *„În măsura în care prezenta lege nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun.”*

Față de cele constatate, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca lipsită de interes, contestația, formulată de către SC ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

De asemenea, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din legea menționată și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ.,

operând excepția lipsei de interes, Consiliul nu se va pronunța asupra altor excepții și pe fondul contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes, invocată din oficiu, și respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de către societatea SC ..., cu sediul în municipiul București, b-dul Dimitrie Cantemir nr. 9, bl. 7, ap. 8, sector 4, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

Membru,

Membru,

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini