



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1683/C8/2057

Data: 07.07.2017

Prin contestația FN, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24007/16.06.2017, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată de ... – reprezentant împuternicit, formulată împotriva răspunsului la notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. 10095/07.06.2017, emisă de ..., cu sediul în Focșani, str. Cuza Vodă nr. 50 52, județul Vrancea, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru pentru furnizarea de „...”, coduri CPV: ...(Rev. 2) și 98300000-6 Servicii diverse (Rev. 2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat Consiliului:

- să dispună anularea comunicării deciziei de atribuire a acordului-cadru, către SC ... SRL, comunicare postată pe SEAP în data de 22.05.2017 și transmis contestatoarei în aceeași dată;
- să dispună anularea răspunsului nr. 10095/07.06.2017 al autorității contractante la notificarea prealabilă din data de 29.05.2017;
- să dispună anularea raportului procedurii și, implicit, a deciziei de atribuire către SC ... SRL;

-să dispună anularea tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă după emiterea raportului procedurii, inclusiv fără a se limita la adresele de comunicare a rezultatului transmise ofertanților;

-să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea admisibilității și conformității ofertei SC ... SRL, în conformitate cu prevederile legale, cu principiile care guvernează procedura de achiziție publică, cu prevederile documentației de atribuire, reevaluare în urma căreia autoritatea contractantă să declare oferta SC ... SRL drept inacceptabilă, neconformă și, prin urmare, inadmisibilă;

- să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentului litigiu, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016;

- să permită contestatoarei accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție nr. 5312/23.06.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 25291/23.06.2017, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... – Director General și convențional prin avocat ..., s-a solicitat Consiliului:

- să admită în principiu cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante;

- să respingă contestația formulată ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost sesizat de către SC ... SRL să soluționeze contestația de față, prin care este criticat răspunsul la notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. 10095/07.06.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, în conformitate cu fișa de date, punctul II.2.1, cantitatea acordului-cadru vizează, pe de o parte, oxigen medicinal lichefiat, iar pe de altă parte, oxigen medicinal în butelii de aluminiu de diverse capacități.

De asemenea, conform caietului de sarcini, punctul 4, autoritatea contractantă solicită în mod expres, pe lângă oxigen medicinal lichefiat, produse constând în oxigen medicinal în butelii de aluminiu, capacități 5 litri/1mc, 10 litri/2mc, 50 litri/10mc.

Conform informațiilor disponibile public pe site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) (www.anm.ro), contestatoarea susține că SC ... SRL deține Autorizație de Punere pe

Piață (APP) pentru oxigen medicinal comprimat (ce se livrează în butelii) livrat doar în recipiente din oțel.

Prin notificarea prealabilă, arată că a solicitat autorității contractante să adopte măsuri de remediere în sensul reexaminării deciziei de atribuire a acordului-cadru ce face obiectul procedurii de atribuire către SC ... SRL și revocarea acestei decizii drept inacceptabilă și neconformă, cu consecința declarării ofertei contestatoarei drept câștigătoare.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 10095/07.06.2017, autoritatea contractantă a decis menținerea deciziei, astfel: *„în raport de criticile formulate (...) din autorizația de punere pe piață depusă de acesta rezultă că operatorul economic ... SRL poate livra oxigen medicinal comprimat în butelii sub presiune cu capacitate de 5 litri, 10 litri și 50 litri, fără a fi excluse buteliile din aluminiu”*.

Contestatoarea consideră că menținerea deciziei ar echivala cu **încălcarea** legislației care reglementează condițiile extrem de limitative în care sunt emise autorizațiile de punere pe piață a medicamentelor (din analizarea coroborată a dispozițiilor Legii nr. 95/2006 și a autorizației de punere pe piață deținută de ... SRL rezultă în mod clar că aceasta nu deține autorizație de punere pe piață pentru furnizarea de oxigen medicinal în butelii de aluminiu, ci doar în butelii de oțel), precum și a legislației achizițiilor publice, prin atribuirea acordului-cadru unui ofertant a cărui ofertă este:

- atât inacceptabilă: ... SRL nu deține autorizație de punere pe piață pentru oxigenul medicinal în butelii de aluminiu, ci doar în recipiente de oțel, astfel încât nu are capacitatea legală de a îndeplini criteriile de calificare prevăzute în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini

- cât și neconformă având în vedere că, în opinia sa:

- (i) propunerea tehnică a ... SRL nu corespunde specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, care solicită în mod expres furnizarea de oxigen medicinal în butelii de aluminiu, întrucât autorizația de punere pe piață nu o autorizează să furnizeze oxigen medicinal comprimat în butelii de aluminiu, ci doar în recipiente din oțel, iar

- (ii) acordul-cadru a fost atribuit unui ofertant care a prezentat o oferta neconformă inclusiv raportat la preț, propunerea financiară ... SRL nefiind corelată cu elementele propunerii sale tehnice, în condițiile în care nu avea cum să oferteze decât butelii de oțel, iar prețul buteliilor de aluminiu este cu aproximativ 30% mai mare decât prețul buteliilor din oțel.

Invocând prevederile art. 704 alin. (1), art. 706 alin. (4) lit. o), art. 712 alin. (1) punctul 6.5 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, contestatoarea precizează că autorizarea de punere pe piață vizează nu doar medicamentul în sine (în cazul de față, oxigen medicinal comprimat), ci și ambalajul în care acesta urmează a fi comercializat.

Raportat la prevederile art. 704 alin. (1) din Legea nr. 95/2006, orice livrare de medicament, altfel decât în ambalajul notificat la și aprobat de ANDMN, este interzisă.

Conform informațiilor disponibile public pe site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) (www.anm.ro), ... SRL deține un număr de 9 (nouă) APP-uri, pentru oxigenul medicinal comprimat, având cod CIM nr. W42380001 - W42380009, aferente celor 9 (nouă) tipuri de ambalaje.

Din informațiile postate pe site-ul ANMDN, rezultă că potrivit Anexei nr. 1 la Autorizația ... SRL de Punere pe Piață nr. 5803/2005/01-09, la pagina 6 sunt listate cele nouă tipuri de ambalaje în care va fi furnizat oxigenul medicinal fiind menționat doar termenul general „Butelii”, urmat de caracteristici de presiune:

Ambalaj: Butelii sub presiune de 2 litri și presiune de 200 bari; Butelii sub presiune de 3 litri și presiune de 200 bari, Butelii sub presiune de 5 litri și presiune de 200 bari ...Butelii sub presiune de 50 litri și presiune de 150 bari; la pagina 5 însă, în capitolul „Păstrare” este menționat expres faptul că oxigenul este păstrat în recipiente din oțel.

De asemenea, din informațiile publice aflate pe site-ul ANMDN, niciunde în APP-ul ... SRL nr. 5803/2005/01-09 nu este menționat vreun recipient sau vreo butelie din aluminiu.

În aceste condiții, rezultă că, raportat la prevederile art. 704 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 și ale APP-urilor deținute de ... SRL, acest ofertant nu deține autorizație de punere pe piață pentru produsele ce fac obiectul procedurii în discuție, respectiv pentru oxigen medicinal în butelii aluminiu, și, prin urmare, nu are, raportat la această procedură, capacitatea legală necesară pentru îndeplinirea acordului-cadru ce face obiectul procedurii de atribuire.

Mai mult, autoritatea contractantă luând act de aspectele de nelegalitate și neconformitate sesizate prin notificarea prealabilă, în opinia sa, ar fi trebuit să manifeste o minimă diligență și un rol activ pentru clarificarea situației, mai ales având în vedere faptul că în lipsa unei autorizații de punere pe piață corespunzătoare ... SRL nu va putea efectua livrările solicitate conform cerințelor din caietul de sarcini.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă practic adaugă nepermis elemente (ce vizează buteliile din aluminiu) ce nu se regăsesc niciunde în Autorizata de punere pe piață a ... SRL, ci din contră sunt contrazise de prevederile acesteia.

Deși raportat la aspectele de nelegalitate autoritatea contractantă ar fi trebuit să adopte măsuri de remediere, autoritatea contractantă nu

doar că nu a procedat la restabilirea legalității, dar prin Răspunsul la notificarea prealabilă dat a cauzat o nouă încălcare a legii.

În acest context, în opinia sa, potrivit art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, oferta SC ... SRL este inacceptabilă, deoarece „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire”.

În sprijinul criticilor sale, contestatoarea amintește Decizia CNSC nr. ..., **Decizia nr. ... a Curții de Apel ... și Decizia civilă nr. ... a Curții de Apel ...**

De altfel, contestatoarea subliniază că, potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. c) din HG nr. 395/2016, oferta este considerată inacceptabilă în situația în care *„constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative, iar respectiva ofertă alternativă nu respectă cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini”*.

Având în vedere că APP-urile deținute de SC ... SRL nu o autorizează să pună pe piață oxigen medicinal comprimat în butelii de aluminiu, ci doar în recipiente din oțel, rezultă că propunerea tehnică nu corespunde specificațiilor tehnice din caietul de sarcini care solicită în mod expres furnizarea de oxigen medicinal în butelii de aluminiu.

De asemenea, susține că prețul ofertat de ... SRL nu poate fi susținut raportat la cerințele tehnice din caietul de sarcini, prețul buteliilor de aluminiu fiind cu aproximativ 30% mai mare decât prețul buteliilor din oțel.

Oferta financiară scăzută a SC ... SRL a vizat oxigenul medicinal livrat în butelii de oțel. Or, potrivit art. 137 alin. (3) lit. d) și lit. c) din HG nr. 395/2016, o ofertă este considerată neconformă în cazul în care propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.

Având în vedere că, în această procedură, criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, rezultă că evaluarea necorespunzătoare a capacității și a propunerii tehnice a ... SRL a determinat o dezavantajare clară a contestatoarei, cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, contestatoarea arată că în ciuda solicitării, autoritatea contractantă nu i-a permis accesul la raportul procedurii, precum și la toate informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerii tehnice și financiare ale ... SRL, încălcând astfel principiile transparenței și a tratamentului egal.

Prin cererea de intervenție nr. 5312/23.06.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 25291/23.06.2017, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ...,

reprezentată legal prin ... – Director General și convențional prin avocat ..., s-a solicitat Consiliului:

- să admită în principiu cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante;
- să respingă contestația formulată ca neîntemeiată.

Referitor la admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, SC ... SRL precizează că trebuie avut în vedere că are un interes justificat de a interveni în cadrul contestației formulate de ... SRL, prin raportare la:

- calitatea de ofertant declarat câștigător, în scopul apărării intereselor proprii, datorită faptului că ... SRL contestă în mod neîntemeiat raportul procedurii și tot neîntemeiat solicită reevaluarea admisibilității și conformității ofertei câștigătoare

- posibilitatea modificării clasamentului ofertanților prin pierderea beneficiului câștigat prin declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare, având în vedere că se contesta validitatea raportului procedurii.

Astfel, intervenienta susține că are un interes legitim prin care urmărește menținerea deciziei Consiliului, decizie ce face obiectul prezentei contestații.

Totodată, interesul intervenientei este născut, actual și direct, SC ... SRL fiind în mod direct afectată de criticile ... SRL.

Pe fondul cauzei, intervenienta apreciază contestația ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

În mod neîntemeiat și rău intenționat contestatoarea susține că intervenienta „nu deține autorizație de punere pe piață pentru furnizarea de oxigen medicinal în butelii de aluminiu.”

Potrivit autorizației de punere pe piață nr. 5803/2005/01-09, emisă de Agenția Națională a Medicamentului, este menționat foarte clar faptul că SC ... SRL este autorizată să pună pe piață produsul oxigen medicinal comprimat în butelii cu capacități diferite, respectiv: *Butelii sub presiune de 2 litri și presiune de 200 bari; Butelii sub presiune de 3 litri și presiune de 200 bari; Butelii sub presiune de 5 litri și presiune de 200 bari; ... Butelii sub presiune de 50 litri și presiune de 150 bari.*

Faptul că autorizația sa nu prevede în mod expres materialul buteliilor, nu poate fi interpretat în sensul absolut neîntemeiat prezentat de contestatoare „nu deține autorizație depunere pe piață pentru furnizarea de oxigen medicinal în butelii de aluminiu”, din contră, dovedește că respectiva autorizație nu este limitată doar la un material specific, nefiind incident art. 704 alin. (1) din Legea nr. 95/2006.

Intervenienta precizează că autorizarea punerii pe piață a produsului oxigen medicinal comprimat se face în baza unei documentații extinse, pe care producătorul o prezintă la Agenția Națională a Medicamentului. De asemenea, susține că a avut în vedere întotdeauna recipientele - butelii fabricate numai de producători autorizați de un organism notificat și care sunt construite din materiale conforme cu SR EN ISO 11114:1997/1-3 și SR EN 849 12003.

Așa cum rezultă din Norma europeană EN ISO 11114:1997, materialele metalice pentru buteliile de gaz sunt „aluminiiu” și „oțel”.

Din acest considerent, autorizația SC ... SRL nu face distincție asupra materialelor buteliilor, acestea fiind construite din materiale conforme cu SR EN ISO 11114:1997/1-3 și SR EN 849 12003, iar autorizarea pentru buteliile cu capacitățile enumerate de la 1 - 9 în autorizație, nu poate fi interpretată în sensul excluderii buteliilor din aluminiiu, așa cum în mod neîntemeiat și rău intenționat interpretează contestatoarea.

Astfel, în opinia sa, în mod corect, ... i-a evaluat oferta, întocmind un raport al procedurii corect și legal, motiv pentru care se impune a fi menținut.

Referitor la susținerile contestatoarei că *„prețul oferit de ... nu poate fi susținut raportat la cerințele tehnice din caietul de sarcini. Principiul tratamentului egal a fost încălcat”*, susțineri care se raportează exclusiv la buteliile de aluminiiu, și acestea sunt neîntemeiate.

Totodată, intervenienta precizează că a furnizat autorității contractante toate informațiile și documentele referitoare la prețul oferit, informații pe care autoritatea contractantă le-a verificat și în baza cărora i-a declarat oferta câștigătoare.

Din aceste considerente, solicitarea contestatoarei de reevaluare a propunerii financiare a SC ... SRL, pentru motivul invocat prin contestație, este total nesustenabilă și se impune a fi respinsă ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. 11011/20.06.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 25386/26.06.2017, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația formulată de ... SRL.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea deciziei de atribuire a acordului-cadru către SC ... SRL, deoarece, în raport de criticile formulate, din autorizația de punere pe piață depusă de acest operator economic rezultă că poate livra oxigen medicinal comprimat în butelii sub presiune cu capacitate de 5 litri, 10 litri și 50 litri, fără a fi excluse buteliile din aluminiiu.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 26353/30.06.2017, SC ... SRL a transmis concluzii scrise ca răspuns la cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, precum și ca urmare a studierii dosarului cauzei, solicitând Consiliului să respingă ca neîntemeiată cererea de intervenție.

Contestatoarea susține că SC ... SRL nu deține autorizație de punere pe piață pentru furnizarea de oxigen de medicinal în butelii de aluminiiu.

Prin cererea de intervenție, SC ... SRL nu dovedește în concret faptul că ar avea Autorizație de punere pe piață oxigen comprimat și în butelii de aluminiiu.

Intervenienta nu aduce în sprijinul ofertei sale dovezi clare cu privire, de exemplu, la faptul că documentația depusă la Agenția Națională a Medicamentului (care a stat la baza emiterii Autorizației de

punere pe piață) cuprindea specificații tehnice/fișe de produs pentru butelii din aluminiu, astfel încât prevederea generică de "butelii" din Autorizație de punere pe piață să includă în mod cert și acest tip de butelii.

În esență, SC ... SRL invocă faptul că din moment ce în Autorizația de punere pe piață nu se menționează expres materialul buteliilor, rezultă că acesta poate fi și "aluminiu" și astfel cerințele din caietul de sarcini ar fi îndeplinite. Nici în Anexa 1, nici în celelalte anexe la Autorizației de punere pe piață nu se face niciun fel de referire la recipient/ butelii din aluminiu.

Or, este evident că toate prevederile Autorizației de punere pe piață se impun a fi citite și interpretate împreună, astfel încât rezultă fără dubiu faptul că singurul tip de butelie pentru care SC ... SRL deține Autorizația de punere pe piață este butelia din oțel, iar nu din aluminiu.

De astfel acest tip de metal este conform normativului EN ISO 11114:1997 invocat de intervenientă.

În aceste condiții, în opinia sa, rezultă că, raportat la prevederile art. 704 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 și ale Autorizațiilor de punere pe piață deținute de intervenientă, aceasta nu deține autorizație de punere pe piață pentru produsele ce fac obiectul procedurii în discuție, respectiv pentru oxigen medicinal în butelii aluminiu, și prin urmare, nu are, raportat la această procedură, capacitatea legală necesară pentru îndeplinirea acordului-cadru ce face obiectul procedurii de atribuire.

Prin urmare, raportat la prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, se impune declararea ofertei SC ... SRL drept inacceptabilă pe motiv că *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”*.

Invocând prevederile Fișei de date a achiziției, punctul IV.4.1) *Modul de prezentare a propunerii tehnice și ale caietului de sarcini* punctul 4, contestatoarea subliniază că oferta tehnică a SC ... SRL este neconformă.

După cum chiar intervenienta arată, în normativul SR EN ISO 11114:1997/1-3 se face referire la faptul că materialele metalice pentru butelii pot fi "aluminiu" sau "oțel".

De asemenea, potrivit extrasului din normativului EN ISO 11114:1997 depus de intervenientă, aria metalelor din care buteliile de oxigen ar putea fi confecționate este chiar mai largă.

Așadar, folosind chiar apărarea SC ... SRL, rezulta că, în lipsa asumării exprese a buteliilor din aluminiu pentru oxigenul comprimat, acesta a avut în vedere, la întocmirea propunerii sale tehnice butelii fie din aluminiu, fie din oțel. Aceasta echivalează practic cu asumarea unei oferte alternative de către intervenientă. Or, potrivit punctului II.1.9) din Fișa de date nu se acceptă variante, așadar nu se acceptă oferte alternative.

În acest sens sunt relevante dispozițiile art. 137 alin.(2) lit. c) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora o ofertă este considerată inacceptabilă

în cazul în care "constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative, iar respectiva ofertă alternativă, nu respectă cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini".

În opinia sa, prețul oferit de ... SRL nu poate fi susținut raportat la cerințele tehnice din caietul de sarcini prețul buteliilor de aluminiu fiind cu aproximativ 30% mai mare decât prețul buteliilor din oțel.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că se impune obligarea autorității contractante la reevaluarea propunerii financiare a intervenientului, în concret cu privire la tipul și prețul buteliilor oferite.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii acordului cadru de furnizare „...”, coduri CPV: ...(Rev. 2) și 98300000-6 Servicii diverse (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fiind cuprinsă între de 764.350 lei și 926.760 lei, fără TVA.

În urma etapei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 9032/22.05.2017, potrivit căruia oferta contestatoarei a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul al doilea. Comunicarea rezultatului procedurii s-a efectuat către SC ... SRL cu adresa nr. 9034/22.05.2017, fiind informată că oferta sa nu a fost declarată câștigătoare, deoarece a avut un preț mai mare decât cel al ofertei SC ... SRL, desemnată câștigătoare.

Nemulțumită de conținutul adresei de mai sus, SC ... SRL a înaintat contestația în analiză solicitând cele precizate în partea introductivă.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Din lecturarea contestației, Consiliul reține că autoarea ei critică modul în care oferta depusă de SC ... SRL a fost desemnată câștigătoare, în opinia ei, propunerea tehnică a acesteia din urmă nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, în sensul că produsul ofertat *oxigen medicinal* va fi livrat în butelii de oțel și nu în butelii de aluminiu, așa cum s-a solicitat în caietul de sarcini.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că SC ... SRL, a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, a înaintat cerere de intervenție, ca urmare a contestației aparținând SC ... SRL, demers ce a fost încunoștiințat părților interesate (conform dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilității ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenție sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii derulării procedurii. În consecință, cererea de intervenție în discuție îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Considerată de Consiliu admisibilă, în principiu, cererea de intervenție, aparținând SC ... SRL, urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei.

Astfel, având în vedere afirmația contestatoarei conform căreia oferta desemnată câștigătoare nu ar îndeplini cerința impusă prin documentația de atribuire prin care produsul în cauză să fie livrat în butelii de aluminiu, Consiliul se raportează la caietul de sarcini, cap. 4 – *Cantități minime și maxime*, unde se regăsește tabelul ce conține și rubrica „Denumire produs”, cu următoarele mențiuni: „**... în butelii de aluminiu**”, de capacitate „5 litri/1mc, 10 litri/2mc 50 litri/ 10mc”; aceste informații fiind menționate și în fișa de date a achiziției la cap. II.2.1.) – Cantitatea totală sau domeniul.

De asemenea, în aceeași fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1) – *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, se prezintă: „Ofertantul va elabora propunerea tehnica astfel încât aceasta să respecte în totalitate cerințele prevăzute în Caietul de sarcini. În cazul în care se constată faptul că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în Caietul de sarcini, oferta este considerată neconforma...”

Verificând propunerea tehnică prezentată de SC ... SRL, ofertantul desemnat câștigător, Consiliul constată că nu se precizează faptul că buteliile, în care va fi livrat oxigenul, sunt din aluminiu, la pct. 1.1 – *Rezervor criogenic de stocare oxigen lichefiat*, se regăsesc și următoarele caracteristici: „(...) material vas extern: **oțel carbon**”.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia, „din autorizația de punere pe piață depusă ... rezultă că ... SRL poate livra oxigen medicinal comprimat în butelii sub presiune cu capacitate de 5 litri, 10 litri și 50 litri, fără a fi excluse buteliile din aluminiu”, Consiliul nu o reține ca întemeiată, deoarece în conținutul Anexei 1 (conform site-ului Agenției Naționale a Medicamentului) a Autorizației de punere pe piață nr. 5803/2005/01-09, aparținând SC ... SRL, se regăsesc următoarele mențiuni: „Oxigenul gazos este stocat în recipiente de oțel (...) transportul se efectuează în recipienti de oțel (...)”, nefiind menționată nicio informație care să prezinte și varianta recipientilor din aluminiu, așa cum se regăsește în autorizația de punere pe piață nr.

9910/2017/01-105, depusă de SC ... SRL, care conține cap. *Ambalaj*, unde se regăsesc următoarele mențiuni: „*Butelie din oțel CrMo...Butelie din Al*”.

Pe cale de consecință, și susținerea intervenientei, potrivit căreia autorizația de punere pe piață nr. 5803/2005/01 a SC ... SRL „nu prevede în mod expres materialul buteliilor”, astfel că s-ar putea considera că această autorizație „nu este limitată doar la un material specific”, Consiliul nu o poate reține ca întemeiată, cu atât mai mult cu cât, în acest caz, documentația de atribuire conține cerința „butelii din aluminiu”, neoferind o alternativă a lor. Prin urmare, în procedura actuală, nu se poate face vorbire de acceptarea nu doar a materialului „oțel”, dar inclusiv a altor materiale din care ar fi confecționate buteliile în discuție.

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă ar fi dorit ca livrarea oxigenului medical să se facă în butelii, care au capacitățile de mai sus, în oricare variantă (aluminiu sau oțel), nu trebuia să indice, în mod clar, materialul din care trebuia să fie confecționate aceste butelii, respectiv „aluminiu”. Mai mult, inclusiv în strategia de contractare nr. 4970/30.03.2017, se regăsește sintagma „butelii aluminiu”.

Astfel, față de cele prezentate anterior, Consiliul constată că SC ... SRL nu s-a conformat cerințelor documentației de atribuire, așa cum impun dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016, potrivit cărora: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că potențialii operatori economici, care ar fi putut depune ofertă în cadrul acestei proceduri, au decis să nu participe, ținând fiind tocmai de cerința în discuție pe care autoritatea contractantă a menținut-o în cadrul documentației de atribuire. Prin urmare, așa cum operatorii economici sunt obligați să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016, așa și autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, este obligată să se conformeze art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, care dispune: „Comisia de evaluare are următoarele atribuții: (...) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților **cu prevederile caietului de sarcini**” și nu să schimbe sau să interprezete cerințe clare din caietul de sarcini, în etapa de evaluare a ofertelor.

Astfel, alegând să indice în mod clar materialul din care trebuie să fie confecționate buteliile cu ..., respectiv „aluminiu”, autoritatea contractantă trebuia să respecte propria documentație de atribuire. █

Mai mult, în condițiile în care intervenienta cunoștea cerința în cauză și nu ar fi fost de acord cu ea, avea dreptul fie de a solicita autorității contractante clarificări, așa cum stabilesc dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2006, fie de a formula contestație urmând

procedura legală impusă de Legea nr. 101/2016. Neuzând de normele legale de mai sus, se prezumă că, prin depunerea ofertei, SC ... SRL a înțeles întocmai conținutul prevederilor documentației de atribuire, astfel că era obligată să se conformeze lor.

În concluzie, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în mod eronat, a stabilit că oferta SC ... SRL este conformă, raportat la conținutul documentației de atribuire (fișa de date a achiziției, caietul de sarcini), nerespectând principiul tratamentului egal, statuat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Ținând cont de cele prezentate anterior, Consiliul nu va mai analiza celelalte critici ale societății contestatoarte asupra ofertei SC ... SRL, deoarece caracterul neconform al ofertei acesteia din urmă nu mai poate fi înlăturat.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează Raportul procedurii nr. 9032/ 22.05.2017, și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei SC ... SRL și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei, cu reevaluarea ofertei depusă SC ... SRL, conform celor precizate în motivare.

Respinge ca nefondată cererea de intervenție înaintată de SC ... SRL.

Respinge solicitarea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentului litigiu, întrucât la dosarul cauzei nu se regăsesc acte doveditoare în acest sens (facturi fiscale, chitanțe, ordine de plată etc.).

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 alin. (1) din același act normativ.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează Raportul procedurii nr. 9032/22.05.2017, și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei SC ... SRL.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei, cu reevaluarea ofertei depusă SC ... SRL, conform celor precizate în motivare.

Respinge ca nefondată cererea de intervenție înaintată de SC ... SRL.

Respinge solicitarea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentului litigiu.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5(cinci) exemplare, conține 13(treisprezece) pagini.