

DECIZIE

BO2011_0210

Data: .2011

Prin contestația nr. ▫/20.12.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ▫/20.12.2010, înaintată de ▫, cu sediul ales la Cabinet de avocat „▫” în ▫, cp. ▫, fax ▫, formată din **1. ▫ AS**, societate pe acțiuni de naționalitate turcă, având sediul social în ▫, înregistrată sub nr. ▫, legal reprezentată de către ▫ - Director General, prin împuternicit special ▫, **2. ▫ SRL**, cu sediul social în ▫, fax ▫, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ▫, având CUI ▫, reprezentată legal prin ▫ și ▫ - Administratori și **3. ▫ AS**, societate pe acțiuni de naționalitate turcă, având sediul social în ▫, înregistrată sub nr. ▫, legal reprezentată de către ▫ Director General, prin împuternicit special ▫, formulată împotriva rezultatului procedurii emis de SPITALUL CLINIC MUNICIPAL „▫”, cu sediul în ▫, telefon/fax ▫, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Secție de Radioterapie Externă și Brahiterapie (proiect *la cheie*) - Accelerator liniar multifuncțional de energie maximă 15 și/sau 18MV 1 buc, Simulator 1 buc, Computer plan tratament 10 buc, Sistem computerizat de comunicare, comandă și control 1 buc, Sistem de dozimetrie 1 buc, Sistem de imobilizare 2 buc, Sistem complet de tratament cu brahiterapie 1 buc”, cod CPV 33151000-3 - *Aparate și accesorii de radioterapie (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului:

- „în principal anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului acesteia realizate prin adresa Spitalului nr. ▫/08.12.2010 transmisă în facsimil la data de 08.12.2010, precum și anularea tuturor celorlalte acte subsecvente respectivului raport;
- completarea procesului-verbal nr. ▫/03.12.2010 al ședinței de deschidere a ofertelor în cadru procedurii, în sensul includerii tuturor elementelor principale ale fiecărei oferte primite, și rectificarea celei de-a patra precizări din cuprinsul său în sensul înlocuirii mențiunii eronate a criteriului de atribuire ca fiind „prețul cel mai scăzut” cu cea corectă indicând criteriul „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”;
- constatarea lipsei oricăror efecte juridice decurgând din sau, după caz, a nulității absolute a Clarificării nr. ▫/▫.11.2010, introduse în SEAP sub denumirea „Clarificarea 7”;
- obligarea Spitalului la continuarea procedurii cu reluarea întregii etape a analizării ofertelor depuse;
- în subsidiar, anularea întregii proceduri;
- obligarea Spitalului la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației”.

DECIDE

Respinge contestația, ca lipsită de interes.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006.

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. ▫/20.12.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ▫ din 20.12.2010, ▫ atacă rezultatul procedurii de atribuire ce i-a fost comunicat prin adresa nr. ▫/08.12.2010, emis de SPITALUL CLINIC MUNICIPAL „▫” în procedura, licitație deschisă online, organizată pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Secție de Radioterapie Externă și Brahiterapie (proiect *la cheie*) - Accelerator liniar multifuncțional de energie maximă 15 și/sau 18MV 1 buc, Simulator 1 buc, Computer plan tratament 10 buc, Sistem computerizat de comunicare, comandă și control 1 buc, Sistem de dozimetrie 1 buc, Sistem de imobilizare 2 buc, Sistem complet de tratament cu brahiterapie 1 buc”, cod CPV 33151000-3 - *Aparate și accesorii de radioterapie (Rev.2)*, potrivit căruia oferta sa a fost declarată necâștigătoare, întrunind 75,01 puncte, oferta declarată câștigătoare fiind cea prezentată de SC ▫ SRL (100 puncte).

În fapt, contestația arată că la întocmirea procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, nr. ▫/03.12.2010, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 33 alin. (4) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece, pe de o parte, nu a indicat denumirile tuturor entităților care au depus ofertă comună în cadrul unei asocieri (informație ce constituie un element principal al ofertei), iar pe de altă parte documentul nu cuprinde toate informațiile (din ofertele depuse) necesare verificării aplicării corecte a criteriului de atribuire.

Astfel, autoarea contestației precizează că nu cunoaște cu certitudine care este componența asocierii a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare. De asemenea, arată că nu sunt incluse informații referitoare la factorii de evaluare *service post garanție* (valoare full service pe an) și *termen de construcție, amenajare a spațiului, de livrare și de punere în funcțiune*, care, cumulat, au o pondere de 40%

din punctaj, documentul în cauză limitându-se la indicarea prețului oferat.

În consecință, contestatoarea apreciază că se impune obligarea autorității contractante la completarea corespunzătoare a documentului în cauză, în acest context că precizând se impune și rectificarea mențiunii privind criteriul de atribuire, incorect indicat direct *prețul cel mai scăzut*.

Contestatoarea mai solicită și verificarea depunerii de către Asociera ▪ a unei garanții de participare corespunzătoare (la timp, în original, în cuantum, forma și cu valabilitatea impuse prin documentația de atribuire). Autoarea contestației își sprijină cererea pe faptul că reprezentanții săi au remarcat, în timpul *Întâlnirii* din data de 06.12.2010, predarea de către reprezentanții Asocierii ▪ comisiei de evaluare a unui document având aparența unei scrisori de garanție bancară. Acest fapt îi creează suspiciuni în privința îndeplinirii corespunzătoare a acestei condiții, deoarece nu are niciun sens înmânarea unei copii a unui document deja aflat, în condițiile legii, în posesia autorității contractante, în original.

Prin urmare, autoarea contestației apreciază că orice neregularitate din acest punct de vedere constituie motiv de anulare a raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și o nouă evaluare a ofertelor depuse, pentru a se face aplicarea art. 72 alin. (2) lit. h), art. 81 raportat la art. 36 alin. (1) lit. a), raportat la art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006 (atrăgând respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei în cauză) și a art. 37 alin. (2) din același act normativ.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că lista documentelor depuse de către ofertanți (consemnată în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor) indică faptul că oferta declarată câștigătoare nu a inclus o autorizație de securitate radiologică, emisă de CNCAN sau autorizație de furnizare pentru produsul respectiv, emisă de CNCAN sau echivalent și nici autorizație de manipulare, documente ce constituie cerințe obligatorii de calificare, potrivit Secțiunii V.2) punctele 6 și 7 din fișa de date a achiziției. Mai arată că nu se menționează nici faptul că Asociera ▪ ar fi depus, odată cu oferta sa, o declarație pe proprie răspundere, în condițiile stipulate la art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

Or, în finalul Secțiunii V.5) a fișei de date a achiziției s-a stipulat în mod expres că *Ofertanții care nu vor prezenta toate documentele solicitate sau vor prezenta documente întocmite altfel decât prevederile exprese prevăzute la acest punct, vor fi descalificați*.

Prin urmare, contestatoarea consideră că oferta câștigătoare a fost stabilită cu încălcarea art. 200 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, ceea ce impune anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și o nouă evaluare a ofertelor depuse.

De asemenea, contestatoarea susține că are informații potrivit cărora niciunul dintre cei doi membri ai Asocierii ▪ indicați de către autoritatea contractantă (respectiv SC ▪ SRL și ▪) nu deține vreuna dintre autorizațiile sus-menționate în privința produselor oferite. În același timp, arată că deține informații potrivit cărora SC ▪ SRL deține, într-adevăr, un Aviz de funcționare emis de către Ministerul Sănătății, dar acesta nu se referă și la producătorul ▪ al echipamentului de brahiterapie.

Or, în condițiile art. 4 alin. (1) din Legea nr. 176/2000 privind dispozitivele medicale, astfel cum a fost modificată, *dispozitivele medicale se comercializează, se distribuie, se instalează și se întrețin pentru a fi utilizate în conformitate cu scopul propus, numai de către persoanele fizice sau juridice pentru care s-a emis avizul prevăzut la art. 3 alin. (2)*, iar prin art. 3-6 și art. 12 și Anexele 1 și 2 ale Ordinului Ministrului Sănătății nr. 1636/2004 pentru aprobarea normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 176/2000, se reglementează atât conținutul cererii pentru obținerea respectivului aviz de funcționare cât și al avizului propriu-zis, rezultă că un astfel de aviz are valabilitate exclusiv în privința echipamentelor expres avizate atât din punctul de vedere al categoriei cât și al producătorului, și are ca scop controlul respectivelor activități desfășurate pe teritoriul României de către autoritățile naționale, nefiind incidente certificări/autorizări ale altor state membre ale Uniunii Europene.

Astfel că, în măsura în care, verificându-se conținutul avizului de funcționare al SC ▪ SRL se constată lipsa avizării exprese a producătorului ▪ pentru categoria 12 *Dispozitive medicale pentru diagnosticare și tratament cu radiații, pentru activități de import, comercializare și depozitare și reparare, verificare și punere în funcțiune*, autoarea contestației susține că „oferta în cauză nu conține un document corespunzător în conținut, iar nu doar în forma, care să ateste îndeplinirea respectivului criteriu de calificare (cerință obligatorie potrivit Secțiunii V.2) punctul 3 din fișa de date a achiziției, fiind ilegal a desfășura activitățile în cauză pe teritoriul României în absența unei avizări corespunzătoare potrivit legislației sus-citate”.

Pe cale de consecință, contestatoarea apreciază că oferta câștigătoare a fost stabilită cu încălcarea dispozițiilor art. 200 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, impunându-se anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și o nouă evaluare a ofertelor depuse.

Totodată, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a încălcat prevederile documentației de atribuire, precum și pe cele ale art. 32 alin. (2) din HG nr. 925/2006, impunându-se astfel a se constata lipsa oricăror efecte juridice ce decurg din actul denumit Clarificare 7, postat în SEAP în ▪.11.2010 ora ▪, ulterior termenului limită stabilit pentru transmiterea răspunsului la solicitările de clarificări (respectiv

▪.11.2010 ora ▪). De asemenea, autoarea contestației susține că nu există o solicitare de clarificare căreia să îi corespundă Clarificarea 7. Mai mult, contestatoarea arată că prin Clarificarea 7, autoritatea contractantă permite ceea ce a respins motivat prin Clarificările 4 și 6, schimbând astfel anumite specificații tehnice ale caietului de sarcini, pentru două echipamente de bază solicitate la ofertare, respectiv computer tomograf-simulator și accelerator linear medical. Astfel, consideră că aceste circumstanțe sunt de natură a dovedi faptul că prin Clarificarea 7 s-a urmărit favorizarea unui anumit operator economic, modificându-se cerințele tehnice incluse în caietul de sarcini, pentru a se asigura accesul echipamentelor acestuia la procedură. Or, potrivit celor comunicate verbal în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor din data de 03.12.2010, în privința tipului de echipamente, cele oferite de către Asocieria ▪ sunt singurele beneficiare ale modificărilor efectuate prin Clarificarea 7, respectiv echipamentul computer tomograf produs de către Philips, având o rezoluție spațială min 151p/cm la 0% MFT în mod „high resolution” și echipamentul accelerator linear medical denumit „Synergy” produs de către ▪, ce utilizează tehnica Magnetron. Considerând că prin Clarificarea 7 se modifică specificații tehnice ale caietului de sarcini pentru a favoriza un operator economic, cu încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal și nediscriminării, stipulate la art. 2 din OUG nr. 34/2006, contestatoarea apreciază că se impune constatarea nulității absolute a clarificării în cauză și, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia precum și o nouă evaluare a ofertelor depuse.

În același timp, contestatoarea susține că anunțul de participare și documentația de atribuire aferente procedurii în cauză nu sunt suficient de clare în explicitarea conceptului de *proiect la cheie* utilizat de către autoritatea contractantă în definirea contractului de furnizare. Mai mult, în cadrul acestora se regăsesc și alte referințe la obiectul contractului având un conținut variabil și contradictoriu.

Contestatoarea precizează că a structurat oferta ținând cont și de prețul și durata lucrărilor de construire solicitate, care a rezultat că presupuneau proiectarea și execuția nu doar a amenajărilor necesare instalării echipamentelor medicale în cauză, sau doar a două buncăre la o clădire existentă, ci a unei întregi clădiri noi, urmând a constitui noua secție medicală. Astfel arată că acesta este motivul pentru care oferta sa a fost de 4.121.180,96 Euro (exclusiv TVA), din care prețul componentei *Construcție și amenajare Secție Radioterapie externă și Brahiterapie* a fost de 986.815,96 Euro (exclusiv TVA) și a inclus *un termen de execuție* de 165 de zile (135 + 30), la care se adaugă *un termen inițial de proiectare* de 20 de zile. Totodată, precizează că defalcarea a fost făcută întrucât în formularea celui de-al 3-lea factor de

evaluare nu este cuprinsă proiectarea, dar prin punctul (1) al caietului de sarcini se solicită o declarație care să cuprindă termene ale diverselor faze ale proiectului.

Din aceste considerente, autoarea contestației apreciază că termenul global ofertat de asocierea câștigătoare (respectiv 75 de zile) este nerealist și, practic, imposibil de asumat cu bună-credință, motiv pentru care se impune anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și o nouă evaluare a ofertelor depuse.

În acest sens, arată că, dacă, oferta câștigătoare a inclus întregul obiect al achiziției, termenul său global de executare ar fi trebuit considerat de către autoritatea contractantă ca unul neobișnuit de scurt și, aplicând, pentru identitate de rațiune prevederile art. 202 alin. (1), (1¹) din OUG nr. 34/2006 și în privința factorilor de evaluare, (căci *ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*), autoritatea contractantă ar fi putut solicita detalii și precizări de justificare, deși un astfel de termen este vădit utopic (fiind mai scurt cu 50% decât următorul termen oferit și cu mult mai scurt decât propria estimare din anunțul de participare și din documentația de atribuire).

De asemenea, înțelegând că valoarea *full service* pe an este aferentă tuturor produselor incluse în obiectul contractual, contestatoarea arată că a ofertat în consecință, indicând o valoare anuală de 178.000 Euro (exclusiv TVA) aferentă tuturor echipamentelor medicale, atât principale cât și auxiliare, precum și echipamentelor accesorii (climatizare, chiller, uși de plumb, UPS). Contestatoarea menționează că nu are certitudinea că oferta câștigătoare a inclus o cotație completă din acest punct de vedere și, în consecință, solicită verificarea ei, urmând ca, în caz de neregularitate, să se anuleze raportul procedurii și actele subsecvente acestuia cu consecința evaluării ofertelor depuse și eventuala obligare a autorității contractante la solicitarea de clarificări din partea ofertanților, în temeiul art. 78 din HG nr. 925/2006.

Mai mult, autoarea contestației susține că adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu a fost întocmită în conformitate cu prevederile art. 207 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, întrucât nu prezintă în mod concret caracteristicile și avantajele relative ale ofertei câștigătoare în raport cu oferta sa, aceasta limitându-se la a indica exclusiv punctajul obținut de fiecare și prețul, fără vreun detaliu în privința celorlalți 2 factori de evaluare.

Totodată, având în vedere obiectul complex al contractului, astfel cum este definit prin anunțul de participare și prin documentația de atribuire, contestatoarea apreciază ca fiind evident că achiziția nu se referă exclusiv la produse și serviciile accesorii de instalare și punere în funcțiune, ceea ce ar fi permis calificarea sa drept contract de furnizare (conform definiției din art. 5 alin. (2) din OUG nr. 34/2006), ci inclusiv

proiectarea și execuția unei construcții și a unor lucrări făcând obiectul unui contract de lucrări în sensul art. 4 din OUG nr. 34/2006.

În consecință, consideră că organizând procedura exclusiv prin raportare la un contract de furnizare, autoritatea contractantă a încălcat esențial cadrul legal al achizițiilor publice.

Mai mult, susține că tocmai această ambiguitate în calificarea corectă a respectivei proceduri de achiziție publică poate fi cauza multiplelor neregularități ale documentației de atribuire și/sau ale procedurii și a eventualei neconformități a ofertelor depuse, caz în care solicită, în subsidiar, anularea procedurii.

În drept, contestatoarea își întemeiază cererea pe dispozițiile art. 255-256, art. 166 și următoarele din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. ▫/22.12.2010, comunicată prin fax și înregistrată la CNSC sub nr. ▫/22.12.2010, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată și menținerea (ca legală și temeinică) a hotărârii comisiei de evaluare.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă arată că procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, nr. ▫/03.12.2010, a fost întocmit în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (4) din HG nr. 925/2006, cu toate că procedura s-a desfășurat online, fiind incidente prevederile art. 33 alin. (5) din același act normativ. Mai arată că a acceptat ca ▫ să depună documentele în original doar la sediul său, în SEAP fiind introduse documentele celorlalți doi participanți la procedură. Tot în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă precizează că a citit toate elementele ofertelor referitoare la *service post garanție și termen de construcție, amenajare a spațiului, de livrare și de punere în funcțiune*.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor a fost consemnat în mod eronat criteriul de atribuire *prețul cel mai scăzut*, procedura desfășurându-se în baza criteriului de atribuire stabilit în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, respectiv *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*.

Cu privire la garanția de participare aferentă ofertei câștigătoare (a Asocierii SC ▫ SRL și ▫), autoritatea contractantă susține că la data ofertării, în SEAP, era atașată garanția de participare nr. ▫/29.11.2010, emisă de ▫, ce prezenta o eroare de redactare „ (...) ne obligăm față de Spitalul Clinic Municipal ▫ (...)” cu toate că aceasta era adresată Spitalului Clinic Municipal Dr. ▫. Tot în SEAP a fost introdus și Addendumul nr. 1 din ▫.12.2010 la scrisoarea de garanție bancară nr. ▫/29.11.2010, prin care se face corectura ce se impunea (...) ne obligăm față de Spitalul Clinic Municipal Dr. ▫ (...).”

În cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă arată că ofertantul declarat câștigător a prezentat scrisoarea de garanție bancară menționată. Văzând greșeala de redactare din cadrul acestui document, autoritatea contractantă menționează că membrii comisiei de evaluare au verificat și documentele introduse în SEAP de acest ofertant, constatând prezența Addendumului nr. 1, atașat scrisorii de garanție. Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că garanția de participare a fost depusă conform legislației în vigoare.

În ceea ce privește documentele aferente ofertei declarate câștigătoare, autoritatea contractantă arată că, la deschiderea ofertelor, s-a constatat lipsa ASR și a Autorizației de Manipulare emise de CNCAN. Cu toate acestea, asociatul a depus declarația pe propria răspundere însoțită de anexă, întocmită potrivit dispozițiilor art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, fapt dovedit de documentele de calificare introduse în SEAP, care conțin aceste autorizări.

În continuare, autoritatea contractantă precizează că documentul „Clarificare 7” a fost publicat în SEAP în data de 11.11.2010 ora 14 (ca urmare a referatului nr. 130/30.11.2010, întocmit de medicul specialist), respectându-se prevederile art. 79 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. În consecință, autoritatea contractantă apreciază că asociatul putea să conteste acest document sau să solicite decalarea termenului limită pentru depunerea ofertelor, în termen legal și nu după comunicarea rezultatului procedurii.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă consideră tardive criticile contestatoarei referitoare la anunțul de participare și la documentația de atribuire, potrivit cărora acestea nu ar fi suficient de clare.

Totodată, autoritatea contractantă arată că membrii comisiei de evaluare au analizat oferta depusă de Asocieria SC SRL și Ltmed din toate punctele de vedere (furnizare, execuție și punere în funcțiune). Astfel, „faptul că aceasta a ofertat un termen de execuție de 75 de zile după obținerea tuturor avizelor și autorizațiilor necesare, nu putea fi pus la îndoială și respins atâta timp cât sunt prevăzute penalități pentru nerespectarea unor astfel de termene”. În ceea ce privește factorul de evaluare *service post garanție*, autoritatea contractantă precizează că Asocieria SC SRL și Ltmed a cuantificat valoarea, indicând suma de 171.000 euro/an fără TVA, în timp ce contestatoarea a ofertat o valoare de 178.000 euro/an fără TVA.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază că definirea contractului ca fiind de furnizare și nu de lucrări este corectă, raportat la dispozițiile art. 5 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, atâta timp cât valoarea estimată a contractului este de 4.250.000 Euro (18.181.075 RON fără TVA) la cursul BNR din data de 15.10.2010 (1 euro = 4,2779 lei), din care valoarea echipamentelor medicale 3.250.000 Euro (13.903.175 RON), iar valoarea proiectării și execuției 1.000.000 Euro (4.277.900 RON).

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că ponderea achiziției de produse (echipamente) este mai mare de 75% din valoarea estimată, iar serviciile și lucrările de instalare și punere în funcțiune reprezintă aproximativ 25%, motiv pentru care este vorba de atribuirea unui contract de furnizare și nu a unui de lucrări sau de servicii.

Pentru aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată și menținerea, ca legală și temeinică, a hotărârii comisiei de evaluare.

În urma studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 04/04.01.2011, s-a înaintat Consiliului concluzii scrise.

Astfel, contestatoarea arată că Asociera s-a prezentat o garanție de participare în cuantum de 175.000 lei și nu de 350.000 lei, cum s-a solicitat prin documentația de atribuire, ceea ce ar însemna că aceasta s-a prevalat de facilitatea stipulată în art. 16 alin. (2) din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, cu modificările și completările ulterioare.

Autoarea contestației consideră că în mod nelegal autoritatea contractantă a apreciat că Asociera s-a prezentat o garanție de participare în cuantum corespunzător, deoarece reducerea cu 50% a cuantumului garanției de participare este o facilitate aplicabilă exclusiv ofertei unei IMM dar nu și ofertei comune prezentate de o asocieră, scopul său fiind doar acela de a facilita accesul unei IMM la procedurile de achiziție publică și de a-i diminua costurile aferente, „în niciun caz acela de a crea avantaje unei asocieri ce include un IMM prin raportare la o ofertă individuală a unei non-IMM sau la o asocieră neincluzând o IMM”.

De asemenea, arată că, constituirea unei asocieri de ofertare presupune și reunirea resurselor financiare de care dispun asociații, ceea ce face ca facilitatea legală să nu mai poată fi incidentă decât, eventual, prin raportare la fiecare asociat în parte, rezultând, în orice caz, un cuantum integral (100%) al garanției de participare. Orice altă interpretare nu poate fi decât în afara cadrului legal și în opinia contestatoarei, facilitățile legale, ca excepții de la regimul de drept comun, neputând fi decât de strictă interpretare și aplicare.

În acest sens, autoarea contestației arată că Asociera include din care are o medie a cifrei anuale de afaceri, în perioada 2007-2010, de circa 675 milioane EUR (conform declarației sale de la fila 2582 din dosar), fiind parte a unui important grup de firme (cu 2.500 salariați în întreaga lume).

De altfel, contestatoarea apreciază că în mod incorect SC SRL și-a menționat un statut de întreprindere autonomă în declarația respectivă, de vreme ce, chiar din certificatul constatator aflat la filele 2714-2715

din dosar, rezultă că este deținută 100% de către o altă societate comercială, nefiind, deci, respectată definiția precizată la art. 4² din Legea nr. 346/2004. În fapt, arată că „s-ar părea că SC ▪ SRL face parte, la rândul sau, dintr-un grup de firme (fiind incidente dispozițiile art. 4⁴ alin. (4) din Legea nr. 346/2004), potrivit celor ce rezultă din informațiile disponibile în baza de date recom on-line a registrului comerțului”.

În concluzie, dat fiind faptul că SC ▪ SRL a prezentat o ofertă în asociere și, mai mult, asociatul său străin face parte dintr-un grup de firme care indubitabil nu are statut de IMM, contestatoarea apreciază că Asociera ▪ avea obligația prezentării unei garanții de participare în cuantum integral de 350.000 lei, iar nu de doar 175.000 lei.

Cu privire la „Clarificarea 7”, contestatoarea susține că autoritatea contractantă în mod eronat a indicat drept temei legal al efectuării tardive a acesteia dispozițiile art. 79 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, întrucât norma juridică în cauză, citată doar parțial, permite clarificări tardive numai *în cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenul prevăzut la alin. (1)*”.

De asemenea, susține că, instituind o excepție de la regula transmiterii clarificărilor cu respectarea termenului limită, norma juridică respectivă nu poate fi decât de strictă interpretare și, deci, nu se poate aplica unor situații care nu satisfac premisa legală a unor solicitări de clarificare întârziate.

Astfel, arată că, nefiind în prezența unor solicitări de clarificare întârziate, ci dimpotrivă, a unor solicitări în termen, cărora li s-a răspuns în termen, autoritatea contractantă nu avea îndreptățirea legală de a se răzgândi (total discreționar) ulterior expirării termenului de transmitere de clarificări. Menționarea referatului medicului specialist, care pare a fi semnat prin delegat, este în opinia contestatoarei cel puțin discutabilă.

În continuare, contestatoarea arată că documentația de atribuire a impus drept criteriu de calificare și prezentarea avizului de funcționare emis de către Ministerul Sănătății. În acest sens, arată că filele 2705-2713 din dosarul cauzei cuprind Avizul de funcționare nr. 1311 din 25.04.2005 deținut de către SC ▪ SRL, cu modificările ulterioare până la data de 29.11.2010. Contestatoarea susține că respectivul aviz nu cuprinde autorizare pentru distribuirea pe teritoriul României a echipamentelor producătorului ▪ BV oferite de către Asociera ▪ și, în general, nu cuprinde autorizare pentru import, comercializare și depozitare de dispozitive medicale pentru diagnosticare și tratament cu radiații (or, toate echipamentele principale vizate de procedură se încadrează în această categorie) și nici pentru reparare, verificare și

punere în funcțiune (deși contractul în cauză implică și componenta de punere în funcțiune).

Pe de altă parte, referitor la echipamentele ▪ oferate, contestatoarea susține că respectivul aviz cuprinde autorizare doar pentru distribuirea produselor ▪ Business Area Software Systems (SUA), certificatul ISO prezentat la fila 2195 din dosar specificând tipul de produse ale respectivului producător, parte a grupului ▪, și anume programe informatice (software). Or, respectivul aviz ar fi trebuit să cuprindă autorizare pentru distribuirea și punerea în funcțiune a echipamentelor medicale propriu-zise, produse de către grupul ▪, iar nu doar pentru software-ul incorporat în acestea.

În aceste condiții, autoarea contestației apreciază că avizul de funcționare prezentat de către Asocieria ▪, fiind incomplet, prin raportare la toate echipamentele oferate, nu poate constitui un document care să satisfacă în mod corespunzător cerințele documentației de atribuire.

Mai mult, autoarea contestației precizează că la filele 2552-2555 din dosarul cauzei se află două autorizații emise de către CNCAN pentru SC ▪ SRL, ce au fost depuse de către Asocieria ▪ pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor obligatorii de calificare indicate în Secțiunea V.2), punctele 6 și 7, din fișa de date a achiziției. Având în vedere faptul că SC ▪ SRL nu este membră a Asocierii ▪, ar rezulta că s-a intenționat aplicarea art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, dar, consultând dosarul, contestatoarea susține că nu a identificat un document prin care respectivul terț să își confirme susținerea prin punerea la dispoziția Asocierii ▪ a resurselor sale tehnice și profesionale, astfel cum impune alin. (2) al sus-menționatului articol, singurul angajament al SC ▪ SRL fiind cel aflat la fila 2128 din dosar, care vizează exclusiv asumarea timpului de răspuns, de 24 h, în caz de defecțiune în funcționarea echipamentului (deci cu privire la o fază ulterioară, aceea a service-ului în garanție și post-garanție).

Prin urmare, în absența îndeplinirii condiției prevăzută la art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2007, contestatoarea consideră că oferta câștigătoare a fost stabilită cu încălcarea art. 200 alin. (1) din ordonanță.

De asemenea, autoarea contestației precizează că, prin adresa nr. ▪/03.12.2010, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea de către ▪ a documentelor de calificare în privința cărora s-au dat declarații inițiale conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006. Or, referitor la îndeplinirea obligațiilor de plată față de autorități, aceasta a prezentat doar o nouă declarație pe proprie răspundere datată în 07.12.2010, în limba engleză, privind inexistența întârzierilor la plată a sumelor datorate către autoritățile guvernamentale, deși documentația de atribuire a specificat în mod expres necesitatea prezentării unei

documentații oficiale în acest sens, în traducere legalizată. Pe de altă parte, ▪ nici nu a declarat pe proprie răspundere că legislația britanică nu permite emiterea unei astfel de documentații de către autoritățile competente/vizate. În consecință, rezultă că Asocieria ▪ nu a prezentat toate documentele de calificare constituind cerințe obligatorii.

Autoarea contestației apreciază că afirmația autorității contractante că existența clauzei contractuale a penalităților de întârziere este de natură a anihila consecințele ofertării de către Asocieria ▪ a unui termen nerealist de îndeplinire a tuturor obligațiilor contractuale este surprinzătoare, în condițiile în care timpul este considerat esențial, deoarece numai așa se explică introducerea celui de-al doilea factor de evaluare a ofertelor. Prin aceasta, autoritatea contractantă mută discuția în terenul remediilor juridice în caz de răspundere contractuală. De asemenea, contestatoarea consideră neconcludente explicațiile lapidare ale autorității contractante prezentate în punctul de vedere, acestea rezumându-se la indicarea valorii full service pe an ofertate de către Asocieria ▪, fără a clarifica dacă oferta câștigătoare conține elemente concrete care să conducă la concluzia că respectiva valoare include service integral pentru întregul proiect, adică pentru toate echipamentele medicale (principale și auxiliare), precum și pentru toate echipamentele accesorii.

Totodată, contestatoarea susține că în art. 5 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 se aplică exclusiv achiziția de produse având ca accesoriu serviciile aferente de instalare și punere în funcțiune, fiind irelevantă, într-un asemenea caz, ponderea valorică a componentei de furnizare față de componenta servicii. Pe de altă parte, art. 7 din OUG nr. 34/2006 conține o regulă de calificare a contractului de achiziție publică prin raportarea valorii estimate a componentelor sale, dar această regulă se aplică exclusiv combinației de furnizare și servicii (desigur altele decât serviciile accesorii de instalare și punere în funcțiune), iar nu și unei combinații incluzând achiziție de lucrări, norma juridică în cauză fiind lipsită de orice echivoc.

În același timp, contestatoarea arată că nu are certitudinea caracterului complet și corespunzător al celorlalte oferte depuse, tocmai din perspectiva informațiilor obținute prin comunicarea rezultatului procedurii și ulterior acestuia, care ne indică posibilitatea ca oferta câștigătoare să fi întrunit punctajul maxim, ca urmare a faptului că nu a răspuns decât unei părți a obiectului contractului, respectiv doar aceleia constând în furnizarea de echipamente cu serviciile aferente de instalare și punere în funcțiune și service post-garanție pentru acestea, iar nu și componentei de lucrări (construirea întregii noi secții, inclusiv cele 2 buncăre), în tot sau în parte, și de service post-garanție pentru toate echipamentele accesorii, cu impact direct asupra tuturor componentelor analizate prin factorii de evaluare.

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

Prin anunțul de participare nr. 2/20.10.2010, publicat în SEAP, SPITALUL CLINIC MUNICIPAL „S” (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Secție de Radioterapie Externă și Brahiterapie (proiect *la cheie*) - Accelerator liniar multifuncțional de energie maximă 15 și/sau 18MV 1 buc, Simulator 1 buc, Computer plan tratament 10 buc, Sistem computerizat de comunicare, comandă și control 1 buc, Sistem de dozimetrie 1 buc, Sistem de imobilizare 2 buc, Sistem complet de tratament cu brahiterapie 1 buc”, cod CPV 33151000-3 - *Aparate și accesorii de radioterapie (Rev.2)*.

Cu ocazia desfășurării ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare a ofertelor) a încheiat procesul-verbal nr. 3/03.12.2010, în care a consemnat depunerea a trei oferte, printre care și cea a contestatoarei.

Urmare a întocmirii raportului procedurii de atribuire nr. 2 din 08.12.2010, în care s-a consemnat desemnarea câștigătoare a ofertei prezentate de Asocieria SC S SRL - S, autoritatea contractantă a informat participanții la procedură asupra acestui rezultat, împotriva căruia S a formulat prezenta contestație, solicitând în principal, revizuirea acestuia și, în subsidiar, anularea procedurii.

Cercetând condițiile de fond ale înaintării contestației, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată lipsa de interes a demersului autoarei acesteia. În acest sens, prin adresele nr. 2/12.01.2011 și respectiv nr. 2 din 12.01.2011, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes a introducerii contestației prin raportare la locul din clasament al ofertei contestatoarei. Prin adresa de răspuns nr. 504/13.01.2011, autoritatea contractantă susține lipsa de interes a contestatoarei, motivat de faptul că oferta acesteia se situează pe locul 3 în clasament.

În același timp, prin adresa de răspuns înregistrată la CNSC sub nr. 2/13.01.2011, contestatoarea precizează poziția sa, respectiv de respingere a excepției lipsei de interes pentru următoarele motive:

„1. Subscrisele am avut calitatea de ofertant în cadrul procedurii, depunând oferta comună a asocierii S;

2. Spitalul a declarat oferta admisibilă, respectiv acceptabilă și conformă, astfel cum rezultă din Procesul-verbal al ședinței de evaluare din data de 08.12.2010 (filele 352-353 din dosar) și din Raportul de specialitate datat 08.12.2010 (filele 339-340 din dosar); oferta a fost declarată necâștigătoare, astfel cum rezultă din Comunicare și din primul document susmenționat;

3. Contestația și concluziile scrise aferente cuprind atât critici referitoare strict la oferta câștigătoare a Asocierii ▪, vizând respingerea acesteia ca inacceptabilă sau după caz neconformă, cât și critici de ordin general cu privire la Procedură prin care am solicitat:

a) o reevaluare a ofertelor rămase acceptabile prin reanalizarea lor din perspectiva conformității cu prevederile din Caietul de Sarcini și, în general, ale Documentației de Atribuire, respectiv în vederea stabilirii măsurii în care acestea au inclus:

(i) integral componenta de lucrări de proiectare și construire a întregii noi secții de Radioterapie Externă și Brahiterapie, totalizând circa 1000 mp suprafață construită, nu doar a două buncăre, de acest aspect depinzând esențial quantumul prețului oferat (factor de evaluare contând pentru 60% din punctaj) și termenul de ofertă (factor de evaluare contând pentru 35% din punctaj);

(ii) integral valoarea anuală full service, respectiv aferentă întregului proiect, iar nu doar echipamentelor medicale principale (factor de evaluare contând pentru 5% din punctaj);

cu obligarea Spitalului la a solicita în prealabil clarificări, în caz de ambiguități în ofertare, în temeiul art. 78 din HG nr. 925/2006, precizând că subscrisele am constatat că am fost singurele care am depus un grafic detaliat de proiectare și execuție și am indicat în mod expres componentele valorii anuale full service dovedind astfel fără dubiu, că Oferta răspunde întregului obiect al Procedurii.

În acest sens, a se vedea secțiunea 5 din contestație și secțiunile 6-7 din concluziile scrise aferente.

b) anularea întregii proceduri pentru motivele prezentate în secțiunea 6 din Contestație și secțiunea 8 din concluziile scrise aferente, considerând că prin Procedură s-a încălcat esențial cadrul juridic al achizițiilor publice prin incorecta calificare a contractului de achiziție publică în cauză, ignorându-se componenta sa de contract de lucrări, deși valoarea estimată aferentă este de circa 1.000.000 euro, existând totodată grave și multiple încălcări ale prevederilor legale aplicabile, a căror remediere nu se poate realiza, respectând principiile și garanțiile din materia achizițiilor publice, decât prin anularea întregii proceduri.

În concluzie, subscrisele apreciem că avem un interes legitim, actual și direct în admiterea contestației noastre, întrucât prin dispunerea reanalizării ofertelor rămase acceptabile redobândim șansa declarării Ofertei ca fiind câștigătoare, dacă se va constata că oferta actualmente clasată pe locul II este neconformă din perspectiva celor prezentate succint la punctul (a) de mai sus și detaliate prin contestație și concluziile scrise aferente, iar în situația anulării întregii Proceduri, se reinstaurează libera concurență și se crează premisele respectării tuturor principiilor și garanțiile prevăzute de art. 2 din OUG nr. 34/2006

cu ocazia unei eventuale relansări a procedurilor de achiziție publică vizând scopul urmărit de Procedură sau o parte a acestuia”.

În aprecierea sa, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 255 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, care prevăd: *(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională sau în justiție, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.*

(2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) 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 respectiva procedura de atribuire.

În cauză, Consiliul a avut în vedere și faptul că procedura de atribuire s-a desfășurat online prin intermediul SEAP și, conform informațiilor din SEAP postate în data de 12.12.2010, ca urmare a evaluării ofertelor, oferta contestatoarei se situa pe locul trei în clasament.

Or, în condițiile în care, contestatoarea, atacă doar acceptarea de către autoritatea contractantă a ofertei clasate pe locul întâi, fără a ataca, în condiții similare, acceptarea și a ofertei clasate pe locul doi (a cărei situație o cunoștea inclusiv a studierii dosarului cauzei), Consiliul constată lipsa calității de persoană vătămată a acesteia, așa cum este calificată de prevederile art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Mai mult, Consiliul constată că deși a solicitat în data de 24.12.2010 acceptul ofertantului clasat pe locul doi pentru a studia inclusiv propunerea tehnică a acestuia (fila 2734 din dosarul cauzei), contestatoarea nu a formulat critici împotriva ofertei acestuia nici după studierea dosarului cauzei existent la Consiliu.

Invocarea de către contestatoare prin adresa din 13.01.2011, în susținerea interesului său, a secțiunii 5 din contestație, respectiv a secțiunilor 6 și 7 din concluzii scrise este apreciată de Consiliu neîntemeiată. Astfel la secțiunea 5 din contestație autoarea acesteia invocă neclarități ale documentației de atribuire și atacă în concret oferta desemnată câștigătoare (*) solicitând „anularea raportului procedurii și actelor subsecvente acestuia și o nouă evaluare a ofertelor depuse pentru a se face aplicarea art. 72 alin. (2) lit. h, art. 81 raportat la art. 36 alin. (1) lit. f) din HG nr. 925/2006, atrăgând respingerea ca inacceptabilă a ofertei asocierii”.

De asemenea, la punctele 6 și 7 din concluziile scrise contestatoarea se referă strict la oferta desemnată câștigătoare.

În același timp, susținerea contestatoarei că prin solicitarea de anulare a procedurii își dovedește interesul în procedură este apreciată de Consiliu nefondată. Solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire (așa cum a precizat în secțiunea 6 din contestație și punctul 8 din concluzii scrise) se bazează pe presupusa încadrare eronată a tipului de contract supus achiziției și pe presupuse încălcări ale legislației în legătură cu întocmirea documentației de atribuire (documentație de atribuire neclară, ce ar fi putut duce la întocmirea unor oferte incomplete), critici ce sunt tardive la momentul formulării contestației.

Având în vedere cele precizate, Consiliul constată că autoarea contestației nu îndeplinește condițiile privind calitatea de persoană vătămată, în înțelesul dat de art. 255 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, deoarece oferta sa, situându-se pe locul trei în clasamentul întocmit de SEAP, nu ar putea fi declarată câștigătoare în cazul revizuirii lui urmare respingerii ofertei clasate pe primul loc.

Pentru aceste motive, în temeiul prevederilor coroborate ale art. 255 alin. (2) și ale art. 278 alin. (1), (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei, respinge contestația, ca lipsită de interes și dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

▪

MEMBRU COMPLET

▪

MEMBRU COMPLET

▪

Redactată în 3 exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) file.