

**D E C I Z I E**  
**BO2012\_0036**  
**Data: ■.2012**

Prin contestația nr. ■/23.12.2011, înregistrată la CNSC cu nr. ■/23.12.2011, depusă de SC ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■, privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare "echipamente instalații pentru purificare a aerului", cod CPV 42514000-2, cu data de deschidere a ofertelor 21.12.2011, organizată de ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

Prin contestația nr. ■/27.12.2011, înregistrată la consiliu cu nr. ■/27.12.2011, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, CUI ■, privind aceeași procedură de cerere de oferte organizată de ■, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 al. (1) din OUG 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

**DECIDE:**

În temeiul art. 278 al. (2) din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ■ SA nr. ■/23.12.2011, în contradictoriu cu ■, anulează raportul procedurii de atribuire nr. ■/22.12.2011 și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor *operatorilor economici implicați* și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației de atribuire și a legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor, autoritatea va comunica *operatorilor economici implicați* rezultatul procedurii, cu respectarea ordonanței de urgență evocată.

În conformitate cu art. 278 al. (5) din ordonanță, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația SC ■ SRL nr. ■/27.12.2011, în contradictoriu cu ■.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. (1) și (3) din OUG 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere de către părți în termen de zece zile de la comunicare.

## MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 al. (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestațiile de față, depuse de operatorii economici SC ■ SA și SC ■ SRL împotriva respingerii de către autoritatea contractantă a ofertelor lor depuse la procedura de atribuire menționată în partea introductivă a prezentei decizii.

În prima dintre contestații, SC ■ SA învederează că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 36 al. (1) lit. b) din HG 925/2006, sub pretextul că societatea nu are obiectul de activitate necesar pentru comercializarea categoriei de produse care face obiectul procedurii de atribuire, solicitat în documentația de atribuire. Însă, societatea are ca obiect principal de activitate *fabricarea gazelor industriale - cod CAEN 2011*, iar între activitățile secundare, conform certificatului constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului ■, se regăsește și *codul CAEN 3250 - fabricarea de dispozitive, aparate și instrumente medicale și stomatologice*.

Declararea ca inacceptabilă a ofertei este nelegală și abuzivă, în contradicție cu cerințele cuprinse în documentația de atribuire.

În cap. III.2.1.b) din fișa de date autoritatea a cerut pentru calificare: "*Certificatul constatator emis de ORC ... din care să reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate activitatea de producție și/sau comercializare pentru categoria de produse care fac obiectul procedurii de achiziție publică*". Din formularea cerinței nu reiese care este, în concret, codul CAEN pe care îl vizează autoritatea.

În comunicarea rezultatului procedurii se arată că oferta a respinsă deoarece din certificatul constatator "rezultă că ofertantul nu are ca obiect de activitate comercializarea pentru categoria de produse care face obiectul procedurii de atribuire", argument în contradicție cu cerința anterior menționată, care privește atât producția, cât și comercializarea produselor solicitate.

SC ■ SA are ca obiect și activitatea cod CAEN 3250 - *Fabricarea de dispozitive, aparate și instrumente medicale și de stomatologie*, cod circumscris activității de producție a dispozitivelor medicale a căror achiziție a fost inițiată de către autoritatea contractantă. De altminteri, aceasta nu a indicat nici măcar în comunicarea rezultatului procedurii care ar fi codul CAEN pe care îl agreează.

Societatea deține și avizul de funcționare nr. ■/21.11.2007 emis de Ministerul Sănătății Publice, inclusiv pentru activități de import, comercializare și depozitare dispozitive medicale din categoria celor solicitate de către autoritate, precum și pentru repararea, verificarea și punerea în funcțiune a instalațiilor de producere a oxigenului medicinal O93, concentratoare de oxigen medicinal.

Prin modalitatea de evaluare a ofertelor, autoritatea a încălcat flagrant atât principiul utilizării eficiente a banului public, cât și principiul transparenței, care trebuiau să caracterizeze achiziția.

În contestația secundă, SC ■ SRL menționează că oferta sa a fost respinsă de autoritate deoarece "din certificatul constatator emis de ORC rezultă că ofertantul nu are obiectul de activitate comercializarea pentru categoria de produse ce fac obiectul procedurii de atribuire". În adresa de comunicare a respingerii se mai arată: "Comisia de evaluare a considerat că nu este necesar să se solicite completarea documentelor motivat de faptul că din certificatul constatator emis de ORC nu rezultă că ofertantul are ca domeniu de activitate codul CAEN corespunzător grupei de produse din care face parte echipamentul solicitat de către autoritatea contractantă".

Autoritatea nu a invocat niciun text legal care să stea la baza încadrării echipamentului într-o activitate cu un anumit cod CAEN.

În conformitate cu art. 207 al. (2) din OUG 34/2006 autoritatea avea obligația de a informa societatea cu privire la motivele concrete ale deciziei de respingere, cu detalierea argumentelor în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă, inclusiv temeiul de drept al stabilirii domeniului de activitate și codului CAEN de care aparține produsul care face obiectul procedurii de atribuire.

În punctul său de vedere nr. ■/28.12.2011 asupra contestațiilor, înregistrat la consiliu cu nr. ■/28.12.2011, autoritatea contractantă susține în apărare că, în urma verificării documentelor depuse de ofertanți, comisia de evaluare a constatat că SC ■ SA a depus documentele solicitate, însă din certificatul constatator rezultă că nu are ca obiect de activitate comercializarea pentru categoria de produse care face obiectul procedurii de atribuire, drept pentru care, în temeiul art. 36 al. (1) lit. b) din HG 925/2006, oferta sa a fost considerată inacceptabilă și respinsă ca atare. Situația este similară și pentru SC ■ SRL.

În fișa de date a achiziției s-a solicitat ofertanților, în vederea dovedirii capacității de exercitare a activității profesionale, prezentarea certificatului constatator emis de ORC sau prezentarea altui document echivalent din care să reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate producția și/sau comercializarea produselor care fac obiectul procedurii de achiziție publică. Prin fișa de date a achiziției nu s-a impus un anumit cod CAEN.

Potrivit certificatului constatator al SC ■ SA, obiectul principal de activitate al societății este fabricarea gazelor industriale, cod CAEN 2011, iar între activitățile secundare se regăsește și fabricarea de dispozitive, aparate și instrumente medicale și stomatologice cod CAEN 3250. Însă, nici activitatea principală și nici cea secundară nu corespund cerinței din fișa de date a achiziției. Din analiza sintagmei *activitatea de producție și/sau comercializare* se poate observa că, pentru a corespunde acestei cerințe, ofertanții trebuie să aibă ca obiect de activitate fie *activitatea de producție și comercializare*, fie numai *activitatea de comercializare*. Pentru a fi valabilă doar activitatea de producție, această cerință trebuia formulată alternativ *activitatea de producție sau comercializare pentru categoria de produse care fac obiectul procedurii de achiziție publică*, însă autoritatea nu a optat pentru o astfel de formulare a cerinței din fișa de date.

Mai mult, din cuprinsul ofertei tehnice a contestatoarei rezultă că este comerciant al produsului concentrator de producere oxigen pentru aplicații medicale din aer atmosferic, iar nu producător.

În concluzie, contestația SC ■ SA este nefondată.

Referitor la oferta SC ■ SRL, și aceasta este inacceptabilă. Din certificatul constatator prezentat reiese că firma are ca activitate principală intermediari în comerțul cu mașini, echipamente industriale, nave și avioane - cod CAEN 4614, activitate care nu se referă la dispozitivele medicale.

Din cuprinsul ofertei tehnice rezultă că ofertantul este comerciant al produsului concentrator de producere oxigen pentru aplicații medicale din aer atmosferic, iar nu producător. În aceste condiții, ca și în cazul celui alt operator economic contestator, există riscul major al neîndeplinirii contractului de achiziție publică, ofertanții în cauză nefiind abilitați legal să furnizeze produsul care face obiectul achiziției. Prin respingerea ofertelor, autoritatea contractantă a adoptat măsura necesară evitării acestui risc de neîndeplinire a contractului, care ar fi avut consecințe negative asupra activității medicale a spitalului.

Se solicită respingerea ca nefondate a contestațiilor, cu menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. ■/30.12.2011, înregistrată la consiliu cu nr. ■/30.12.2011, SC ■ SA a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, arătând că aceasta nu a indicat nici în respectivul punct de vedere vreun cod CAEN avut în vedere la întocmirea documentației de atribuire.

Prin avizul de funcționare nr. ■/21.11.2007 emis de MSP, inclusiv pentru activități de import, comercializare și depozitare pentru dispozitive medicale din categoria celor solicitate de către autoritatea contractantă, precum și pentru reparare, verificare și punere în funcțiune a instalațiilor de producere a oxigenului medicinal O93, concentratoare de oxigen medicinal, este atestată

capacitatea profesională a contestatoarei de către însuși forul suprem în materie - ministerul de resort.

Pe de altă parte, prin certificatul constatator s-a dovedit existența obiectului de activitate cod CAEN 3250 - *Fabricarea de dispozitive, aparate și instrumente medicale și stomatologice*, cod circumscris activității de producție a dispozitivelor medicale ce fac obiectul achiziției. Faptul că activitatea respectivă este principală sau secundară nu are nicio relevanță în cauză, atât timp cât este înscrisă în evidențele ORC.

Sunt lipsite de relevanță juridică și susținerile privitoare la interpretarea gramaticală a cerinței din fișa de date a achiziției. În situația în care ofertantul este autorizat ca producător nu necesită o autorizare specială, separată, pentru comercializarea produselor. Însăși calitate sa de comerciant producător conferindu-i dreptul de a își desface/comercializa marfa. Este cel puțin curioasă interpretarea pe care o oferă autoritatea contractantă prin punctul de vedere exprimat, intrând într-o contradicție evidentă atât cu normele legale, cât și cu interpretarea gramaticală a sintagmei respective. Chiar prin definiția termenului *activitate* (comercială) dată de nomenclatorul CAEN se precizează caracteristicile unei activități comerciale: intrarea de produse - procesul de producție - ieșirile de produse.

Pe de altă parte, ofertantul acceptat de autoritate (SC GB Indco SRL), are ca și obiect de activitate *comerțul cu ridicata al altor mașini și echipamente* - cod CAEN 4669. În conformitate cu explicațiile Nomenclatorului CAEN, această activitate include comerțul cu ridicata al echipamentelor de transport, al roboților componenți ai liniilor de fabricație, al cablurilor materialelor electrice și instrumentelor de măsură, necaracterizând așadar o activitate specifică de comercializare a echipamentelor solicitate de către autoritatea contractantă și nefăcând în sine dovada capacității de exercitarea a activității profesionale.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexe, consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ■, publicată în SEAP la ■.12.2011, autoritatea contractantă ■ a inițiat o procedură de cerere de oferte on-line în vederea achiziționării unui concentrator de producere a oxigenului pentru aplicații medicale din aer atmosferic (debit minim oxigen 18 mc/h, presiune minimă 5 bari, puritate 93% +/- 3%, conform SR EN ISO 10083), estimat valoric la 532.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire aferentă achiziției a fost postată în SEAP la ■.12.2011, alături de invitația de participare.

La procedură s-au prezentat trei ofertanți, între care SC ■ SA și SC ■ SRL, ale căror oferte au fost respinse de autoritate ca inacceptabile, măsură împotriva căreia, pentru motivele evocate anterior, cele două ofertante au investit consiliul, în termen legal, cu

soluționarea contestațiilor ce fac obiectul prezentelor cauze conexe.

Asupra aspectelor sesizate de societățile pârâtoare, consiliul observă că autoritatea contractantă a prevăzut în fișa de date a achiziției, la pag. 5, cerința obligatorie de calificare constând în prezentarea de către ofertanți a certificatului constatator emis de ORC sau alt document echivalent din care sa reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate activitatea de producție și/sau comercializare pentru categoria de produse care face obiectul procedurii de achiziție publică.

Din redactarea acestei cerințe rezultă că autoritatea nu a impus ofertanților să aibă menționat în certificatul constatator un anumit cod CAEN, concluzie pe care însăși autoritatea o susține în punctul său de vedere. Cerința era ca, din certificatul constatator sau dintr-un document echivalent acestuia, depus de ofertant, să transpară că obiectul de activitate al ofertantului acoperă activitatea de producție și/sau comercializare pentru categoria de produse care face obiectul procedurii de achiziție publică (dispozitive medicale de producere a oxigenului medicinal). Cu toate acestea, în raportul procedurii și în comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire autoritatea consemnează hotărârea de respingere a ofertelor celor două contestatoare deoarece "nu rezultă că ofertantul are în domeniul de activitate codul CAEN corespunzător [...]".

În concluzie, pe baza certificatelor constatatoare cu care s-au prezentat la procedură SC ■ SA și SC ■ SRL autoritatea trebuia să deceleze dacă obiectul lor de activitate era cel impus. Neexistând nicio circumstanțiere după cum obiectul era principal sau secundar, autoritatea nu avea teme și nu putea face această distincție.

În Ordinul președintelui Institutului Național de Statistică nr. 337/2007 privind actualizarea Clasificării activităților din economia națională - CAEN, activitatea principală este identificată prin metoda ordinii descrescătoare (de sus în jos), ca fiind cea activitate care contribuie în cea mai mare măsură la valoarea adăugată totală a unității luate în considerare. Activitatea principală astfel identificată nu reprezintă, în mod necesar, 50% sau mai mult din valoarea adăugată totală a unității. O activitate secundară este oricare altă activitate a unității, activitate care produce bunuri sau servicii.

Este observabil din parcurgerea certificatului constatator adus de prima dintre contestatoare că aceasta are recunoscut ca obiect secundar de activitate *fabricarea de dispozitive, aparate și instrumente medicale și stomatologice*, ceea ce îi conferă dreptul de a produce și, implicit, a comercializa dispozitive medicale de genul celui dorit de autoritate. De altminteri, autoritatea contractantă nu a demonstrat consiliului că SC ■ SA nu ar avea dreptul de a comercializa concentratoare de oxigen medicinal, pentru ipoteza în care este fabricantul acestora (ar fi chiar un nonsens ca agenții

economici fabricanți ai produselor să nu aibă dreptul de a le vinde, adică de a produce doar pentru consum propriu).

Pe de altă parte, nici societatea comercială declarată câștigătoare nu are ca obiect de activitate principal producția/comercializarea de dispozitive medicale. Însă, are ca activitate secundară *fabricarea de dispozitive, aparate și instrumente medicale și stomatologice*.

Prin urmare, este greșită concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă în privința SC ■ SA, din certificatul constatator prezentat reieșind că societatea îndeplinește cerința de calificare în referință.

Nu aceeași este situația pentru cea de a doua contestatoare. Din certificatul constatator adus de SC ■ SRL se constată că firma are ca activitate principală intermediari în comerțul cu mașini, echipamente industriale, nave și avioane - cod CAEN 4614, activitate care nu se referă la dispozitivele medicale de genul concentratoarelor de oxigen medicinal. În certificatul acestei firme nu figurează nicio activitate secundară, astfel încât raportarea se face doar la unica activitate menționată - intermediari în comerțul cu mașini, echipamente industriale, nave și avioane.

Prin necontestarea în termenul legal a cerinței de calificare de la pagina 5 a fișei de date a achiziției ea și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire. În plus, prin depunerea ofertei la procedură, SC ■ SRL și-a însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu i se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile până la ultima virgulă. La acest moment, este de domeniul evidenței că orice obiecție pe marginea documentației este tardivă și nu poate fi cercetată pe fond. Totuși, trebuie remarcat că cerința criticată este în acord cu Ordinul președintelui ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care în anexa nr. 1 stabilește că nu este restrictivă ("*Certificat constatator emis de ONRC din care să rezulte obiectul de activitate al respectivului operator economic. Obiectul contractului trebuie să aibă corespondent în codul CAEN din certificatul constatator emis de ONRC*").

În jurisprudența sa [hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction Ltd și County Council of the County of Mayo, C-19/00 (punctele 42-44)], Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

În pofida prevederilor clare și obligatorii redade mai sus, SC ■ SRL a înțeles să participe la achiziție cu un certificat constatator în care nu se precizează că firma are ca obiect "*activitatea de producție și/sau comercializare pentru categoria de produse care fac obiectul procedurii de achiziție publică*".

În consecință, motivul reținut de autoritate în respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă este judicios.

Art. 170 din OUG 34/2006 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar în baza art. 34 al. (1), art. 37 al. (2), art. 72 al. (2) lit. b) și art. 81 din HG 925/2006:

- comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți;

- comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În aceeași direcție, art. 200 din ordonanță dispune că autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.

Consecința lipsei din certificatul constatator a unui obiect de activitate corespunzător celui impus constă în respingerea ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 36 al. (1) lit. b) din HG 925/2006 (*oferta este considerată inacceptabilă dacă ofertantul nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare*) și cele ale art. 81 din același act normativ (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile*) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

În speță, întrucât oferta în referință se circumscrie art. 36 al. (1) lit. b) din HG 925/2006, care prevede respingerea ei ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a procedat legal prin respingerea ca atare a ei.

Din ansamblul celor expuse se constată că nu există motive pentru anularea rezultatului procedurii comunicat de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, nici pentru repetarea evaluării ofertei SC ■ SRL. În consecință, în temeiul art. 278 al. (5)



din OUG 34/2006, consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ■ SRL nr. ■/27.12.2011, în contradictoriu cu ■.

Relativ la adresa de comunicare a rezultatului procedurii către SC ■ SRL, ea respectă prescripțiile art. 207 din ordonanță, fiind indicat motivul concret care a stat la baza respingerii ofertei, respectiv neîndeplinirea cerinței de calificare anterior menționată.

În baza art. 278 al. (2) din OUG 34/2006, consiliul va admite contestația SC ■ SA nr. ■/23.12.2011, în contradictoriu cu ■, va anula raportul procedurii de atribuire nr. ■/22.12.2011 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor operatorilor economici implicați, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației licitației și a legislației privind achizițiile publice.

În baza aceleiași temei legal va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să comunice operatorilor economici implicați, după reevaluarea ofertelor, rezultatul procedurii de atribuire, conform OUG 34/2006.

Sintagma "operator economic implicat" este cea definită la art. 206 al. (1) ind. 1 din ordonanță, doar ofertele acestora urmând a fi reevaluate.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

■

**MEMBRU,**

■

**MEMBRU,**

■

Redactată în cinci exemplare, cuprinde zece pagini.