



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.ro

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la CNSC sub nr. ... din ... completată prin adresa nr. 4161 din 03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18070 din 03.06.2013, formulată de ... cu sediul în ... înregistrată la ORC cu nr. ... având CIF ... reprezentată legal prin ... – Director General, împotriva adresei nr. 16565 din 22.05.2013, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă de autoritatea contractantă ... cu sediul în ... str. Marchian nr. 11, județul ... în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect: „Oxigen medicinal”, cod CPV 24111900-4, s-a solicitat, pentru lotul 2:

- admiterea contestației;
- anularea comunicării rezultatului procedurii;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și la acceptarea ofertei tehnice.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ... cu sediul în ... în contradictoriu cu ... cu sediul în ... str. Marchian nr. 11, județul ...

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 depusă, ... în calitate de ofertantă la procedura de cerere de oferte organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „Oxigen medicinal”, cod CPV 24111900-4, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ... din 30.04.2013, a solicitat, pentru lotul 2:

- admiterea contestației;
- anularea comunicării rezultatului procedurii;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și la acceptarea ofertei tehnice.

În ceea ce privește fondul cauzei, contestatorul menționează că autoritatea contractantă a solicitat pentru Lotul nr. 2, „oxigen medicinal gazos (produs la fața locului)”, iar în caietul de sarcini a fost clar menționat, „(...) sau echivalent cu puritate de minim 93% ± 3%”.

Având în vedere dispozițiile art. 35 și art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul apreciază că, în mod greșit, ... a stabilit oferta sa ca fiind inacceptabilă pentru Lotul nr. 2 întrucât:

- produsul ofertat, oxigen medicinal MW32, gaz medicinal lichefiat, așa cum rezultă din Autorizația de punere pe piață, respectă puritatea minimă solicitată prin caietul de sarcini;

- instalația ofertată prin propunerea tehnică se încadrează corespunde cerinței caietului de sarcini, fiind încadrată la mențiunea „ (...) sau echivalent cu puritate de minim 93% ± 3%”;

- oferta cuprinde explicații clare privind modul în care oxigenul produs în stare lichidă se transmite autorității contractante în stare gazoasă, transformarea oxigenului din stare lichidă în stare gazoasă fiind realizată „la fața locului”, prin intermediul instalației criogenice pusa la dispoziție de ...

- având în vedere cele de mai sus, apreciază că oferta sa se încadrează întru - totul cerințelor minime impuse prin caietul de sarcini, iar catalogarea ei ca fiind „inacceptabilă” încalcă prevederile art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv principiile: nediscriminării, tratamentului egal și eficiența utilizării fondurilor publice.

Prin adresa nr. 4161 din 03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18070 din 03.06.2013, ... și-a completat contestația ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante nr. 17798 din 31.05.2013, cu următoarele precizări:

- autoritatea contractantă a constatat, în mod eronat, că oferta sa tehnică constituie o alternativă a prevederilor caietului de sarcini;

- în caietul de sarcini se face referire la o instalație care produce oxigen medicinal gazos din aerul atmosferic, ignorându-se esența contractului care este achiziționarea produsului „oxigen medicinal de puritate de minim 93% ± 3%” și impunându-se, în contradicție cu prevederile art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006, un procedeu special;

- ... livrează oxigen medicinal lichid autorizat de Ministerul Sănătății prin Agenția Națională a Medicamentului, care este transformat, la fața locului, prin intermediul instalațiilor de stocare și evaporare, în oxigen medicinal gazos, așa cum reiese și din autorizația de punere pe piață Oxigen MW 32, GAZ medicinal lichefiat;

- instalațiile puse la dispoziție respectă normele de avizare legale în vigoare, respectiv avizare ISCIR, așa cum prevede legea;

- referitor la termenul „echivalent”, în concordanță cu prevederile art. 35 și art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006, acesta se referă la produsul supus achiziției și nu la instalație, care nu face obiectul prezentei proceduri;

- oxigenul medicinal lichid, oferit este autorizat de ANM pentru fabricare în Reșița, acesta fiind transformat la fața locului în oxigen medicinal gazos, care este administrat pacienților;

- afirmația autorității contractante potrivit căreia: „Tipul de oxigen este lichid”, este greșită și, în neconcordanță cu

realitatea, atâta timp cât instalația de producere descrisă în caietul de sarcini produce din aer atmosferic oxigenul medicinal gazos;

- oferta sa a fost considerată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 81 din H.G. nr. 925/2006, întrucât aceasta a respectat cerințele minime impuse prin caietul de sarcini, respectiv puritate minim $93 \pm 3\%$, precum și furnizarea către pacienți a produsului în forma gazoasă prin intermediul unei instalații;

- după verificări prealabile, a oferit produsul solicitat, considerând ca tipul de instalație „stocator” este în concordanță cu cererea de ofertă, neputând fi înlăturată oferta sa pentru acest considerent;

- totodată arată că un reprezentant specializat al său a vizitat ambele amplasamente supuse Lotului nr. 2, constatând posibilitatea furnizării oxigenului gazos transformat din oxigen medicinal lichid dintr-un stocator amplasat la aceste destinații, spațiul permițând fără probleme această amplasare.

În concluzie, contestatorul a solicitat Consiliului, în concordanță cu prevederile art. 275 pct. 5 din O.U.G. nr. 34/2006, să dispună audierea sa dacă va considera că sunt necesare lămuriri suplimentare sau detaliate.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 10100/.../... din 28.05.2013, transmiterea dosarului achiziției publice în copie, oferta contestatorului și cea a câștigătorului (inclusiv documentele de calificare ale acestora), pentru Lotul nr. 2, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Prin adresele nr. 17798 din 31.05.2013, nr. 17897 din 31.05.2013, precum și nr. 18719 din 06.06.2013, înregistrate la CNSC sub nr. 17853 din 31.05.2013, nr. 18034 din 03.06.2013, respectiv nr. 18728 din 07.06.2013, autoritatea contractantă a transmis, în copie, documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... evidențind următoarele:

- în data de 20.05.2013, comisia de evaluare a ofertelor, numită prin Decizia nr. 85 din 2013, a finalizat evaluarea tehnică a ofertanților înscriși în procedura „cerere de ofertă online” organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică în cauză;

- în urma evaluării tehnice, referitor la oferta tehnică depusă de contestator, comisia de evaluare a constatat că oferta

tehnică prezentată constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, ce nu poate fi luată în considerare din următoarele motive: se oferă oxigen medicinal lichid, cu stocator de oxigen, în loc de oxigen medicinal gazos produs la fața locului de instalații de producere a oxigenului, așa cum este solicitat prin caietul de sarcini; în invitația de participare nu este precizată, în mod explicit, posibilitatea depunerii unor oferte alternative;

- pentru Lotul nr. 2 a inclus în documentația de atribuire specificațiile tehnice în sensul dat de art. 35 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, privind produsul ce se dorește a fi achiziționat, respectiv Oxigen medicinal $93\% \pm 3\%$ produs la fața locului;

- în caietul de sarcini au fost trecute condițiile pe care trebuie să le îndeplinească instalația de producere a oxigenului, precum și modul de producere al acestuia;

- termenul „echivalent” din caietul de sarcini se referă la metoda de producere a oxigenului (Presiune Swing Absorbtion), nu și la celelalte condiții: oxigen medicinal gazos, $93\% \pm 3\%$, produs la fața locului prin intermediul unei instalații de producere oxigen;

- în fișa de date a achiziției se menționează clar: „II.1.9) Vor fi acceptate variante Nu (...)”;

- în oferta tehnică, ... a oferat două tipuri de oxigen medicinal, astfel: oxigen medicinal lichid (lichefiat) și oxigen medicinal comprimat (tuburi de oxigen);

- pentru oxigenul medicinal lichid (lichefiat) s-au tras următoarele concluzii: nu se produce la fața locului prin intermediul unei instalații de producere oxigen, ci este produs într-o altă locație (este fabricat la ..., conform Autorizației nr. 67F), și apoi transportat și stocat în recipiente criogenici (pct. 1.1 din propunerea tehnică); tipul de oxigen este lichid și nu gazos;

- pentru oxigenul medicinal comprimat (tuburi de oxigen) s-au tras următoarele concluzii: nu se produce la fața locului prin intermediul unei instalații de producere oxigen, ci, conform Autorizației de punere pe piața FN, este produs într-o altă locație (... ca și oxigen medicinal lichid, ca apoi să fie îmbuteliat în tuburi de către ... tipul de oxigen, deși este gazos, este ambalat la tuburi;

- având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă subliniază că, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini și fișei de date a achiziției, coroborate cu cele ale art. 36 alin. (2) litera c) și e¹) din H.G. nr. 925/2006, oferta depusă de ... a fost

stabilită ca fiind inacceptabilă, și, în consecință, în conformitate cu prevederile art. 81 din H.G. nr. 925/2006, a fost respinsă.

Totodată, autoritatea contractantă precizează faptul că cele două locații nu îndeplinesc condițiile tehnice necesare pentru instalarea unor stocatoare criogenice de oxigen medicinal lichefiat.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de cerere de oferte, a fost inițiată de în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Oxigen medicinal”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ... din 30.04.2013. Potrivit acesteia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind între 344.000,00 lei și 516.000,00 lei, fără TVA, iar valoarea estimată a lotului 2 – „Oxigen medicinal gazos (produs la fața locului)”, fiind între 177.600,00 lei și 266.400,00 lei, fără TVA.

Ofertele depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop în data de 20.05.2013.

Comisia de evaluare și-a finalizat activitatea prin întocmirea raportului procedurii nr. 165 din 22.05.2013.

În calitate sa de participantă la procedura de achiziție publică în cauză, ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 16565 din 22.05.2013, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire. În această adresă este menționat, printre altele, că oferta acestei societăți pentru lotul 2 a fost declarată inacceptabilă, potrivit art. 36 alin. (2) [n.n. alin. (1)] lit. c) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, din următoarele motive:

„[...]

Oferta tehnică prezentată de dumneavoastră constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu poate fi luată în considerare din următoarele motive:

- se oferă oxigen medical lichid, cu stocator de oxigen, în loc de oxigen medicinal gazos produs la fața locului de instalații de producere a oxigenului, așa cum este solicitat prin Caietul de sarcini;

- în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative;

[...]”

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită pentru lotul 2:

- admiterea contestației;
- anularea comunicării rezultatului procedurii;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și la acceptarea ofertei tehnice.

În caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, s-au menționat, pentru lotul 2, printre altele, următoarele:

„[...]”

Oxigen medicinal gazos ...:

-Instalația trebuie să producă oxigen medicinal cu presiunea de ieșire 5 bari (reglare între 2-7 bari) prin metoda de producere a oxigenului PSA (Presiune Swing Absorbtion) sau echivalent cu puritate de minim 93 % ± 3 %.”

Puritatea oxigenului va fi monitorizată, verificată și afișată continuu cu ajutorul unui analizor de puritate încorporat.

Instalația de producere a oxigenului medicinal la fața locului va fi pusă la dispoziția beneficiarului cu titlu gratuit, fără nici un cost adițional montării ei (piese de schimb, service, chirii, energie electrică, etc.), și se va realiza cu tehnologii moderne, complet automatizată, cu funcționarea asistată de microprocesoare cu fiabilitate ridicată.

Instalația va funcționa fără oprire non stop (24 ore din 24).

[...]”

Analizând documentele depuse de ofertanta ... pentru lotul 2 în dovedirea îndeplinirii cerințelor caietului de sarcini vizând instalația de producere la fața locului a oxigenului medicinal gazos 93 % ± 3 %, Consiliul reține că autoarea contestației nu a îndeplinit cerința referitoare la modul de producere al oxigenului, așa cum a fost formulată de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, depunând propunerea tehnică cu următorul conținut:

„Propunere tehnică LOT 2

Condiții tehnice pentru instalațiile de aprovizionare oxigen medicinal lichid

1. Aprovizionare centrală cu oxigen medicinal lichiefiat, având următoarele componente:

Pentru locația bdul Mihai Eminescu nr. 12

1.1 Recipient criogenic de stocare pentru oxigen medicinal lichefiat cu capacitate de stocare de min 1.000 litri – 1buc.

[...]

...1.1 Recipient criogenic de stocare pentru oxigen medicinal lichefiat cu capacitate de stocare de cca 6.000 litri – 1buc.

[...]”

În comunicarea rezultatului procedurii, precum și în punctul de vedere al autorității contractante este arătat faptul că oferta depusă de contestatoare este una alternativă la prevederile caietului de sarcini.

Dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, stabilesc următoarele:

- art. 170 „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire [...]”

- art. 171 „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă.”

- art. 173 „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a permite ofertanților să depună oferte alternative numai în cazul în care criteriul de atribuire este „cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic”.

(2) Anunțul de participare trebuie să precizeze în mod explicit dacă este permisă depunerea de oferte alternative sau dacă această posibilitate este interzisă. În cazul în care această precizare lipsește, autoritatea contractantă nu are dreptul de a lua în considerare ofertele alternative.”

- art. 174 „(1) Autoritatea contractantă care permite depunerea de oferte alternative are obligația de a preciza în caietul de sarcini cerințele minime obligatorii pe care acestea trebuie să le respecte și orice alte cerințe specifice pentru prezentarea lor.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a nu lua în considerare ofertele alternative care nu respectă cerințele minime prevăzute la alin. (1).”

Analizând probele depuse la dosar, Consiliul reține pe de o parte că autoritatea contractantă nu a prevăzut posibilitatea depunerii de oferte alternative, iar, pe de altă parte, faptul că ... a prezentat o astfel de ofertă.

Întrucât cerința din caietul de sarcini pentru lotul 2 privind oxigenul medicinal gazos produs la fața locului de instalații de producere a oxigenului nu a făcut obiectul unor solicitări de clarificări/modificări a documentației de atribuire sau a unei

contestații, aceasta a devenit în egală măsură obligatorie atât pentru operatorii economici la întocmirea ofertelor conform art. 170 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, cât și pentru autoritatea contractantă în evaluarea acestora.

Determinând că, în cauză, contestatorul nu a demonstrat îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini privind producerea oxigenului medicinal gazos la fața locului, prin instalații de producere a oxigenului, astfel cum a fost impusă prin documentația de atribuire, Consiliul consideră că oferta sa, în mod corect, a fost respinsă de către autoritatea contractantă, ca ofertă alternativă.

Consiliul constată că, prin acceptarea ofertei contestatorului, autoritatea contractantă ar fi încălcat, în raport cu potențialii ofertanți care nu au depus oferte pentru lotul 2, deoarece nu puteau îndeplini această cerință, a principiului tratamentului egal și al transparenței, enunțate la art. 2 alin. (2) lit b) și d) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, Consiliul reține, în soluționare, ca fiind pertinentă, susținerea autorității contractante, potrivit căreia cele două locații nu îndeplinesc condițiile tehnice necesare pentru instalarea unor stocatoare criogenice de oxigen medicinal lichefiat, precum și faptul că ... nu a prezentat dovezi concrete care să o contrazică.

În ceea ce privește termenul „echivalent” indicat în caietul de sarcini: „Instalația trebuie să producă oxigen medicinal cu presiunea de ieșire 5 bari (reglare între 2-7 bari) prin metoda de producere a oxigenului PSA (Presiune Swing Absorbtion) sau echivalent cu puritate de minim 93 % ± 3 %.”, contrar afirmațiilor contestatoarei că s-ar referi la „produsul supus achiziției”, acesta se referă la metoda de producere a oxigenului PSA (Presiune Swing Absorbtion).

Prin urmare, produsul ce urmează să fie achiziționat pentru lotul 2 este „oxigen medicinal gazos”, iar la lotul 1 fiind vorba despre achiziția de „oxigen medicinal lichid”.

Totodată, Consiliul apreciază că argumentele expuse în scris și mijloacele de probă depuse de părți sunt suficiente pentru analiza cauzei, iar neconvocarea părților la o ședință de audieri nu este de natură a aduce atingere dreptului lor la apărare, ele beneficiind de toate garanțiile unui proces echitabil și în contextul caracterului scris al procedurii jurisdicționale. Părțile nu au fost îngădite în dreptul de a aduce probe în apărare, timpul scurs de

la primirea contestației fiind suficient pentru întregirea probatoriului.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din actul normativ menționat.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...