



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

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.cnscc.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 cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,**

## DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... CUI ... privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare de gaze medicinale lichefiate și servicii aferente livrărilor, coduri CPV 24111500-0 și 51820000-6, cu data de deschidere a ofertelor 01.04.2013, organizată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității la reevaluarea corectă a ofertelor, precum și la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

La 21.06.2013, ... cu sediul în ... județul ... CUI ... a adresat Consiliului cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. TM192338/20.06.2013, prin care solicită respingerea contestației ... și menținerea actualului rezultat al procedurii comunicat de autoritatea contractantă.

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

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

**DECIDE:**

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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... Respinge și cererea de obligare a autorității la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

În conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., încuviințează în principiu cererea de intervenție nr. TM192338/20.06.2013 depusă de ... și o admite în baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență menționată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere 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 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată mai sus, învederând în motivare că, în urma reevaluării ofertelor dispusă de Consiliu, autoritatea i-a comunicat, la 11.06.2013, că nu îndeplinește cerința de calificare referitoare la experiența similară, fără, însă, a-i solicita în prealabil vreo clarificare pe acest subiect. Autoritatea avea obligația de a notifica ofertanților reluarea etapei de evaluare a ofertelor și de a solicita ... clarificările și completările formale necesare evaluării complete a ofertei sale, sub aspectul experienței similare, obligație ce nu a fost respectată de autoritate. Aceasta a ales să ignore atât dispozițiile legale, cât și decizia precedentă a Consiliului.

În final, reclamanta informează Consiliul că urmează să își completeze contestația după ce va studia la Consiliu dosarul achiziției publice, formulând o solicitare în acest sens, în temeiul art. 274 alin. (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Totodată, "își rezervă" dreptul de a completa și probatoriul.

Raportat la această informare și la conținutul contestației, cu adresa nr. 11682/...-.../18.06.2013, în temeiul art. 270 alin. (2) și art. 275 alin. (1) din ordonanță, precum și al art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și (3) și art. 22 alin. (2) C. proc. civ., Consiliul a pus în

vedere reclamantei ca, în termen de cel mult cinci zile de la primirea adresei, să îi comunice, între altele:

- motivarea completă a contestației, având în vedere exprimarea în sensul unei viitoare completări;

- completarea mijloacelor de probă pe care se sprijină contestația, având în vedere exprimarea în sensul unei viitoare completări;

- dovada că a realizat anterior demersuri la autoritatea contractantă pentru a avea acces la dosarul achiziției publice și că aceasta i-a refuzat accesul;

- dacă a atacat cu plângere decizia Consiliului nr. ... prin care i s-a respins cererea de intervenție în partea care privește îndeplinirea cerinței de calificare a experienței similare;

- unde anume în cuprinsul deciziei menționate la punctul anterior se prevede obligația autorității contractante de a solicita clarificări .... La pagina 25 din decizie se regăsește textul: "Având în vedere că din actele prezentate de S.C. ...S.R.L. nu rezultă experiență similară în livrarea de oxigen medicinal lichid puritate min. 95%, Consiliul reține că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a face aplicarea prevederilor art. 201 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 35 din H.G. nr. 925/2006, în sensul solicitării de documente suplimentare din care să rezulte că în executarea contractelor indicate ca experiență similară au fost livrate produse similare celor care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.", text care evocă posibilitatea autorității de a îi solicita clarificări, iar nu vreo obligație în acest sens.

Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul achiziției publice, urmând a se completa contestația în raport de informațiile din respectivul dosar, Consiliul a înștiințat reclamanta că ordonanța prevede calea de atac a contestației pentru motive de nelegalitate și netemeinicie care îi sunt cunoscute persoanei vătămate la momentul formulării ei, iar nu pentru motive necunoscute. Contestația trebuie să cuprindă motivarea *integrală* a ei, în fapt și în drept, sens în care dispune art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță. Singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 270 alin. (2) – când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația în termen de cinci zile, după cum i s-a pus în vedere și contestatoarei mai sus.

S-a adăugat că, ulterior primirii copiei dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, reclamanta va fi informată asupra termenului în care poate consulta documentele din respectivul dosar, precum și depune eventualele concluzii scrise reieșite din consultarea dosarului, concluzii care nu pot avea ca obiect completarea contestației cu alte motive sau capete de cerere

(evidențierea se regăsește în cuprinsul adresei Consiliului și a avut ca scop atragerea atenției contestatoarei asupra importanței textului subliniat).

Reclamanta a răspuns la 21.06.2013, însă nu a adus niciun motiv suplimentar în completarea contestației sau mijloc de probă, pretextând că va fi în măsură să își completeze contestația după ce studiază dosarul achiziției la Consiliu. Precizează și că nu a întreprins niciun demers la autoritatea contractantă în vederea consultării respectivului dosar.

În punctul său de vedere nr. 11411/19.06.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 20623/21.06.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că ... nu și-a dovedit experiența similară, lipsindu-i din ofertă documente din care să rezulte tipul de gaze livrate anterior.

Prin decizia Consiliului, autoritatea nu a fost obligată să notifice ofertanții în vederea reluării etapei de analiză a ofertelor.

În conformitate cu art. 201 alin. (1) din ordonanță și art. 35 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea are dreptul și posibilitatea de a solicita clarificări sau completări ofertanților, iar nu obligația, cum eronat interpretează contestatoarea. Revenea acesteia din urmă obligația de a depune anexele la cele cinci contracte pentru dovedirea experienței privind livrarea de oxigen medicinal.

De asemenea, Consiliul nu a impus autorității să solicite documente suplimentare din care să rezulte ca sunt îndeplinite de către ofertanta ... cerințele de calificare. Cerința privind experiența similară a fost o condiție obligatorie pentru toată lumea încă de la data depunerii ofertelor. Dispozițiile art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 sancționează ofertele care nu satisfac în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini prin declararea lor drept neconforme.

În acest context, se impune respingerea contestației.

... a depus la Consiliu cererea de intervenție nr. TM192338/20.06.2013, solicitând respingerea contestației și menținerea rezultatului stabilit de comisia de evaluare, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare. Se arată că, prin decizia nr. .... Consiliul i-a respins ... cererea de intervenție sub aspectul îndeplinirii cerinței experienței similare, situație în care operează excepția autorității de lucru judecat. Consiliul a reținut că documentele depuse de această firmă în dovedirea experienței similare sunt incomplete, în consecință constatând neîndeplinirea cerinței de calificare. O nouă analiză pe această temă nu se mai poate realiza, existând autoritate de lucru judecat.

În litigiul anterior, ... a avut calitate de intervenientă, cu posibilitatea de a-și dovedi experiența similară, însă nu a procedat în acest sens.

Reclamanta a fost înștiințată de Consiliu că se poate prezenta la sediul său pentru consultarea dosarului cauzei și formularea de concluzii scrise, fiindu-i acordat un termen de cinci zile de la primirea înștiințării. S-a reiterat că termenul nu este pentru completarea contestației cu noi motive, după cum i s-a comunicat și prin adresa nr. 11682/...-.../18.06.2013.

La 28.06.2013 sunt primite de la ... concluziile sale scrise, în care insistă că autoritatea, față de cele dispuse de Consiliu anterior și de normele legale, avea obligația de a îi cere clarificări vizând experiența similară. Pe de altă parte, este de neînțeles îndoiala autorității față de experiența deținută de ... în condițiile în care, cu altă ocazie, a achiziționat de la aceasta oxigenul medicinal care îi era necesar, având, deci, cunoștință de experiența relevantă a firmei.

În pofida atenționării date de Consiliu, ... găsește de cuviință să își suplimenteze motivarea inițială a contestației prin intermediul concluziilor scrise, invocând pentru prima dată în cuprinsul acestora nulitatea declarațiilor de confidențialitate și imparțialitate semnate de către membrii comisiei de evaluare, deoarece nu sunt datate. Suplimentar, se solicită anularea tuturor actelor întocmite de comisie de la preluarea atribuțiilor.

Separat, se afirmă inadmisibilitatea cererii de intervenție depusă de ... deoarece această societate are o poziție de monopol pe piața de profil din România, pe care o acoperă în procent de circa 75%, în vreme ce ... a intrat pe această piață de puțin timp, fiind la primele sale oferte în sectorul amintit.

În privința autorității de lucru judecat pe care o invocă ... ea nu este întemeiată, nefiind îndeplinite condițiile de identitate cerute în acest sens – de părți, de cauză și de obiect.

... consideră că documentele pe care le-a depus inițial în ofertă sunt suficiente pentru a proba că deține experiența similară necesară. Cu toate acestea, a ales să depună ulterior la autoritate documentele semnalate ca lipsă de către Consiliu. Societatea are capacitatea tehnică de a gestiona contractul supus achiziției. Diferențierea pe care ... o face între oxigenul tehnic și cel medicinal nu are suport, iar oxigenul lichefiat pe care îl produce ... are o puritate superioară celui impus prin Farmacopeea Europeană.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 04.03.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de gaze medicinale lichefiate și servicii aferente livrărilor, estimate valoric la maximum 375.000 lei, fără TVA. Documentația de

atribuire a fost postată în SEAP la 04.03.2013, alături de invitația de participare.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, respectiv ... și ... oferta celui din urmă fiind declarată câștigătoare de autoritatea contractantă, întrucât a avut prețul cel mai scăzut. Împotriva acestui rezultat, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. TM190008/22.04.2013, prin care a solicitat, între altele, reanalizarea ofertei ... raportat la îndeplinirea cerinței privind experiența similară. Totodată, ... a depus cerere de intervenție în cadrul procesului.

Prin decizia sa nr. .... Consiliul a admis capătul de cerere amintit din contestația ... și a respins ca nefondată cererea de intervenție a ... în ceea ce privește îndeplinirea de către această societate a cerinței de experiență similară. A fost anulat raportul procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, iar autoritatea a fost obligată să reanalizeze oferta depusă de ....

Autoritatea a procedat la reevaluarea dispusă, în urma căreia a întocmit un nou raport al procedurii, prin care câștigătoare a fost stabilită oferta ... iar oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, considerându-se că documentele prezentate nu fac dovada îndeplinirii cerinței experienței similare. Nemulțumită fiind de acest rezultat, pentru motivele evocate în paginile anterioare, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru cele două ofertante. 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 art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de ambele societăți ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – "ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire". Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă este decizia nr. 1555 din 6 martie

2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

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 Hotărârea sa din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca (C-243/89, pct. 37), aceeași Curte a considerat că respectarea principiului egalității de tratament în ceea ce privește candidații impune ca toate ofertele să fie conforme cu prevederile caietului de sarcini pentru a asigura o comparație obiectivă între ele. Or, această cerință nu ar fi respectată în cazul în care candidații ar fi autorizați să formuleze rezerve în cadrul ofertelor, care le-ar permite să se îndepărteze de la "prevederile fundamentale" ale caietului de sarcini.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această scurtă introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, prin raportul procedurii de atribuire nr. 10785/11.06.2013, respingere comunicată în aceeași zi, comisia de evaluare, prin prisma celor statuate în decizia Consiliului nr. ... .. constatând că ... nu a putut face dovada experienței similare.

În tranșarea litigiului pe rol, Consiliul observă că cele trei părți nu se află la prima dispută în cadrul achiziției în discuție. Astfel, judecătii Consiliului i-a fost supusă anterior o contestație de actuala câștigătoare a procedurii – ... –, iar ... s-a aflat în postura de a își apăra contractul câștigat, în calitate de intervenient. Acum, în procesul de față, rolurile s-au inversat. Și în litigiul anterior s-a ridicat problema neîndeplinirii cerinței experienței similare de către ... iar Consiliul și-a îndreptat atenția asupra ei, reținând în considerentele deciziei:

*O altă critică a S.C. ... S.R.L. vizează îndeplinirea de către ofertanta câștigătoare a cerinței de calificare vizând experiența similară.*

*În fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” s-a solicitat îndeplinirea următoarei cerințe: „Experiența similară. Operatorul economic va demonstra că are experiența necesară derulării Contractului completând declarația privind lista principalelor produse furnizate în ultimii 3 ani (formular nr. 6); de asemenea operatorul economic va face, având în vedere art. 188 alin 1 litera a /OUG 34/2006, confirmarea experienței similare prin prezentarea de certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar din care să reiasă furnizarea de produse.”*

*În caietul de sarcini se precizează că urmează a fi oferit „oxigen medicinal lichid puritate min. 95%”.*

*Prin adresa nr. 5848 din 02.04.2013, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei S.C. ... S.R.L., în conformitate cu prevederile art. 35 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, completarea documentelor de calificare prin punerea la dispoziția comisiei de evaluare a documentelor edificatoare experiența similară, respectiv „documente de la unități sanitare beneficiare din care să reiasă modul de îndeplinire al obligațiilor contractuale ale firmei dv. cu acestea”.*

*S.C. ... S.R.L. răspunde solicitării autorității contractante, prin adresa nr. 449 din 05.04.2013, înregistrată la ... cu nr. 6301 din 05.04.2013, astfel:*

*„- Oxigenul lichefiat (inclusiv cel medicinal) se obține prin procedeul de distilare fracționată a aerului, în fabrica noastră de la Călărași. Fabrica produce oxigen din anul 2008.*

*- În anul 2011 am obținut de la Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale Autorizația de fabricație gaze medicinale, ce reflectă faptul că respectăm cerințele de Bună practică de fabricație. În februarie 2013 a fost emis certificatul GMP (de bună practică de fabricație), iar oxigenul lichefiat produs de societatea noastră a fost declarat ca oxigen medicinal pentru întreaga producție, indiferent de aplicația pentru care este utilizat.*



- Deoarece Autorizația de Punere pe Piața a fost obținută în iulie 2012, iar Certificatul de Conformitate în februarie 2013, societatea noastră, deși a produs și a livrat, respectând cerințele de bună practică de fabricație, cantități mari de oxigen lichefiat către diverse alte societari, nu a putut livra și documentele specifice oxigenului medicinal. Cu alte cuvinte, tot oxigenul produs și livrat din 2011 (data obținerii autorizației de fabricare gaze medicinale) și până azi de către societatea noastră este oxigen lichefiat medicinal, ce respectă Farmacopeea Europeană.

- Având în vedere calitatea declarată și încadrarea întregii producții ca oxigen medicinal, v-am anexat în documentația inițială acte confirmate de către clienți privind livrările de oxigen.

- Considerăm că livrările de până acum de oxigen lichefiat (în esență oxigen medicinal) dovedesc experiența noastră, care să permită participarea la licitația organizată de dvs., participarea fiind permisă tuturor operatorilor economici, cu tratament egal și nediscriminatoriu de natură a asigura concurență între operatorii economici. Criteriul «experiența relevantă» trebuie interpretat într-un sens nerrestrictiv, astfel încât să permită, în condiții legale, accesul la procedura a cât mai multor ofertanți, pentru a evita practici de monopol,

...înglobează și utilizează know-how-ul grupului SIAD, care distribuie oxigen medicinal la unități spitalicești de stat și private în țările în care activează prin filialele acestuia, Personalul firmei noastre este instruit și beneficiază de calificarea și experiența societății mamă.

Pentru a dovedi experiența societății noastre privind livrările către unitățile sanitare, atât de pe teritoriul României, cât și International, și ca răspuns la solicitarea dumneavoastră, anexam la prezenta comunicare documente doveditoare de la unități sanitare beneficiare din care rezulta obligațiile contractuale cu acestea:

Clienți:

- Institutul de Medicină Legală - filiala Cluj
- Institutul Național de Sănătate Publică - punct utilizare Centrul Regional de Sănătate Publică Cluj.
- Institutul Clinic de Urologie și Transplant Renal Cluj Napoca
- Universitatea de Medicină și Farmacie Carol Davila ...
- Spitalul Clinic de Boli Infecțioase și Tropicale «Dr. Victor Babeș» - ...
- Spitalul Clinic Dermato-Venerice «Prof. Dr. Scarlat Longhin» - ...
- Centrul Medical Med New Life - ...
- Spitalul San Gerardo din Monza, Lombardia, Italia
- Unitate USL 1 din Massa și Carrara, Serviciul sanitar Toscana, Italia
- Unitate spitalicească Bolognini Seriate, Lombardia, Italia
- Fundația IRCCS Ca'Granda, Spital Maggiore Policlinico, Lombardia, Italia
- Spitalele reunite din Bergamo, Lombardia, Italia
- Unitate spitalicească locală nr. 2 Savonese, Italia."

Din contractele depuse ca dovadă a experienței similare a S.C. ...S.R.L. rezultă că această societate a livrat către beneficiarii săi gaze industriale și serviciile prevăzute în anexa 1 a fiecărui contract prezentat. Între copiile depuse nu se regăsește anexa 1 la vreunul dintre cele cinci contracte depuse din care să rezulte ce gaze au fost livrate cumpărătorilor.

Pe de altă parte, referitor la contractele indicate de S.C. ...S.R.L. în declarația privind lista principalelor livrări de produse în ultimii 3 ani au fost depuse documente din care rezultă livrarea de oxigen tehnic, fără a se indica concentrația produselor livrate. Consiliul reține că celelalte contracte prezentate de S.C. ...S.R.L. nu au avut ca parte această societate, astfel încât nu pot fi reținute ca făcând dovada experienței similare a acestui operator economic.

Având în vedere că din actele prezentate de S.C. ...S.R.L. nu rezultă experiență similară în livrarea de oxigen medicinal lichid puritate min. 95%, Consiliul reține că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a face aplicarea prevederilor art. 201 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 35 din H.G. nr. 925/2006, în sensul solicitării de documente suplimentare din care să rezulte că în executarea contractelor indicate ca experiență similară au fost livrate produse similare celor care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

În aceste condiții, Consiliul reține ca fondată critica din contestație vizând îndeplinirea de către ofertanta câștigătoare a cerinței de calificare vizând experiența similară.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 [...], Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de S.C. ...S.R.L. și să anuleze raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, ca acte subsecvente ale raportului procedurii.

[...]

Față de cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt în parte nefondate, astfel încât, în baza art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată cererea de intervenție a S.C. ...S.R.L., în ceea ce privește îndeplinirea cerinței de experiență similară [...].

Au fost redată aceste considerente pentru a se evidenția nelegalitatea precedentelor acte ale autorității de admitere și declarare câștigătoare a ofertei .... De altminteri, Consiliul a obligat autoritatea să reanalizeze legal această ofertă.

Prin urmare, în cuprinsul deciziei, Consiliul a menționat, *expressis verbis*, că actele prezentate de ... nu probează experiența sa similară, împrejurare în care s-a reținut ca fiind fondată critica ... vizând îndeplinirea de către ... a cerinței de calificare privind experiența similară. Într-o atare situație, ofertei ... îi devin aplicabile dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele minime de calificare, și cele ale art. 81 ("comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele

neconforme") din aceeași hotărâre a Guvernului. Din redactarea deciziei se poate observa cu ușurință că organul administrativ-jurisdicțional a statuat, cu valoare de adevăr, insuficiența documentelor ... ca mijloace de probă a experienței similare. Totodată, Consiliul a adăugat că autoritatea contractantă "avea" posibilitatea de a face aplicarea prevederilor art. 201 alin. (1) din ordonanță și cele ale art. 35 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în sensul solicitării de documente suplimentare din care să rezulte că în executarea contractelor indicate ca experiență similară au fost livrate produse similare celor care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit. Din această exprimare reiese că organul de jurisdicție a avut în vedere o ipoteză valabilă la momentul primei evaluări a ofertelor, respectiv aceea a posibilității autorității de a cere completări și lămuriri ofertantei. Nicidecum Consiliul nu s-a referit la apelarea la această posibilitate de către autoritate cu ocazia reevaluării dispuse a ofertei .... Mai mult, din exprimarea Consiliului i s-a recunoscut autorității, cu ocazia primei evaluări, o simplă posibilitate, iar nu o obligație, cum sugerează contestatoarea. Utilizarea în decizie a timpului perfect compus la modul indicativ arată o acțiune care se putea desfășura înainte de momentul vorbirii, iar nu o acțiune viitoare. Astfel fiind, se află în eroare contestatoarea atunci când afirmă că, prin decizia sa anterioară, Consiliul a însărcinat autoritatea contractantă să solicite completări ofertantei pe marginea experienței sale.

Separat de cele expuse, este de remarcat că raționamentul contestatoarei, precum că autoritatea avea obligația de a îi cere clarificări privind documentele ofertei nu este judicios nici prin prisma textelor legale la care face trimitere Consiliul. Potrivit art. 201 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, *"pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate"*. Din redactarea acestuia se observă că autoritatea are un drept de a solicita clarificări asupra ofertei, iar faptul că autoritatea a înțeles să nu își exercite acest drept, apreciind că înscrisurile contestatoarei sunt elocvente, nu poate fi sancționat de Consiliu. În sensul existenței unui drept al autorității, iar nu a unei obligații, sunt și normele de la art. 35 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: *"Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176"*

*din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate."*

Această interpretare o regăsim și în numeroase soluții de caz pronunțate în spețe similare de către instanțele judecătorești: decizia nr. 891 din 22 februarie 2012 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, deciziile civile nr. 1567 din 18 iulie 2011, 2249 din 17 octombrie 2011 și 2164 din 24 mai 2012 ale Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1201/2012-RCA din 15 martie 2012 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2546 din 27 septembrie 2011 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 3471/R din 12 iulie 2012 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, ca să enumerăm doar câteva.

Potrivit art. 280 alin. (1) din ordonanța amintită, decizia prin care Consiliul anulează în parte sau în tot actul atacat este obligatorie pentru autoritatea contractantă. Totodată, la alin. (3) al aceluiași articol se prevede că decizia este obligatorie pentru părți. Art. 293 lit. s) califică drept contravenție neducerea la îndeplinire a deciziei Consiliului rămasă definitivă și irevocabilă, faptă sancționabilă cu amendă de până la 80.000 lei. Niciuna dintre părți nu susține că decizia ar fi atacată cu plângere la curtea de apel competentă, situație în care, rămânând irevocabilă, în acord cu dispozițiile redade, decizia pronunțată este obligatorie pentru părți. Avea interes în a ataca respectiva decizie, în primul rând, chiar intervenienta ... căreia i-a fost infirmată de către Consiliu poziția de ofertantă câștigătoare, însă aceasta a ales să rămână în pasivitate, acceptând în mod tacit pierderea contractului câștigat anterior. Dacă ... ar fi probat îndeplinirea cerinței experienței similare, atunci în mod cert Consiliul nu ar mai fi admis contestația concurentei sale și respins cererea de intervenție în această privință. Însă, după cum s-a arătat mai sus, singura critică găsită întemeiată și pe care s-a fundamentat admiterea contestației a fost aceea legată de neîndeplinirea de către câștigătoare ... a cerinței experienței similare.

... nu putea ignora cele statuate în cuprinsul deciziei Consiliului și dispozițiile legale în vigoare. Nu se mai pot repune în discuție cele reținute odată de Consiliu cu privire la nelegalitatea admiterii și declarării câștigătoare a ofertei ... căreia îi trebuiau aplicate prescripțiile art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Altfel spus, odată stabilit că ofertanta nu și-a dovedit experiența similară și, ca atare, îi erau incidente prescripțiile evocate, având drept consecință respingerea ofertei ca inacceptabilă, nu se poate reveni acum și dispune în sens contrar – al acceptării documentelor aduse de ofertantă și al continuării

procedurii de atribuire prin declararea ofertei sale admisibilă și câștigătoare

După cum se cunoaște, practica judiciară și doctrina consideră, în egală măsură, că există situații în care și considerentele unei hotărâri dobândesc autoritate de lucru judecat. Astfel, considerentele unei hotărâri pot să fie, de asemenea, investite cu această autoritate, în măsura în care explică dispozitivul și se reflectă în acesta. Considerentele dobândesc autoritate de lucru judecat: a) atunci când dispozitivul hotărârii nu ar putea fi înțeles în absența lor; b) atunci când este vorba de "considerente decisive", și anume acele puncte care constituie sprijinul necesar al dispozitivului, făcând parte integrantă din acesta; c) în cazul "considerentelor decizorii", acele puncte care se referă la o parte din fondul litigiului, fără să fie, totuși, incluse în dispozitiv. Această abordare a doctrinei este susținută și prin hotărârile Înaltei Curți de Casație și Justiție (hotărârea nr. 3959 din 28 iunie 2005 pronunțată de Secția comercială a Înaltei Curți de Casație și Justiție). Și Curtea Constituțională, în multe dintre deciziile sale (spre pildă decizia plenului nr. 1 din 17 ianuarie 1995, decizia nr. 1415 din 4 noiembrie 2009 sau, mai recent, decizia nr. 872 din 25 iunie 2010, decizia nr. 903 din 6 iulie 2010, decizia nr. 1018 din 19 iulie 2010, toate publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I), a statuat că, puterea de lucru judecat ce însoțește actele jurisdicționale se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină acesta. În consecință, părțile în litigiu (mai cu seamă ... el fiind obligat de Consiliu, în calitate de autoritate contractantă), urmau să respecte întru totul atât dispozitivul, cât și considerentele deciziei Consiliului nr. .... Autoritatea contractantă era ținută de obligația punerii în executare a deciziei, inclusiv prin prisma considerentelor pe care ea le cuprinde.

S-a arătat, într-un caz asemănător, de către Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2369 din 7 iunie 2012: *Ulterior exercitării căii administrativ-jurisdicționale a contestației, după ce decizia organului administrativ-jurisdicțional este emisă în condițiile legii, părțile (contestatoarea, autoritatea contractantă, intervenienții) nu se pot dezice de cele statuate, fiind ținute să respecte decizia organului cu activitate administrativ-jurisdicțională. Un nou control de legalitate din partea Consiliului nu poate avea loc prin raportare la critici ce au fost deja soluționate în cadrul primei etape de contestații și nici nu poate constitui un temei pentru verificarea unui act ce a făcut obiectul controlului anterior al Consiliului.*

În ceea ce privește existența autorității de lucru judecat, Consiliul constată că, într-adevăr, ... i-a adresat anterior contestația nr. TM190008/22.04.2013, care a fost soluționată prin decizia nr. .... Actele atacate prin respectiva contestație le-au constituit

raportul procedurii și comunicările rezultatului procedurii aferente primei evaluări a ofertelor, acte care s-au dovedit a fi nelegale. Actele atacate în prezent sunt noul raport al procedurii și noile comunicări trimise ofertanților.

Art. 432 alin. (1) C. proc. civ. prevede că "nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect". În speță, excepția autorității de lucru judecat nu poate fi reținută de Consiliu, în sensul de excepție procesuală absolută, de fond și peremptorie (efectul negativ al autorității de lucru judecat), întrucât între cele două cauze – cea de față și cea care a format obiectul dosarului în care s-a pronunțat decizia nr. .... – nu se verifică tripla identitate: de părți, obiect și cauză. Procesul de față, chiar dacă se poartă între aceleași părți, ele nu au aceeași calitate ca în cel precedent (calitățile le sunt inversate) și are ca obiect anularea ultimului rezultat al licitației, în vreme ce procesul anterior a vizat anularea rezultatului precedent stabilit de autoritate. Așadar, cele două pricini au părți în calități diferite și obiecte diferite, ceea ce conduce la respingerea excepției analizate, de valorificare a efectului negativ al autorității de lucru judecat.

Însă, Consiliul va reține efectul pozitiv al puterii de lucru judecat, în sensul că dezlegarea dată prin decizia anterioară referitoare la aspectele analizate nu va putea fi contrazisă în judecata de față, astfel că ea se impune ca o chestiune prejudicială deja confirmată în cadrul acestui dosar.

Date fiind cele evocate mai sus se constată că, contrar pledoariei contestatoarei ... reevaluarea întreprinsă de autoritatea contractantă este în deplină concordanță cu cele dispuse de Consiliu, autoritatea procedând la punerea în executare întocmai a deciziei Consiliului, în cuprinsul căreia nu se menționează niciunde vreo obligație în sarcina autorității de a îi cere clarificări și completări ....

Separat de cele ce preced, este de remarcat că spitalul i-a cerut anterior contestatoarei, prin adresa nr. 5848/02.04.2013, "documente edificatoare privind experiența similară, respectiv documente de la unități sanitare beneficiare din care să reiasă modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale [...]", solicitare la care contestatoarea a răspuns cu adresa nr. 449/05.04.2013, în care recunoaște că a obținut certificatul de conformitate în februarie 2013 și că nu poate furniza autorității documentele specifice oxigenului medicinal.

Așadar, în speță, autoritatea i-a acordat ofertantei șansa de a își demonstra experiența în livrări anterioare de oxigen medicinal, însă ofertanta nu a fost în măsură să își probeze această experiență, documentele fiind considerate nesatisfăcătoare de către Consiliu. În prezent nu i se mai pot cere ofertante clarificări sau completări alte

înscrisurilor depuse, întrucât i s-ar crea un avantaj vădit în raport cu ofertanta concurentă. Elocventă în această direcție este decizia civilă nr. 3450 din 19 decembrie 2011 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, din care cităm:

*Potrivit art. 201 alin. (2) din ordonanță, "autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat". De asemenea, potrivit art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, "în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă".*

*Prin urmare, dispozițiile legale din materia achizițiilor publice prevăd două limitări ale solicitării de clarificări:*

*- solicitarea de clarificări să nu determine apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți;*

*- în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă.*

*Speța de față se încadrează în ambele limitări prevăzute de dispozițiile legale.*

*Ca urmare a răspunsului neconcludent, autoritatea contractantă i-a transmis ofertantei a doua solicitare de clarificări, având un conținut identic cu prima solicitare de clarificări, prin aceasta autoritatea încălcând în mod vădit dispozițiile menționate.*

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta ... neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

Nulitatea absolută pe care contestatoarea o invocă în privința adresei de comunicare a rezultatului procedurii nu se confirmă. Respectiva adresă cuprinde motivele concrete pentru care autoritatea a îndepărtat de la procedură oferta în referință. Nicio normă legală nu impune autorității să notifice ofertanții asupra reluării procesului de evaluare a ofertelor în urma unei decizii a Consiliului (mai cu seamă că toate părțile în conflict au avut calitate în litigiul administrativ-jurisdicțional și li s-a comunicat decizia de soluționare a lui). Pe de altă parte, în speță, autoritatea contractantă a postat în SEAP notificarea din 03.06.2013, de reluare a cursului procedurii în urma deciziei Consiliului.

Nu subzistă nici argumentele că autoritatea ar fi nesocotit dispozițiile art. 35, 78 și 79 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, sau pe cele din decizia precedentă a Consiliului. Cum s-a arătat, Consiliul nu a impus autorității să solicite completarea documentelor ofertantei, iar reglementările legale conferă autorității un drept în

acest sens, iar nu o obligație. Întocmirea deficitară a ofertei ce cuprinde și documentele de calificare este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a cerințelor și de a se conforma deciziei irevocabile a Consiliului, prin care s-a confirmat că documentele de calificare aduse de ofertantă nu pot fi reținute ca dovezi de îndeplinire a cerinței experienței similare.

Solicitările de clarificare, indiferent de temeiul lor, își au rostul atunci când documentele ofertei relevă o situație incertă, ambiguă, echivocă, ce împiedică realizarea evaluării obiective, temeinice și invulnerabile a ofertei, existând riscul unei evaluări (respingeri sau admiteri) eronate, ipoteză care nu este regăsită în speța de față, Consiliul statuând asupra nedovedirii experienței de către ....

În decizia nr. 6075 din 13 decembrie 2012, Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a statuat că solicitarea de clarificări reprezintă o opțiune, un drept al autorității contractante, iar nu o obligație. Similar, în decizia nr. 3471/R din 12 iulie 2012, aparținând Curții de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, se arată că textul art. 201 din ordonanță stabilește un drept al autorității contractante, iar nu o obligație a acesteia. *"Fiind un drept al autorității contractante, recunoscut de legiuitor, atunci aceasta are posibilitatea să îl exercite sau nu și nu poate fi sancționată dacă nu îl exercită, deoarece atunci s-ar transforma într-o obligație."*

În legătură cu nulitatea declarațiilor de confidențialitate și imparțialitate, deoarece nu poartă data semnării, o asemenea critică este vădit tardivă, pe de o parte, dar și nefondată și lipsită de interes pentru contestatoare. Legiuitorul nu a stabilit expres sancțiunea nulității absolute sau relative a declarațiilor în cazul neregulii expuse, drept pentru care suntem în prezența unei nulități virtuale. În speță, ea nu poate opera și lipsi de efecte respectivele declarații ori întreaga procedură de achiziție, întrucât nu a atras niciun prejudiciu pentru contestatoare. O asemenea obiecție se vedește a fi și tendențioasă, întrucât ea nu a fost formulată cu prilejul primei evaluări a ofertelor, când cea a ... a fost declarată câștigătoare. În plus, neregula poate fi acoperită oricând de membrii comisiei, prin menționarea datei semnării.

Alegațiile contestatoarei pe marginea capacității sale de a gestiona contractul cu ... și de a implementa pe acesta o soluție tehnică fezabilă, precum și teoria conceptelor de oxigen medicinal și oxigen industrial sunt găsite de consiliu ca fiind de prisos în contextul celor judecate mai sus.

Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... Respinge și cererea accesorie a contestatoarei de obligare a spitalului la plata



cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, în condițiile în care această parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei [art. 453 alin. (1) C. proc. civ].

Relativ la cererea de intervenție accesorie formulată de ... văzând că această societate comercială, ca ofertantă declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ. Consiliul o încuviințează în principiu. Totodată, față de cele stabilite mai sus, în baza art. 278 alin. (2) din ordonanță Consiliul va admite respectiva cerere de intervenție.

Poziția dominantă pe piața de profil din România a ... nu constituie motiv de inadmisibilitate a cererii sale de intervenție, cum sugerează contestatoarea.

Redactată în cinci exemplare, conține șaptesprezece pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...