



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art.266 alin.2) 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 adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de SC ... cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ... având Cod Unic de Înregistrare..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de autoritatea contractantă ... cu sediul în, județul ... referitoare la procedura de achiziție, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat pe o perioadă de 24 luni, cu un singur operator economic, având ca obiect: „Pachet aparatură medicală imagistică de înaltă performanță”, Cod CPV 33115000-9, 33111800-9, s-a solicitat: „anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 5354/30.12.2013, precum și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia; continuarea procedurii de achiziție publică prin evaluarea ofertelor depuse, aplicarea criteriului de atribuire și atribuirea acordului-cadru; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ... cu consecința declarării acesteia drept admisibilă”.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată, contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...

Menține anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de SC ... împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de autoritatea contractantă ... referitoare la procedura de achiziție, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat pe o perioadă de 24 luni, cu un singur operator economic, având drept obiect: „Pachet aparatură medicală imagistică de înaltă performanță”, cod CPV 33115000-9, 33111800-9, s-a solicitat: „anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 5354/ 30.12.2013, precum și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia; continuarea procedurii de achiziție publică prin evaluarea ofertelor depuse, aplicarea criteriului de atribuire și atribuirea acordului-cadru; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ... cu consecința declarării acesteia drept admisibilă”.

În fapt, contestatorul menționează următoarele:

- valoarea estimată a acordului cadru este cuprinsă între 2.000.000 lei și 4.000.000 lei, fără TVA;

- oferta a fost depusă în deplină conformitate cu prevederile documentației de atribuire;

- ulterior, prin adresa 5263/19.12.2013 autoritatea contractantă a solicitat clarificarea următoarelor aspecte:

■ în ceea ce privește autorizația de securitate radiologică emisă de C.N.C.A.N. pentru fiecare echipament în parte, a prezentat cererile nr. 09/06.12.2013, respectiv 10/ 06.12.2013, pentru emiterea autorizației de securitate nucleară, respectiv modificarea autorizației emise de C.N.C.A.N. pentru cele două echipamente care fac obiectul contractului;

■ depunerea angajamentului ferm privind susținerea de către în forma autentică, conform prevederilor legale;

■ constatarea faptului că atât reprezentantul legal al susținătorului cât și al ... este una și aceeași persoană, respectiv Teliceanu Bogdan;

- ulterior, la data de 30.12.2013, autoritatea contractantă a comunicat, prin adresa nr. 5354, faptul că oferta depusă a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă, precum și faptul că a hotărât anularea procedurii de atribuire;

- de asemenea, în ceea ce privește anularea procedurii, autoritatea contractantă se rezumă doar la comunicarea hotărârii sale fără nici un fel de justificare, afirmând doar faptul că „*autoritatea contractantă decide în conf. cu art. 209 alin. (1) lit. 1 din OUG nr. 34/2006, anularea procedurii de atribuire și reluarea ei la o dată ce va fi comunicată ulterior tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedură*”;

- în opinia contestatorului, comunicarea rezultatului procedurii nu respectă condițiile prevăzute de lege, autoritatea contractantă încălcând art. 210 din OUG nr. 34/2006 și, de asemenea, a indicat un termen de contestare greșit;

- de asemenea, contestatorul invocă faptul că autoritatea contractantă a indicat termenul de contestare în mod eronat, indicând 11 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, respectiv ... și 09.01.2014 cum era corect, ofertanții riscând astfel să depună o contestație tardivă;

- mai mult, gravitatea încălcării prevederilor art. 207 din OUG nr. 34/2006, este dovedită și de sancțiunea severă prevăzută de ordonanță, respectiv amenda de la 80.000 lei la 100.000 lei (art. 293 lit. r) din OUG nr. 34/2006, coroborat cu art. 294 alin. (4) din același act normativ.

În ceea ce privește decizia autorității contractante de a respinge oferta drept inacceptabilă, contestatorul apreciază că aceasta este netemeinică și nelegală, deoarece, autoritatea contractantă își invocă propria culpă atunci când face aplicarea art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

Totodată, contestatorul precizează următoarele aspecte constatate:

- în cadrul comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă coroborează prevederile art. 35 alin. (1), (2) și art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, concluzionând că cererile privind solicitarea de obținere a autorizațiilor C.N.C.A.N. prezentate în ofertă nu au putut fi luate în considerare în evaluare, deoarece potrivit art. 33 alin. (3) „cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația

descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise", autoritatea contractantă își recunoaște și își invocă propria culpă, aspect care contravine principiului de drept „nemo auditur propriam turpitudinem alegans”, potrivit căruia nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă;

- în plus, prevederile legale menționate nu pot fi interpretate în sensul restrictiv propus de autoritatea contractantă; în acest sens, potrivit Notei de fundamentare a OUG nr. 77/2012, actul normativ prin care a fost introdusă aceasta sancțiune pentru cerințele de calificare care nu se regăsesc la nivelul fișei de date și respectiv a anunțului de participare, scopul acestei prevederi este protecția operatorilor economici: *„pentru a evita însă o practică incorectă din partea autorităților contractante de a ascunde la nivelul caietului de sarcini informații obligatorii a fi regăsite în fișa de date/anunțul de participare/invitația de participare”*;
- în cadrul clarificării postate în SEAP la data de 05.12.2013, la întrebarea dacă autoritatea contractantă acceptă o adresă din partea societății ce se ocupă de certificarea ISO 9001, din care să reiasă că aceasta este în curs de certificare pentru standardul ISO 9001, autoritatea contractantă a răspuns *„se acceptă”*, astfel, în temeiul principiului de drept „ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet” (acolo unde exista aceleași rațiuni, trebuie aplicate aceleași norme), SC ... a fost îndreptățit să considere că acest aspect este valabil și pentru certificările C.N.C.A.N., mai ales în contextul în care aceasta mențiune era prevăzută expres în Caietul de sarcini;
- în opinia contestatorului, autoritatea contractantă încalcă atât prevederile legale, cât și principiul transparenței, deoarece a decis respingerea ofertei drept inacceptabilă, respectiv prezentarea unor documente care atestă că este în curs de autorizare pentru activitatea de furnizare, este nelegal; procedând astfel, autoritatea contractanta încalcă dispozițiile art. 33 din OUG nr. 34/2006;
- în condițiile în care, autoritatea contractantă nu a precizat faptul că derogarea cuprinsă în caietul de sarcini reprezintă o „clauză nescrisă”, aceasta nu poate pretinde că o asemenea concluzie rezultă ex rem;
- prin documentația de atribuire s-a solicitat: autorizația de securitate radiologică a produsului; autorizarea sau dovada că operatorul economic este în curs de acreditare C.N.C.A.N. privind furnizarea;
- autoritatea contractantă face confuzie între cele două tipuri de autorizare, concluzionând în mod eronat că ar fi prezentat, pentru a

dovedi îndeplinirea cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, autorizări emise pentru terțul susținător și menționează că, autorizările emise pentru ..., terțul susținător, reprezintă autorizații de securitate radiologică a produsului, fiind strict legate de produsul în cauză și nu de furnizorul efectiv;

- cerința privind capacitatea de exercitare a activității profesionale se referă la autorizația de furnizare, cerința a cărei îndeplinire a dovedit-o potrivit cerințelor stabilite de însăși Autoritatea Contractant, prin: dovada că este în curs de autorizare privind furnizarea produsului Radex-i MRAD-A50S, conform cererii nr. 9/06.12.2012, înregistrată la C.N.C.A.N.; dovada că este în curs de autorizare privind furnizarea produsului Alexion TSX-034A, conform cererii nr. 10/06.12.2012, înregistrată la C.N.C.A.N.;

- mai mult, autoritatea contractantă interpretează în mod eronat prevederile art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în cadrul Comunicării, interpretând în mod eronat sintagma „o altă persoană”, punând semnul echivalenței între persoana juridică și reprezentantul legal al acesteia. Din interpretarea gramaticală a textului legal rezultă în mod indubitabil faptul că prin expresia „o altă persoană” se înțelege persoana juridică a terțului susținător, o entitate distinctă de asociații/acționarii săi sau de reprezentanții săi;

- potrivit art. 25 alin. (3) din Codul Civil, prin persoana juridică se înțelege *„orice formă de organizare care, întrunind condițiile cerute de lege, este titulară de drepturi și de obligații civile”*. Totodată, conform art. 209 alin. (1) și (2), *„persoana juridică își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale de administrare, de la data constituirii lor. Au calitatea de organe de administrare [...] persoanele fizice sau persoanele juridice care, prin lege, actul de constituire sau statut, sunt desemnate să acționeze, în raporturile cu terții, individual sau colectiv, în numele și pe seama persoanei juridice”*;

- prin urmare, interpretarea autorității contractante în sensul considerării ca reprezentantul legal al persoanei juridice se confundă cu însăși aceasta este absurdă, de neconceput, neputând fi reținută drept un motiv de excludere din procedură;

- prin urmare, autoritatea contractantă are obligația de a finaliza procedura de atribuire prin încheierea acordului-cadru, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 209 din ordonanța de urgență (art. 93 alin. (1) din HG nr. 925/2006); în același sens sunt și prevederile art. 204 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora *„autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție*

publică cu ofertantul a cărui oferta a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă”;

- mai mult, art. 287 din OUG nr. 34/2006, prevede dreptul operatorilor economici de a solicita plata de despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, în cazul încălcării prevederilor legislației achizițiilor publice, contestatorul invocând în acest sens, mediatizatul caz C-9943 Harmon CFEM Fagades (UK) Limited, în contradictoriu cu House of Commons - Corporate Officer, Curtea de Justiție a rezumat dreptul reclamantului la despăgubiri;

- de asemenea, contestatorul consideră că, prin anularea procedurii, autoritatea contractantă a încălcat principiul eficienței utilizării fondurilor și al asumării răspunderii, respectiv art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006, care presupune folosirea sistemului concurențial și a criteriilor economice pentru atribuirea contractului cu scopul de a obține valoare pentru banii cheltuiți.

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei. În acest sens, prin adresa nr. 17.../.../. Consiliul îi pune în vedere contestatorului că poate studia dosarul și implicit, depune concluzii scrise, până la dat de 06.02.2014; contestatorul s-a prezentat la sediul CNSC în vederea studierii dosarului, în data de 03.02.2014.

Ulterior, prin adresa nr. 952/06.02.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 3800/06.02.2014, SC ... formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, precum și față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, reiterând aceleași afirmații ca și în cuprinsul contestației, respectiv că:

- SC ... a depus autorizațiile de securitate radiologică a susținătorului SC ..., ÎNREGISTRATĂ SUB NR. vi1980/2011;

- s-a depus dovada că SC ... este în curs de autorizare privind furnizarea produsului Radex-i MRAD-A5OS, conform cererii nr. 9/06.12.2012, înregistrată la CNCAN;

- SC ... îndeplinește cerința de calificare privind autorizația de securitate radiologică pentru activitatea de furnizare;

- prin punctul de vedere, autoritatea contractantă încercă să-și modifice temeiul de drept, prin care a anulat procedura de atribuire, susținând că, pe parcursul procedurii, din cauza lipsei de experiență a persoanei responsabile cu achizițiile publice, au apărut o serie de erori, care afectează procedura, în ansamblul ei.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 571/.../

14.01.2014, transmiterea dosarului achiziției, în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 din OUG nr. 34/2006, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, potrivit dispozițiilor art. 274 alin. (1) din același act normativ.

Prin adresa nr. 508/29.01.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 3036/30.01.2014, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, și precizează următoarele:

- anunțul de participare la procedură a fost publicat sub nr. ... 08.10.2013; data limită de depunere a ofertelor a fost 10.12.2013, iar deschiderea ofertelor depuse a fost făcută în data de 12.12.2013, ora 12.00; a fost depusă o singură ofertă și anume din partea SC;

- prin adresa nr. 5263/19.12.2013, s-au clarificări după cum urmează: legate de nedepunerea la ofertă a autorizațiilor de securitate radiologică pentru cele două produse care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, respectiv CT Alexion TSX-034A și Instalație radiologică fixă Radrex-i MRAD-A50S; nedepunerea în formă autentică a angajamentelor de susținere de către SC și clarificarea situației privind nominalizarea aceleiași persoane ca reprezentant legal atât pentru ofertant, cât și pentru susținător;

- prin adresa nr. 5309 / 23.12.2013, ofertantul SC ... răspunde, astfel:

- La prima întrebare, ofertantul face precizarea că în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, a fost solicitată autorizația de securitate radiologică emisă de CNCAN sau dovada că operatorul economic este în curs de autorizare și anexează următoarele documente:

- Autorizațiile de securitate radiologică a susținătorului SC înregistrată cu Nr. V11980/2011 pentru produsul Radrex-i MRAD- A50S;

- Autorizațiile de securitate radiologică a susținătorului SC înregistrată cu Nr. MA1900/2012, pentru produsul CT Alexion TSX- 034A;

- Cererea Nr. 9/06.12.2012 către CNACN, a SC în vederea obținerii autorizării pentru produsul Radrex-i MRAD-A50S;

- Cererea Nr. 10/06.12.2012 către CNACN, a SC în vederea obținerii autorizării pentru produsul CT Alexion TSX-034A;

• la a doua întrebare ofertantul prezintă angajamentul ferm de susținere de către SC și face subliniază că: *„în ceea ce privește remarca dumneavoastră referitoare la existența aceluiași ... pentru ambele firme, considerăm că acest aspect nu are nicio relevanță și*

vă reamintim prevederile art. 190, alin. 1, din OG 35/2006: *Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă*";

- analizând răspunsurile primite la răspunsurile de clarificări, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că, apare ca necesară clarificarea aspectelor legate de semnificația procedurală a caietului de sarcini, așa cum o prevede art. 35, alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, prevederilor art. 33, alin. 3 din OUG nr. 34/2006: *„Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise*";

- având în vedere această reglementare procedurală, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că solicitarea și/sau a unei *„dovezi că operatorul economic este în curs de certificare*" a fost prevăzută ca cerință doar în caietul de sarcini și nu preluată în fișa de date/anunțul de participare la secțiunea legată de capacitatea de exercitare a activității profesionale/ înregistrare, așa cum ar fi fost obligatoriu. În acest caz, cererile privind solicitarea de obținere a autorizațiilor CNCAN depuse la ofertă nu au putut fi luate în considerare în evaluare, nefiind considerate documente relevante;

- deși ofertantul invocă susținerea din partea SC prezentând autorizațiile emise susținătorului de CNCAN, toate acestea nu fac dovada faptului că ofertantul îndeplinește criteriul de calificare, așa cum a fost el solicitat în Fișa de date a achiziției. Art. 183 din OUG Nr. 34/2006 stipulează: *„autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit*";

- la nivelul fișei de date a achiziției și anunțului de participare, cerința autorității contractante privind autorizațiile CNCAN făcea referire la capacitatea de exercitare a activității profesionale și nu la capacitatea economico-financiară sau capacitatea tehnică și/sau profesională, deci nu putea fi susținută de către terța persoană;

- în procedura de atribuire a unui contract, reglementată la nivel european de Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, iar la nivel național, ca legislație primară, de OUG nr.

34/2006, este permis oricărui ofertant, care nu are posibilitatea el însuși de a îndeplini condițiile minime cerute pentru participare în respectiva procedură, și anume, cerințele privitoare la capacitatea economică și financiară precum și la capacitatea tehnică și profesională, să se bazeze pe resursele unei alte entități, resurse ce vor putea fi utilizate, în mod efectiv, în cazul atribuirii contractului ofertantului susținut;

- ca și condiții impuse în sarcina susținătorului și ale ofertantului susținut, trebuie evidențiată obligația acestora de a demonstra autorității contractante că ofertantul susținut are efectiv la dispoziție resursele susținătorului, necesare pentru îndeplinirea contractului, autoritatea având însă și dreptul de a solicita susținătorului dovedirea existenței resurselor pe care le pune la dispoziția ofertantului. Mai mult, pentru a fi admis în procedura de atribuire, susținătorul trebuie să demonstreze că nu se află într-una din situațiile care determină obligația autorității contractante de a proceda la excluderea ofertantului din procedura de atribuire;

- la nivel european, instituția „susținerii” a fost creată ca o garanție suplimentară în vederea îndeplinirii în mod corespunzător, de către ofertantul susținut și declarat câștigător în cadrul procedurii de achiziție publică, a obligațiilor contractuale asumate. Entitatea susținătoare nu trebuie considerată, din niciun punct de vedere o înlocuitoare a ofertantului, acesta din urma având obligația de a îndeplini criteriile de calificare în vederea participării la licitație, susținerea putând avea ca obiect numai o parte dintre aceste criterii, și anume cele privitoare la situația economică și financiară precum și cele referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului sub aspectul resurselor tehnice și/sau profesionale transferabile;

- răspunderea procedurală pentru procedura în curs este, în totalitate, a autorității contractante care, prin luarea în considerare a cerințelor de calificare și selecție, s-ar afla sub incidența art. 293, lit. I) din OUG, nr. 34/2006 și anume este sancționată ca fiind contravenție: „Aplicarea incorectă, în cadrul procedurii de selecție și/sau calificare stabilite prin documentația de atribuire ori aplicarea altor criterii decât a celor stabilite la nivelul invitației/anunțului de participare și prin documentația de atribuire”;

- referitor la angajamentele de susținere a situației economico-financiare și a capacității tehnico-profesionale, ca reprezentant legal al susținătorului SC este nominalizat, inclusiv cu semnătură olografă, dl. Teliceanu Bogdan, care este și reprezentant legal al ofertantului SC în OUG nr. 34/2006, la art. 190, alin. (1) este

stipulat: *„Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”,* fapt care arată în mod expres că reprezentantul legai al susținătorului și ofertantului nu pot fi una și aceeași persoană, așa cum se întâmplă în cazul de față;

- în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, au fost detaliate motivele care au stat la baza respingerii ofertei ca fiind inacceptabilă (neîndeplinind criteriile de calificare și selecție, așa cum au fost ele formulate prin documentația/anunțul de participare), cât și temeiul legal de anulare a procedurii, respectiv anularea acesteia prin nedeținerea la procedură decât a ofertelor considerate de comisia de evaluare ca fiind inacceptabile și sau neconforme.

Având în vedere cele mai sus, autoritatea contractantă arată că, a decis, în conformitate cu „art. 209, alin. (1) lit. 1 din OUG nr. 34/2006” anularea procedurii de atribuire și reluarea acesteia, la o dată ce va fi comunicată ulterior tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedură.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „pachet aparatură medicală imagistică de înaltă performanță” cod CPV 33115000-9, 33111800-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ...086.10.2013, conform căruia, valoarea estimată a contractului fiind cuprinsă între 2.000.000,00-4.000.000,00 lei, fără TVA.

Conform cap. IV.2.1) din anunțul de participare, criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”.

Pe rolul Consiliului, în cadrul prezentei proceduri, a fost depusă contestația nr. 3525 din 18.10.2013, înregistrată la Consiliul sub nr. 35436 din 21.10.2013, depusă de ..., care au constituit obiectul dosarului nr. ... Prin Decizia nr. ... Consiliul *„în urma achiesărilor formulate de autoritatea contractantă, Consiliul respinge ca nefondată contestația depusă de ...”*.

În Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 5167/12.12.2013 s-a consemnat depunerea unei singure oferte, respectiv a contestatorului, însoțită de documentele de calificare.

Ulterior evaluării ofertei și comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, SC ... a depus la Consiliu contestația de față.

Analizând criticile formulate de SC ... Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat oferta sa.

Având a verifica temeinicia deciziei autorității contractante, Consiliul reține următoarele:

Prin fișa de date a achiziției cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale autoritatea contractantă a solicitat, în mod expres și imperativ, ca cerințe minime obligatorii depunerea autorizației de securitate radiologică emisă de CNCAN conform Legii nr. 111/1996 cu modificările și completările ulterioare.

Pentru îndeplinirea acestei cerințe de calificare, contestatorul a ales prin propria sa voință de depună următoarele înscrisuri:

- Cererea nr. 9/06.12.2013 a solicitantului SC ... de modificare a autorizației de securitate radiologică pentru desfășurarea activității din domeniul nuclear pentru instalația computer tomograf tip Alexion – fila 14 din dosarul documentelor de calificare;
- Cererea nr. 10/06.12.2013 a solicitantului SC ... de modificare a autorizației de securitate radiologică pentru desfășurarea activității din domeniul nuclear pentru instalația sistem radiografie digital Radrex-i – fila 16 din dosarul documentelor de calificare;

Analizând aceste înscrisuri raportat la prevederile fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă constată, în cadrul minutei nr. 1 a întâlnirii de lucru a comisiei de evaluare înregistrată sub nr. 5187/16.12.2013 faptul că se impune solicitarea unor clarificări. Astfel prin adresa nr. 5263/19.12.2013, autoritatea contractantă a solicitat contestator clarificări, având în vedere cererile nr. 9 și 10 din data de 06.12.2013 raportat la prevederile cap. 3.2.1.b) din fișa de date a achiziției

Prin adresa nr. 16/20.12.2013 contestatorul a răspuns solicitărilor în sensul că *„autorizația de securitate radiologică se emite pentru produs – respectiv computer tomograf Alexion TSX-034A și instalație radiologică fixă Radrex-i MRAD-A50S. conform prevederilor caietului de sarcini, este necesară prezentarea*

autorizației de securitate radiologică și a autorizației de furnizare emise CNCAN sau dovada că operatorul economic este în curs de autorizare. Prin urmare, prin documentele depuse am prezentat atât Autorizația de securitate radiologică a produsului cât și dovada că suntem în curs de autorizare privind furnizarea, având dosarul de acreditare deus la organismele abilitate, respectiv CNCAN” anexând cererea nr. 9 și 10 din 06.12.2013 și autorizațiile de securitate radiologică nr. VI1890/2011 și MA1900/2012.

Comisia de evaluare analizând înscrisurile primite urmare a solicitărilor de clarificări, constată că cerința minimă stabilită în fișa de date a achiziției nu este îndeplinită.

Analizând înscrisurile depuse de către contestator în cadrul dosarului – documente de calificare și cele anexate adresei nr. 16/20.12.2013, prin propria voință, de către SC ... coroborat cu susținerile din cadrul contestației, Consiliul reține faptul că SC ... nu deține autorizare emisă de CNCAN acestea depunând două solicitări de emitere a *autorizației de securitate radiologică pentru desfășurarea activității din domeniul nuclear pentru instalația computer tomograf tip Alexion și sistem radiografie digital Radrex-i*

Rezultă „ipso facto” că operatorul economic contestator, la data depunerii/deschiderii ofertelor nu a îndeplinit cerința impusă de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției și acceptate de către contestator prin necontestarea lor în termenul legal, în speță nu a prezentat autorizația de securitate radiologică emisă de CNCAN conform Legii nr. 111/1996 cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult, membrii comisiei de evaluare analizează documentele de calificare depuse în cadrul ofertei la momentul stabilit de către autoritatea contractantă pentru depunerea acestora, în raport de cerințele exprese și imperative stabilite în cadrul fișei de date a achiziției, astfel nu poate face presupuneri și nici nu poate interpreta anumite înscrisuri prin adăugarea de noi sintagme astfel încât să ofere un avantaj unui operator economic, încălcând astfel principiul tratamentul egal, nediscriminarea și transparența.

Rezultă fără putință de tăgadă că la data deschiderii ofertelor, respectiv data de 12.12.2013 contestatorul nu deținea autorizație de securitate radiologică pentru desfășurarea activității din domeniul nuclear, deoarece înregistrarea unor cerere la autoritatea competentă în vederea eliberării unor autorizații de securitate radiologică pentru desfășurarea activității din domeniul nuclear nu implică / nu este o certitudine că respectivul operator va primi

autorizația solicitată deoarece este un proces care se derulează în timp care presupune parcurgerea anumitor etape și îndeplinirea anumitor proceduri, cerințe.

Prin impunerea acestor cerințe, autoritatea contractantă a dorit ca operatorii economici să dovedească că la momentul deschiderii ofertelor dețin autorizație de securitate radiologică emisă de CNCAN.

În acest sens, Consiliul apreciază că potrivit principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) lit. g) din același act normativ, autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, cu atât mai mult cu cât riscul neîndeplinirii contractului aparține acesteia.

Mai mult decât atât, legiuitorul a acordat multe remedii și posibilități de acțiune pentru operatorii economici, inclusiv prin dreptul de a contesta documentația de atribuire, în situația în care consideră că anumite cerințe sunt discriminatorii, restrictive sau nelegale. Odată ce contestatorul nu a solicitat clarificări și nici nu a formulat o atare contestație cu privire la aspectul învederat, respectiv cu privire la cerința autorității contractante de prezentare a autorizației de securitate radiologică emisă de CNCAN conform Legii nr. 111/1996 cu modificările și completările ulterioare, și-a însușit, fără obiecțiuni documentația de atribuire, ignorând faptul că nu îndeplinește întrutotul cerințele autorității contractante.

Susținerile contestatorului cu privire la faptul că în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat faptul că *„autorizația de furnizare pentru produs emisă de CNCAN și Autorizația de securitate radiologică emisă de CNCAN – copie lizibila marcată "conform cu originalul" – unde este cazul sau dovada ca este în curs de autorizare*”, nu pot fi reținute în soluționarea contestației având în vedere prevederile expres și imperative al art. 33 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006: *„cerințele criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise*”.

Consiliul nu poate reține susținerea contestatorului cu privire la faptul că, *„câtă vreme autoritatea contractantă nu a precizat faptul că derogarea cuprinsă în caietul de sarcini reprezintă o clauză nescrisă aceasta nu poate pretinde că o asemenea concluzie rezultă ex rem*”, având în vedere faptul că legiuitorul a definit în mod expres și imperativ în cadrul art. 33 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 noțiunea de clauză nescrisă astfel că, astfel că interpretul

- autoritatea contractantă - nu poate adăuga la lege potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” excepții de la prevederile legale în etapa elaborării unui caiet de sarcini.

Ținând cont de aceste prevederi legale și luând în considerare faptul că dovada că este în curs de autorizare s-a solicitat doar în cadrul caietului de sarcini și nu în cadrul fișei de date a achiziției, Consiliul reține faptul că nu poate impune autorității contractante verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare cu privire la deținerea autorizației de securitate radiologică emisă de CNCAN conform Legii nr. 111/1996 cu modificările și completările ulterioare să fie efectuată în raport de cerința din caietul de sarcini deoarece această cerință de calificare este considerată clauză nescrisă.

Având în vedere prevederile art. 34 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, respectiv „*în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte*”, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, apare ca fiind neîntemeiată, urmând să fie respinsă.

De asemenea, autoritatea contractantă, în etapa de evaluare, a respectat principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 respectiv cel al nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumarea răspunderii.

În cazul în care o ofertă nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. 11 alin. (4)–(5), documente relevante în acest sens, este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, o ofertă inacceptabilă, iar potrivit art. 37 din același act normativ, doar „*ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile. Oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire*”.

Comisia de evaluare are obligația, conform art. 81 din HG nr. 925/2006, de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum acesta este întocmit de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 170 din OUG nr. 34/2006), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilesc regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare prin documentele prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din fișa de date, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu respectarea legislației în domeniu.

Respingând oferta contestatorului, autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 200 din OUG nr. 34/2006, respectiv: *„autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în invitația de participare/anunțul de participare și în documentația de atribuire, dacă oferta respectivă îndeplinește toate condițiile de admisibilitate care rezultă din documentația de atribuire și actele anexate”*.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că în cazul în care cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției nu erau justificate, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii / eronate / ambiguu formulate, contestatorul putea solicita autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 78 din OUG nr. 34/2006 sau putea contesta respectivele cerințe de calificare în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 256² din același act normativ.

Prin necontestarea în termen a documentației de atribuire, aceasta și-a îndeplinit forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru operatorii economici participanți și mai mult autoritatea contractantă are obligația verificării strict a cerințelor impuse în cadrul fișei de date a achiziției potrivit art. 72 alin. (2) lit. b) și art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Prin depunerea ofertei, SC ... și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 170 din

O.U.G. nr. 34/2006 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Riscul întocmirii ofertelor inclusiv neprezentarea a unui document de calificare solicitat în cadrul fișei de date a achiziției cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii inacceptabile a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul fișei de date a achiziției, care sunt cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească.

Modalitatea în care contestatorul a ales să elaboreze oferta și să răspundă la solicitările de clarificări, nu poate fi imputată autorității contractante motivat de faptul că nu a depus toate diligențele pentru evaluarea corectă a ofertei sale, invocându-și propria culpă pentru răspunsul formulat autorității contractante la solicitările de clarificări.

Mai mult, Consiliul nu poate reține în soluționare opiniile exprimate de către Consiliu cu prilejul soluționării diferitelor cauze, având în vedere faptul că în sistemul de drept românesc, jurisprudența nu constituie izvor de drept. De asemenea nici judecătorul și nici consilierul de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice nu poate soluționa un litigiu doar în baza susținerilor părților litigante, acestea având obligația de a-și dovedi afirmațiile astfel încât judecătorul și consilierul să poată pronunța o hotărâre / decizie pe baza probelor administrate, rolul lor fiind de a convinge judecătorul sau consilierul. Rezultă astfel să deciziile pronunțate de Consiliu, invocate de către contestator în susținerea contestației sale, au fost pronunțate într-un anumit cadrul procesual, în baza unui întreg probatoriu administrat, care nu pot fi translatate în cadrul prezentului dosar.

De asemenea potrivit prevederilor art. 257 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 *„în activitatea sa, consiliul se supune numai legii, iar ședințele consiliului sunt legal constituite în prezenta majorității membrilor acestuia”*.

Susținerea că *„autoritatea contractantă interpretează în mod eronat prevederile art. 190 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006”* nu poate fi reținută de Consiliul având în vedere faptul că în speță aceste prevederi nu sunt aplicabile având în vedere următoarele aspecte:

- Contestatorul recunoaște atât în cadrul contestației cât și în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări faptul că *„cerința privind capacitatea de exercitare a activității*

profesionale se referă la autorizația de furnizare, cerință a cărei îndeplinire subscrisa am dovedit-o (...) prin:

- *dovada că suntem în curs de autorizare privind furnizarea produsului Radrex-i MRAD-A50S – conform cererii nr. 9/06.12.2013 înregistrată la CNCAN*
- *dovada că suntem în curs de autorizare privind furnizarea produsului Alexion TSX-034A – conform cererii nr. 10/06.12.2013 înregistrată la CNCAN”*
- potrivit prevederilor art. 176 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă „are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la (...) capacitatea de exercitare a activității profesionale”, capacitate reglementată în mod expres la paragraful 3 art. 183 din OUG nr. 34/2006;
- art. 190 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, invocat de către contestator reglementează instituția susținerii unei alte cerințe de calificare și selecție, respectiv capacitatea tehnică și sau profesională.
- prin „angajamentul privind susținerea financiară a asociatului SC ...” terțul susținător SC ...acordă susținere financiară anexând formularul nr. 3 și bilanțurile iar prin angajamentul privind susținerea tehnică și profesională a asociatului SC ...” terțul susținător SC ...acordă susținere tehnică și profesională anexând lista principalelor livrări, formularul – experiența similar și contracte.

Conform prevederilor art. 425 alin. (1) lit. b) C. Proc. Civ nu se impune obligația, Consiliului, în calitate de primă instanță, de a răspunde punctual la toate susținerile și afirmațiile părților; textul în cauză făcând referire expresă numai la indicarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, Consiliul având posibilitatea de a proceda la sintetizarea acestora, în raport de legătura lor logică, și de a le examina în mod grupat.

Având în vedere faptul că în cadrul prezentei proceduri a fost depusă o singură ofertă, care a fost declarată inacceptabilă, autoritatea contractantă a fost obligată să facă aplicarea prevederilor art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 și să anuleze procedura de atribuire.

Referitor la criticile cu privire la faptul că adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nu respectă condițiile prevăzute de lege, respectiv nu a comunicat motivul

concret care a determinat decizi de anulare a procedurii, Consiliul urmează să le respingă ca nefondate având în vedere următoarele considerente:

- în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii autoritatea contractantă a detaliat în mod clar și concret motivele care au stat la baza respingerii ca inacceptabilă a ofertei depuse de SC ... și a fost indicat în mod expres textul de lege în baza căruia a fost anulată procedura respectiv art. 209, alin. (1) lit. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 care dispune în mod expres „dacă au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme” autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire;
- potrivit procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 5167/12.12.2013, însușit de către reprezentantul contestatorului prezent la această etapă, în persoana d-lui Iordache Ștefan Cristian, prin semnătură olografă, în cadrul prezentei proceduri de atribuire a fost depusă o singură ofertă, ofertă ca așa cum s-a reținut în cadrul raportului procedurii nr.5349/30.12.2013 a fost respinsă ca inacceptabilă;

Cu toate că autoritatea contractantă nu a comunicat contestatorului încetarea obligațiilor pe care și le-a creat prin depunerea ofertelor și a indicat un termen de contestare eronat, Consiliul nu mai dispune remedierea documentului în discuție, finalitatea unei astfel de măsuri neputând conduce la un alt rezultat, contestatorul neriscând astfel să sufere vreun prejudiciu, urmare a neconsemnării acestora având în vedere:

- pe de o parte faptul că acest termenul este unul legal, contestatorul neputând invoca necunoașterea legii iar pe de altă parte contestația prezentă a fost depusă în termenul legal atât la contestator cât și la autoritatea contractantă.

- mai mult SC ... a ales să depună garanția de participare folosind un instrument de garantare emis de o societate de asigurări – polita seria M nr. 000003628 emisă de City Insurance.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... în contradictoriu cu ... și va menține anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 19 (nouăsprezece) pagini.