CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../.../...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 481/10.05.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 18053/10.05.2017, depusă de .., cu sediul în ..., str. ... nr. ..., sector ..., având CUI ..., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ..., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., str... nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare *Gaze medicale*, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin eliminarea cerinței privind avizul de funcționare pentru dispozitive medicale emis de Ministerul Sănătății valabil la termenul limită de depunere a ofertelor, emis conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII, Medicamentul, cu modificările și completările ulterioare, în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de achiziție, precum și suspendarea procedurii ei până la soluționarea fondului cauzei.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost admis prin încheierea nr. ... din 12.05.2017.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul .. a criticat prevederile fișei de date, parte a documentației de atribuire, respectiv cerința privind avizul de funcționare pentru dispozitive medicale emis de Ministerul Sănătății

valabil la termenul limită de depunere a ofertelor, emis conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII, Medicamentul, cu modificările și completările ulterioare, precum și refuzul autorității contractante de a remedia această cerință comunicat prin adresa din 27.04.2017, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă.

Menționează că, prin clarificarea nr. 1, a solicitat eliminarea cerinței privind avizul de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, însă autoritatea contractantă a menținut cerința impusă.

În data de ”03.05.2017” a formulat notificare prelabilă prin care a solicitat remedierea documentației de atribuire, în sensul eliminării respectivului aviz, însă nu a fost luată de către autoritatea contractantă vreo măsură de remediere.

În punctul său de vedere nr. 12190/12.05.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 19324/17.05.2017, ... a solicitat respingerea contestației ca tardivă, raportat la art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016. De asemenea, sunt aduse argumente pe fondul cauzei.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost atașate punctului de vedere, fiind înregistrate sub nr. 19324/ 17.05.2017.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 20788/25.05.2017, .. a depus concluzii scrise.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare *Gaze medicale*, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale, 24321115-9 – Acetilena, 98300000-6 – Servicii diverse (Rev. 2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. 174471/06.04.2017.

Din informaţiile anunțului de participare, Consiliul a reţinut că valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare ce urmează a se încheia este de 4.182.240 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”, iar data limită pentru depunerea ofertelor 15.05.2017.

Nemulţumită de prevederile fișei de date, parte a documentației de atribuire, respectiv de refuzul autorității contractante de a remedia cerințele considerate restrictive, refuz comunicat prin adresa din 27.04.2017, .. a înaintat contestaţia de faţă solicitând obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin eliminarea cerinței privind avizul de funcționare pentru dispozitive medicale emis de Ministerul Sănătății valabil la termenul limită de depunere a ofertelor, emis conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII, Medicamentul, cu modificările și completările ulterioare, în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de achiziție, precum și suspendarea acesteia până la soluționarea fondului cauzei.

În data de 28.04.2017, a fost publicată în SEAP următoarea clarificare:

Solicitarea nr. 1:

In FDA, se solicita: la Cerinţa 2 - Se vor prezenta urmatoarele documente emise de ANMDM din cadrul Ministerului Sanatatii "Dispozitive medicale": - Aviz de funcţionare de la Ministerul Sanatatii pentru dispozitive medicale, conform Legii 95/2006 privind reforma in domeniul sanatatii, cu modificările si completările ulterioare, Titlul XVIII "Medicamentul".

Va solicitam sa eliminaţi aceasta cerinţa din FDA pentru urmatoarele motive:

La baza acestei cerinţe a dvs sta legea 176/2000 privind dispozitivele medicale cu normele metodologice aprobate prin Ordinul 1636/2004 stabileşte cadrul legal şi instituţional pentru controlul dispozitivelor medicale, dispozitivelor medicale implantabile active, dispozitivelor medicale pentru diagnostic in vitro, puse în funcţiune şi utilizate, denumite în continuare dispozitive medicale, precum şi pentru controlul activităţilor de comercializare, distribuţie şi de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale.

Tinand cont de faptul ca oxigenul medicinal de concentraţie 99,5% este autorizat de Agenţia Naţională a Medicamentului, cu precizarea ca este produs in mod industrial şi livrat în butelii şi rezervoare (recipienţi criogenici), iar stocatoarele de oxigen si buteliile nu sunt considerate dispozitive medicale si coroborat cu prevederile legii 95/2006 privind reforma in domeniul sanatatii, va rugam sa dispuneţi modificarea documentaţiei de atribuire in sensul eliminării cerinţei.

Răspuns: *Se menţine cerinţa!*

Societatea contestatoare a transmis notificarea prealabilă nr. 462/ 04.05.2017, prin care a solicitat ca măsură de remediere modificarea răspunsului la solicitarea de clarificări.

Autoritatea contractantă a răspuns în data de 09.05.2017, precizând că menține cerința din caietul de sarcini.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestaţiei, în contextul ridicării de către autoritatea contractantă a excepţiei tardivităţii formulării acesteia, se constată că societatea contestatoare a luat cunoştinţă de conţinutul documentaţiei de atribuire la data de 06.04.2017, data publicării în SEAP a acesteia, ataşată anunţului de participare nr. 174471/06.04.2017.

Conform dispoziţiilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

De asemenea, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea

anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz; (...).

Așadar, luând la cunoștință de conținutul documentației de atribuire la data de 06.04.2017, ultima zi pentru depunerea notificării prealabile împotriva documentației de atribuire era marți, 18.04.2017, valoarea estimată a acordului-cadru fiind peste pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, iar data de 17.04.2017 a fost zi nelucrătoare.

Depunerea notificării prealabile la data de 04.05.2017 s-a efectuat cu depășirea termenului legal prevăzut.

Purtarea unei corespondenţe de clarificare cu autoritatea contractantă şi publicarea unui răspuns la clarificări nu poate avea ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării prelalabile și, ulterior, a contestaţiei sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentaţia de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentaţiei, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoştea aspectele reclamate din cuprinsul fișei de date a achiziției de la data publicării documentaţiei – 06.04.2017, motiv pentru care trebuia să manifeste o minimă diligenţă şi să atace în termenul legal cerinţele în discuţie, dacă dorea clarificarea, completarea sau eliminarea lor, neputând fi reţinut niciun motiv legal pentru depăşirea termenului impus de ordonanţă. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect şi, în acest mod, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/ modificări, operatorii economici ar putea să conteste ulterior cerinţe din documentaţie, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la adresa de clarificări. De altfel, clarificarea nr. 10957/27.04.2017 nu modifică conţinutul documentaţiei de atribuire, ci, astfel cum a arătat şi contestatoarea, autoritatea contractantă a menţinut cerința impusă inițial.

Aşadar, raportat la normele art. 6 și 8 din lege, Consiliul reţine incidenţa tardivităţii reclamării cerinţelor din documentaţia de atribuire.

Continuând cu verificarea respectării termenului legal de depunere a contestaţiei faţă de adresa de răspuns la clarificări, nr. 10957/ 27.04.2017, publicată în SEAP la data de 28.04.2017, Consiliul reţine că, faţă de această adresă, notificarea prealabilă este formulată în termenul legal, fiind depusă la data de 04.05.2017. De asemenea, contestaţia este formulată în termenul legal calculat de la data luării la cunoștință de răspunsul la notificarea prealabilă din data de 09.05.2017.

Prin respectiva clarificare, cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă a păstrat cerința nemodificată.

Referitor la răspunsul la clarificări prezintă relevanţă normele art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire*, iar *autoritatea contractantă are obligaţia de a răspunde în mod clar şi complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare (...)*.

Niciunde în legislaţia în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentaţiei şi, nici atât, obligaţia autorităţii contractante de a o modifica după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligaţie legală de a modifica documentaţia după voinţa operatorului economic. Opţiunea modificării cerinţelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorităţii, iar nu o obligaţie, Consiliul neputând sancţiona autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerinţelor cuprinse în documentaţie.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricţiona participarea la procedura de atribuire prin intermediul cerinţelor impuse, însă dacă existau obiecţiuni de nelegalitate în privinţa cerinţelor din fişa de date, contestatoarea trebuia să le conteste *înainte de expirarea termenului legal*, iar nu să aştepte împlinirea lui.

Astfel fiind, se constată netemeincia contestației față de răspunsul la clarificări.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
...	...	...