CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....

Prin contestaţia ..., înregistrată la C.N.S.C. sub nr..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. ..., având cod unic de înregistrare CUI ..., reprezentată convențional prin .. cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr...., emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, desfășurată on-line, în vederea atribuirii acordului-cadru având ca obiect ***„...."***, s-a solicitat anularea comunicării susmenționată şi a întregii proceduri de atribuire, precum şi obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere, respectiv reluarea întregii proceduri de atribuire.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr..., emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, desfășurată on-line, în vederea atribuirii acordului-cadru având ca obiect „...", solicitând anularea comunicării susmenționată şi a întregii proceduri de atribuire, precum şi obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere, respectiv reluarea întregii proceduri de atribuire.

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al procedurii de atribuire, arătând că, în urma aplicării criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire, oferta clasată pe locul I este cea depusă

de ..., întrucât acesta a ofertat un preț mai scăzut şi o garanție mai mare.

Față de rezultatul procedurii de atribuire, contestatorul apreciază că oferta depusă de către ... nu este conformă specificațiilor tehnice solicitate prin caietul de sarcini, motiv pentru care această oferta nu poate fi declarată câştigătoare.

Astfel, se arată că, potrivit caietului de sarcini, modulul trebuie să fie format din motor și baterie, demontabil și să nu necesite sterilizare pentru o mai lungă perioadă de exploatare, acest modul fiind prevăzut cu ECU special și indicator de capacitate a puterii rămase și de autoevaluare.

Ori, arată contestatorul, propunerea tehnică a ... prevede, după cum se susține, o piesă de mână, respectiv pistolul care are motorul încorporat, ceea ce în timp duce la o uzură mai rapidă datorită sterilizărilor repetate la 134°C, bateriile reprezintând un indicator de încărcare, care nu au ECU special pentru a face diagnoza motorului electric și pentru a avertiza asupra potențialelor probleme, prevenind astfel apariția de probleme sau incidente pre sau intra-operatorii.

Contestatorul precizează că, acumulatorii propuși de ... sunt Li-Ion și vin în două variante: sterilizabili si nesterilizabili, însă ambele variante au voltajul mai mic decât caracteristicile trecute în caietul de sarcini. Cu privire la bateriile sterilizabile, se arată că este cunoscută sensibilitatea modulelor Li-Ion la căldură astfel că, expunerea lor la sterilizare le scade drastic perioada de viaţă şi duce la apariţia de incidente sau probleme.

În ceea ce priveşte piesa de mână prezentată de ..., contestatorul precizează că aceasta necesită sterilizare, dar nu conţine părţi electrice, crescând fiabilitatea acesteia, în timp ce piesa societății concurente conține motorul electric. Totodată, se arată că piesa prezentată de ... prezintă modalități de funcționare distincte în regimul găurire/alezare, găurire oscilantă la 270 grd. și tăiere, funcții pe care nu le prezintă piesa de mână a ..., ci doar funcția de tăiere.

De asemenea, contestatorul arată că lama pentru fierăstrăul reciprocator depus de societatea sa are o grosime de 1.10 mm, în timp ce a ... este de 0.6 mm, respectiv 0.8 mm.

Față de cele menționate, contestatorul susține că propunerea tehnică depusă de ofertantul declarat câștigător nu este conformă cerințelor caietului de sarcini, motiv pentru care apreciază că oferta trebuia descalificată.

În ceea ce privește prețul oferit de ..., contestatorul apreciază că, din ansamblul înscrisurilor existente și depuse în cadrul procedurii, raportat la valorile estimate, oferta câștigătorului se încadrează în ipoteza existenței unui preț neobișnuit de scăzut, sens în care autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări conform dispozițiilor art.210 alin.2 din Legea nr.98/2016, ori, în speță, autoritatea contractantă nu a făcut dovada solicitării de clarificări și nici nu a prezentat motivele pentru care a considerat că prețul oferit nu ar fi unul neobișnuit de scăzut.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul apreciază că prețul oferit de ... este neobișnuit de scăzut, iar autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile legale, motiv pentru care oferta trebuia declarată ca fiind inacceptabilă.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită remedierea situației, anularea întregii proceduri de atribuire şi reluarea acesteia cu respectarea prevederilor legale.

În drept, invocă dispoziţiile art.8 și urm. din Legea nr.101/2016, Legea nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.12868/01.11.2018, înregistrat la Consiliu cu nr.45366/02.11.2018, ... a precizat următoarele:

Prețul „neobișnuit de scăzut" al ofertantului declarat câștigător este justificat de cel puțin două elemente, respectiv prețul mai mare oferit de ... și ofertarea de către câștigător a unei configurații specializate, dedicată strict intervențiilor specifice, sternotomiilor, incluzând toate cele 3 tipuri de accesori (sternotomie primară, de revizie și pediatrică).

Acumulatorii ofertați la această procedură de către ... nu sunt din categoria celor sterilizabili (acumulatorii fiind cele mai sensibile repere la procesul de sterilizare), astfel că argumentul contestatorului referitor la "sensibilitatea" acumulatorilor Li-Ion la căldură excesivă, nu poate fi luată în considerare. Conform documentaţiei depuse toate procesele de întreţinere, diagnoză şi regenerare a bateriei sunt mutate în redresor/staţia de încarcare şi sunt complet automatizate.

În cazul motorului/a piesei de mână, producătorul DeSoutter/UK îşi asumă faptul că, toate tehnologiile utilizate la arhitectura echipamentului ofertat sunt în acord cu procesele validate de sterilizare prin autoclavare şi nu afectează din punct de vedere clinic actul chirurgical, ci dimpotrivă, oferă un plus de siguranţă prin limitarea riscului de contaminare bacteriologică a pacientului.

Pentru realizarea sternotomiilor, funcţiile esenţiale sunt cele de tăiere de tip fierăstrău şi de tip oscilant, caracteristicile de găurire/alezare au relevanţă majoră în zona chirurgiei ortopedice.

În concluzie, se susține că, oferta câștigătoare are un preț cu mult mai scăzut, o putere echivalentă de 175W, performant la consumuri minime, mai ușor cu cca. 24-25% decât greutatea maximă solicitată, mai rapid cu cca. 18% (având viteza variabilă de la 0 la 13.000 de ocs/minut față de un maxim de 10.500 -11.000 cerut în caietul de sarcini), cu impact traumatic asupra pacientului redus cu 27-45% raportat la grosimea diferitelor modele de lame ofertate. Utilizarea unor lame mai subțiri este de fapt o caracteristică superioară, un profil mai fin este mai puțin invaziv și realizează o traumă tisulară mult mai mică (important în special în cazul copiilor), refacerea post operatorie este mai rapidă.

De asemenea, se arată că, garanția de 36 luni oferită de ... este cu 50% mai mare decât cea oferită de ..., de 24 de luni.

Autoritatea contractantă precizează că, potrivit documentației de atribuire, valoarea estimată a fost stabilită la o sumă maximală care să nu distorsioneze concurența, care dă posibilitatea tuturor operatorilor economici interesați de a participa cu ofertă, indiferent de prețul unitar pe care îl pot oferi cu condiția ca propunerea financiară să se încadreze în acest prag.

Astfel, este opțiunea fiecărui participant din cadrul procedurii de a-și asuma propunerea financiară ofertată precum și termenul de garanție stabilit pentru echipamentul furnizat, în cazul în care propunerea tehnică va fi considerată conformă.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că procedura de atribuire a fost evaluată corespunzător, conform proceselor verbale intermediare, astfel că prin achiziționarea unor produse de bună calitate, la un preț avantajos, a demonstrat folosirea eficientă a banilor publici, diferența de preț obținută prin atribuirea contractului către ... fiind considerabilă.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Având în vedere data la care autoritatea contractantă a comunicat contestatorului rezultatul procedurii și data la care acesta a transmis contestația de față, Consiliul a invocat, din oficiu, excepția tardivității contestației și a solicitat părților puncte de vedere cu privire la această excepție, în raport cu prevederile art.8 alin.1 lit.b și art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Prin adresa nr.13171/09.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.46525/09.11.2018, ...a solicitat admiterea excepției, susținând ca a comunicat contestatorului rezultatul procedurii la data de 16.10.2018, astfel că, potrivit art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, acesta avea obligația de a transmite contestația în termen de 5 zile. Or, contestatorul a transmis contestația la data de 23.10.2018, la mai mult de 5 zile calendaristice prevăzute de legiuitor ca termen limită de a formula o sesizare în acest sens.

Prin adresa nr.1668/09.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.46698/09.11.2018, ... a solicitat respingerea excepției, susținând că, prin adresa nr.12181/16.10.2018, autoritatea contractantă a comunicat că se poate face notificare în termen de 10 zile, astfel că, în raport cu prevederile legale din Legea nr.101/2106, s-a transmis contestație în termenul legal, atât către autoritatea contractantă, cât și către C.N.S.C.

În probațiune s-a depus dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă.

Față de prevederile art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației, invocată din oficiu, în raport cu prevederile art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

... critică, prin contestație, rezultatul procedurii de atribuire, despre care a luat cunoștință din adresa nr.12181/16.10.2018, primită la sediul său, prin fax, la data de 16.10.2018.

Raportat la tipul contractului ce se va încheia, respectiv acord-cadru de furnizare, și la valoarea estimată a acestuia, de 536.000,00 lei, astfel cum apare precizat în anunțul de participare simplificat nr.SCN1016551,

mai mica decât pragul valoric prevăzut la art.7 alin.1 lit.b din Legea nr.98/2016, Consiliul determină incidența dispozițiilor art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, potrivit cu care:

„(1) ***Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante****, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)*

b) ***5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal****, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”*

Relevante în soluționare sunt și dispozițiile art.16 alin.1 din același act normativ, potrivit cu care:

„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”

Așadar, ... avea obligația de a transmite contestația atât C.N.S.C., cât și autorității contractante, în termen de 5 zile de la data la care a luat cunoștință despre actul atacat, termen care, calculat conform art.5 din Legea nr.101/2016, s-a împlinit luni ***22.10.2018***, fiind prorogată împlinirea lui din data de 21.10.2018 - zi nelucrătoare.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că ... a transmis contestația sa nr.1614/***23.10.2018***, către C.N.S.C., prin e-mail, și către autoritatea contractantă, prin fax, la data de ***23.10.2018,*** ulterior împlinirii termenului legal de 5 zile în care acest demers trebuia efectuat.

Astfel fiind, la data la care ... a transmis contestația către C.N.S.C. și autoritatea contractantă era decăzut din acest drept, aplicabilă devenind sancțiunea prevăzută expres de art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Nu poate fi primită în soluționare apărarea contestatorului conform căreia în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire i s-a adus la cunoștință dreptul de a depune notificare în termen

de 10 zile, deoarece termenele de la art.8 alin.1 din Legea nr.101/2016 sunt termene de decădere, a căror nerespectare atrage incidente sancțiunii exprese a tardivității contestației.

De asemenea, faptul inserării în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, de către autoritatea contractantă, a unui demers eronat dar și a unui termen eronat în care acesta trebuia efectuat, respectiv demersul notificării prealabile în termen de 10 zile, nu reprezintă un argument pentru a justifica nesocotirea dispozițiilor legale susenunțate, aplicabil fiind principiul potrivit cu care *„nimeni nu poate invoca necunoașterea legii”*. De altfel, cu ocazia analizei dispozițiilor Legii nr.101/2016, pe care susține că a făcut-o, contestatorul avea obligația de a determina atât calea de atac corectă, lucru pe care l-a făcut, cât și termenul legal în care aceasta trebuia promovată.

În sensul obligației ofertanților de a respecta termenele legale în ciuda comunicării de către autoritățile contractante a unor termene eronate de promovare a căilor de atac, s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia civilă nr.1131/25.02.2015, pronunțată de Curtea de Apel București, decizia nr.5126/05.11.2013, pronunțată de Curtea de Apel Galați, decizia civilă nr.836/24.02.2015, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.2586/07.08.2014, pronunțată de Curtea de Apel Bacău.

Pentru considerentele susmenționate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite excepția tardivității contestației depusă de ... și, pe cale de consecință, va respinge contestația, ca tardivă.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit dispoziţiilor art.28 alin.1 din lege.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației depusă de ..., în contradictoriu cu ... și, pe cale de consecință, respinge contestația, ca tardivă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate.