CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 334/C11/269
Data: 07.03.2019

Prin contestația nr. 303/20.02.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6580/20.02.2019, formulată de .....SRL, cu sediul în ....., împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări din data de 15.02.2019 transmis de autoritatea contractantă SPITALUL UNIVERSITAR DE URGENȚĂ .....,în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „OXIGEN MEDICINAL”, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea răspunsului la solicitarea de clarificări din data de 15.02.2019 în sensul celor indicate în contestație.

În subsidiar, pentru situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, s-a solicitat obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire a contractului. De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii până la soluționarea contestației, capăt de cerere admis de Consiliu prin Încheierea nr. 317/C11/269/25.02.2019

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația depusă, ...SRL arată că, ulterior publicării documentației de atribuire în SEAP, a transmis autorității contractante o solicitare de clarificări ce a vizat o serie de cerințe din cuprinsul documentației, răspunsul denumit *Conținut al listei de clarificări pentru documentația de atribuire întocmită în vederea desfășurării procedurii de licitație deschisă din data de 15.02.2019*, fiind rău intenționat, abuziv și de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură.

Concret, contestatoarea arată că a solicitat autorității contractante următoarele:

1. *acceptarea înlocuirii termenului de 2 ore cu termenul maxim de 5 ore pentru remedierea incidentelor apărute pe perioada derulării contractului, termen calculat de la momentul sesizării scrise sau telefonice la nr. de telefon dedicat, având în vedere traficul din București și posibilitatea reală de a interveni*.

Referitor la răspunsul negativ primit din partea autorității contractante la această solicitare, contestatoarea invocă traficul aglomerat din București, faptul că Bucureștiul este în top 5 al celor mai aglomerate orașe din lume, și faptul că distanța de la punctul său de lucru la sediul autorității contractante face ca un termen de doar 2 ore să fie unul nerealist.

2*. acceptarea ca asigurarea pieselor de schimb, în cadrul asigurării service-ului și a reparațiilor curente, să fie în sarcina furnizorului doar în ceea ce privește echipamentele montate de furnizor și aflate în proprietatea acestuia*.

Această solicitare a fost făcută în contextul în care echipamentele aflate în proprietatea autorității contractante au avut o perioadă de funcționare îndelungată și nu se poate previziona apariția defecțiunilor.

Contestatoarea precizează că a făcut referire la un aspect care nu a fost menționat în caietul de sarcini, **respectiv instalațiile care aparțin autorității contractante**. Potrivit acesteia, solicitarea poate rămâne neschimbată, dorința sa fiind doar ca autoritatea contractantă să clarifice și să precizeze faptul că, asigurarea pieselor de schimb, în cadrul asigurării service-ului și a reparațiilor curente, să fie în sarcina furnizorului doar în ceea ce privește echipamentele montate de furnizor și aflate în proprietatea acestuia, nu și la cele deținute de autoritatea contractantă anterior acestei proceduri.

3. *eliminarea cerinței privind deținerea Avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitivele medicale conform Legii nr. 95/2006, Titlul XVII „Medicamentul”.*

Refuzul autorității contractante de a accepta eliminarea acestui aviz este nejustificat, deoarece, raportat la Legea nr. 176/2000, oxigenul medicinal lichefiat și oxigenul medicinal comprimat, denumite de autoritatea contractantă gaze medicale, sunt autorizate de Agenția Națională a Medicamentului, cu precizarea că sunt produse în mod

industrial și livrate în butelii și rezervoare, iar buteliile și rezervoarele nu sunt dispozitive medicale.

Potrivit contestatoarei, această cerință este nelegală și trebuie eliminată, având în vedere faptul că nu are legătură cu produsele ce urmează a fi furnizate, respectiv gazele medicale. În plus, arată că oxigenul medicinal de concentrație 99,5% este autorizat de Agenția Națională a Medicamentului, cu precizarea că este produs în mod industrial și livrat în butelii și rezervoare (recipienți criogenici) iar stocatoarele de oxigen și buteliile nu sunt considerate dispozitive medicale.

Cu privire la această cerință, contestatoarea arată că, în mai multe rânduri, aceasta a fost contestată, iar Consiliul a pronunțat mai multe decizii prin care a obligat autoritățile contractante la eliminarea ei.

4. *eliminarea cerinței privind prezentarea de către furnizor a facturii fiscale, odată cu expedierea/livrarea produselor, având în vedere faptul că la livrarea oxigenului medicinal lichefiat nu se cunoaște cantitatea exactă de oxigen medicinal lichefiat, aceasta fiind consemnată în momentul eliberării bonului de pe aparatul ce este montat pe cisternă și care măsoară cantitatea exactă ce este livrată*;

Contestatoarea solicită înlocuirea cerinței după cum urmează: „Furnizorul va transmite achizitorului, odată cu expedierea produselor, următoarele documente: a) aviz de însoțire; b) proces verbal de predare primire; c) documente de calitate aferente produsului.

Refuzul autorității contractante de a accepta această modificare este apreciată de contestatoare ca fiind rău intenționată, deoarece factura se eliberează pe baza cantității livrate, iar cantitatea real livrată este consemnată în momentul eliberării bonului de pe aparatul ce este montat pe cisternă. Șoferul nu are posibilitatea să emită pe loc factura fiscală aferentă cantității real livrate, doar pe baza bonului de consum emis de aparatul montat pe cisternă putându-se elibera factura.

5. acceptarea Anexei de calitate la contract, Declarația de asumare a proprietății buteliilor lor și cerințele specifice de acoperire a contravalorii buteliilor în cazul furtului/pierderii;

Contestatoarea precizează că solicitarea sa are la bază prevederile exprese care se regăsesc în documentele emise de către Agenția Națională a Medicamentului și este o Anexă de calitate la contract; pentru că obiectul acestui contract este furnizarea de medicamente, Autoritatea contractantă nu poate refuza această Anexă pe motiv că este fără bază legală, deoarece a fost precizată reglementarea din GMP de la cap. 7 Activități externalizate, la Furnizorul de contract pct. 7.6, fiind cerințe de calitate.

Această anexă de calitate protejează și conștientizează achizitorul de probleme ce pot apărea pe perioada derulării contractului. Mai mult, în anexă apare și declarația de acoperire a contravalorii buteliilor în cazul furtului/pierderii, aspect reglementat de prevederile ISCIR menționate în

PT C 5-2003 CERINȚE TEHNICE PRIVIND UTILIZAREA RECIEPENTELOR BUTELII PENTRU GAZE COMPRIMATE, LICHEFIATE SAU DIZOLVATE SUB PRESIUNE.

Scopul prescripțiilor tehnice este crearea unui cadru legal unitar în vederea aplicării întocmai a prevederilor HG nr. 1340/2001. Acestea sunt obligatorii pentru toți agenții economici care efectuează verificarea tehnică periodică, umplerea, montarea, repararea, transportul, scoatere din uz și casarea recipientelor- butelii pentru gaze comprimate, lichefiate sau dizolvate sub presiune, precum și pentru utilizatorii acestor recipiente – butelii.

Prin punctul de vedere nr. A21136/26.02.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 7323/26.02.2019, autoritatea contractantă a comunicat că apreciază necesare următoarele măsuri de remediere:

- referitor la cerința de înlocuire a termenului de intervenție de 2 ore cu un termen maxim de 5 ore, pentru Lotul 1, cerința din caietul de sarcini se reformulează astfel: *„Furnizorul trebuie să asigure un dispecerat/persoană de contract cu atribuții de intervenție rapidă în remedierea incidentelor tehnice apărute pe perioada derulării contractului (prin asistență telefonică sau prin planificarea deplasării unui specialist la autoritatea contractantă în cazul nerezolvării prin asistență telefonică)";*

- eliminarea cerinței privind prezentarea avizului de funcționare pentru dispozitive medicale;

- prevederile clauzei 14.1 din Modelul de contract se modifică după cum urmează: *„Furnizorul va transmite achizitorului, odată cu expedierea produselor, următoarele documente: a) factură fiscală sau aviz de însoțire a mărfii; b) certificat de analiză și declarație de conformitate; c) proces verbal de predare primire*."

Totodată, a precizat că nu este de acord cu celelalte modificări solicitate de contestatoare, din următoarele motive:

- referitor la cerința de înlocuire a termenului de intervenție de 2 ore cu un termen maxim de 5 ore, pentru Lotul 2, aceasta nu poate fi acceptată raportat la prevederile art. 5.1 din PT C5-2003; în accepțiunea sa, termenul de 2 ore acoperă perioada necesară deplasării personalului de intervenție, inclusiv în perioadele de trafic intens, pe distanța dintre sediul contestatoarei și cele al autorității contractante; în mod netemeinic, contestatoarea invocă timpul necesar pentru pregătirea echipamentelor de intervenție, deoarece atât personalul cât și echipamentele necesare trebuie să fie pregătite în orice moment;

- cerința privind asigurarea pieselor de schimb se menține, deoarece aceasta se referă, în egală măsură, atât la resursele tehnice prevăzute la pct. 5.1 din caietul de sarcini, cât și la cele pe care ofertantul le poate monta în condițiile caietului de sarcini, cerința de la pct. 5.2 nefiind contestată de niciunul din cei doi participanți la procedură; în condițiile în care cerința de la pct. 5.2 este necontestată,

aceasta nu poate fi îndeplinită fără ca ofertantul să asigure și piesele de schimb necesare funcționării instalațiilor prevăzute la pct. 5.1, cât și la cele pe care ofertantul le poate monta în condițiile caietului de sarcini, având în vedere că asigurarea de către autoritatea contractantă a unor piese de schimb care nu pot fi previzionate din timp ar conduce, automat, la neîndeplinirea cerinței mai sus menționată, prin neasigurarea funcționării continue;

- în perioada 2014-2019, în care a funcționat și funcționează instalația de stocare și distribuție a oxigenului medicinal lichid, condițiile pentru furnizarea oxigenului au inclus, permanent, obligația furnizorului de a asigura întreținerea și repararea instalațiilor cu asigurarea pieselor de schimb necesare, stabilită prin caietele de sarcini și asumate prin ofertele furnizorilor, inclusiv de către contestatoare, care este beneficiarul unui acord-cadru, fiind furnizor de oxigen în baza unor contracte subsecvente.

- echipamentele la care se face referire în contestație au fost și sunt fiabile, în ultimii 15 ani de utilizare nefiind nevoie decât înlocuirea de 2 ori a indicatorului de nivel, ca piesă de schimb;

- solicitarea privind acceptarea Anexei de calitate la contract nu este fondată deoarece, cap. 7 din Ghidul privind buna practică de fabricație pentru medicamente de uz uman, la care face referire contestatoarea, tratează responsabilitățile fabricanților de medicamente față de autoritatea competentă în ceea ce privește acordarea autorizațiilor de punere pe piață și de fabricație; responsabilitățile generate de acest document sunt aplicabile fabricantului și subcontractanților săi pentru activități externalizate, denumiți în acest document sunt beneficiari de contract; autoritatea contractantă nu are niciuna din aceste două calități;

- dintr-un alt punct de vedere anexele propuse conțin prevederi dezavantajoase pentru autoritatea contractantă sau care nu pot fi îndeplinite de către autoritatea contractantă (ex.: cumpărătorul trebuie să raporteze către vânzător, în scris toate deviațiile identificate în timpul transportului 2. Asumarea plății unor produse pierdute sau deteriorate sau a unor daune interese, la un preț impus fără temei legal).

Ulterior studierii dosarului achiziției, la sediul Consiliului, în data de 05.03.2019, contestatoarea a transmis prin mijloace electronice (e-mail) și prin fax, documentul intitulat „Concluzii scrise”, corespondența fiind înregistrată la Consiliu cu nr. 8261/06.03.2019 și respectiv cu nr. 8290/06.03.2019.

Considerând că, prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă a „clarificat” doar anumite aspecte privind clarificările nr. 1, 2 și 9, contestatoarea își menține criticile din cuprinsul contestației și prezintă argumente suplimentare, contrazicând astfel susținerile autorității contractante.

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

Procedura de licitație deschisă a fost inițiată de SPITALUL UNIVERSITAR DE URGENȚĂ ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „OXIGEN MEDICINAL”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. CN ...../17.01.2019. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate preț”, valoarea estimată totală a contractului, fiind de 5239200 lei, fără TVA.

Consiliul constată că autoarea contestației a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205257779/1, emisă de CEC BANK, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 13.098 lei. Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 61^1 alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În data de 15.-2.2019, autoritatea contractantă a publicat în SEAP documentul denumit *Conținut al listei de clarificări pentru documentația de atribuire întocmită în vederea desfășurării procedurii de licitație deschisă din data de 15.02.2019,* prin care a formulat răspunsuri la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici interesați.

Prin prezenta contestație, ...SRL formulează critici cu privire la punctele 1, 2, 6, 8 și 9 din documentul mai sus menționat, susținând că răspunsurile formulate de autoritatea contractantă nu sunt clare și complete, motivând prin prezentarea unor elemente concrete la fiecare dintre acestea.

Consiliul reține că autoritatea contractantă, în conținutul punctului de vedere transmis, își manifestă intenția de a remedia în sensul dorit de contestatoare, răspunsurile și, implicit, conținutul documentației de atribuire, privitor la punctul 1 pentru lotul 1, la punctul 6 și la punctul 8 din răspunsul la solicitarea de clarificări, ca urmare, criticile contestatoarei legate de aceste puncte urmează a fi respinse ca rămase fără obiect, cu condiția ca autoritatea contractantă să publice în SEAP remedierile propuse.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de punctul 1 pentru lotul 2, punctul 2 și punctul 9, Consiliul reține că autoritatea contractantă a prezentat argumente concrete din care reiese faptul că răspunsurile formulate corespund necesităților sale și sunt corelate cu domeniul de activitate al autorității contractante, ce implică necesitatea unei celerități sporite a reparațiilor la instalațiile adiacente.

În acest context, Consiliul va respinge, ca nefondate, aceste critici, mai ales, în condițiile în care, în fapt, sunt solicitări de modificare a documentației de atribuire si sunt tardiv formulate, prin raportare la data la care contestatoarea a luat la cunoștință asupra conținutului documentantației de atribuire, respectiv cel mai tîrziu data formulării

solicitării de clarificări, răspunsul negativ privind o modificare nerepunând un operator economic în termenul legal de contestatare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de către .....SRL în contradictoriu cu SPITALUL UNIVERSITAR DE URGENȚĂ ....., în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către .....SRL în contradictoriu cu SPITALUL UNIVERSITAR DE URGENȚĂ .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.