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. 266 alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ap. 2, ..., judeţul ....., CUI ....., privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare de consumabile pentru dializă renală şi soluţii dializă, lotul 1 – consumabile pentru dializa renală compatibile cu aparatul Dialog+, cod CPV ..., cu data limită de depunere a ofertelor 10.02....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., judeţul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat ..... de atribuire şi reevaluarea ofertei sale pentru lotul 1.

În baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările şi completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestaţia SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu .....

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

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale de consumabile pentru dializa renală compatibile cu aparatul Dialog+, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare că, pe parcursul evaluării, autoritatea i-a adresat următoarea solicitare de clarificări, la care a răspuns explicit:

"*... în conformitate cu prevederile Fişei de date, comisia de evaluare a constatat că firma dumneavoastră a precizat în specificaţiile tehnice şi performanţe la produsul DIALIZOR SINTETIC LOW FLUX SANITHUM «membrana avansată din Polietersulfona asigură un clearances excelent» şi conform Caietului de Sarcini la acest produs s-a cerut «membrana noncelulozica (polysulfona/α-ps), uscată».*

Prin urmare, solicităm să ne transmiteţi explicit dacă există diferenţe între membrana avansată din Polietersulfona asigură un clearances excelent respectiv membrana noncelulozica (polysulfona/ α-ps), uscată."

Ulterior, autoritatea i-a adus la cunoştinţă că oferta sa a fost declarată neconformă, întrucât "*nu respectă cerinţa precizată în caietul de sarcini: membrană noncelulozică (polysulfona/α-ps), uscată, la produsele DIALIZOARE SINTETICE LOW FLUX .10;12;15) în propunerea tehnică; dumneavoastră aţi precizat la produsele DIALIZOR SINTETIC LOW FLUX SANITHUM «membrană avansată din Polietersulfona asigură un clearances excelent»*".

Însă, în opinia reclamantei, dializoarele respectă cerinţele din caietul de sarcini, inclusiv în privinţa membranei, şi au caracteristici superioare celor solicitate. Din cerinţa cuprinsă în caiet se înţelege că dorinţa autorităţii este ca membrana dializorului să fie sintetică, adică noncelulozică, şi uscată (ca exemplificare, s-a indicat între paranteze denumirea polysulfonă/α-ps). Autoritatea nu se referă doar la dializoarele sintetice care au membrana cu această denumire, deoarece "polysulfona/α-ps" este o membrană folosită exclusiv de către producătorul Bbraun la realizarea dializoarelor Diacap (Diacap α Polysulfone este marcă înregistrată a companiei Bbraun Avitum AG).

În răspunsul furnizat autorităţii la solicitarea de clarificări s-a menţionat:

"- *Ambele tipuri de membrane fac parte din aceeaşi familie a polimerilor termoplastici;*

- Ambele tipuri de membrane sunt membrane noncelulozice uscate;

- Ambele tipuri de membrane, atât polisulfona (PSF) cât şi polietersulfona (PES), sunt folosite pe scară largă în fabricarea dializoarelor de înaltă performanţă;

- Câteva dintre caracteristicile principale ale membranelor din polietersulfona (PEQ):

- *Biocompatibilitate excelentă;*
- *Pierdere scăzută de albumină;*
- *Perete al membranei mai subţire, determinând o mai mare capacitate de ultrafiltrare;*
- *Retenţie a toxinelor;*
- *Grad mare de îndepărtare a β2m;*
- *Grad mare de retenţie CIS*
- *Performanţe mai bune decât alte membrane sintetice în privinţa retenţiei.*"

Tipul de membrană oferit, respectiv noncelulozică uscată, sintetică, este din familia membranelor polimerice termoplastice, derivată din polisulfonă, cu caracteristici echivalente, uneori superioare, dar în nici un caz inferioare celor solicitate, context în care este eronată concluzia autorităţii că oferta nu satisface cerinţele caietului de sarcini.

În punctul său de vedere nr. 4526/04.04..... asupra contestaţiei, înregistrat la Consiliu cu nr. 9894/....., autoritatea contractantă susţine în apărare că, prin caietul de sarcini, a solicitat dializoare sintetice cu "membrană noncelulozică (polisulfona/a-ps) uscată", iar termenul de "polisulfona/α-ps" nu este folosit cu titlu de exemplu. Dacă ar fi fost astfel, în paranteză s-ar fi trecut: "Ex.: ... însoţit de enumerarea mai multor tipuri de membrană".

Nu doar dializoarele producătorului Bbraun au membrană cu denumirea "polisulfona/α-p". Există dializoare ale mai multor producători cu acest tip de membrană (Fresenius Medical Care, Toray Industries, Minntech, Asahi Kasei Kuraray Medical Co şi alţii).

Contestatoarea avea posibilitatea să solicite clarificări pentru a afla dacă denumirea "polisulfona/α-p" este menţionată cu titlu exemplificativ.

În răspunsul nr. 3826/....., însăşi contestatoarea vorbeşte despre două tipuri de membrane diferite, cu caracteristici asemănătoare, dar şi cu diferenţe între ele, deci două tipuri de membrane, nu unul singur.

Astfel fiind, autoritatea solicită Consiliului să respingă contestaţia, ca nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenţei generale, materiale şi teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., şi după deliberare, Consiliul reţine că, prin invitaţia de participare nr. ....., publicată în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a iniţiat o procedură de cerere de oferte online în vederea achiziţionării de consumabile pentru dializa renală compatibile cu aparatul Dialog+ (lotul 1) şi soluţii de dializă compatibile cu aparatul Dialog+ (lotul 2), estimate valoric la 170.749,96 lei, fără TVA. Documentaţia de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de invitaţia de participare.

La procedură, pentru lotul 1 s-au prezentat doi operatori economici, respectiv SC ...., a cărei ofertă a fost admisă şi declarată câştigătoare, şi SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă ca neconformă, întrucât autoritatea a considerat că nu satisface una dintre cerinţele din caietul de sarcini. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluţionarea contestaţiei ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentaţia de atribuire, alcătuită din fişa de date, caietul de sarcini, formularele necesare şi modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei şi-au consolidat forţa obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenţii sau critici vizavi de prevederile documentaţiei de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanţa privind achiziţiile publice.

În concluzie, documentaţia acceptată implicit de toate societăţile ofertante le impunea să îi urmeze cu stricteţe prescripţiile, sens în care dispune şi art. 170 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanţii au obligaţia de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentaţia de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanţii şi-au însuşit documentaţia de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripţiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curţii de Apel ....., Secţia de contencios administrativ şi fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părţilor, şi documentaţia de atribuire, întovărăşită de

clarificările postate în SEAP, are aceeaşi valoare pentru părţi, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeaşi direcţie, Curtea de Apel Iaşi, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, a reţinut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerinţele riguroase în materie de achiziţii publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achiziţiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispoziţiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puţin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea şi sancţionarea încălcării dispoziţiilor legale în materia procedurilor de achiziţie publică, nu i se poate reproşa autorităţii contractante că a analizat ofertele participanţilor la procedură în raport de cerinţele minime de participare necontestate, sancţionând neîndeplinirea acestora.

În caietul de sarcini, care "face parte integrantă din documentaţia pentru elaborarea si prezentarea ofertei şi constituie ansamblul cerinţelor pe baza cărora se elaborează de către fiecare ofertant propunerea tehnică", pentru lotul 1, dializoare sintetice low flux, prima specificaţie tehnice menţionată de autoritate este: "membrana noncelulozica (polysulfona/α-ps)", specificaţie considerată neîndeplinită de către oferta SC ..... SRL, care a propus o "membrană avansată din polietersulfonă".

Niciuna dintre părţi nu tăgăduieşte că polisulfona (PSF) şi polietersulfona (PES) constituie polimeri diferiţi, ambii utilizaţi în fabricarea membranelor de filtrare (pe piaţa de profil se comercializează dializoare atât din polisulfonă, cât şi din polietersulfonă).

Divergenţa provine din interpretarea diferită a adăugirii între paranteze "(polysulfona/α-ps)", pe care contestatoarea o apreciază ca având o funcţie exemplificativă, în vreme ce, din perspectiva autorităţii achizitoare, adăugirea are caracter obligatoriu. Din parcurgerea celor 11 pagini ale caietului de sarcini, Consiliul determină că niciuna dintre specificaţiile pe care le cuprinde ar avea caracter exemplificativ (inclusiv cele trecute între paranteze), respectiv că ar fi facultative de îndeplinit de către ofertanţi.

Cu alte cuvinte, specificaţiile date de autoritate nu sunt cu titlu exemplificativ.

Dicţionarul explicativ al limbii române atribuie parantezelor semnificaţia de semne de punctuaţie între care se izolează o *explicaţie*, un adaos, un amănunt legat de restul unui text dat. Aşadar, adăugirii "(polysulfona/α-ps)" trebuie să i se recunoască un rol explicativ, aceasta fiind şi voinţa reală a autorităţii.

Din specificaţia reprodusă reiese, dincolo de îndoială, că autoritatea a dorit să achiziţioneze membrane din polisulfonă, nu din polietersulfonă, cum a ofertat reclamanta. Aşadar, în lumina caietului de sarcini, niciun alt material de confecţionare a membranelor nu este conform caietului şi admis.

În pofida specificaţiei obligatorii, SC ..... SRL a înţeles să propună în oferta sa membrane din polietersulfonă, ale căror caracteristici sunt diferite faţă de tipul de membrană cerută de autoritate, după cum chiar ofertanta recunoaşte în răspunsul său la adresa nr. 3820/.....

Art. 170 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 dispune că ofertanţii au obligaţia de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentaţia de atribuire. Raportat la propunerea tehnică a contestatoarei, ea nu respectă cerinţa impusă de autoritate ca membranele să fie fabricate din polisulfonă. Potrivit alin. (3) al art. 34 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Şi în fişa de date a achiziţiei, la pct. IV.4.1) - Modul de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a prevăzut expres că ofertantul are obligaţia de a face dovada conformităţii produselor cu cerinţele din caietul de sarcini. Una dintre aceste specificaţii a fost cea dezbătută în paragrafele precedente, cerinţă care nu a fost clarificată sau contestată de reclamantă în termenul legal, situaţie în care ea şi-a consolidat forţa obligatorie pentru toţi operatorii economici interesaţi în participarea la procedura de atribuire.

Prin urmare, prin propunerea unei membrane din alt material, SC ..... SRL s-a abătut atât de la documentaţia de atribuire (caietul de sarcini), cât şi de la normele legale precitate. În consecinţă, fiind incidente în speţă prevederile art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface cerinţele caietului de sarcini) şi cele ale art. 81 din acelaşi act normativ (comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi ofertele neconforme), decizia de respingere a ofertei pentru motivul analizat mai sus este legală. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societăţii care a prezentat-o, iar nu autorităţii contractante, a cărei obligaţie era de a controla respectarea întocmai de către ofertanţi a prescripţiilor documentaţiei.

Dacă societatea dorea să furnizeze membrane din alt material, trebuia să clarifice acest aspect cu autoritatea contractantă anterior depunerii ofertei. În Hotărârea sa din 16 aprilie 2015, cauza C-278/....., Curtea de Justiţie a Uniunii Europene a subliniat că obligaţia de transparenţă are ca scop în special să garanteze că este

înlăturat riscul de arbitrar din partea autorităţii contractante, iar acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condiţiile pe care ea însăşi le-a stabilit.

Pe de altă parte, contrar art. 10 alin. (1), art. ..... alin. (2) şi art. 249 C. proc. civ., care impun părţilor să susţină cu mijloace de probă cele ce afirmă în faţa Consiliului, contestatoarea nu a furnizat Consiliului niciun argument sau mijloc de probă din care să rezulte superioritatea calitativă a membranelor din polietersulfonă, faţă de cele din polisulfonă, cerute de autoritate. Explicaţiile de ordin general:

"- Biocompatibilitate excelentă;

- Pierdere scăzută de albumină;

- Perete al membranei mai subţire, determinând o mai mare capacitate de ultrafiltrare;

- Retenţie a toxinelor;

- Grad mare de îndepărtare a β2m;

- Grad mare de retenţie CIS;

- Performanţe mai bune decât alte membrane sintetice în privinţa retenţiei."

nu depăşesc nivelul de simple afirmaţii, atât timp cât nu sunt însoţite de analize valorice comparative între cele două tipuri de membrane, analize de ordin tehnic bazate pe documente probatorii.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii şi nici pentru obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

PREŞEDINTE COMPLET 8,

.....

MEMBRU COMPLET 8,

.....

MEMBRU COMPLET 8,

.....

Redactată în patru exemplare, conţine şapte pagini.