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) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../16.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..../16.07.2020, înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ....., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ...., cu sediul în ..... – ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii, pe loturi, a acordului - cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal gazos, dioxid de carbon CO2 îmbuteliat, argon 5.0, azot 5.0, bioxid de carbon medicinal butelie plus chirii butelii oxigen comprimat (la care adaugă servicii conexe)”, cod CPV 24111500-0 – Gaze medicale (Rev.2), s-a solicitat suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, și ..... de atribuire prin anularea modificărilor aduse de clarificările referitoare la produsul Bioxid de carbon medicinal conform răspunsului nr. ..../08.07.2020 în sensul eliminării mențiunii de „dispozitiv”, ca referire la acest produs și, pe cale de consecință, a anulării tuturor actelor subsecvente.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL înțelege să formuleze critici în privința documentației de atribuire, loturile 6 și 7, astfel cum a fost modificată prin răspunsul nr. ...../08.07.2020, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, în data de 08.07.2020, în urma clarificărilor solicitate de unul dintre operatorii economici, autoritatea contractantă a răspuns menționând următoarele: admite înlocuirea în caietul de sarcini a sintagmei *„bioxid de carbon (dioxid de carbon) medicinal butelie*" cu *„bioxid de carbon (dioxid de carbon) medicinal, sau dispozitiv medical butelie*"; admite înlocuirea sintagmei de *„TVA 9%*" cu sintagma *„TVA în vigoare*" pentru acoperirea TVA de 19% aplicabil gazelor dispozitive medicale ca urmare a primei clarificări; a făcut precizarea că produsul ce face obiectul loturilor 6 și 7 va fi utilizat în scop medical.

Contestatoarea precizează că urmare a modificărilor aduse prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă a modificat substanțial obiectul procedurii de achiziție în ceea ce privește produsul bioxid de carbon (dioxid de carbon) medicinal, între produsul inițial calificat conform legii ca medicament și produsul acceptat ulterior ca dispozitiv medical existând diferențe atât în procesul de producție, de autorizare, în utilizare, cât și în ceea ce privește regimul fiscal diferit, criteriul de atribuire neputând fi „prețul cel mai scăzut".

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a încălcat principiile esențiale în materia achizițiilor. Astfel, conform jurisprudenței CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însuși le-a stabilit.

Societatea contestatoare consideră că se impune suspendarea procedurii până la soluționarea fondului cauzei, întrucât, în ipoteza în care nu s-ar dispune suspendarea procedurii de atribuire și autoritatea contractantă ar continua procedura de atribuire prin depunerea și deschiderea ofertelor, ar fi privată de dreptul de a depune o ofertă pentru loturile 6 și 7 pentru un produs similar cu alți competitori, fiind un caz „vădit" de denaturare a concurenței, în condițiile în care cele două produse au un regim semnificativ diferit. Astfel, paguba ar rezulta din pierderea posibilității de a depune o ofertă competitivă.

Referitor la nelegalitatea modificării obiectului licitației prin adăugarea unui produs cu un regim diferit față de produsul inițial, ca urmare a unei clarificări la solicitarea unui operator economic, contestatoarea menționează următoarele aspecte:

Prin acceptarea produsului bioxid de carbon (dioxid de carbon) dispozitiv medical s-au încălcat prevederile art. 55 din HG nr. 395/2016.

Produsul bioxid de carbon (dioxid de carbon) medicinal autorizat ca medicament, cu autorizație de punere pe piață emisă de către Agenția Națională a Medicamentului este un produs diferit față de produsul bioxid de carbon (dioxid de carbon) certificat ca dispozitiv medical.

Posibilitatea comercializării unor dispozitive medicale care produc dioxid de carbon, nu înlătură obligația legală ca produsul dioxid de carbon să aibă calitatea recunoscută de medicament de uz uman, care se atestă prin eliberarea autorizației de punere pe piață a acestuia și care lisea în cazul produsului „dioxid de carbon dispozitiv medical".

Dispozitivele medicale nu furnizează un medicament, nu pot fi echivalente ale unui medicament și nu li se poate aplica astfel criteriul „prețul cel mai scăzut" din mai multe motive.

Ca urmare a solicitării de clarificări a unui operator economic de a fi precizate caracteristicile tehnice ale produsului bioxid de carbon (dioxid de carbon), autoritatea contractantă s-a rezumat la răspunsul *„caracteristicile tehnice sunt cele prezentate în caietul de sarcini. Produsul va fi utilizat în scop medical*", ori în caietul de sarcini, caracteristicile tehnice sunt doar ale produsului Oxigen medicinal îmbuteliat, fiind încălcate astfel art. 20 alin. (2) și alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Lipsa caracteristicilor tehnice ale produsului, face imposibilă verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile documentației de atribuire și evaluarea acestora în conformitate cu criteriile de atribuire, lăsând loc unor interpretări arbitrare care ar putea favoriza în mod evident un ofertant în detrimentul altuia.

Față de cele menționate anterior, contestatoarea consideră că modificarea adusă obiectului licitației prin răspunsul la calrificări referitor la produsul bioxid de carbon (dioxid de carbon), încalcă în mod evident principiul tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile legale și pentru aceste motive se impune anularea lor.

În drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, sunt prezentate o serie de înscrisuri.

Prin adresa nr. ...../...../...../....., Consiliul a solicitat autorității contractante punctul de vedere cu privire la cererea de suspendare a procedurii, formulată în cuprinsul contestației.

.... a răspuns prin adresa nr. ...../21.07.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ...../22.07.2020, menționând faptul că, la data de 21.07.2020, i-a fost comunicat de către contestatoare contestația depusă la CNSC la data de 16.07.2020, în consecință solicită respingerea, ca tardivă, a solicitării de suspendare a procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și continuarea procedurii atribuire.

În vederea soluționării contestației, prin adresa nr. ....., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr.

101/2016, punctul de vedere în referire la excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și având în vedere susținerea autorității contrcatante din adresa nr. ....., transmisă Consiliului, potrivit căreia contestația i-a fost comunicată la 21.07.2020.

Prin adresa nr. ...../24.07.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. ...../24.07.2020, ... SRL precizează că transmiterea către autoritatea contractantă a contestației împotriva documentației de atribuire, loturile 6 și 7, a fost efectuată în data de 21.07.2020, anexând, în acest sens, raportul de fax.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

.... a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii pe loturi, a acordului - cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal gazos, dioxid de carbon CO2 îmbuteliat, argon 5.0, azot 5.0, bioxid de carbon medicinal butelie plus chirii butelii oxigen comprimat (la care adaugă servicii conexe)”, cod CPV 24111500-0 – Gaze medicale (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ...../19.06.2020. Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 29.050,56 lei și 6.360.168 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către achizitoare a excepției depășirii termenului legal de contestare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei.

Trecând la verificarea respectării obligației de depunere a contestației și la Consiliu și la autoritatea contractantă în interiorul termenului legal, se constată că societatea contestatoare s-a plâns de nelegalitatea documentației de atribuire, astfel cum a fost modificată prin răspunsul autorității nr. ...../08.07.2020 la solicitarea de clarificări.

La 08.07.2020, ora 03:20, autoritatea contractantă a postat în SEAP „răspuns solicitări de clarificare”. Vizualizând răspunsul, ... SRL a reacționat prin formularea contestației nr. ...../16.07.2020, pe care a depus-o Consiliului, personal.

Relevante sunt următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016, în redactarea în vigoare la data la care a fost formulată și depusă contestația:

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

Art. 8. - (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:

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/sectorial 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;

Art. 16. - (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**.

Se reține că autoarea contestației este nemulțumită de documentația de atribuire astfel cum a fost modificată la data de 08.07.2020, iar niciuna dintre părțile cauzei nu tăgăduiește publicarea răspunsului autorității contractante nr. ...., la acea dată.

Față de 08.07.2020 (data publicării răspunsului nr. ..... la solicitarea de calarificări), autoritatea contractantă arată că, la 21.07.2020, când a fost transmisă, prin fax, contestația către aceasta, demersul ..... SRL este unul tardiv. Însăși contestatoarea recunoaște, în corespodența purtată cu organismul administrativ-jurisdicțional că data de 21.07.2020 reprezintă data transmiterii către autoritate a contestației, anexând și raportul de fax, în dovedirea celor susținute.

Așadar, termenul procedural de zece zile, de contestare a răspunsului prin care au fost aduse modificări documentației de atribuire, calculat potrivit dispozițiilor normative reproduse mai sus, nu a fost respectat de reclamantă, pentru înaintarea contestației și către autoritatea contractantă, demersul fiind efectuat la 21.07.2020, după expirarea celor zece zile prescrise de lege.

Având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 5 alin. (2) din lege, și, luând în considerare faptul că autoritatea contractantă a postat în SEAP, la data de 08.07.2020, răspunsul nr. 9245, Consiliul reține că termenul de depunere a contestației se împlinea în data de 18.07.2020, zi nelucrătoare, astfel că, prin efectul art. 5 alin. (2) reprodus, el a fost prelungit până luni, 20.07.2020. Ori, transmiterea contestației, prin fax, către autoritatea contractantă la data de 21.07.2020, este în afara termenului legal.

Rezultă astfel, faptul că societatea contestatoare a ales să nu îndeplinească, potrivit prevederilor art. 16 alin. (1) din lege, antecitat, obligația legală de transmitere a contestației și către autoritatea contractantă, în termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 din lege.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond

a cauzei”, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ: „Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației”, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, va respinge, ca tardivă, contestația depusă de ..... SRL, în contradictoriu cu ....

Operând excepția tardivității contestației, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului ei.

Cererea privind suspendarea procedurii va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, ca urmare a soluționării contestației.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca tardivă, contestația depusă de ..... SRL, în contradictoriu cu ....

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea privind suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

.