CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 853/26.07.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 30696/26.07.2017, respectiv sub nr. 31219/28.07.2017, SC ... SRL, cu sediul în municipiul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de director, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Gaze medicinale”, lot 1 - „Oxigen medicinal lichefiat Servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat Servicii de transmitere la distanță a datelor privind cantitatea de oxygen lichid”, inițiată de ... ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante „să remedieze documentația de atribuire pentru lot 1 prin eliminarea cerinței privind prezentarea autorizației de distribuție en gros pentru oxigen medicinal lichefiat, respectiv Furnizorul trebuie să dețină: ... Autorizație de distribuție en gros pentru oxigen medicinal lichefiat, conform legii 95/2006”, „să remedieze documentația de atribuire pentru lot 1 prin eliminarea cerinței privind termenul de 10 zile solicitate prin caietul de sarcini, respectiv Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru”, „să remedieze documentația de atribuire pentru lot 1, astfel încât să fie explicit faptul că pe lângă stația de rezervă se acceptă și orice altă soluție provizorie cu respectarea normelor legale în vigoare”.

În subsidiar, contestatoarea a solicitat, ca „în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, să anuleze procedura de

achiziţie", precum și „suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea în fond a contestației".

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

Prin contestația formulată, SC ... SRL arată că în data de 03.07.2017, prin adresa nr. 6950 a fost publicată clarificarea prin care autoritatea contractantă menționează situațiile solicitării Autorizației de distribuție en gros.

Contestatoarea consideră că prin această cerință este limitat accesul operatorilor economici și că este abuzivă solicitarea ca *„furnizorul care deține o singură fabrică iar aceasta se defectează trebuie să aibă și autorizație de distribuție angro pentru asigurarea continuității produselor".*

În acest sens, contestatoarea arată că legea prevede că producătorii de oxigen medicinal lichefiat pot prezenta autorizație de fabricație, iar distribuitorii sau reprezentanțele producătorilor, care nu au fabrici pe teritoriul României, pot prezenta autorizație de distribuție, situație în care autoritatea contractantă nu poate, în opinia sa, să clarifice un aspect menționat explicit de legislație prin nuanțarea faptului că o fabrică se poate defecta.

Contestatoarea afirmă că fabricile nu se pot defecta, în cel mai rău caz echipamentele componente se pot defecta situație care nu poate pune în pericol asigurarea continuității produselor pentru autoritatea contractantă în condițiile în care fabrica LOX produce peste 15 milioane de metri cubi/an oxigen medicinal lichefiat.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă a menținut cerința *„Furnizorul trebuie să dețină: ... Autorizație de distribuție en gros pentru oxigen medicinal lichefiat, conform Legii 95/2006"*, fără a ține cont de motivările din notificarea sa, afirmă contestatoarea, apreciind că cerința este nelegală, nejustificată și de natură restrictivă, motiv pentru care solicită eliminarea acesteia.

Un alt aspect criticat de către contestatoare vizează faptul că în data de 04.07.2017 prin adresa nr. 9359 au fost publicate clarificări pentru lotul 1.

Contestatoarea arată că prin notificarea prealabilă a solicitat autorității contractante să elimine din cerințe termenul de 10 zile specificat în caietul de sarcini, termen care, în opinia sa, nu poate fi respectat de niciun operator economic, în condițiile în care este obligatorie construcția fundației betonate, pentru care termenele de obținere a autorizațiilor și avizelor depind de alte autorități, inclusiv execuția efectiv a fundației.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea i-a comunicat faptul că *„termenul de 10 zile din caietul de sarcini nu se elimină".*

În susținerea solicitării de eliminare a prevederii, contestatoarea arată că termenul de 10 zile de la semnarea acordului cadru, nu este un

termen rezonabil pentru proiectare, pregătire documentație de avizare și execuție a fundațiilor de betonare, fiind o cerință restrictivă, care limitează accesul operatorilor economici.

SC ... SRL a solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

În dovedirea contestației sale, SC ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 30987/2618 C5/27.07.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ... ..., documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 30989/2618 C5/27.07.2017, Consiliul a solicitat, între altele, contestatoarei SC ... SRL, contestaţia în original, iar în copie conformă cu originalul, adresa nr. 794/13.07.2017, în integralitate. Totodată, contestatoarea a fost informată cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

La dosarul cauzei, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu adresa nr. 10846/28.07.2017 prin care arată că referitor la menținerea cerinței privind prezentarea de către orice operator economic a Autorizației de distribuire angro pentru oxigenul medicinal lichefiat, contestatoarea pretinde atacarea răspunsului nr. 6950/03.07.2017, însă în realitate urmărește modificarea documentației de atribuire publicată în SEAP în data de 30.07.2017.

Cu privire la acest aspect autoritatea contractantă mai arată că în caietul de sarcini cerința era clar precizată iar prin răspunsul nr. 6950/03.07.2017 nu s-au adus modificări sau completări la structura caietului de sarcini de la data publicării documentației.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 800 și art. 804 alin. (2) din Legea 95/2006, arătând că pentru unitatea sa oxigenul medicinal este un medicament ce trebuie să aibă continuitate și să poată fi administrat 24 ore din 24 de ore, iar pentru a se asigura de capacitatea operatorului economic privind furnizarea acestui produs, mai ales când are o singură fabrică în România ce produce oxigen medicinal lichefiat, ca la o eventuală revizie a fabricii, defecțiuni tehnice, etc, respectiv de a distribui medicamentul oxigen medicinal prin deținerea Autorizației de distribuire angro.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei privind eliminarea termenului de 10 zile pentru a proiecta și executa fundația betonată pentru echipamentele necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, precizat în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă arată că acesta pretinde contestarea răspunsului nr. 1 din cadrul adresei nr. 9359/04.07.2017, însă în realitate urmărește modificarea documentației de atribuire publicată în data de 30.06.2017.

Autoritatea contractantă arată că în caietul de sarcini este precizată cerința iar prin răspunsul nr. 1 din adresa nr. 9359/04.07.2017 nu s-au adus modificări sau completări caietului de sarcini, toți ofertanții fiind informați cu privire la necesitatea proiectării, pregătirii documentației de avizare și execuției fundațiilor betonate în termen de 10 zile de la semnarea acordului cadru.

Autoritatea contractantă formulează punct de vedere și cu privire la solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante de a remedia documentația de atribuire pentru lotul nr. 1, astfel încât să fie explicit faptul că „pe lângă stația de rezervă se acceptă și orice altă soluție provizorie cu respectarea normelor legale în vigoare”.

Cu privire la acest aspect autoritatea contractantă aduce la cunoștință că soluția acceptată pentru livrarea oxigenului medicinal de la data semnării acordului cadru până la instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat trebuie să respecte legislația în vigoare și anume Autorizația de punere pe piață, în cadrul căreia este specificat foarte clar tipul ambalajului pentru medicamentul oxigen medicinal.

În finalul punctului de vedere autoritatea contractantă arată că „atacarea„ documentației de atribuire care a fost publicată în data de 30.06.2017 este tardivă.

Cu adresa nr. 33337/2618 C5/10.08.2017 Consiliul a invitat contestatoarea la sediul său în data de 16.08.2017 pentru studierea dosarului cauzei.

Prin adresa nr. 897/17.08.2017, transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu sub nr. 34302/18.08.2017, SC ... SRL, a formulat concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

Referitor la punctul 1, contestatoarea observă că autoritatea contractantă nu înțelege să remedieze documentația de atribuire, în sensul celor solicitate prin contestație, respectiv „furnizorul care deține o singură fabrică iar aceasta se defectează trebuie să aibă și autorizație de distribuție en-gros pentru asigurarea continuității produselor”. Față de această critică contestatoarea învederează că producătorii de oxigen medicinal lichefiat pot prezenta autorizație de fabricație, iar distribuitorii sau reprezentanțele producătorilor, care nu au fabrici pe teritoriul României, pot prezenta autorizația de distribuție en-gros pentru oxigen medicinal lichefiat, iar legea nu prevede câte fabrici trebuie să dețină producătorul respectiv și nu face nicio trimitere la deținerea autorizației de distribuție pentru producătorii care dețin 2 fabrici pe teritoriul României.

Referitor la punctul 2, contestatoarea observă că termenul de 10 zile nu poate fi respectat de niciun operator economic, în condițiile în care este obligatorie construcția fundației betonate, pentru care termenele de obținere a autorizațiilor și avizelor depind de autoritățile de resort, fără a se lua în calcul execuția efectivă a fundației.

Autoarea contestației precizează că lipsa existenței fundației betonate a fost clarificat prin răspunsul la solicitarea de clarificări, prin urmare nu este adevărat că termenul este unul tardiv așa cum susține autoritatea contractantă.

Referitor la capătul de cerere privind soluția provizorie, SC ... SRL precizează că prin răspunsul transmis de către autoritatea contractantă, „cerința nu mai este una restrictivă”.

Prin adresa nr. 34322/2618/18.08.2017, Consiliul a încunoștințat autoritatea contractantă cu privire la posibilitatea de a formula susțineri față de concluziile scrise ale contestatoarei.

Cu adresa nr. 11747/18.08.2017, înregistrată la Consiliul sub nr. 34493/18.08.2017, autoritatea contractantă transmite la dosarul cauzei concluziile sale cu privire la concluziile scrise ale contestatoarei, prin care aduce argumente pentru respingerea contestației ca nefondată, apreciind că a întocmit documentația de atribuire în conformitate cu prevederile legale.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

... ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Gaze medicinale”, coduri CPV: 24111500-0, 24112100-3, 98390000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../30.06.2017, stabilind data limită pentru primirea ofertelor la 07.08.2017, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 1.550.022 și 2.065.164 lei.

Procedura de atribuire a fost divizată în 3 loturi, iar contestația formulată de SC ... SRL privește lotul nr. 1 – „Oxigen medicinal lichefiat Servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat Servicii de transmitere la distanță a datelor privind cantitatea de oxygen lichid”, având cod CPV 24111500-0 (Rev.2), cu o valoare estimată cuprinsă între 874.050 și 1.197.360 lei.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost admisă de către Consiliu prin Încheierea nr. 392/2618/31.07.2017.

În ceea ce privește respectarea dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că SC ... SRL a transmis autorității contractante notificare prealabilă cu adresa nr. 794/13.07.2017, în aceeași dată prin fax, prin care solicită luarea unor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă.

Cu adresa nr. 10213/18.07.2017 ... ... a răspuns notificării prealabile în sensul menținerii cerințelor din documentația de atribuire.

Analizând contestația formulată SC ... SRL, Consiliul constată că o primă critică vizează faptul că în caietul de sarcini, pentru lotul 1, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertantului să prezinte *„Autorizație de distribuire en gros pentru oxigen medicinal lichefiat, conform legii 95/2006”,* solicitând eliminarea acesteia.

O altă prevedere din caietul de sarcini criticată de către contestatoare este și cea potrivit căreia *„Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maxim 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru”,* solicitând eliminarea termenului de 10 zile solicitat.

Analizând cele două cerințe a căror eliminare contestatoarea o solicită, Consiliul constată că acestea se regăseau în caietul de sarcini, lotul 1, respectiv *„Furnizorul trebuie să dețină: (...) Autorizație de*

distribuire en gros pentru oxigen medicinal lichefiat, conform legii 95/2006" iar la capitolul „Condiții de montaj, utilizare a echipamentelor tehnice, termene de livrare și garanție" este stabilit că *„Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maxim 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru".*

În susținerea criticilor contestatoarea invocă clarificarea nr. 6950/03.07.2017, postată în SEAP în data de 04.07.2017, prin care autoritatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici următoarele:

„Când se solicită Autorizația de Distribuire Angro:

- *Pentru operatorii economici care dețin Autorizație de Punere pe Piață și Autorizație de fabricație în România pentru produsele furnizate nu se solicit Autorizația de distribuție angro fiind inclusă în Autorizația de fabricație.*
- *Pentru operatorii economici care dețin Autorizație de Punere pe Piață și nu dețin Autorizație de fabricație în România sau produsul este fabricat de alt producător care deține Autorizație de fabricație, operatorul economic care participă la liciație trebuie să facă dovada deținerii Autorizației de Distribuție Angro.*

Mai mult furnizorii au obligația de a asigura în limitele responsabilităților lor stocuri adecvate și continue, motiv pentru care în cazul oxigenului medicinal lichefiat dacă furnizorul deține o singură fabrică iar aceasta se defectează trebuie să aibă și autorizație de distribuție angro pentru asigurarea continuității produselor".

Invocă de asemenea, adresa nr. 9359/04.07.2017, publicată în SEAP în data de 05.07.2017, referitor la lotul 1, prin care se aduce la cunoștința operatorilor economici următoarele:

- *„Clarificarea 1: autoritatea contractantă nu deține fundația betonată pentru echipamente necesare furnizorului"*
- *„Clarificarea 2: nu deținem proiect tehnic pentru rețelele de conducte de oxigen".*

Analizând răspunsurile autorităţii contractante, menţionate anterior, Consiliul constată că prin acestea autoritatea contractantă nu a modificat prevederi ale caietului de sarcini menţinând cerinţele iniţiale, ci doar a adus lămuriri cu privire la cerințele criticate.

Consiliul apreciază că publicarea în SEAP a unor clarificări cu privire la prevederile documentaţiei de atribuire nu are ca efect prelungirea perioadei legale de depunere a notificării prealabile și de formulare a contestaţiei împotriva prevederilor documentaţiei de atribuire. 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.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o eventuală clarificare a prevederilor documentației de atribuire întrerupe şi nici nu

suspendă termenul de depunere a contestaţiei în conformitate cu principiul de drept „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”.

Contestatoarea avea cunoștință de existența cerințelor a căror eliminare o solicită prin prezenta contestație, respectiv:

- *„Furnizorul trebuie să dețină: (...) Autorizație de distribuire en gros pentru oxigen medicinal lichefiat, conform legii 95/2006”*;
- *„Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maxim 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru”,*

încă de la data de 30.06.2017, data publicării în SEAP a Anunţului de participare nr. 176729/30.06.2017, aceste cerinţe regăsindu-se la paginile 2 și 3 ale Caietului de sarcini (lotul 1) încărcat în SEAP, astfel încât trebuia să manifeste o minimă diligenţă şi să atace în termenul legal cerinţele în discuţie, dacă dorea eliminarea acestor cerințe, neputând fi reţinut niciun motiv legal pentru depăşirea termenului impus de Legea nr. 101/2016. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie lipsit de orice fel de efect şi, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unor clarificări publicate în SEAP operatorul economic ar putea să conteste ulterior prevederile din documentaţie, invocând curgerea termenului de la data postării în SEAP a acestora, așa cum a procedat în prezenta speță, calculând termenul de depunere a notificării prealabile și a contestație raportat la data publicării în SEAP a adreselor nr. 6950/03.07.2017 și nr. 9359/04.07.2017.

În consecinţă, Consiliul constată că publicarea în SEAP de către autoritatea contractantă a celor două clarificări în data de 04.07.2017 și 05.07.2017, nu constituie documente de natură să repună contestatoarea în termenul de a contesta prevederile caietului de sarcini publicat în SEAP odată cu anunţul de participare în data de 30.06.2017, astfel încât Consiliul va respinge ca tardive criticile formulate de contestatoare referitoare la cele două cerințe a căror eliminare o solicită, întrucât prin prezenta contestaţie contestatoarea tinde la modificarea unor prevederi menţionate în caietul de sarcini, aceasta în condiţiile în care prin răspunsurile la clarificări autoritatea contractantă nu a modificat acele dispoziţii ale caietului de sarcini, menţinând cerinţele iniţiale, cele două clarificări având rolul exclusiv de a lămuri înțelesul prevederilor documentației de atribuire.

Consiliul constată că prin contestația formulată SC ... SRL solicită și obligarea autorității contractante de a preciza, în mod explicit, faptul că *„pe lângă stația de rezervă se acceptă și orice altă soluție provizorie cu respectarea normelor legale în vigoare”.*

Însă, Consiliul constată că prin concluziile scrise transmise la dosarul cauzei, contestatoarea susține cu privire la acest aspect că *„referitor la capătul de cerere privind soluția provizorie, prin răspunsul transmis de către autoritate, cerința nu mai este una restrictivă”,* situație în care Consiliul apreciază că autoarea contestație a renunțat la acest capăt de cerere.

Prin urmare, luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menţionate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... ..., în calitate de autoritate contractantă.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.