

D E C I Z I E
BO2012_0442
Data: ■.2012

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ■/07.05.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul ■, CUI ■, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare materiale sanitare și consumabile pentru hemodializă, cod CPV 33181520-3, cu data de deschidere a ofertelor 18.05.2012, organizată de ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea în parte a documentației de atribuire, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii după remedierea documentației, precum și obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În baza art. 278 al. 5 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca tardivă contestația SC ■ SRL nr. ■/07.05.2012, în contradictoriu cu ■.

Respinge capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 3 din OUG 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ■ SRL critică unele cerințe ale documentației de atribuire aferentă licitației menționată anterior, considerate restrictive, învederând în motivare că a transmis autorității contractante, la 24.04.2012, o solicitare de clarificări, iar prin răspunsul nr. ■/02.05.2012 autoritatea a modificat în mică parte documentația de atribuire, păstrând majoritatea cerințelor restrictive.

Prin documentația de atribuire autoritatea a concentrat achiziția articolelor medicale dorite într-un singur lot, astfel încât este

obligatorie depunerea ofertei pentru toate produsele, neexistând posibilitatea de a depune ofertă numai pentru unele dintre ele, cu toate că unele sunt materiale sanitare necesare realizării actului medical, iar altele sunt componente consumabile pentru aparatura cu care se efectuează dializa. Produsele grupate au, în realitate, coduri CPV diferite.

Gruparea unor produse cu funcționalități diferite [de la dezinfectante pentru aparate de dializă, până la soluție pentru hemodializă, trecând prin filtre accesorii ale aparatului de dializă (consumabile de natură tehnică)] conduce la favorizarea operatorilor economici care au capacitatea de a oferta pentru toate produsele și exclude dreptul de participare pentru operatorii economici care pot oferta numai anumite produse. Prin urmare, în cauză au fost încălcate principiile nediscriminării și tratamentului egal, cu consecința restrângerii concurenței între operatorii economici.

Prin răspunsul nr. ■/02.05.2012, autoritatea s-a exprimat că gruparea produselor este legală, întrucât există posibilitatea asocierii ofertanților, iar dorința autorității este de a evita sincopele în aprovizionare. De asemenea, s-a precizat că toate produsele se încadrează în codul CPV 33181520-3 "Consumabile pentru dializă renală".

Soluția autorității este, din perspectiva contestatoarei, una nelegală, sens în care aduce mai multe argumente.

Cu privire la cerința ca produsele să fie sterile gamma se arată că, potrivit OUG 34/2006, *specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici*. A solicitat autorității să clarifice dacă cerința tehnică privind sterilizarea gamma este o cerință tehnică obligatorie sau permite și prezentarea unor soluții tehnice echivalente (cum este, spre exemplu, sterilizarea prin abur pentru dializoare), în condițiile în care este unanim acceptat (inclusiv în literatura de specialitate) că dializoarele se pot steriliza cu toți porii și prin abur, nu numai gamma.

Prin adresa nr. ■/02.05.2012 (pct. 3), autoritatea a răspuns că menține exigența sterilizării gamma, deoarece această metodă este o sterilizare în profunzime, esențială în cazul capilarelor din componența dializoarelor.

Poziția contestatoarei este că opțiunea autorității contravine legii. Exigența de a se utiliza sterilizarea gamma a dializoarelor este o "invenție" a autorității pentru a putea favoriza în procedura de achiziție publică reprezentantul producătorului B Braun, care comercializează dializoare sterilizate gamma. Producători la fel de importanți pe piața relevantă, respectiv ■ (Germania) sau ■ (Suedia), produc și comercializează dializoare sterilizate cu abur, iar normele

Farmacopeei Europene acceptă ambele variante de sterilizare, considerându-le la fel de eficiente din punct de vedere al sterilizării capilarelor.

"Sterilizarea în profunzime" este un non-sens, în condițiile în care produsul este fie steril, fie nesteril.

Potrivit caietului de sarcini, printre "materialele sanitare și consumabile" ce urmează a fi achiziționate se numără și filtru pentru lichid de dializă și filtru on line, care este un filtru accesoriu a aparatului de dializă pentru filtrarea preventivă a soluției de dializă, iar nu un filtru pentru filtrarea sângelui (ca să poată fi considerat dializor), respectiv nu este un consumabil medical în sine. ■ SRL a apreciat că o cerința ofertării filtrului on line este nelegală și a solicitat clarificări autorității, însă prin răspunsul dat aceasta a menținut obligativitatea includerii filtrului în ofertă.

Prin acest răspuns se reconfirmă intenția autorității de a achiziționa doar produse B Braun. Concret, filtrul "Ultra DF Online" (adică Diacap Ultra Dialysis Fluid Filter varinata Online) este o marcă de produs B Braun, respectiv a filtrelor pentru aparat, nu de dializă. Practic, prin licitarea acestui produs "la pachet" cu toate celelalte produse, autoritatea contractantă nu face altceva decât să sfideze normele legale, orientând atribuirea contractului către un anumit operator economic.

În punctul său de vedere nr. ■/11.05.2012 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/15.05.2012, autoritatea contractantă susține în apărare tardivitatea contestației, în raport cu art. 256 ind. 2 din OUG 34/2006. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la ■.03.2012, iar contestația SC ■ SRL a fost depusă la 08.05.2012, depășindu-se termenul legal de contestare a documentației.

Pe fond se arată că SC ■ SRL a trimis o solicitare de clarificări, în urma căreia i s-a comunicat solicitantului că se renunță la cerința îndeplinirii anumitor condiții de nume de produs și marcă pentru loturile "capilare sintetice" și "linii de sânge". În ceea ce privește restul solicitărilor de modificare a documentației de atribuire, ele nu au fost acceptate, transmițându-se solicitantului justificarea menținerii prevederilor din fișa de date și din caietul de sarcini. În continuarea contestației, autoritatea explică necesitatea menținerii prevederilor contestate.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ■, publicat în SEAP la ■.03.2011, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii unui acord-cadru de achiziționare (pe o perioadă de 24 de luni) de diverse materiale sanitare și consumabile pentru hemodializă, estimate valoric la ■ lei,

fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 20.03.2012, alături de anunțul de participare.

După consultarea documentației de atribuire, la peste o lună de zile de la postarea ei în SEAP, SC ■ SRL a adresat o scrisoare autorității contractante prin care întreabă dacă este posibilă ofertarea parțială a produselor, dacă anumite cerințe și soluții din caietul de sarcini sunt obligatorii și cum se va realiza aplicarea criteriului de atribuire. La 02.05.2012 autoritatea i-a răspuns negativ (cu o excepție, ce nu are relevanță în analiza contestației), în sensul că oferta trebuie depusă pentru toate produsele și că își menține specificațiile din caietul de sarcini. Nemulțumită fiind de poziția autorității, de a nu își diviza achiziția și de a nu își revizui cerințele din caietul de sarcini, SC ■ SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul cauzei de față.

Conform art. 278 alin. (1) din OUG 34/2006, Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei. Norma legală este corespondentă celei de la art. 137 alin. 1 C. proc. civ.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, în contextul invocării excepției tardivității ei de către autoritatea contractantă, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre actul ale cărei prevederi le reclamă (documentația de atribuire) la 20.03.2012, când a fost postat în SEAP. Conform art. 256 ind. 2 alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță ■.03.2012, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care fac parte integrantă fișa de date și caietul de sarcini) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită. Așadar, data de ■.03.2012 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de zece zile de depunere a contestației împotriva condițiilor de ofertare și a specificațiilor tehnice, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice.

Socotind termenul de contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile [art. 3 lit. z) din ordonanță], se constată că acesta era depășit la data formulării și transmiterii contestației adresate Consiliului, ultima zi pentru depunerea în termen a contestației împotriva grupării produselor și a specificațiilor din caietul de sarcini fiind vineri 30.03.2012.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentația de atribuire încă de la data publicării ei - ■.03.2012 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea eliminarea, completarea sau

schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de ordonanță. Orice obiecție pe tema grupării și specificațiilor produselor este tardivă la acest moment, motiv pentru care ea nu poate fi analizată pe fond de către Consiliu.

De bună seamă că, potrivit OUG 34/2006 autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea cu anumite produse la procedura de atribuire prin intermediul grupării lor sau al cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivei concentrări /respectivelor cerințe din documentație, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui. Prin urmare, contestatoarea nu are decât a-și imputa propriei pasivități consecințele negative pe care este ținută să le suporte, și cătuși de puțin autorității contractante, care nu are obligația legală de a modifica sau elimina cerințele stabilite prin documentația de atribuire la solicitările "de clarificări" pe care i le adresează operatorii economici. În plus, se poate observa că societatea contestatoare își îndreaptă contestația "împotriva documentației de atribuire" și că obiectul contestației vizează în mod exclusiv această documentație, iar nu răspunsul de clarificări dat de autoritate la 02.05.2012 (față de care nu se solicită nimic).

Purtarea unei corespondențe de clarificare cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor. Termenul legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă (mai cu seamă că, în speță, ea a fost transmisă autorității la peste o lună de la cunoașterea documentației).

În același sens este și practica judiciară, relevante fiind spre pildă deciziile nr. 1150/CA din 21 octombrie 2009 și 1449/CA din 16 decembrie 2009 pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia civilă nr. 1639 din 15 iunie 2009 pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 70 și 71 din 22 ianuarie 2009, în care Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, a statuat că solicitarea unor clarificări cu depășirea termenului legal de formulare a eventualelor contestații nu poate avea ca efect repunerea în termen ori considerarea ca fiind formulată în termen contestația.

În decizia sa nr. 2562 din 10 octombrie 2011, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, a statuat :

"Solicitarea de clarificări la autoritatea contractantă cu privire la documentația de atribuire nu poate avea ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau prelungirea datei de la care începe să curgă acest termen. Dacă s-ar admite o interpretare contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al contestației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare a documentației impus de legiuitor (art. 256 ind. 2 din ordonanță).

Contestatoarele intime au luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire de la data publicării documentației și invitației de participare (■.07.2011), astfel că puteau să atace în termen legal cerințele în discuție dacă urmăreau schimbarea, completarea sau eliminarea lor. Nu poate fi reținut niciun temei legal pentru depășirea termenului impus de articolul art. 256 ind. 2, în caz contrar termenul legal ar fi golit de orice fel de efect, dacă sub acoperirea unei cereri de solicitare clarificări sau modificări a documentației operatorul economic ar putea să conteste ulterior primirii răspunsului clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la data răspunsului primit la propria adresă de lămuriri.

Ca atare, raportat la art. 137 C. proc. civ. și art.278 alin. (1) din ordonanță, în cauză cele două contestații care privesc în realitate documentația de atribuire trebuiau respinse sub acest aspect ca tardiv formulate, fără să mai fie examinate aspectele de fond invocate."

Relevant, în această direcție, este și recentul Ordin nr. 171/2012 al președintelui ANRMAP, cu privire la clarificările care vizează conținutul documentației de atribuire.

Față de ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, se va respinge ca tardivă contestația SC ■ SRL nr. ■/07.05.2012, în contradictoriu cu ■. Raportat la această soluție, nefiind întrunite condițiile art. 278 alin. (8) din aceeași ordonanță de urgență, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată urmează a fi respins.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în patru exemplare, conține 6 (șase) pagini