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. 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 achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în comuna ....., ..., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin , privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect ”.....”, cod CPV 33690000-3, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., Splaiul ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziție publică pe durata soluționării contestației, cu consecința decalării în mod corespunzător a datei limite de depunere a ofertelor;
- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, respectiv a fișei de date, în sensul stabilirii obiectului fiecărui lot ca fiind reprezentat de un singur medicament, respectiv anularea și reluarea procedurii de achiziție cu respectarea prevederilor legale în materie, astfel încât toți operatorii economici interesați să poată depune oferta pentru fiecare lot/medicament potrivit disponibilității tehnice și financiare ale acestora;
- stabilirea unei audieri potrivit art. 21 din Legea nr. 101/2016;
- obligarea autorității contractante, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, la plata cheltuielilor de judecată ocazionate cu prezenta contestație.

Prin încheierea nr. 341/...../...../28.02....., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulată de ..... SRL, respingând-o. Pe rol, în prezent, se află capetele de cerere din contestație.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL reclamă conținutul documentației de atribuire.

În fapt, contestatorul arată că la data de ..... a publicat anunțul de participare nr. ..... în vederea organizării unei licitații privind achiziția publică de medicamente - 16 loturi, conform fișei de date (Anexa nr. 1.1), a caietului de sarcini (Anexa nr. 1.2) și a modelului de Acord- Cadru de Furnizare (Anexa nr. 1.3).

Astfel, contestatorul arată că în cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă menționează la cap. III faptul că *"Achiziția se va face pe loturi... Cantitățile și categoriile de produse necesare sunt după cum urmează:"* indicând 16 loturi, în cadrul fiecărui lot fiind precizate medicamentele din care acesta este format. Cu titlu de exemplu, contestatorul redă în continuare componența lotului 3, astfel cum acesta a fost stabilit de autoritatea contractantă.

Nr. crt	Denumire produs	U.M.	Cod CPV	Cantitate minima Ctr. Subs.	Cantitate maxima Ctr. Subs.	Cantitate minima Acord Cadru 48 luni	Cantitate maxima Acord Cadru 48 luni
Lotul 3	ATROPINA SULFAT	FIOLE 1 MG/ML 1ML	33612000- 3	1000	2500	48000	120000
	MOXIFLOXACINA	COM PR. 400 MG	33651100- 9	100	500	4800	24000
	ALBUMINA UMANA	SOL. PERFUZABILA 20% (200G/L) IN FLACON 50ml	33621400- 3	400	500	19200	24000
	AMPICILINA	FLACON CU PULB. INJ. IG	33651100- 9	500	2000	24000	96000
	ACICLOVIR	FLACON CU PULB.PT	33651400- 2	500	800	24000	38400
	DICLOFENAC SODIC; CLORURA DE BENZALCONIU	FLACON CU SOL. OFT. 0,1%. 5ML	33662100- 9	50	100	2400	4800

Din analiza dispozițiilor Legii nr. 98/2016, contestatorul apreciază că acestea obligă autoritatea contractantă să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să

permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

Întrucât la data prezentei, nu se află în posesia tuturor documentelor emise în cadrul procedurii de atribuire, contestatorul solicită transmiterea de către autoritatea contractantă a dosarului achiziției publice, în temeiul dispozițiilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Argumente legale față de susținerea motivelor de anulare a procedurii și reluarea procedurii de achiziție cu respectarea prevederilor legale în materie

Contestatorul arată că în cadrul documentelor licitației publice deschise, respectiv fișa de date și caietul de sarcini publicate în data de ....., autoritatea contractantă a menționat că obiectul procedurii este reprezentat de 16 loturi de medicamente, în caietul de sarcini indicându-se medicamentele din care este format fiecare lot, cu cantitățile și categoriile de produse necesare.

Referitor la împărțirea pe loturi, contestatorul menționează că aceasta este permisă de legiuitor, conform prevederilor art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind descrisă ca un drept de care autoritățile contractante pot uza, în condițiile legii.

În vederea stabilirii/înțelegerii sensului de „lot", contestatorul precizează că autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere faptul că lotul este definit, potrivit prevederilor art. 3 alin. (2) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, ca fiind *”fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante [...]".*

Contestatorul apreciază că decizia de a lotiza sau de a nu lotiza trebuie să aibă în vedere cel puțin: (i) gradul de interdependență între obiectele loturilor, (ii) realizarea/nerealizarea pe loturi face executarea contractului dificilă din punct de vedere tehnic și/sau costisitoare în raport de avantajele potențiale ale lotizării.

De asemenea, contestatorul arată că din analiza dispozițiilor legale cuprinse în Legea nr. 98/2016 și în HG nr. 395/2016 rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor- cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

În temeiul prevederilor legale referitoare la regulile de estimare, specificul/natura produselor ce formează obiectul prezentei proceduri de achiziție, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că modul de formare al loturilor nu prezintă un caracter unitar, astfel încât fiecare medicament al acestei proceduri trebuie să facă obiectul unui singur lot.

Contestatorul precizează că din analiza componentei loturilor prezentate în caietul de sarcini se poate constata lipsa unui element comun al medicamentelor incluse în fiecare lot. Mai mult decât atât, astfel

cum sunt formate cele 16 loturi de medicamente, contestatorul apreciază că acestea limitează participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici, întrucât fiecare operator economic ar trebui să dețină în portofoliu de distribuție toate medicamentele din fiecare lot pentru care există interes în depunerea unei oferte.

Cu titlu de exemplu, contestatorul arată lipsa unei legături între medicamentele cuprinse în lotul 3, luând ca element de comparație categoria terapeutică a acestora.

Nr. crt	Denumire produs	U.M.	Cod CPV	Cantitate minima Ctr. Subs.	Cantitate maxima Ctr. Subs.	Cantitate minima Acord Cadru 48 luni	Cantitate maxima Acord Cadru 48 luni	Categorie terapeutica
Lotul 3	ATROPINA SULFAT	FIOLE 1 MG/ML 1ML	33612000- 3	1000	2500	48000	120000	ANESTEZIC
	MOXIFLOXACINA	COM PR. 400 MG	33651100- 9	100	500	4800	24000	ANTIBIOTIC
	ALBUMINA UMANA	SOL. PERFUZABILA 20% (200G/L) IN FLACON 50ml	33621400- 3	400	500	19200	24000	SUBSTITUENT DE SANGE
	AMPICILINA	FLACON CU PULB. INJ. IG	33651100- 9	500	2000	24000	96000	ANTIBIOTIC
	ACICLOVIR	FLACON CU PULB.PT	33651400- 2	500	800	24000	38400	ANTIVIRAL DE UZ SISTEMIC
	DICLOFENAC SODIC; CLORURA DE BENZALCONIU	FLACON CU SOL. OFT. 0,1%. 5ML	33662100- 9	50	100	2400	4800	ANTIINFLAMATOR

Pentru ca un operator economic să poată depune oferta pentru un lot de medicamente, contestatorul menționează că acesta trebuie să dețină în portofoliul de distribuție toate medicamentele din lotul respectiv, lipsa chiar și a unui singur medicament obligându-l pe acesta fie să depună ofertă în asociere cu un alt operator economic ce deține în portofoliul său medicamentul pe care primul operator nu îl deține, fie să achiziționeze medicamentul lipsă de la producătorii de medicamente.

Contestatorul apreciază că atât procesul de asociere, cât și identificarea unui producător, negocierea și semnarea unui contract de achiziție medicamente este imposibil a se realiza până la data limită de depunere a ofertelor stabilită în documentația aferentă prezentei proceduri de achiziție, respectiv data de 20.03.....

În ceea ce privește procedura de asociere, contestatorul arată că aceasta presupune în primul rând identificarea unui distribuitor care deține medicamentul pe care societatea nu îl are în portofoliu, procedura de identificare fiind extrem de greu de realizat. Mai mult decât atât,

perfectarea asocierii este condiționată de voința de asociere al celuilalt operator economic.

Contestatorul precizează că din analiza legislației anterior menționată, se observă faptul că în procesul de realizare a achizițiilor publice *"autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine [...] împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței*" (art. 1 alin. 2 din HG nr. 395/2016), ori prin includerea într-un lot a mai multor medicamente fără nici un criteriu comun al grupării pe loturi, apreciază că este restrânsă însăși concurența.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să pună în vedere autorității contractate să depună strategia de contractare și referatul de necesitate aferente prezentei proceduri de achiziție publică, în care sunt indicate motivele grupării pe loturi a medicamentelor și criteriile avute în vedere la stabilirea celor 16 loturi de medicamente.

Contestatorul solicită acest lucru având în vedere dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, care dispune că transparența este unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Totodată, contestatorul aduce la cunoștință Consiliului faptul că restrângerea concurenței este cu atât mai evidentă cu cât până la data prezentei proceduri de achiziție, autoritatea contractantă a organizat achiziții în care fiecare lot era format dintr-un singur medicament. Contestatorul depune ca dovadă în acest sens fișa de date eferentă licitației organizată în anul 2018, numărul de referință atribuit dosarului de autoritatea contractanta fiind 11024 (Anexa nr. 2, nr. 3 și nr. 4).

Contestatorul apreciază că gruparea medicamentelor pe loturi reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. Ori, cu atât mai mult cu cât întrucât intenția autorității contractante este de a achiziționa medicamentele „prin încheierea unui acord-cadru pe o perioadă de 48 luni", contestatorul precizează că gruparea medicamentelor pe loturi este de natură a aduce atingere dispozițiilor art. 107 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită audierea părților în fata C.N.S.C., pentru a putea dezbate aspectele specifice ce țin de prezenta procedură de atribuire.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SRL, solicitând:

- respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii lotizării,
- respingerea capătului de cerere privind suspendarea procedurii de achiziție publică pe durata soluționării contestației cu consecința menținerii datei limită de depunere a ofertelor;
- respingerea capătului de cerere privind obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, respectiv a fișei de date în sensul stabilirii obiectului fiecărui lot ca fiind reprezentat de un singur

medicament, respectiv respingerea solicitării contestatorului de anulare și reluare a procedurii de achiziție;

- respingerea capătului de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Cu titlul preliminar, autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că, potrivit art. 141 din Legea nr. 98/2016, a divizat prezenta procedură în șaisprezece loturi pe baze cantitative, cu valori minime și maxime.

Autoritatea contractantă arată că art. 141 din Legea nr. 98/2016 prevede:

”(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului."

În acest sens, autoritatea contractantă învederează faptul că, potrivit art. (74) și art. (78) din Directiva nr. 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, autoritatea contractantă are libertatea de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, are dreptul să recurgă la atribuirea contractului chiar într-un singur lot, dacă lotizarea face ca executarea contractului să fie deosebit de dificilă din punct de vedere tehnic, costisitoare sau dacă necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului. Autoritatea contractantă are libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant:

"(74) Dimensiunea și obiectul loturilor ar trebui să fie determinate în mod liber de către autoritatea contractantă, care, în conformitate cu normele aplicabile privind calculul valorii estimate a achiziției, ar trebui, de asemenea, să fie autorizată să atribuie anumite loturi fără aplicarea procedurilor din prezenta directivă. Autoritatea contractantă ar trebui să aibă obligația de a lua în considerare oportunitatea împărțirii contractelor în loturi, păstrând în același timp libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare. În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare sau că necesitatea de a

coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.

(78) Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici indus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice", care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate; pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului."

Autoritatea contractantă precizează că din interpretarea textelor legale anterior menționate, rezultă libertatea autorității contractante de a-și stabili necesitățile pentru realizarea unor achiziții durabile, eficiente, adaptate nevoilor autorității contractante. Achizitorii publici pot decide dacă să aleagă un singur contract sau să îl împartă în loturi.

Analizând situația de fapt, raportat la obiectivele ce se doresc a fi atinse prin contract, la modalitatea în care autoritatea contractantă are capacitatea de a gestiona contractele după finalizarea procedurii de atribuire s-a decis împărțirea obiectivului de investiții în șaisprezece loturi, pe baze cantitative, în funcție de necesarul lunar estimat de către farmacia spitalului.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că divizarea contractului în loturi constituie totuși o recomandare, nu o obligație imperativă, care să elimine dreptul de a decide al autorității contractante și nu impune autorității contractante divizarea cantitativă, cum consideră contestatorul. Textele de lege au caracter de recomandare, nu sunt imperative, atât art. 141 din Legea nr. 98/2016, cât și Directiva nr. 2014/24/UE. Se instituie în sarcina autorității contractante obligația de a-și motiva decizia de a nu lotiza, nicidecum decizia modalității de lotizare, care evident trebuie să aibă la bază nevoia autorității contractante.

Autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat îndeplinirea vreunui prag minim al cifrei de afaceri, nu a fost solicitată nicio cerință referitoare la capacitatea economică și financiară, tocmai pentru a nu fi dificil pentru IMM-uri să participe la procedură.

De asemenea, autoritatea contractantă aduce la cunoștință Consiliului faptul că ultima procedura de achiziție de medicamente la nivelul Spitalului Universitar de Urgență ....., inițiată prin anunțul de participare nr. CN1000782/04.06.2018, a fost divizată în 164 (o sută șaizeci și patru) loturi și nici până la această dată nu a fost finalizată din cauza volumului excesiv de documente necesare a fi analizate de către comisia de evaluare, pacienții au fost supuși iminentei de a nu beneficia de medicamentele necesare tratamentului, acest fapt putând conduce la

punerea în pericol a sănătății și chiar a vieții acestora. Astfel, spitalul a fost nevoit să recurgă la încheierea de contracte de achiziție de medicamente prin procedura negocierii (cea mai urgentă procedură raportat la costul medicamentelor), la achiziții directe de urgență pentru a nu pune în pericol sănătatea și viața pacienților, întocmind numeroase documente justificative, suprasolicitând angajații din Serviciul Achiziții Publice.

În urma analizării acestei situații de fapt ce îngreunează finalizarea unei proceduri de achiziție de o asemenea anvergură, autoritatea contractantă menționează că a inițiat procedura ce face obiectul prezentei contestații prin publicarea anunțului de consultare a pieței nr. MC1004120/04.12.2018 la care au fost supuse consultării specificațiile tehnice și s-au solicitat oferte de preț pentru medicamentele din această procedură, medicamente care în anunțul de consultare a pieței au fost grupate în două loturi (pag. 151-164 din dosarul achiziției).

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință faptul că niciun operator economic nu a răspuns la consultarea de piață, astfel încât a luat decizia de a împărți totuși această achiziție în șaisprezece loturi, nu în două, cum propusese inițial prin anunțul de consultare a pieței.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că considerentele avute în vedere la decizia de a nu împărți achiziția în 99 (nouăzecișinouă) de loturi, iar fiecărui lot să îi corespundă un medicament, au fost următoarele:

- Faptul că divizarea achiziției într-un număr de 99 loturi presupune analizarea a cel puțin 99 de oferte (99 de garanții de participare, 99 DUAE, 99 de documente de calificare, 99 de oferte tehnice, 99 de oferte financiare, 99 de documente justificative pentru cele declarate în DUAE), ceea ce necesită timp îndelungat, motiv pentru care finalizarea procedurii s-ar produce către sfârșitul anului, iar pacienții spitalului au nevoie urgentă de aceste medicamente;
- încheierea de cel puțin 99 de contracte subsecvente lunar doar pentru medicamentele ce fac obiectul acestei proceduri, în condițiile în care numărul minim de tipuri de medicamente ce se achiziționează de către spital este de 800 lunar;
- urmărirea executării a minim 99 de contracte subsecvente lunar;
- modalitatea de divizare pe loturi a luat în calcul și necesitățile secțiilor, diversele patologii (astfel încât într-un lot se pot regăsi atât inflamatoare, cât și histaminice sau antibiotice, întrucât, o boală nu se tratează doar cu un singur tip de medicament);
- faptul că operatorii economici se pot asocia cu alți operatori economici pentru produsele pe care nu le dețin în portofoliu sau pot subcontracta furnizarea acestor medicamente, astfel încât nu le este limitată participarea la procedură.

Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că modalitatea de lotizare a fost realizată astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, în special în vederea atingerii obiectivelor avute în vedere la demararea acestei achiziții, respectiv ocrotirea sănătății populației prin intermediu unui act medical sigur și

asigurarea celor mai bune condiții de tratare a pacienților prin achiziționarea de medicamente de cea mai bună calitate în conformitate cu resursele umane, financiare și materiale, cu respectarea principiului cheltuirii eficiente a banilor publici.

Autoritatea contractantă menționează că acest tip de solicitare a împărțirii într-un număr de 99 de loturi a unei proceduri de achiziții pe care îl are societatea contestatoare produce grave prejudicii atât autorităților contractante din România, în speță spitalelor, care nu dețin logistica și personalul necesar să facă față acestui tip de abordare, precum și pacienților a căror sănătate și chiar viața ar putea fi pusă în pericol prin întârzierea procesului de achiziție de medicamente datorată unei proceduri de achiziție de anvergura celei pe care o solicită contestatorul, respectiv 99 loturi în cuprinsul fiecăruia să se afle un singur medicament.

Prin adresa nr. ....., contestatorul formulează note de ședință în urma studierii dosarului achiziției publice transmis de autoritatea contractantă la CNSC, solicitând următoarele:

1. Decăderea autorității contractante din dreptul de a propune probe și de a invoca excepții, raportat la dispozițiile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016

Prin adresa nr. ....., contestatorul arată că a formulat contestație împotriva documentelor procedurii inițiată prin anunțul de participare nr. CN 1008994/....., respectiv fișa de date și caietul de sarcini, contestația fiind comunicată atât Consiliului, cât și autorității contractante (Anexa nr. 1).

În conformitate cu dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.

Prin adresa nr. ....., contestatorul arată că autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de societatea sa, comunicată societății sale prin fax în data de 26.02..... ora 14.07 (Anexa nr. 2).

Raportat la faptul ca punctul de vedere al autorității contractante a fost transmis în termen de 8 zile de la data la care a primit contestația, contestatorul solicită Consiliului aplicarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) care dispune în mod imperativ decăderea autorității contractante din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții.

2. Argumente legale pentru înlăturarea apărărilor autorității contractante și pentru susținerea motivelor de anulare a procedurii și reluarea procedurii de achiziție cu respectarea prevederilor legale în materie

Contestatorul arată că prin contestație a susținut că decizia de împărțire a contractului în loturi și criteriile avute în vedere la formarea loturilor limitează în mod artificial concurența în cadrul achiziției publice.

Față de argumentele invocate în cadrul contestației, contestatorul arată că autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere nr. ..... și-a formulat apărările precizând următoarele:

a) decizia de împărțire pe loturi s-a realizat pe baze cantitative, în funcție de necesarul lunar estimat de către farmacia spitalului (pag 5, alin. (4) din punctul de vedere);

b) ultima procedură de achiziție publică inițiată prin anunțul de participare nr. a fost divizată în 164 de loturi, procedură ce nu a fost finalizată din cauza volumului excesiv de documente necesare a fi analizate de către comisia de evaluare (pag 6, alin. (2) din punctul de vedere)*;*

c) considerentele avute în vedere la decizia de a nu împărți achiziția în 99 de loturi, fiecărui lot să îi corespundă un medicament (pag. 6, alin. (4) din punctul de vedere):

i) divizarea în 99 de loturi presupune analizarea a 99 de garanții, 99 de DUAE, 99 de documente de calificare, 99 de oferte financiare, 99 de documente justificative, ceea ce necesită timp îndelungat,

ii) încheierea a 99 de contracte subsecvente lunar și urmărirea executării acestora,

iii) modalitatea de divizarea a luat în calcul și necesitățile secțiilor și diverse patologii,

iv) faptul că operatorii economici se pot asocia cu alți operatori economici pentru medicamentele pe care nu le dețin în portofoliu,

d) împărțirea procedurii de achiziție în 99 de loturi produce grave prejudicii autorității contractante care nu deține logistica și personalul necesar să facă față acestui tip de abordare (pag. 7, alin. (3) din punctul de vedere).

Analizând motivele invocate de autoritatea contractantă, contestatorul aduce la cunoștință Consiliului următoarele argumente menite să înlăture în totalitate apărările autorității, respectiv:

a) <u>Cu privire la precizarea autorității potrivit căreia decizia de împărțire pe loturi s-a realizat pe baze cantitative, în funcție de necesarul lunar estimat de către farmacia spitalului</u>

Contestatorul menționează că la o analiză a structurii Spitalului Universitar de Urgență, astfel cum aceasta este publicată pe site-ul autorității (http://www.suub.ro/servicii/servicii-si-departamente/), se observă că aceasta este formată din 50 de servicii/departamente, inclusiv farmacia spitalului (Anexa nr. 3), fără nicio legătură cu numărul de 16 loturi din prezenta procedură de achiziție publică.

În ceea ce privește necesarul lunar invocat de spital, este de notorietate atât faptul că un medicament poate fi necesar în mai multe secții/servicii ale unui spital, cât și faptul că necesarul unei secții este diferit de cel al unei alte secții. În prezenta procedură, se observă că un medicament se regăsește doar într-un singur lot, ceea ce este o dovadă a faptului că modalitatea de atribuire a medicamentelor pe loturi nu are legătură cu necesarul secțiilor.

Raportat la înscrisurile cuprinse în copia dosarului achiziției publice transmis de autoritate către CNSC, contestatorul precizează că nu sunt specificate niciunde criteriile de formare a loturilor sau indicarea concretă a nevoilor autorității ce a stat la baza formării celor 16 loturi.

În plus, contestatorul menționează că în cadrul anunțului de consultare a pieței din data de inițiat de Spital ca urmare a situației ce

îngreunează finalizarea unei proceduri de achiziție, autoritatea contractantă nu a supus consultării cele 99 de medicamente ce fac obiectul procedurii contestate în prezentul dosar, ci aspectele supuse consultării vizează cele 164 de medicamente care au făcut obiectul unei alte procedurii inițiate prin anunțul de participare nr.

Totodată, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că în strategia de contractare, la cap. 5.4. "Împărțirea pe loturi", spitalul nu indică nevoia autorității contractante ce stă la baza lotizării și a modalității de formare/grupare a acestora astfel că susținerile autorității sunt simple afirmații fără nicio probă care să le susțină.

Nu în ultimul rând, contestatorul menționează că în cadrul referatului 57875/08.11.2018 se observă atât faptul că necesarul lunar estimat de către farmacia spitalului (pag 159 din documentația procedurii) este format din 95 de medicamente față de cele 99 de medicamente ce face obiectul prezentei proceduri, cât și faptul că farmacia comunică necesarul individual pe fiecare medicament în parte cu indicarea fiecărui cod CPV aferent medicamentului, fără o grupare a medicamentelor în două sau mai multe loturi (Anexa nr. 4). Or însuși Spitalul a invocat necesarul indicat de farmacia spitalului ca stând la baza deciziei de lotizare și a criteriilor de grupare a medicamentelor pe loturi, argument/motiv ce se dovedește a fi unul neadevărat.

Ca imagine de ansamblu a loturilor ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție, în afară de aspectele indicate în cadrul contestației, contestatorul evidențiază următoarele aspecte:

- există loturi formate din 15 medicamente (ex lotul 8) și loturi formate din 1 medicament (ex. lotul 16)
- există mai multe loturi în care sunt cuprinse substanțe de contrast, de ex: lotul 12 și lotul 8
- există o serie de medicamente ce figurează ca aceeași cantitate minimă și aceeași cantitate maximă, respectiv 15 medicamente care se regăsesc în 4 loturi diferite.

Contestatorul precizează că din analiza celor mai sus argumentate, rezultă fără echivoc faptul că nu există o motivație legală și criterii unitare de împărțire pe loturi și de alocare a medicamentelor pe loturile stabilite care să aibă la bază nevoia Spitalului.

Față de toate acestea, contestatorul solicită Consiliului înlăturarea apărărilor autorității contractante, astfel cum acestea sunt menționate la pag 5, alin. (4) din punctul de vedere.

b) Referitor la argumentul invocat de autoritatea contractantă potrivit căruia procedura anterioară, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1000782/04.06.2018, care a fost divizată în 164 de loturi nu a fost finalizată din cauza volumului excesiv de documente necesare a fi analizate de către comisia de evaluare

Contestatorul arată că în conformitate cu informațiile cuprinse în cadrul Secțiunii II din anunțului de participare nr. CN 1008994 - condiții de participare și capacitatea operatorilor economici ofertanți - se poate observa că indiferent de numărul de loturi pentru care un operator economic depune oferta, acesta depune același document pentru fiecare lot ofertat cu privire la situația personală a ofertantului, capacitatea de

exercitare a activității profesionale și capacitatea economică și financiară a ofertantului, dar propunerea tehnică și propunerea financiară se face pentru fiecare medicament în parte, indiferent că acesta reprezintă un singur lot sau dacă mai multe medicamente sunt grupate într-un lot.

Deși autoritatea contractantă susține că în situația în care fiecare lot este format dintr-un singur medicament, comisia de evaluare trebuie să analizeze actele aferente fiecărui lot, respectiv 99 de evaluări față de 16, raportat la numărul de loturi al prezentei proceduri, contestatorul aduce la cunoștința Consiliului că verificarea propunerii tehnice a ofertanților și a propunerii financiare se realizează de către comisia de evaluare pentru fiecare medicament în parte. Astfel că și în situația în care există numai 16 loturi, comisia de evaluare analizează și verifică aspecte cu privire la fiecare medicament în parte.

Se menționează de exemplu la pct. IV.4.2. că *"propunerea financiară introdusă de către ofertant în SEAP, reprezintă valoarea totală fără TVA în lei pentru cantitatea maximă estimată de produs/lot, pt. întreaga perioada a acordului cadru.....Formularul va fi însoțit de centralizatorul de prețuri în care vor fi evidențiate următoarele: preț unitar fără TVA..."*

În contextul în care, în mod uzual, autoritatea contractantă organizează proceduri de achiziții publice în cadrul cărora fiecare medicament este aferent unui singur lot, contestatorul apreciază că motivul pentru care procedura inițiată prin anunțul de participare nr. CN1000782/04.06.2018 nu a fost finalizată nu este cel al numărului mare de loturi. De altfel, din informațiile deținute, contestatorul susține că aceasta este o procedura singulară ce nu a fost finalizată de către Spital.

Cu titlu de exemplu, contestatorul menționează câteva proceduri de achiziții organizate de autoritatea contractantă în cadrul cărora fiecare lot este format dintr-un singur medicament, proceduri ce au fost finalizate de către autoritate, respectiv:

- achiziția publică inițiată prin anunțul de participare 176758/01.07.2017 (Anexa nr. 5);
- achiziția publică inițiată prin anunțul de participare nr. 180699/14.11.2017 (Anexa nr. 6)
- achiziția publică inițiată prin anunțul de participare nr. 170251/05.10.2016 (Anexa nr.7).

În considerarea aspectelor anterior prezentate, contestatorul apreciază că apărările autorității contractante cuprinse în cadrul pag 6, alin. (2) din punctul de vedere sunt neîntemeiate.

c) În ceea ce privește considerentele enumerate la pag 6, alin. (4) din punctul de vedere avute în vedere de autoritatea contractantă la decizia de a nu împărți procedura în 99 de loturi, aferente celor 99 de medicamente

Contestatorul precizează că, așa cum a argumentat la lit. b) de mai sus, comisia de evaluare are obligația de a analiza anumite aspecte pentru fiecare medicament în parte, chiar dacă acesta reprezintă un singur lot sau face parte dintr-un lot în care sunt cuprinse mai multe medicamente. Asta înseamnă că membrii comisiei au obligația de a intra în analiza fiecărui medicament în parte (de ex. verificare APP - autorizație de punere pe piață, preț unitar/medicament, etc).

Argumentul privind încheierea a 99 de contracte subsecvente lunar și urmărirea executării acestora este unul prezentat în mod mincinos, dovadă în acest sens sunt înseși procedurile anterioare ale autorității contractante în care contractele subsecvente se încheie pentru mai multe loturi. Contestatorul prezintă, cu titlu de exemplu, contractul subsecvent nr. 61156/04.12.2017 aferent procedurii inițiate prin anunțul de participare nr. 170251/05.10.2016 anterior menționat (Anexa nr. 8).

În contextul în care indiferent de numărul de loturi aferente unei proceduri (fie 16, fie 99 loturi), aceeași autoritatea contractantă încheie un singur contract subsecvent pentru toate loturile pentru care un operator economic a fost desemnat câștigător, contestatorul solicită Comisiei înlăturarea apărărilor autorității mai sus indicate.

Privitor la aspectele invocate de autoritatea contractantă potrivit cărora modalitatea de divizare a luat în calcul și necesitățile secțiilor și diverse patologii, contestatorul precizează că a indicat în cadrul contestației formulate lipsa unei legături între medicamentele cuprinse în lotul 3, luând ca element de comparație categoria terapeutică a acestora. De asemenea, în cadrul prezentelor note de ședință a făcut dovada că farmacia spitalului a indicat necesarul de medicamente pe fiecare medicament în parte, fără o grupă a acestora, iar numărul de loturi și tipul de medicament nu are nicio legătură cu necesarul unei secții dintr-un spital.

Astfel, în opinia contestatorului, un astfel de argument nu poate fi primit de către Consiliu ca justificare a grupării medicamentelor în cele 16 loturi.

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că argumentul posibilitatea operatorilor economici de a se asocia cu alți operatori economici pentru medicamentele pe care nu le dețin în portofoliu este una de neîntemeiat. În afară de motivele pe larg prezentate în cadrul contestației, contestatorul aduce la cunoștință faptul că în lista medicamentelor ce fac obiectul prezentei proceduri există mai multe medicamente ce se regăsesc în portofoliul unui anumit operator economic. În situația în care interesați de participarea la prezenta procedură sunt mai mulți operatori economici care nu dețin în portofoliul 1 medicament din anumite loturi, contestatorul se întreabă retoric: ce motiv ar avea operatorul care deține medicamentul/medicamentele respective să se asocieze cu mai mulți ofertanți pentru a fi asigurat un cadru concurențial cât mai larg?

d) <u>Cât privește susținerea autorității contractante potrivit căreia împărțirea procedurii de achiziție în 99 de loturi produce grave prejudicii autorității contractante care nu deține logistica și personalul necesar să facă față acestui tip de abordare</u>

Contestatorul solicită în mod respectuos Consiliului să constate că, în considerarea aspectelor pe larg argumentate mai sus, această susținere reprezintă o simplă afirmație, fără nicio dovadă în susținerea acesteia, motiv pentru care aceasta trebuie înlăturată.

Astfel cum a menționat și dovedit, procedurile de achiziție anterioare organizate de Spital au avut loturi formate dintr-un singur medicament,

proceduri care sunt executate în bune condiții, MEDIPLUS fiind furnizor în astfel de proceduri, fără probleme logistice și fără prejudicii pentru Spital.

3. Durata de 4 ani a acordului cadru conduce la afectarea concurenței și a bugetului autorității contractante pentru achiziția celor 99 de medicamente

Întrucât intenția autorității contractante este de a achiziționa medicamentele „prin încheierea unui acord-cadru pe o perioadă de 48 luni", contestatorul precizează că gruparea medicamentelor pe loturi este de natură a aduce atingere dispozițiilor art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora *„autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice*, *să restrângă sau să distorsioneze concurența".*

Încheierea unui acord cadru cu o durată de 4 ani, în condițiile stabilite de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, reprezintă o eliminare din piață a operatorilor economici care comercializează produse de spital. În plus, trebuie avut în vedere că lipsa concurenței conduce la apariția fenomenului de captivite, aspecte evidențiate de Consiliul Concurenței (Pct. 3.2.3.1 din Studiul privind efectul de captivitate în sectoarele sensibile în domeniul achizițiilor publice, IT și echipamente/aparatura medicală – anul 2017), cu impact direct în bugetul Spitalului care va fi obligat să achiziționeze timp de 4 ani medicamentele de la ofertantul declarant câștigător. În contextul modului de grupare a loturilor, contestatorul apreciază că numărul ofertanților va fi mult mai mic decât în situația în care fiecare medicament ar reprezenta un lot, lipsa concurenței răsfrângându-se asupra prețului de achiziție care va fi mult mai mare. Contestatorul precizează că studiul realizat de către Consiliul Concurenței are ca scop analiza efectului de captivitate (lock-in) în cadrul unor achiziții publice, respectiv dependența pe termen lung a autorităților contractante față de un anumit furnizor/distribuitor, situație identică cu cea din procedura ce face obiectul prezentei contestații.

Față de cele antemenționate, contestatorul solicită:

- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, respectiv fișei de date în sensul stabilirii obiectului fiecărui lot ca fiind reprezentat de un singur medicament, respectiv anularea și reluarea procedurii de achiziție cu respectarea prevederilor legale în materie astfel încât toți operatorii economici interesați să poată depune oferta pentru fiecare lot/medicament potrivit disponibilității tehnice și financiare ale acestora;
- obligarea autorității contractante, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, la plata cheltuielilor de judecată ocazionate cu prezenta contestație.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect ”.....”, cod CPV 33690000-3. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun

raport calitate-preț”, cu data stabilită pentru depunerea ofertelor 20.03....., ora 15:00.

Împotriva documentației de atribuire, ... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../.....

Prin Încheierea nr. 341/...../...../28.02....., Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a respins cererea de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulată de ..... SRL.

Pe fondul contestației formulate de ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

In esenta, contestatorul sustine faptul ca impartirea produselor care fac obiectul procedurii in numai 16 loturi este insuficienta, ca in acelasi lot au fost incluse medicamente care nu au legatura intre ele si ca ar trebui ca pentru fiecare dintre cele 99 medicamente solicitate sa fie stabilit un lot distict.

Potrivit prevederilor art. 141 alin (1) si (2) din Legea nr. 98/2016:

„Art. 141. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor-cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.”

Asadar, strict din punctul de vedere al prevederilor legale, impartirea pe loturi este un drept al autoritatii contractante si, din acest punct de vedere, nu poate fi retinuta nicio culpa a acesteia privind modul in care si-a exercitat optiunea.

Consiliul admite ca, intr-o procedura ca aceasta care face obiectul contestatiei, daca autoritatea contractanta ar fi decis sa nu imparta deloc procedura in loturi sau sa imparta cele 99 de medicamente in numai doua sau trei loturi, se putea considera cu deplin temei ca este restrictionata implicit participarea la procedura, cu incalcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achizitie publica si cu consecinte extrem de negative chiar asupra autoritatii contractante care ar fi fost obligata sa se aprovizioneze la preturi mult mai mari (generate de lipsa competitiei reale).

In situatia data insa, Consiliul apreciaza ca impartirea pe 16 loturi, pe baze cantitative, justificata cu unele argumente reale de autoritatea contractanta, nu este de natura a incalca principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achizitie publica, este o optiune legala si argumentata.

Exemplul furnizat de contestator si sustinerea acestuia ca in lotul nr. 3 sunt incluse medicamente cu actiune terapeutica diferita nu are nicio relevanta din punct de vedere legal, impartirea in cele 16 loturi fiind in principal realizata pe baze cantitative.

Pe de alta parte, asa cum chiar contestatorul sustine *:"Pentru ca un operator economic să poată depune oferta pentru un lot de medicamente, acesta trebuie să dețină în portofoliul de distribuție toate medicamentele din lotul respectiv, lipsa chiar și a unui singur medicament obligându-l pe acesta fie să depună ofertă în asociere cu un alt operator economic ce deține în portofoliul său medicamentul pe care primul operator nu îl deține, fie să achiziționeze medicamentul lipsă de la producătorii de medicamente."*

Aceasta situatie ipotetica, descrisa chiar de catre contestator, probeaza faptul ca impartirea in 16 loturi nu conduce la o restrictionare semnificativa a participarii deoarece asocierea cu un alt operator economic sau achizitionarea unui medicament pe care nu il detine in portofoliul de distributie sunt modalitati accesibile si uzuale de actiune ale potentialilor ofertanti.

In concluzie, Consiliul apreciaza ca impartirea pe 16 loturi a produselor (medicamente) care fac obiectul procedurii nu incalca prevederile legale si nici principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achizitie publica.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....