



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) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1820/C5/2085

Data: 17.10.2019

Prin contestația nr. 3254/04.10.2019, transmisă inițial prin fax și ulterior, prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 39599/04.10.2019, respectiv sub nr. 39670/07.10.2019, ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, având ca obiect „Acord cadru furnizare materiale sanitare mănuși nitril”, cod CPV 18424300-0 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat „obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini - specificațiile tehnice pentru Loturile nr. 1-7, respectiv toate loturile - mănușile de examinare, în sensul eliminării „prestabilirii culorilor diferite pentru mănușile de examinare din nitril”.

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

În susținerea contestației, ... SRL a precizat că în caietul de sarcini autoritatea contractantă a solicitat, pentru fiecare lot de mănuși, o culoare anume, diferită de la un lot la altul.

... SRL a menționat că prin notificarea adresată autorității contractante, a solicitat remedierea caietului de sarcini în sensul eliminării mențiunii privind o culoare anume pentru fiecare lot în parte de mănuși, însă autoritatea contractantă, prin răspunsul său, a menținut respectivele specificații.

Autoarea contestației consideră că specificația privind culoarea anume a mănușilor (albastru, verde, mov, roz, roșu, portocaliu, negru), nu poate fi justificată tehnic și nu reprezintă un avantaj calitativ pentru autoritatea contractantă, culorile neavând relevanță pentru utilizator, astfel că, necesitatea nu poate fi justificată obiectiv. Astfel, codul de culori este arbitrar ales de autoritatea contractantă, aceasta neputând argumenta culorile alese, paleta de culori fiind mult mai amplă și variind de la producător la producător.

... SRL a învederat faptul că parametrii privind culorile nu au nicio relevanță pentru utilizator și faptul că nu se poate justifica necesitatea unei anumite culori pentru o anumită mărime. Pe ambalajul mănușilor se specifică mărimea, prin urmare nu e nevoie de o culoare anume pentru o anumită mărime. De regulă producătorii au culori diferite pentru fiecare măsură în parte, însă culoarea diferă în funcție de producător.

... SRL a precizat că ... este singura unitate sanitară din România care a solicitat mănuși de examinare nitril în șapte culori, iar în toate spitalele existând o singură culoare de mănuși (uzual albastru și foarte rar violet sau alb).

... SRL a invocat jurisprudența Curții de Apel București.

În finalul contestației sale, ... SRL a concluzionat că specificațiile din caietul de sarcini trebuie înlăturate, având în vedere că prin aceste specificații se îngrădește concurența, respectiv accesul egal la procedura a ofertanților, fiind introduse astfel obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, contrar dispozițiilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. Totodată, autoarea contestației a precizat că specificațiile nu corespund necesității autorității contractante, contrar prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

În dovedire, contestatoarea ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 39673/2085 C5/07.10.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei să remită, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii și contestația.

Ulterior, Consiliul a înregistrat sub nr. 39670/07.10.2019, corespondența transmisă prin poștă de ... SRL, reprezentând originalul contestației și a recipisei de consemnare a cauțiunii având nr. 205781920/1 din 03.10.2019, în sumă de 1.190,00 RON, eliberată de CEC Bank – Unitatea Bulevardul Timișoara, precum și un set de documente probante, în copie conformă cu originalul.

Prin adresa nr. 39986/2085 C5/08.10.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 21057/08.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 40050/08.10.2019, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 21056/08.10.2019, împreună cu o copie a dosarului achiziției.

Cu privire la contestația formulată de ... SRL, autoritatea contractantă a precizat faptul că își menține cerința prin indicarea unei anumite culori pentru fiecare lot, întrucât mănușile vor fi folosite în arii diferite/distincte de lucru ale UPU: intervenții majore/ minore,

resuscitare, ortopedie, cabinet dentar, pentru uzul infirmierelor și uzul îngrijitoarelor.

Autoritatea contractantă a învederat că în caietul de sarcini nu se regăsește cerința „o culoare pentru fiecare mărime”, așa cum a invocat contestatoarea, ci o culoare pentru toate mărimile care fac obiectul lotului, iar cerința impusă pentru „fiecare lot - o culoare”, este una obișnuită, aceeași cerință regăsindu-se, de exemplu, în cazul lavetelor pentru curățenie sau al echipamentului de protecție pentru personalul medical.

Autoritatea contractantă a mai precizat faptul că cerința respectivă a fost impusă pentru a respecta Anexa 4 - Precauțiunile standard - Măsurile minime obligatorii pentru prevenirea și limitarea infecțiilor asociate asistenței medicale din Ordinul nr. 1101/2016 privind aprobarea Normelor de supraveghere, prevenire și limitare a infecțiilor asociate asistenței medicale în unitățile sanitare, precum și Procedura operațională privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitatea medicală, cod PO- S.P.I.A.A.M.-01, Ediția 1, din 22.09.2017 a ..., Anexa 1 - Modul general de zonare.

De asemenea, autoritatea contractantă a precizat că repartizarea mănușilor de nitril, cu culori specifice, ușor de identificat, în ariile de lucru, are ca scop limitarea transmiterii și răspândirii infecțiilor asociate asistenței medicale între ariile de lucru cu risc crescut și ariile aseptice, pacienții prezentați în UPU, respectiv personalului medical și auxiliar.

Prin adresa nr. 3297/08.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 40369/10.10.2019, ... SRL a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care a precizat faptul că nu a contestat necesitatea existenței unor culori diferite pentru fiecare lot, ci impunerea unei anumite culori pentru fiecare lot. Autoarea contestației a subliniat faptul că dorește eliminarea culorilor din documentația de atribuire și menționarea doar a faptului că mănușile trebuie să fie de culori diferite în funcție de grosime, respectiv să fie oferite șapte variante de mănuși, conforme cu specificațiile caietului de sarcini, fiecare de altă culoare, adică în loc de albastru, verde, mov, roz, roșu, portocaliu, negru, să poată fi oferite albastru, verde, violet, roz, alb, negru și indigo sau orice altă combinație de șapte culori.

Prin adresa nr. 41344/2085 C5/16.10.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante să prezinte justificarea codului de culori ales pentru cele 7 loturi care fac obiectul prezentei proceduri contestată.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 21756/16.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 41477/16.10.2019, în care a precizat „în urma analizei pieței de desfacere am constatat că, comercializarea se face de mai mulți furnizori și paleta de culori pentru mănușile de examinare menționate au strânsă legătură cu grosimea produsului”. Totodată, autoritatea contractantă a subliniat faptul că este interesată, în mod expres, de grosimea produsului și nu de culoarea acestuia.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, având ca obiect „Acord cadru furnizare materiale sanitare mănuși nitril”, cod CPV 18424300-0 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1015327/25.09.2019, stabilind termen limită pentru primirea ofertelor la 30.10.2019 ora 15⁰⁰, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 1.428.000,00 RON, fără TVA.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205781920/1 din 03.10.2019, în sumă de 1.190,00 RON, eliberată de CEC Bank – Unitatea Bulevardul Timișoara.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii convenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”]*, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”]*.

Procedura de atribuire a fost divizată în 7 loturi, iar prezenta contestație vizează toate loturile, având o valoare totală estimată, fără TVA, de 1.428.000 RON.

Prezenta contestație vizează documentația de atribuire, publicată de autoritatea contractantă, în SEAP, odată cu anunțul de participare, respectiv la data de 25.09.2019.

Atașat contestației, autoarea acesteia a prezentat adresa nr. 3163/26.09.2019, transmisă autorității contractante, prin care a solicitat remedierea caietului de sarcini - specificațiile tehnice pentru loturile nr. 1-7, toate loturile - mănușile de examinare, în sensul înlăturării specificațiilor tehnice privind culorile mănușilor de examinare, pentru următoarele considerente:

„Parametrii privind culorile (albastru, verde, mov, roz, roșu, portocaliu, negru) nu au nicio relevanță pentru utilizator și nu reprezintă un avantaj calitativ pentru autoritatea contractantă. Nu se poate justifica necesitatea unei anumite culori pentru o anumită greutate (grosime) și nici necesitatea a doua sau trei culori diferite pentru aceeași greutate (grosime). De regulă producătorii au culori diferite pentru fiecare calitate de mănuși în parte, însă numai o singură culoare pentru o anumită calitate (de obicei grosime), nu două culori diferite.

Astfel, codul de culori este arbitrar ales de autoritatea contractantă, autoritatea contractantă neputând argumenta de ce aceste culori și nu altele, paleta de culori fiind mult mai amplă și variind de la producător la producător.”

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 20203/30.09.2019, respingând solicitările sale de remediere, precizând: *„Ne menținem cerința prin indicarea unei anumite culori pentru fiecare lot întrucât mănușile vor fi folosite în arii diferite/distincte de lucru ale UPU: Intervenții majore, Intervenții minore, Resuscitare; Ortopedie, Cabinet dentar; pentru uzul infirmierelor și uzul îngrijitoarelor.”*

Nemulțumită de modul în care autoritatea contractantă a răspuns solicitării, aceasta neefectuând corecțiile solicitate de către contestator, ... SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând remedierea caietului de sarcini.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează documentația de atribuire, respectiv anumite cerințe din caietul de sarcini aferente loturilor 1-7. Consiliul urmează a proceda la soluționarea contestației analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, sub aspectele criticate, atât în adresă, cât și în contestație, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către părți.

Referitor la criticile transmise autorității contractante și existente în contestație, Consiliul reține că din conținutul contestației rezultă că aceasta vizează următoarele aspecte prevăzute în caietul de sarcini, respectiv culoarea stabilită pe fiecare lot:

„LOT 1

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare albastră

LOT 2

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare verde

LOT 3

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare mov

LOT 4

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare roz

LOT 5

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare roșie

LOT 6

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare portocalie

LOT 7

Mănuși examinare din nitryl măsura S,M,L culoare neagră.”

Referitor la cerința privind culoarea, respectiv cele 7 culori, contestatorul a solicitat CNSC să elimine această cerință.

Consiliul va respinge această solicitare pentru următoarele motive:

- în cazul împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire, ofertanții pot depune oferte pentru unul sau mai multe loturi;
- culoarea nu a fost stabilită în funcție de grosime, cum eronat susține contestatorul, ci în funcție de ariile de lucru, acest mod de organizare a procedurii satisfăcând necesitatea autorității contractante. De precizat este faptul că prin clarificarea nr. 20203 din 30.09.2019, autoritatea contractantă a stabilit aceeași grosime pentru toate loturile;
- lăsarea culorii la aprecierea exclusivă a ofertanților ar conduce la situația în care autoritatea contractantă ar ajunge să achiziționeze mănuși de aceeași culoare pentru toate loturile ceea ce ar face inutilă împărțirea pe loturi în prezenta procedură de atribuire, aspect care nu face obiectul prezentei contestații.

Eliminarea cerinței privind culoarea fiecărui lot, respectiv acceptarea ca ofertanții să poată depune oferte în orice combinații de culori doresc, ar putea conduce la situația în care autoritatea contractantă ar fi nevoită să achiziționeze mănuși de o singură culoare pentru toate loturile (în condițiile în care la fiecare lot oferta cu prețul cel mai mic ar avea aceeași culoare), deci la nesatisfacerea nevoii acesteia de a achiziționa mănuși de culori diferite pentru fiecare arie de lucru stabilită. Alegerea culorii lotului de către ofertanți ar putea face ca aceștia să prezinte aceeași culoare pentru toate loturile, fapt ce nu satisface nevoia autorității contractante de a repartiza pe arii de lucru, mănuși de o anumită culoare.

Și în situația în care ofertanții ar prezenta mănuși de culori diferite, prin aplicarea criteriului de atribuire, prețul cel mai scăzut, există posibilitatea ca mănușile de o anumită culoare să aibă cel mai mic preț, autoritatea contractantă fiind nevoită să cumpere mănuși doar de o singură culoare.

Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. Acestea reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante, așa cum prevede art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Așadar, în mod evident, conținutul caietului de sarcini este alcătuit, în mod exclusiv, din informații de ordin tehnic, aferente produselor care urmează a fi achiziționate și care corespund, în mod exclusiv, necesității autorității contractante. Raționamentul în cauză este susținut, spre exemplu, inclusiv de dispozițiile art. 156 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia *„specificatiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:*

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale”, care trebuie să fie precis descrise încât să permită ofertanților să depună o ofertă care să acopere nevoile autorității contractante, iar aceasta să atribuie contractul respectiv.

Așa cum afirmă și autoritatea contractantă, repartizarea mănușilor de nitril, cu culori specifice, ușor de identificat, în ariile de lucru menționate în punctul de vedere, are ca scop limitarea transmiterii și răspândirii infecțiilor asociate asistenței medicale între ariile de lucru cu risc crescut și ariile aseptice, între pacienții prezentați în UPU și între personalul medical și auxiliar.

Cerința corespunde necesității autorității contractante de realizare a contractului și Consiliul nu poate impune autorității eliminarea codului de culori care corespunde necesității acesteia.

În considerarea celor menționate, Consiliul stabilește că obiecțiile contestatorului, referitoare la eliminarea codului de culori, nu sunt întemeiate și, pe cale de consecință, urmează a dispune menținerea în documentația de atribuire a cerinței în discuție.

Cu toate acestea, stabilirea arbitrară a unei singure culori pe lot, Consiliul o consideră restrictivă, din următoarele considerente:

Prin adresa nr. 41344/2085 C5/16.10.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante să prezinte justificarea codului de culori ales pentru cele 7 loturi care fac obiectul prezentei proceduri contestată.

Prin răspunsul său, autoritatea contractantă nu a justificat de ce a stabilit o singură culoare pe fiecare lot, precizând că este interesată de grosimea produsului, nu de culoarea acestuia. Rezultă astfel, că autoritatea contractantă a stabilit arbitrar culorile pentru fiecare lot, indicarea unei singure culori pentru fiecare lot fiind restrictivă.

Ca urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuie să stabilească mai multe culori/nuanțe alternative pe fiecare lot.

Consiliul consideră că modul în care autoritatea contractantă a stabilit o singură culoare pe lot este de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 98/2016. Astfel, cerința privind o singură culoare pe lot duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura sus menționată, iar aceasta se va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice.

Consiliul consideră că această cerință (o singură culoare pe lot) este menită a restrânge competiția, autoritatea contractantă neputând să solicite ofertanților să prezinte mănuși de o singură culoare pe lot, impunându-se ca autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire sub acest aspect.

De altfel, analizând conținutul Strategiei de contractare, Consiliul constată că autoritatea contractantă, la împărțirea contractului pe loturi, nu a justificat de ce a stabilit o singură/anumită culoare pe lot.

Stabilind mai multe culori/nuanțe alternative pentru fiecare lot, autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, Consiliul apreciază

că autoritatea contractantă, pentru a proceda în mod legal, trebuie să stabilească mai multe culori/nuanțe alternative pentru fiecare lot.

Referirile contestatoarei la jurisprudența instanței, nu pot fi reținute motivat, pe de o parte, de faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, iar pe de altă parte, de faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

Prin urmare, în raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă. Va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să modifice caietul de sarcini în sensul stabilirii mai multor culori/nuanțe alternative pentru fiecare lot.

Pentru considerentele expuse în motivare, Consiliul va respinge capătul de cerere privind eliminarea „prestabilirii culorilor diferite pentru mănușile de examinare din nitril”.

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:

Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să modifice caietul de sarcini în sensul stabilirii mai multor culori/nuanțe alternative pentru fiecare lot și să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură.

Respinge capătul de cerere privind eliminarea „prestabilirii culorilor diferite pentru mănușile de examinare din nitril”.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET