



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.

N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 4 021.8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 250/05.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 30191/06.10.2016, formulată de ...S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF: ..., reprezentată legal de ... – Administrator, prin SCP ... SCA, cu sediul în ..., împotriva procedurii de licitație deschisă online fără fază finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Imunoglobulină antihepatitică B”, cod CPV 33651520-9 – Imunoglobuline (rev. 2) de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat eliminarea din caietul de sarcini a mențiunii privind specificația tehnică referitoare la „Flacon de 40 ml”, considerată cerință restrictivă, eliminarea integrală din anunțul de participare și în subsidiar, eliminarea mențiunii „se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri”, eliminarea din anunțul de participare a mențiunii „aceste documente suport pentru demonstrarea experienței similare trebuie transmise numai de ofertanți clasați pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire”, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ...S.R.L. reclamă prevederile documentației de atribuire, în speță cerința din caietul de sarcini referitoare la „*flacon de 40 ml*”, precum și mențiunile din anunțul de participare: „*se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri*” și „*aceste documente suport pentru demonstrarea experienței similare trebuie transmise numai de ofertanți clasați pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de*

atribuire", apreciind că acestea nu se justifică, conducând la restrângerea concurenței.

Se reține că impunerea cerinței „*flacon de 40 ml*” nu se justifică, prin această cerință fiind îndepărtați de la prezenta procedură operatorii economici care comercializează imunoglobulină în flacoane de alte dimensiuni (ex. 100 ml, 80 ml, 5 ml, etc.).

Contestatorul învederează că, din punct de vedere tehnic, utilizarea imunoglobulinei prezentată în flacon de 100 ml, are aceleași efecte terapeutice ca și cele ambalate în flacoane de 40 ml sau alte dimensiuni, astfel că cerința în cauză duce la favorizarea unui anumit producător german, singurul care comercializează imunoglobulină în ambalaj cu o astfel de dimensiune.

În referire la cea de-a doua solicitare (pct. III.2.2 din anunțul de participare) privind obligația de a prezenta informații referitoare la cifra medie de afaceri globală care vizează activitatea pe anii 2013, 2014 și 2015, autoarea contestației opinează că aceasta este o cerință ineficientă, în conflict cu art. 175 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatorul susține că mențiunea „*se vor solicita doar operatorilor clasati pe primele 3 locuri*” este în contradicție cu dispozițiile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care prevede posibilitatea prezentării documentelor justificative doar pentru ofertantul clasat pe primul loc, iar nu pentru primii 3 ofertanți, așa cum greșit se menționează în anunțul de participare. Aceasta deoarece nu este posibil ca după aplicarea criteriilor de atribuire și desemnarea câștigătorului, autoritatea contractantă să mai aplice alte criterii.

Contestatorul apreciază că nu este posibil ca după aplicarea criteriilor de atribuire și desemnarea câștigătorului, autoritatea contractantă să mai aplice alte criterii.

Totodată, contestatorul menționează că în privința îndeplinirii cerințelor referitoare la capacitatea tehnică se aplică aceeași regulă stabilită de art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în sensul că autoritatea contractantă poate solicita doar ofertantului clasat pe primul loc să facă dovada îndeplinirii acestei cerințe, iar nu ofertanților aflați pe primele 3 locuri.

Prin adresa nr. 33219/12.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 30933/12.10.2016, autoritatea contractantă formulează punct de vedere la contestație, solicitând respingerea ca neîntemeiată și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că în data de 11.10.2016, a transmis către Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului ... adresa înregistrată sub nr. 33041 prin care a solicitat să i se specifice dacă medicamentul IVHEBEX 5000UI/100ml, având același DCi (imunoglobulină antihepatitică B), așadar același medicament, dar sub o altă denumire decât cel intenționat a se achiziționa, este decontat în lista C2 în programul Transplant de Organe și Jesuturi, subprogramul Transplant Hepatic.

În ceea ce privește afirmația contestatorului că specificația tehnică referitoare la capacitatea recipientului în care se furnizează produsul ce face obiectul prezentei achiziții este restrictivă, autoritatea contractantă învederează că are dreptul de a stabili caracteristicile tehnice ale produselor, astfel încât acestea să corespundă necesităților reale și efective ale acesteia.

Prin urmare, autoritatea contractantă indică Secțiunea C2 - lista denumirilor comerciale și a prețurilor de decontare a medicamentelor care se acordă bolnavilor cuprinși în cadrul programelor naționale de sănătate, în tratamentul ambulatoriu și spitalicesc, cuprinsă în anexa nr. 2 din Ordinul 1605/875/2014 și valabilă începând cu data de 1 iunie 2016, în cadrul programului Transplant de Organe și Țesuturi, subprogramul Transplant Hepatic (poziția 50), potrivit căreia imunoglobulina antihepatitică B este decontată pentru medicamentul Hepatect CP 50 UI/ml, având ambalajul de CUTIE X 1 FLAC. DIN STICLĂ INCOLORĂ X 40 ML SOL PERF. (2000 UI).

Astfel, autoritatea contractantă apreciază justificată instituirea specificației tehnice potrivit căreia *produsele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire să fie furnizate sub forma flacoanelor de 40 ml*, având în vedere că potrivit Anexei nr. 2 din Ordinul 1605/875/2014 imunoglobulina antihepatitică B este decontată de Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului ..., cu care entitatea se află în raporturi contractuale, doar sub forma ambalajului de 40 ml.

În referire la cea de-a doua solicitare a contestatorului, autoritatea contractantă menționează că rațiunea pentru care nu a instituit un nivel minim al cifrei de afaceri anuale a fost tocmai aceea de a asigura operatorilor economici implicați în procedura de atribuire un tratament egal și nediscriminatoriu, stabilirea unui prag minim al cifrei de afaceri anuale putând avea drept consecință restrângerea artificială a concurenței, cu încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a art. 50 din Legea nr. 98/2016, un nivel minim al cifrei de afaceri nefiind de natură să demonstreze întru totul capacitatea operatorului economic de a îndeplini contractul de achiziție publică.

Autoritatea contractantă precizează că procedura de atribuire vizează încheierea unui acord-cadru cu 3 agenți economici, cu reluarea competiției între operatorii economici care sunt parte la acordul-cadru, astfel cum rezultă din anunțul de participare (pct. II.1.4), dar și din fișa de date a achiziției.

Având în vedere că potrivit art. 118 din Legea nr. 98/2016, contractele subsecvente se vor atribui prin reluarea competiției, autoritatea contractantă consideră că este firesc ca la interpretarea art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 să se țină cont de dispozițiile art. 115 și art. 118 din aceeași lege, motiv pentru care documentele pentru susținerea cifrei de afaceri se vor solicita doar operatorilor clasati pe primele 3 locuri, după aplicarea criteriului de atribuire.

Totodată, autoritatea contractantă afirmă că instituirea obligației transmiterii documentelor suport pentru demonstrarea experienței similare exclusiv de către ofertanții clasati pe primele 3 locuri, după aplicarea criteriului de atribuire, este pe deplin justificată, întrucât acordul-cadru se va încheia cu 3 operatori economici.

Dosarul achiziției publice, cuprinzând documente necesare soluționării cauzei, a fost înregistrat la Consiliu sub nr. 30328/07.10.2016.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online fără fază finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Imunoglobulină antihepatitică B”, cod CPV 33651520-9 – Imunoglobuline (rev. 2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este între 6.088.880 și 15.222.200 lei, criteriul de atribuire ales fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează anumite prevederi din documentația de atribuire. Prin urmare, Consiliul va proceda la soluționarea contestației analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii, a fost admis prin încheierea nr. ../../... din 10.10.2016.

Un prim aspect criticat de ...S.R.L. vizează specificația tehnică stabilită de autoritatea contractantă pentru modul în care se solicită prezentarea flacoanelor de imunoglobulină. Astfel, societatea contestatoare susține că utilizarea în departamentul de chirurgie generală și transplant hepatic a imunoglobulinei prezentată în flacoane de 100 ml, ca acela pe care îl comercializează societatea sa (respectiv imunoglobulină în flacoane de 100 ml produse de LFB BIOMEDICAMENTS) are exact aceleași efecte terapeutice ca și cele ambalate în flacoane de 40 ml sau altă dimensiune.

În replică la susținerile acesteia, autoritatea contractantă argumentează alegerea specificației tehnice în discuție, raportat la faptul că potrivit Anexei nr. 2 din Ordinul 1605/875/2014, imunoglobulina antihepatitică B este decontată doar sub forma ambalajului de 40 ml, de Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului ... cu care autoritatea contractantă se află în raporturi contractuale.

În soluționarea fondului contestației, Consiliul va avea în vedere următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

- Art. 3, alin. (1) lit. rr): „*Specificațiile tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante.*”

- Art. 50: “(1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

- (2) *În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acestora sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”;*

- Art. 155, alin (6): *Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.*

- Art. 156, alin (1): „*Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:*

a) *prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuiască contractul;*

b) *prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăra dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";*

c) *prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;*

d) *prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.*

(2) *Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la*

o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.”

Din economia textelor legale mai sus invocate se desprind următoarele aspecte: în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă trebuie să își materializeze nevoile, raportat la specificul activității sale și la faptul că dorește achiziționarea unui medicament ce răspunde în condiții optime patologiilor actuale. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă trebuie să identifice în mod obiectiv în ce constă necesitatea sa, vizavi de achiziționarea medicamentului și să stabilească în cadrul caietului de sarcini specificațiile tehnice, astfel încât acestea să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Se are în vedere și faptul că, potrivit H.G. nr. 720/2008, Art. 1. - *(1) Se aprobă Lista cuprinzând denumirile comune internaționale corespunzătoare medicamentelor de care beneficiază asigurații, cu sau fără contribuție personală, pe bază de prescripție medicală, în sistemul de asigurări sociale de sănătate, precum și denumirile comune internaționale corespunzătoare medicamentelor care se acordă în cadrul programelor naționale de sănătate prevăzute în anexa care face parte integrantă din prezenta hotărâre”*

și art 5 prevede *”Lista medicamentelor aferente denumirilor comune internaționale cuprinse în sublista C secțiunea C2, care se acordă în cadrul programelor naționale de sănătate, precum și prețul de decontare al acestora se aprobă prin ordin al ministrului sănătății și al președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate”.*

De asemenea, potrivit Ordinului nr. 1605/875/2014 privind aprobarea modului de calcul, a listei denumirilor comerciale și a prețurilor de decontare ale medicamentelor care se acordă bolnavilor în cadrul programelor naționale de sănătate și a metodologiei de calcul al acestora

”(1) Se aprobă modul de calcul al prețurilor de decontare a medicamentelor prevăzute în Catalogul național al prețurilor medicamentelor de uz uman autorizate de punere pe piață în România, acordate bolnavilor cuprinși în cadrul programelor naționale de sănătate corespunzătoare denumirilor comune internaționale (DCI) cuprinse în secțiunea C2 a sublistei C din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 720/2008 pentru aprobarea Listei cuprinzând denumirile comune internaționale corespunzătoare medicamentelor de care beneficiază asigurații, cu sau fără contribuție personală, pe bază de prescripție medicală, în sistemul de asigurări sociale de sănătate, cu modificările și completările ulterioare, în condițiile legii, prevăzut în anexa nr. 1.

(2) Prețul de decontare al medicamentelor prevăzute la art. 2 alin. (4) din anexa la Ordinul ministrului sănătății nr. 75/2009 pentru aprobarea Normelor privind modul de calcul al prețurilor la medicamentele de uz uman, cu modificările și completările ulterioare, se calculează în aceleași condiții prevăzute în anexa nr. 1 la prezentul ordin, în baza prețului aprobat de Ministerul Sănătății.

Art. 2. - (1) *Se aprobă Lista denumirilor comerciale și a prețurilor de decontare a medicamentelor care se acordă bolnavilor cuprinși în cadrul programelor naționale de sănătate corespunzătoare denumirilor comune internaționale (DCI) cuprinse în secțiunea C2 a sublistei C din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 720/2008, cu modificările și completările ulterioare, prevăzută în anexa nr. 2.*

(11) *Se aprobă Lista denumirilor comerciale și a prețurilor de decontare ale medicamentelor prevăzute la art. 2 alin. (4) din anexa la Ordinul ministrului sănătății nr. 75/2009, cu modificările și completările ulterioare, prevăzută în anexa nr. 3.*

(2) *Listele prevăzute la alin. (1) și (11) se actualizează trimestrial sau ori de câte ori este nevoie.*

Art. 3. - *Direcțiile de specialitate din cadrul Ministerului Sănătății, Casa Națională de Asigurări de Sănătate, casele de asigurări de sănătate, operatorii economici importatori și distribuitori de medicamente, Compania Națională "Unifarm" - S.A., furnizorii de servicii medicale, precum și farmaciile cu circuit deschis care derulează programe naționale de sănătate curative, suportate din Fondul național unic de asigurări sociale de sănătate vor duce la îndeplinire prevederile prezentului ordin".*

Din examinarea secțiunii C2 - Lista denumirilor secțiunea P9 a tabelului Intitulat PROGRAMUL NATIONAL DE TRANSPLANT DE ORGANE, TESUTURI SI CELULE DE ORIGINA UMANA, subsecțiunea P3: transplanta hepatic, Consiliul reține că la poziția 50 este menționat: imunoglobulină antihepatită B, Hepatect CP 50 UI/ml, sol. perf, 50UI/ml, CUTIE X 1 FLAC. DIN STICLA INCOLORA X 40 ML.

În acest context, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă este singura în măsură să cunoască în mod exact necesitățile sale obiective, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a acestora reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor publice.

Raționamentul conturat de societatea contestatoare în favoarea argumentelor, potrivit cărora solicitarea flacoanelor de 40 ml restricționează participarea la procedura a operatorilor economici, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare:

- verificând specificațiile tehnice din caietul de sarcini, Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit o serie de specificații tehnice fără a indica denumirea vreunui produs sau numele vreunui producător, respectând astfel dispozițiile art. 156. alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „ (2) *Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse*”;

- Consiliul va reține, în soluționare că autoritatea contractantă are dreptul de a stabili specificațiile tehnice cu respectarea dispozițiilor

art. 3, alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia „*Specificațiile tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante*”;

- de asemenea vor fi reținute ca relevante în soluționare și prevederile din H.G. nr. 395/2016, respectiv: art. 2 alin. (3) “*În aplicarea prezentelor norme metodologice, autoritatea contractantă, prin compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor publice, are următoarele atribuții principale:*

(...)

b) *elaborează și, după caz, actualizează, pe baza necesităților transmise de celelalte compartimente ale autorității contractante, strategia de contractare și programul anual al achizițiilor publice;*

(...)

(4) *Celelalte compartimente ale autorității contractante au obligația de a sprijini activitatea compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor, în funcție de specificul și complexitatea obiectului achiziției.*

(5) *În sensul alin. (4), sprijinirea activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor publice se realizează, fără a se limita la acestea, după cum urmează:*

a) *transmiterea referatelor de necesitate care cuprind necesitățile de produse, servicii și lucrări, valoarea estimată a acestora, precum și informațiile de care dispun, potrivit competențelor, necesare pentru elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru;*

b) *transmiterea, dacă este cazul, a specificațiilor tehnice așa cum sunt acestea prevăzute la art. 155 din Lege;*

(...);

art. 12 alin. (3): “*Atunci când stabilește programul anual al achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația de a ține cont de: a) necesitățile obiective de produse, servicii și lucrări*

(...)”

art. 20 alin. (10): “*Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante*”.

Raportat la normele legale enumerate anterior, Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depus documentul Referatul de necesitate nr. 11034/06.04.2016 prin care s-a fundamentat solicitarea achiziționării medicamentului în discuție, din conținutul căruia rezultă că aceasta a întocmit documentația de atribuire aferentă ținând cont de necesitățile obiective ale autorității contractante.

Se are în vedere că obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie achiziționarea imunoglobinei antihepatică B, medicament

folosit în cadrul programelor naționale de transplant hepatic și recidivă hepatică.

Din examinarea documentelor, aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele înscrisuri relevante în soluționare:

- documentul intitulat *"Strategia de contractare"*, în cadrul căruia se menționează următoarele aspecte: în urma referatului de necesitate nr. 11034 din data de 06.04.2016, întocmit de Dr. ..-Coordonator Program Recidiva Posttransplant Hepatic si Dr. ... - Coordonator Transplant Hepatic, avizat de Director Centrul de Chirurgie Generala si Transplant Hepatic, Prof. si aprobat de conducerea institutului s-a solicitat achiziționarea medicamentului „*IMUNOGLOBULINA ANTIHEPATITICA B*” Cod CPV 33651520-9, medicament folosit în cadrul programelor naționale de transpant hepatic și recidivă hepatică, medicament necesar desfasurarii actului medical in cadrul Departamentului de Chirurgie Generala si Transplant Hepatic;

- prețul unitar în baza căruia a fost estimată valoarea acestui medicament este cel decontat și cuprins în Secțiunea C2 - LISTA denumirilor comerciale si a prețurilor de decontare a medicamentelor care se acordă bolnavilor cuprinși in cadrul programelor naționale de sanătate, în tratamentul ambulatoriu spitalicesc, corespunzătoare denumirilor internaționale cuprinse in secțiunea C2 sublistei C din H.G. nr. 720/2008, cu modificările si completările ulterioare, elaborata in temeiul Ordinului MS/CNAS nr. 1605/875/2014, cu modificările si completările ulterioare, valabilă începând cu data de 01.01.2016. Prețul unitar al medicamentului IMUNOGLOBULINA ANTIHEPATITICA B este inclus in secțiunea P9 a tabelului Intitulat PROGRAMUL NATIONAL DE TRANSPLANT DE ORGANE, TESUTURI SI CELULE DE ORIGINA UMANA, subsecțiunea P3: transpalant hepatic, la poziția 56 ;

- Referatul de necesitate nr. 11034/06.04.2016 prin care s-a fundamentat solicitarea achiziționării medicamentului în discuție;

- Secțiunea C2 – Lista denumirilor comerciale si a preturilor de decontare a medicamentelor care se acordă bolnavilor cuprinși în cadrul programelor naționale de sănătate, în tratamentul ambulatoriu spitalicesc, corespunzătoare denumirilor internaționale cuprinse în secțiunea C2 sublistei C din H.G. nr. 720/2008, cu modificările si completările ulterioare, elaborată în temeiul Ordinului MS/CNAS nr. 1605 /875/2014, cu modificările și completările ulterioare, valabilă începând cu data de 01.01.2016.

Având în vedere cele mai sus reținute, Consiliul constată că în speța de față achiziționarea medicamentului având specificația tehnică în discuție, corespunde unei necesități reale și efective a autorității contractante.

Sunt adevărate susținerile societății contestatoare, conform cărora autoritatea contractantă ar fi putut să solicite ca operatorii economici să comercializeze imunoglobina în flacoane de altă dimensiune, important fiind ca aceasta să aibă același efect terapeutic, dar nu mai puțin

adevărate sunt argumentele aduse de autoritatea contractantă în favoarea alegerii specificațiilor tehnice astfel cum a fost menționată în cadrul strategiei de contractare și punctului de vedere formulat, respectiv: *"Este relevant în acest sens faptul că, potrivit Secțiunii C2 - Lista denumirilor preturilor de decontare a medicamentelor care se acordă bolnavilor programelor naționale de sănătate, în tratamentul ambulatoriu și spitalicesc, nr. 2 din Ordinul 1605/875/2014 și valabilă începând cu data de 1 iunie 2016, în cadrul programului Transport de Organe și Țesuturi, subprogramul Transplant Hepatic (poziția 50), imunoglobulina antihepatică B este decontată pentru medicamentul Hepatect CP 50UI/ml, având ambalajul de CUTIE X 1 FLAC. DIN STICLA INCOLORA X 40 ML SOL PE RF. (2000UI).*

Astfel, având în vedere că potrivit Anexei nr. 2 din Ordinul 1605/875/2014 imunoglobulina antihepatică B este decontată de Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului București cu care subscrisa ne aflăm în raporturi contractuale doar sub forma ambalajului de 40 ml, apreciem justificată instituirea specificației tehnice potrivit căreia produsele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire să fie furnizate sub formă a flacoanelor de 40 ml."

Contrar susținerilor societății contestatoare, potrivit cărora acesta aduce în discuție restrictivitatea specificației tehnice vizavi de capacitatea flaconului, Consiliul constată că pe de o parte aceasta a fost stabilită raportat la faptul că autoritatea contractantă se află în raporturi contractuale cu Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului ... (*imunoglobulina antihepatică B este decontată de Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului ...cu care subscrisa doar sub forma ambalajului de 40 ml*), iar pe de altă parte simpla susținere a contestatoarei conform căreia cerințele tehnice impuse restricționează accesul la procedură, nefiind probată în niciun fel, nu poate conduce la modificarea caietului de sarcini. Or, o astfel de posibilitate, respectiv modificarea unei documentații de atribuire la solicitarea oricărui operator economic astfel încât cerințele impuse să satisfacă exact interesul acestuia, iar nu interesul autorității contractante și interesul general, nu pot determina Consiliul să modifice documentația de atribuire, un astfel de demers nefiind în concordanță cu dispozițiile aplicabile în materia achizițiilor publice, care prevăd dreptul autorității contractante de a demara o procedură în funcție de necesitățile sale obiective.

Singura motivație adusă de societatea contestatoare constă în faptul că produsul pe care îl comercializează societatea sa (respectiv imunoglobulină în flacoane de 100 ml produse de LFB BIOMEDICAMENTS) are exact aceleași efecte terapeutice ca și cele ambalate în flacoane de 40 ml sau altă dimensiune. Ori, prin urmare în lipsa prezentării unor argumente care să ateste modificarea specificațiilor izvorâte dintr-o nevoie reală, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu are nicio obligație de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, motiv pentru care, atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze doar la cele absolut necesare și strict la pragurile care îngrădesc cel mai puțin operatorii economici. Ea trebuie să fie preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze, în considerarea prevenirii unor eventuale abuzuri, o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a solicitat modificarea. Drept urmare, Consiliul nu reține caracterul restrictiv al cerinței mai sus amintită, critica formulată urmând a fi respinsă de Consiliu ca neîntemeiată.

Un alt aspect criticat de ...S.R.L. vizează pct. III.2.2 din anunțul de participare, potrivit căruia autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici să prezinte informații privind cifra medie de afaceri globală care vizează activitatea pe anii 2013, 2014 și 2015.

Autoarea contestației este nemulțumită de modul de formulare al cerinței, apreciind că este vag formulată, inutilă și inefficientă. În stabilirea acestei finalități, contestatorul susține că autoritatea contractantă, atâta vreme cât a solicitat această cerință, trebuia să impună și un plafon aferent cifrei de afaceri solicitată.

Contrar susținerilor societății contestatoare, niciunde în legislația privind achizițiile publice nu există vreo obligativitate pentru stabilirea unui plafon aferent cifrei de afaceri, în cazul în care autoritatea contractantă decide să solicite cerințe privind situația economică și financiară. Ceea ce prezintă interes pentru autoritatea contractantă, în cazul în care decide să solicite cerințe privind situația economică și financiară este să se asigure că operatorii economici dispun de capacitate economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

Sunt relevante în soluționare susținerile autorității contractante, potrivit cărora *"Conform art. 175 din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin Documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului"*

Față de cele invocate prin Contestație, precizăm că alin. (2) al articolului menționat mai sus enumeră cu titlu neexhaustiv cerințele privind situația economică și financiară care pot fi stabilite de autoritatea contractantă,

acestea putând viza și un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru. Astfel rațiunea pentru care subscrisa nu am instituit un nivel minim al cifrei de afaceri anuale a fost tocmai aceea de a asigura operatorilor economici implicați în procedura de atribuire un tratament egal și nediscriminatoriu. Stabilirea unui prag minim al cifrei de afaceri anuale ar fi avut drept consecință restrângerea artificială a concurenței, cu încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a art. 50 din Legea nr. 98/2016, un nivel minim al cifrei de afaceri nefiind de natură să demonstreze întru totul capacitatea operatorului economic de a îndeplini contractul de achiziție publică avut în vedere.”

Nici susținerile societății contestatoare, potrivit cărora în mod nelegal autoritatea contractantă a specificat vizavi de cifra de afaceri mențiunea „Se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri” în raport de dispozițiile art 196 alin (2) din Legea 98/2016 care prevede posibilitatea prezentării documentelor justificative doar pentru ofertantul clasat pe primul loc, iar nu pentru primii 3 ofertanti, așa cum greșit se menționează în anunțul de participare. Aceasta deoarece nu este posibil ca după aplicarea criteriilor de atribuire și desemnarea câștigătorului, autoritatea contractantă să mai aplice alte criterii” nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare, întrucât în speța de față autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire, în vederea încheierii unui acord-cadru cu 3 agenți economici, durata acordului-cadru fiind de 24 de luni, iar contractele subsecvente urmează să fie atribuite prin reluarea competiției.

Așadar, în acest caz, potrivit dispozițiilor art. 155, art. 118 din Legea nr. 98/2016, atâta vreme cât contractele subsecvente se vor atribui prin reluarea competiției, în mod firesc rezultă că și dispozițiile art. 196 se vor aplica în mod similar, în sensul solicitării cerinței operatorilor clasați pe primele 3 locuri.

Considerentele reținute de Consiliu în soluționarea criticii cu privire la cifra de afaceri (în referire la solicitarea acestuia doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri) sunt valabile și în cazul celei de-a treia critică formulată de autoarea contestației, referitoare la capacitatea tehnică.____

Practica statornică a Consiliului este în sensul că necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse care să reflecte o anumită performanță, precum și nivelurile caracteristicilor tehnice minime fixate pentru aceasta, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 2 coroborat cu art. 12 din H.G. nr. 395/2016]. Cenzurarea sau modificarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 (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 și cea a art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 - se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse.

Având în vedere toate aspectele mai sus reținute, se constată netemeinicia criticilor în discuție formulate de ...S.R.L.

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

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

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.