CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. .../29.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .../30.01.2018, depusă de ..., cu sediul în București, șoseaua ..., sector 1, CUI RO ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de ... . – administrator, și convențional de ..., cu sediul în ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă, organizată de .., cu sediul în București, ..., sector 1, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„materiale sanitare necesare clinicii de chirurgie*”, s-a solicitat:

- în principal:
  - anularea prevederilor documentației de atribuire criticate prin contestație, precum și a răspunsului nr. 688/18.01.2018 la notificarea prealabilă nr. 818/15.01.2018;
  - remedierea documentației de atribuire în conformitate cu prevederile legale referitoare la împărțirea pe loturi și elaborarea specificațiilor tehnice, cu luarea în considerare a motivelor expuse în contestație.
- în subsidiar, pentru situația în care nu vor mai putea fi dispuse măsuri de remediere, s-a solicitat anularea procedurii în conformitate cu prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, capăt de cerere soluționat prin Încheierea nr. .../01.02.2018, în sensul admiterii lui și al suspendării procedurii până la soluționarea contestației.

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 soluţioneze contestația de față, prin care ... invocă încălcarea prevederilor legale privind împărțirea pe loturi a unei proceduri și, totodată, critică o serie de specificații tehnice pe care le consideră ca fiind restrictive și ca ducând spre un anumit producător.

Invocând prevederile art. 1 din Legea nr. 98/2016 și Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, contestatoarea arată că autoritățile contractante au obligația de a se asigura că, în cadrul procedurilor de achiziție publică, concurența se manifestă în mod liber și nu este restricționată în niciun fel. În plus, arată că, OCDE recomandă autorităților contractante să stabilească loturile în așa fel încât să motiveze societățile mai mici care nu ar putea depune ofertă pentru tot contractul, să participe la licitație.

De asemenea, contestatoarea invoca art. 8 din Legea concurenței precum și decizile pronunțate de Consiliul Concurenței prin care s-a arătat că piața relevantă pe care se evaluează efectul unor eventuale fapte neconcurențiale este piața licitației în sine, orice afectare a concurenței afectând întreaga piață relevantă.

Potrivit contestatoarei, prin modul în care autoritatea contractantă a stabilit cele două loturi, respectiv, Lotul 1 – Materiale sanitare pentru sutură mecanică și Lotul 2 – Plase chirurgicale, a fost încălcată atât legislația în materia achizițiilor publice (art. 18 alin. (1) și (3), art. 50 și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016) cât și concurența pe piața relevantă.

Contestatoarea arată că, în practica sa, Consiliul a stabilit că gruparea produselor într-un lot trebuie să îndeplinească în mod cumulativ două condiții, respectiv produsele să aibă utilizări identice sau similare și să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate de către operatorii economici cu activitate constantă în domeniu, alcătuirea loturilor prin gruparea de produse și echipamente pe considerente de loc de utilizare – ATI și bloc operator, fiind eronată, din perspectiva art. 18 alin. (3) și art. 144 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea mai arată că o serie de specificații tehnice ale produselor au caracter restrictiv și fac trimitere la un producător unic sau la un număr limitat de producători. Astfel, arată că:

- În cazul Lotului 1 – specificațiile tehnice redate la poziția 1 din caietul de sarcini restricționează accesul la procedură, nepermițând decât ofertarea produselor a doi producători, în condițiile în care există produse echivalente pe piață;

- modalitatea de elaborare a cerinței face posibilă doar ofertarea produselor producătorilor Grena și Reach, doar aceștia având în portofoliu această dimensiune; astfel, dimensiunea 16-18 mm diametru, solicitată prin documentația de atribuire, nu se regăsește la ceilalți producători de referință din segment;

- și celelalte produse de pe piață pot satisface cerințele autorității contractante, iar această dimensiune impusă de aceasta nu are o justificare obiectivă față de obiectul achiziției;

- prin stabilirea acestor specificații tehnice care restricționează ofertarea, pentru această poziție, a produselor a doar doi producători, în condițiile în care piața este mult mai vastă, se restricționează nu numai ofertarea pentru această poziție, ci și pentru celelalte poziții din cadrul Lotului 1;

- această nelegalitate a fost recunoscută indirect chiar de către autoritatea contractantă care, în răspunsul la notificarea prealabilă, a precizat că specificațiile tehnice au fost adaptate strict nevoilor sale și nu în funcție de gama de produse comercializate de anumiți operatori economici; or, obligația de verificare a posibilității de împărțire pe loturi impune tocmai verificarea și luarea în considerare a condițiilor cumulative anterior menționate ca fiind reținute de Consiliu în spețe similare;

- în ceea ce privește Lotul 2, specificațiile tehnice redate la pozițiile 7 – 11 din caietul de sarcini restricționează accesul la procedură, nepermițând decât ofertarea produselor a doi producători, în condițiile în care, și în cazul acestui lot, există alte multe produse echivalente pe piață;

- în concret, autoritatea contractantă solicită un anumit material pentru a fabrica plasa chirurgicală, respectiv Eptfe, material pe care doar doi producători de pe piață îl folosesc, respectiv Gore și Bard; or, în condițiile în care majoritatea producătorilor fabrică plase chirurgicale din polipropilenă sau poliester iar aceste materiale asigură nivelul calitativ al actului medical, neexistând temeiuri pentru excluderea acestora de la ofertare, rezultă că limitarea concurenței la doar doi operatori economici este nejustificată și intră în contradicție cu prevederile legale în vigoare;

- totodată, autoritatea contractantă solicită un anumit tip de construcție a plase chirurgicale, cu balon expandabil poziția 7, respectiv cu structură spațială de cupolă, poziția 8, elemente care se regăsesc doar în portofoliul COUSIN;

- Lotul 1 conține materiale din categorii diferite, care nu pot face parte din același lot; în acest sens, arată că acest lot nu conține doar materiale pentru sutură mecanică ci și o serie de materiale care nu se încadrează în această categorie, respectiv dispozitive de acces, pozițiile 26-27 din caietul de sarcini, dispozitive care sunt destinate accesului în cavitatea abdominală sau toracică pentru efectuarea unor proceduri endoscopice, nefiind accesorii specifice suturii mecanice;

- faptul că dispozitivele de acces nu au folosință similară și nici nu fac parte din gama constantă de produse comercializate de operatorii economici ce activează pe această piață este demonstrat chiar de faptul că nu toți producătorii de sutură mecanică produc și dispozitive de acces; de exemplu, producători de referință precum Frankenman, Grena TouchStone și Reach nu au în portofoli asemenea accesorii;

- de asemenea, Lotul 1 conține și sistem de iluminare intraoperatorie, poziția 29 din caietul de sarcini, produs care se

comercializează de operatorii care activează în mod constant pe piață, ca echipament distinct de operațiunea de sutură mecanică; acest produs nu are o destinație similară produselor de sutură mecanică, deoarece nu acționează pentru disecția, transecția și anastomoza țesuturilor, ci pentru o vizibilitate mai bună în câmpul operator, sutura mecanică putând fi folosită și fără utilizarea unui asemnea sistem;

- Lotul 1 mai cuprinde și instrumente chirurgicale monopolare laparoscopice – pozițiile 30 și 31 din caietul de sarcini, produse ce se achiziționează separat ca elemente de instrumentar reutilizabil accesoriu pentru intervențiile chirurgicale, ele neputând fi considerate accesorii specifice pentru sutura mecanică; produsele în cauză nu sunt similare cu sutura mecanică deoarece nu realizează plasarea unor agrafe pe țesut pentru a-l sutura și pot fi folosite în proceduri chirurgicale în care nu se utilizează sutura mecanică

- în cazul acestor produse, nu toți producătorii produc și instrumente laparoscopice monopolare din oțel;

- Lotul 2 conține, de asemena, materiale din categorii diferite, respectiv nu conține doar plase chirurgicale ci și materiale ce nu se încadrează în această categorie; în acest sens, se face referire la dispozitive de fixare, solicitate la pozițiile 12-13 din caietul de sarcini, dispozitive care nu pot fi încadrate în categoria plaselor chirurgicale, ele reprezentând dispozitive pentru fixarea acestora, plasele chirurgicale putând fi folosite și fără ajutorul lor; acestea nu sunt produse similare plaselor chirurgicale, deoarece nu oferă suport pe termen lung pentru protezarea peretelui abdominal, ci sunt dispozitive cu care acestea pot fi fixate, nefiind obligatorie utilizarea lor.

În aceste condiții, contestatoarea concluzionează că, modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să alcătuiască cele două loturi din produse din categorii evident diferite și care în mod uzual nu sunt comercializate de același operator economic, are drept efect restricționarea nejustificată a accesului la procedură și a restrângerii nelegale a liberei concurențe, cu încălcarea flagrantă a prevederilor legale.

În drept, contestatoarea arată că își întemeiază demersul pe dispozițiile art. 6, 8, 19, 22 și 26 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate textele legale invocate în cuprinsul contestației.

În probațiune, se depun în copie înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 1266/02.02.2018, înregsitrat la Consiliu cu nr. 4567/02.02.2017, autoritatea contractantă a invocat tardivitatea contestației ... iar, pe fond, a solicitat respingerea acesteia ca nefondată.

Referitor la excepția invocată, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 16 alin. (1) și (4) coroborat cu art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, arătând că, ... SRL a formulat o notificare prealabilă la data de 15.01.2018, la acesta primind un răspuns la data de 18.01.2018, prin care i s-a comunicat că nu vor fi dispuse măsuri de remediere. Prin urmare, ultima dată la care putea fi transmisă o contestație cu privire la prevederile documentației de atribuire a fost

data de 29.01.2018, or contestația în cauză a fost transmisă, atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă, la data de 30.01.2018.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă precizează că își menține argumentele din cuprinsul răspunsului la notificarea prealabilă nr. 688/18.01.2018, apreciind ca nefondate criticile formulate de contestatoare.

Referitor la criticile contestatoarei legate de faptul că în cadrul Loturilor 1 și 2 sunt incluse materiale din categori diferite, autoritatea contractantă arată că reperele invocate de contestatoare îndeplinesc condiția de similaritate în accepțiunea legiuitorului, deoarece au aceeași destinație și fac parte dintr-o gamă normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în acest sector (materiale sanitare/consumabile pentru activitatea din sălile de operații).

În ceea ce privește argumentele contestatoarei referitoare la faptul că dispoztivele de fixare a plaselor chirurgicale fac parte dintr-o categorie diferită de produse, care ar trebui să facă obiectul unui lot distinct, autoritatea contractantă precizează că respectivele dispozitive de fixare a plaselor chirurgicale au fost în mod firesc și corect introduse în același lot cu plasele chirurgicale, având în vedere că sunt folosite împreună în cadrul procedurilor chirurgicale.

În cazul procedurilor chirurgicale normale, plasele chirurgicale se fixează cu fire chirurgicale, iar în cazul intervențiilor chirurgicale laparoscopice sunt folosite respectivele dispozitive de fixare, aspecte care conduc la formarea unui singur lot pentru cele două materiale, acestea fiind indispensabile unul altuia, fiind folosite împreună în cadrul intervențiilor chirurgicale specifice.

Totodată, autoritatea contracatntă mai arată următoarele:

- Lotul 1 – pozițiile 26, 27,29, 30 și 31, reprezentând instrumente pentru laparoscopie, constituie accesorii necesare procesului de sutură mecanică atât prin abord clasic, cât și laparoscopic;

- Lotul 2 – atât dispozitivele de fixare a plaselor mecanice cât și soluția de tip glue sunt accesorii necesare manoperei chirurgicale;

- Lotul 2 pozițiile 7 -11 – se solicită explicit tipul de plasa e-PTFE întrucât este unicul material neutru care poate fi introdus în cavitatea abdominală fără risc pentru pacient. Plasele echivalente din polipropilenă, pentru a putea fi introduse în cavitatea abdominală, necesită asocierea de alte materiale în procesul de producție, nefiind neutre ca e-PTFE. De aceea nu există nicio motivație în folosirea unui material ce implică un risc sporit pentru pacient;

Totodată, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, precizând că acestea dau dreptul oricărui operator economic de a participa la procedură, fie individual, fie în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedură.

Autoritatea contractantă precizează că nu își stabilește necesitatea în funcție de portofoliul de produse al fiecărui furnizor de materiale

sanitare ci în funcție de necesitatea sa și de eficientizarea procesului de aprovizionare cu produse, respectiv furnizarea simultană a produselor cu anumită destinație, utilizarea eficientă a resurselor umane implicate în activitatea de recepție și distribuire a bunurilor achiziționate, evitarea unor situații generate de lipsa din stoc a unui anumit produs cu aceeași destinație etc.

Mai precizează autoritatea contractantă că, în condițiile în care o unitate sanitară utilizează sute de repre din categoria materialelor sanitare, este imposibil de a se stabili obiectul fiecărui lot în parte fără a se considera că se restricționează participarea unui sau mai multor operatori economici în condițiile în care pe piață activează zeci dacă nu sute de distribuitori ai acestor categorii de produse, motiv pentru care legiuitorul a reglementat acest aspect prin dreptul operatorilor economici la asociere cu scopul depunerii unei oferte comune.

În aceste condiții, autoritatea contractantă consideră că stabilirea obiectului celor două loturi s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice și fără intenția de restrângere artificială a concurenței între operatorii economici.

În probațiune, autoritatea depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Prin Notele scrise nr. 5/998/08.02.2018, înregistrate la Consiliu cu nr. 6167/14.02.2018, contestatarea a răspuns excepției tardivității invocată de autoritatea contractantă, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

În susținere, arată că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 05.01.2018, că împotriva acesteia a formulat o notificare prealabilă la data de 15.01.2018 și că, la aceasta, autoritatea contractantă a răspuns la data de 18.01.2018. Prin urmare, apreciază că termenul de înaintare a unei contestații împotriva documentației de atribuire a început să curgă la data de 19.01.2018 și s-a împlinit la data de 29.01.2018.

Astfel, înaintarea contestației atât către Consiliu cât și către autoritatea contractantă la data de 29.01.2018, și nu la 30.01.2018, astfel cum susține autoritatea contractantă, s-a realizat în termen legal, atât prin poștă, cât și prin mijloace electronice. În susținerea înaintării în termen a contestației invocă prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) lit. a^1), art. 16 alin. (5) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu art. 183 alin. (1) și (3) din codul de procedură civilă.

Prin Concluziile scrise nr. 5/1010/18.02.2018, înregistrate la Consiliu cu nr. 6735/19.02.2018, contestatoarea a precizat următoarele:

- atât documentele din dosarul achiziției cât și apărările formulate de autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere, confirmă faptul că nu au fost respectate prevederile legale privind împărțirea pe loturi;

- prin Strategia de contractare, autoritatea contractantă a declarat că piața aferentă este expusă concurenței, existând zeci sau chiar sute de distribuitori, că nu a efectuat o analiză concretă cu privire la stabilirea fiecărui lot precum și faptul că operatorii economici au dreptul de a se

asocia pentru a depune o ofertă comună, ceea ce ar acoperi obligația de împărțire pe loturi a achiziției;

- apărarea conform căreia este imposibilă împărțirea pe loturi a achiziției din cauza concurenței existente pe piață este neîntemeiată; împărțirea pe loturi ar fi fost posibilă prin utilizarea unei proceduri expres prevăzută de lege, respectiv consultarea pieței, în condițiile art. 139 și urm. din Legea nr. 98/2016, sau prin raportarea la alte repere existente pe piața extinsă, respectiv portofoliul producătorilor de asemenea produse;

- dreptul operatorilor economici de a depune o ofertă comună nu a fost reglementat cu scopul de a acoperi nerespectarea de către o autoritatea contractantă a obligație de structurare a achiziției pe loturi;

- nici stabilirea necesității autorității contractante și nici eficientizarea procesului de achiziționarea de astfel de produse nu au legătură cu împărțirea pe loturi a achiziției și, oricum, nu ar putea constitui un motiv pentru îngrădirea liberei concurențe decât în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege;

- contrar susținerilor autorității contractante, modalitatea în care aceasta a determinat similitudinea produselor încadrate în același lot nu respectă prevederile legale aplicabile împărțirii pe loturi; chiar prin apărările formulate, autoritatea contractantă confirmă că a elaborat specificații restrictive cu privire la produsele indicate în contestație, în împărțirea pe loturi raportându-se la repere generice și apreciind că este îndeplinit criteriul similitudinii deoarece toate produsele din cadrul unui lot ar intra în categoria materiale sanitare / consumabile pentru activitatea din sălile de operație; or, din această categorie pot face parte o gamă extrem de variată de produse care nu pot fi în mod obiectiv încadrate în aceeași arie de folosință; prin urmare, chiar definirea gamei de produse la care s-a raportat autoritatea contractantă demonstrează că aceasta nu a structurat în mod legal achiziția;

- susținerile referitoare la dispozitivele de fixare a plaselor chirurgicale sunt neîntemeiate deoarece acestea nu sunt în mod obligatoriu folosite împreună și nu pot fi încadrate în categoria de folosintă identică sau similară;

- plasele chirurgicale se pot folosi și fără ajutorul dispozitivelor de fixare, inclusiv în procedurile laparoscopice; aceste aspecte au fost menționate în contestație iar autoritatea contractantă nu a contestat argumentele prezentate, ci s-a limitat la declarații pur subiective;

- susținerile referitoare la pozițiile 26,27,29, 30 și 31 din lotul 1 sunt neîntemeiate, autoritatea contractantă limitându-se să declare că acestea ar fi accesorii necesare procesului de sutură mecanică;

- în realitate, pozițiile 30 și 31 nu intervin în niciun fel în procesul de sutură mecanică, putând fi folosite într-o procedură chirurgicală într-o etapă premergătoare suturii mecanice și pot fi înlocuite cu alte instrumente; pozitia 29 nu își are rostul nici într-o procedură laparoscopică, unde camera de laparoscopie este prevăzută și cu

iluminare și nici în procedura deschisă, unde lămpile din sala de operație asigură iluminarea;

- susținerile referitoare la unele poziții de la Lotul 2 sunt neîntemeiate și confirmă, în fapt, caracterul restrictiv al cerinței; concret, se afirmă că ePTFE este unicul material neutru care poate fi introdus în cavitatea abdominală fără risc pentru pacient dar nu este prezentată nicio dovadă în acest sens; în realitate, există o gamă foarte largă de alte materiale folosite de mulți ani cu succes în tratarea pacienților;

- în ceea ce privește produsul plasă cu balon, autoritatea contractantă admite indirect o restricționare a concurenței, aceasta subliniind avantajul acestui produs și necontestând faptul că acesta este unic, intrând în portofoliul COUSIN;

- această procedură este derulată în vederea încheierii unui acord cadru pe 48 de luni, deci restricționarea accesului la procedură ar fi cu atât mai gravă dacă s-ar menține forma actuală de împărțire pe loturi.

Contestatoarea mai precizează că, în cadrul notificării prealabile, a sesizat în mod clar și neechivoc neregula restricționării concurenței, astfel încât argumentele din contestație reprezintă o dezvoltare a acelora deja expuse în notificarea prealabilă, fiind formulate în termenul legal și cu încadrarea în obiectul contestației, astfel cum acesta a fost prefigurat și prin notificarea prealabilă.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, pentru încheierea acordului-cadru pe 48 de luni, având ca obiect *„materiale sanitare necesare clinicii de chirurgie*”, *Lotul 1 – Materiale sanitare pentru sutură mecanică și Lotul 2 – Plase chirurgicale*, publicând în SEAP anunțul de participare nr. .., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, cu o valoare estimată între 17.767.200 lei și 23.455.440 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire... a înaintat Consiliului contestația de fata (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- în principal:

- anularea prevederilor documentației de atribuire criticate prin contestație, precum și a răspunsului nr. 688/18.01.2018 la notificarea prealabilă nr. 818/15.01.2018;

- remedierea documentației de atribuire în conformitate cu prevederile legale referitoare la împărțirea pe loturi și elaborarea specificațiilor tehnice, cu luarea în considerare a motivelor expuse în contestație.

- în subsidiar, pentru situația în care nu vor mai putea fi dispuse măsuri de remediere, s-a solicitat anularea procedurii în conformitate cu prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016.

Fiind ținut, prin prisma dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a se pronunța cu întâietate asupra excepțiilor invocate în

cauză, Consiliul constată că autoritatea contractantă susține tardivitatea contestației depuse de ..., determinată de depunerea acesteia atât la Consiliu, cât și la sediul său, după împlinirea termenului legal de contestare.

În verificarea incidenței acestei excepții, Consiliul constată că ambele părți convin asupra faptului că termenul legal de contestare, calculat potrivit dispozițiilor coroborate ale art. 6 alin. (1) lit. a), alin. (3), alin. (4), art. 8 alin. (1) lit. a), alin. (2) lit. a) și art. 5 din Legea nr. 101/2016, s-a împlinit la data de 29.01.2018.

Drept urmare, potrivit dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, până la data de 29.01.2018, inclusiv, îi revenea SC ... sarcina de a comunica contestația sa atât Consiliului, cât și autorității contractante.

Văzând probele dosarului, Consiliul constată că această contestație i-a fost transmisă prin mail în data de 29.01.2018, fiind respectat termenul legal în acest sens.

Autoarea contestației a transmis atât Consiliului, cât și autorității contractante, prin poștă, contestația sa, în data de 29.01.2018, așa cum reiese din confirmările poștale de primire, depuse la dosar de SC .....

Drept urmare, având în vedere că, potrivit art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă, actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poştal este socotit a fi făcut în termen, iar conform alin. (3), în acest caz, recipisa oficiului poștal servește ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată, Consiliul stabilește că ... a făcut dovada transmiterii, în condițiile legii, a contestației sale, atât către organismul de soluționare, cât și către autoritatea contractantă, situație în care excepția este respinsă și se va trece la analiza pe fond a cauzei.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că motivarea contestației, regăsită la punctul 2.1 alineatele 7-18, nu este cuprinsă și în notificarea prealabilă transmisă de ... autorității contractante, motiv pentru care, raportat la dispozițiile art. 6 alin. (1), alin. (2) și alin. (10) din Legea nr. 101/2016, Consiliul o va respinge ca inadmisibilă. Potrivit acestor texte de lege, notificarea prealabilă are scopul de a înștiința autoritatea contractantă asupra tuturor aspectelor de fapt și de drept pentru care îi sunt criticate actele, aceasta având posibilitatea de a-și remedia conduita și deciziile. Înaintarea contestației se realizează numai după îndeplinirea reglementară a procedurii de notificare prealabilă, prin aceasta înțelegându-se și supunerea atenției autorității contractante a întregului set de considerente pentru care autorul notificării, respectiv contestației, înțelege să atace actele acesteia.

Verificând legalitatea aspectelor criticate prin contestația depusă de ..., Consiliul constată că una dintre acestea vizează modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să stabilească elementele componente ale celor două loturi supuse achiziției.

Astfel, în susținerea pretenției sale de schimbare a conținutului acestor două loturi, autoarea contestației arată că, în ambele loturi, sunt

inserate materiale din categorii diferite, care nu sunt în mod uzual produse de aceeași operatori economici și care, în opinia sa, nu sunt similare. Astfel, referitor la lotul 1 indică produsele de la pozițiile 26, 27, 29, 30 și 31, iar cu privire la lotul 2 menționează produsele de la pozițiile 12 și 13.

Față de chestiunea supusă analizei Consiliului, acesta reține următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 18 *„(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenţionează să achiziţioneze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziţiei se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.*

(3) În sensul dispoziţiilor alin. (1), prin produse similare se înţelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiţii:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv."

- 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."

Văzând componența celor două loturi stabilite de autoritatea contractantă și criticate prin contestație, dispozițiile legale citate, precum și criticile contestatoarei, Consiliul reține că acestea din urmă sunt nefondate.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul observă însăși mențiunile contestatoarei referitoare la utilizarea produselor cuprinse în cele două loturi, din care rezultă că acestea sunt utilizate în efectuarea acelorași manevre medicale, chiar dacă în diverse etape ale lor, și în atingerea aceluiași scop al actului medical.

Consiliul constată și că, deși contestatoarea susține că produsele din fiecare dintre cele două loturi nu fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, trimiterile sale sunt la producătorii acestora, și nu la furnizori. Or, în orice procedură de achiziție publică nu este necesară participarea exclusivă a producătorului celor ce se achiziționează, ci, alături de acesta, pot depune oferte și operatori economici care au ca obiect de activitate doar furnizarea unor produse, fără a fi și producătorii acestora. De altfel, chiar textul de lege, în definirea noțiunii de produse similare, face trimitere la operatori

economici care furnizează/comercializează produsele considerate similare. Mai mult, Consiliul constată că ... nu probează susținerea sa că produsele, menționate în contestație și a căror prezență nu o consideră oportună în cadrul celor două loturi, nu fac parte din aceeași gama normală cu celelalte produse cuprinse în loturi, care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.

De altfel, nici nu poate fi pretinsă restricționarea participării la procedură, în condițiile în care operatorii economici interesați pot depune oferta în comun sau prin subcontractarea unei părți a obiectului achiziției, în acord cu reglementarea care permite participarea în acest mod la atribuirea unui contract de achiziție publică.

Drept urmare, considerând că sunt nefondate susținerile contestatoarei în criticarea modalității în care autoritatea contractantă a înțeles să stabilească produsele componente ale celor două loturi, Consiliul va respinge pretenția de remediere a documentației de atribuire în acest sens.

O altă critică adusă documentației de atribuire întocmită de autoritatea contractantă se referă la caracteristicile tehnice stabilite de aceasta pentru produsele din cele două loturi.

Astfel, arată contestatoarea, în cazul lotului 1, specificațiile tehnice de la poziția 1 restricționează accesul la procedură, nepermițând decât ofertarea produselor a doi producători, în condițiile în care există produse echivalente pe piață.

În concret, contestatoarea arată că specificația tehnică de natură să conducă la finalitatea criticată este dimensiunea diametrului extern al dispozitivului sutură mecanică esofagiană stabilită de autoritate la 16-18 mm.

Față de situație de fapt expusă, Consiliul reține următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016, ce reglementează modul de stabilire a specificațiilor tehnice ce descriu obiectul achiziției:

- art. 154 *"Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire."*

- art. 155 *"(1) Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei.*

(2) Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuţie a lucrărilor, fabricaţie a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viaţă al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conţinutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziţionate, dar cu condiţia ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului- cadru şi să fie proporţionale prin raportare la valoarea şi obiectivele acestuia.

(6) Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici.”

- art. 156 *“(2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.*

(3) Prin excepţie de la prevederile alin. (2), stabilirea specificaţiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situaţii excepţionale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă şi de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispoziţiile alin. (1); în aceste situaţii, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoţită de cuvintele "sau echivalent".”

Văzând criticile contestatoarei, Consiliul reține că acestea nu se constituie în veritabile motive pentru care să fie reținută nelegalitatea documentației de atribuire și să fie necesară impunerea modificării acesteia.

Consiliul are în vedere că specificațiile tehnice ale caietului de sarcini au ca scop descrierea produselor în așa manieră încât ele să corespundă și să satisfacă necesitățile concrete, practice ale autorității contractante.

Or, modificarea acestor specificați tehnice se impune exclusiv în măsura în care stabilirea lor conduce la încălcarea dispozițiilor legale, aspect care nu este constatat în prezenta speță. Posibilitatea ofertării exclusiv a unor produse realizate de către doar doi producători nu reprezintă o situație de restrângere a concurenței, câtă vreme extinderea plajei de produse poate avea ca finalitate achiziționarea unora care să nu răspundă necesității de achiziție a autorității contractante sau care să facă neadecvat actul medical realizării căruia produsele sunt destinate.

Parcurgând specificațiile tehnice menționate în caietul de sarcini, lot 1, poziția 1, Consiliul constată că nu le sunt aplicabile dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care acestea nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse. Indicarea unui diametru de 16-18 mm nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prohibite de lege.

Situația este similară și în ceea ce privește criticile ...L referitoare la lotul 2, specificațiile de la pozițiile 7-11.

Pentru motivele arătate mai înainte, Consiliul stabilește caracterul nefondat și al criticilor privind modalitatea de stabilire a specificațiilor tehnice și al necesității remedierii acesteia.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondate, atât cererile principale, cât și cea subsidiară, din contestația depusă de ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă ....

Respinge, ca nefondate, atât cererile principale, cât și cea subsidiară, din contestația depusă de ... în contradictoriu cu .....

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**..**

Redactată în 4 exemplare, conţine 13 pagini.