



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.cns.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., având CUI ..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată de ... – Administrator, cu sediul ales la ... din ..., împotriva răspunsului la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 38367/21.11.2016, emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă online, fără fază finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii unui acord cadru de furnizare, având ca obiect „IMUNOGLOBULINĂ ANTIHEPATITICĂ B”, cod CPV 33651520-9, s-au solicitat următoarele:

- în principal, anularea procedurii pentru încălcarea prevederilor art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv termenul limită pentru depunerea ofertelor este mai scurt decât cel prevăzut de lege;

- în secundar, obligarea autorității contractante la:

1. Eliminarea din caietul de sarcini a mențiunii privind specificația tehnică referitoare la «Flacon de 40 ml», deoarece reprezintă o cerință restrictivă;

2. Eliminarea integrală din anunțul de participare a pct. III.2.2. și, în subsidiar, eliminarea mențiunii «se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri»;

3. Eliminarea din anunțul de participare a mențiunii cuprinse în pct. III.2.3.: «aceste documente suport pentru demonstrarea experienței similare trebuie transmise numai de ofertanții clasați pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire».

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire prin licitație deschisă online, fără fază finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii unui acord cadru de

furnizare, având ca obiect „IMUNOGLOBULINĂ ANTIHEPATITICĂ B”, cod CPV 33651520-9, inițiată prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire postată de autoritatea contractantă, în SEAP, ... a înaintat contestația de față solicitând și suspendarea procedurii de atribuire.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată în contestația depusă de ..., a fost respinsă, ca nefondată, prin Încheierea nr.

Contestatoarea aduce argumente cu privire la afirmația potrivit căreia au fost încălcate prevederile art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, arătând că termenul limită de depunere a ofertelor este 28.11.2016, iar raportat la data de 10.11.2016, data publicării anunțului de participare ..., termen minim nu este de 35 de zile, ci doar de 18 zile.

Cu privire la solicitarea de eliminare din caietul de sarcini a mențiunii privind specificația tehnică referitoare la «Flacon de 40 ml», deoarece reprezintă o cerință restrictivă, contestatoarea precizează că nu există nici o justificare obiectivă și sustenabilă pentru care sunt îndepărtați de la această procedură de achiziție acei operatori economici care comercializează imunoglobulina în flacoane de alte dimensiuni.

Totodată, menționează că, comercializează imunoglobulina în flacoane de 100 ml și subliniază că, potrivit specificațiilor tehnice cuprinse în caietul de sarcini, nu poate participa la această procedură, fapt ce este de natură să constituie o barieră importantă și nejustificată împotriva concurenței.

De asemenea, susține că utilizarea în departamentul de chirurgie generală și transplant hepatic a imunoglobulinei în flacoane de 100 ml are aceleași efecte terapeutice ca imunoglobulina ambalată în flacoane de 40 ml sau orice alte dimensiuni și apreciază că introducerea cerinței privind ambalajul medicamentului (flacon de 40ml) favorizează distribuitorul exclusiv al producătorului german al medicamentului Hepatect, ambalat în flacoane de 40ml.

Referitor la cerința de eliminare integrală din anunțul de participare a pct. III. 2.2. și, în subsidiar, eliminarea mențiunii «se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri», contestatoarea precizează că, în cuprinsul acesteia, nu există nici o mențiune cu privire la valoarea cifrei de afaceri pe care autoritatea contractantă dorește să o ia în considerare, cerința fiind astfel în conflict cu prevederile art. 175 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016. Specificația „se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri” este în flagrantă coliziune 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.

Cu privire la eliminarea din anunțul de participare a mențiunii cuprinse în pct. III.2.3.: «aceste documente suport pentru demonstrarea experienței similare trebuie transmise numai de ofertanții clasati pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire», contestatoarea arată că, referitor la îndeplinirea cerințelor privind 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.

În susținerea afirmației sale, invocă dispozițiile art. 8 și urm., art. 22 din Legea nr. 101/2016, art. 22, art. 74 alin. (1), art. 175, art. 196 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante copia dosarului achiziției, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, inclusiv dovada comunicării acestuia către

Prin adresele nr. ... și nr. ..., înregistrate la CNSC sub nr. ..., respectiv nr. ..., autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia.

În cuprinsul punctului de vedere, ... face un scurt istoric al procedurii afirmând că susținerile ... sunt neîntemeiate pentru următoarele considerente:

a) Cu privire la pretinsul caracter restrictiv al specificației tehnice referitoare la capacitatea recipientului în care se furnizează produsul care face obiectul achiziției:

- potrivit art. 155 alin. (1), art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 20 alin. (10) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, art. 5 din HG nr. 720/2008, Ordinul ministrului sănătății și al președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate 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, autoritatea contractantă are dreptul de a stabili caracteristicile tehnice ale produselor ce fac obiectul achiziției, astfel încât acestea să corespundă necesităților sale reale și efective, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea, în mod deplin, a acestora reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor publice;

- potrivit Secțiunii 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), imunoglobulina antihepatitică B este decontată pentru medicamentul Hepatect CP 50 UI/ml. având ambalajul de CUTIE X 1 FLAC. DIN STICLA INCOLORA X 40 ML SOL. PERF. (2000 UI);

- astfel, 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 ... se află în raporturi contractuale doar sub forma ambalajului de 40 ml, apreciază justificată instituirea specificației tehnice potrivit căreia produsele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire să fie furnizate sub forma flacoanelor de 40 ml.

b) Cu privire la solicitarea de eliminare a pct.IIi.2.2 din anunțul de participare, și, în subsidiar, eliminarea mențiunii „se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri”:

- potrivit 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;

- 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;

- în legislația achizițiilor publice nu exista 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;

- 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 într-un totu capacitatea operatorului economic de a îndeplini contractul de achiziție publică avut în vedere;

- în ceea ce privește susținerea contestatoarei, potrivit căreia mențiunea de a se solicita documente pentru susținerea cifrei de afaceri doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri este în flagrantă coliziune cu dispozițiile art. 196 alin. (2) din Legea 98/2016, menționează că, astfel cum reiese din anunțul de participare (pct. II.1.4), dar și din fișa de date a achiziției, procedura de atribuire vizează încheierea unui acord-cadru cu 3 agenți economici, cu reluarea competiției între operatorii economici care sunt parte la acordul-cadru;

- în acest sens, a avut în vedere întocmai prevederile art. 115 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru, autoritatea contractantă stabilește prin documentele achiziției că acordul-cadru se încheie în una dintre următoarele modalități: a) cu un singur operator economic; b) cu mai mulți operatori economici;

- cum potrivit art. 118 din Legea nr. 98/2016, contractele subsecvente se vor atribui prin reluarea competiției este absolut firesc ca la interpretarea art. 196 alin. (2) din Legea 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 clasați pe primele 3 locuri, după aplicarea criteriului de atribuire.

c) Cu privire la solicitarea de eliminare a mențiunii din pct. III.2.3 din anunțul de participare: „aceste documente suport pentru demonstrarea experienței similare trebuie transmise numai de ofertanții clasați pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire”:

- reiterând argumentele expuse mai sus și în ceea ce privește îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea arată că trebuie avut în vedere faptul că acordul-cadru se va încheia cu 3 operatori economici, astfel că instituirea obligației transmiterii documentelor suport pentru demonstrarea experienței similare exclusiv de către ofertanții clasați pe primele 3 locuri, după aplicarea criteriului de atribuire, este pe deplin justificată.

d) Cu privire la pretinsa încălcare a art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

- la stabilirea datei limită pentru depunerea ofertelor, a avut în vedere prevederile art. 74 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a ofertelor fiind asigurate 19 zile.

Având în vedere cele de mai sus, ... a solicitat Consiliului respingerea contestației formulată de

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura de licitație deschisă online, fără fază finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii unui acord cadru de furnizare, având ca obiect „IMUNOGLOBULINĂ ANTIHEPATITICĂ B”, cod CPV 33651520-9, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului cadru ce va fi atribuit, este cuprinsă între 6.088.880 – 15.222.200 lei, fără TVA, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 28.11.2016, ora 16:00, iar cel de deschidere pentru 29.11.2016, ora 18:00.

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 părți.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii, a fost respins prin încheierea nr.

Un prim aspect criticat de ... 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 Franța) are exact aceleași efecte terapeutice ca și cele ambalate în flacoane de 40 ml sau altă dimensiune.

În replică, 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 acesteia 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 atribuie 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 patologieilor 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 nu aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Se reține de către Consiliu, că, potrivit HG nr. 720/2008, art. 1 alin. (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”, iar, 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”.

Se reține, de asemenea, că, 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 denumit PROGRAMUL NAȚIONAL DE TRANSPLANT DE ORGANE, ȚESUTURI ȘI CELULE DE ORIGINE UMANĂ, subsecțiunea P3: transplant hepatic, Consiliul reține că, la poziția 50, este menționat: *„imunoglobulină antihepatiti că 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 căroră *„(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 căroră *„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 HG nr. 395/2016, după cum urmează:

art. 2: *„(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 antihepatitice 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 nr. 28038/29.08.2016, 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 Recidivă Posttransplant Hepatic și Dr. ... - Coordonator Transplant Hepatic, avizat de Director Centrul de Chirurgie Generală și Transplant Hepatic, Prof. Dr. ... și aprobat de conducerea institutului s-a solicitat achiziționarea medicamentului „*IMUNOGLOBULINA ANTIHEPATITICĂ B*” Cod CPV 33651520-9, medicament folosit în cadrul programelor naționale de transplant hepatic și recidivă hepatică, medicament necesar desfășurării actului medical în cadrul Departamentului de Chirurgie Generală și Transplant Hepatic;

- prețul unitar în baza căruia a fost estimată valoarea acestui medicament este cel decontat și cuprins în 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 spitalicesc, corespunzătoare denumirilor internaționale cuprinse în secțiunea C2 a sublistei C din HG nr. 720/2008, cu modificările și 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. Prețul unitar al medicamentului IMUNOGLOBULINA ANTIHEPATITICĂ B este inclus în secțiunea P9 a tabelului intitulat PROGRAMUL NAȚIONAL DE TRANSPLANT DE ORGANE, TESUTURI ȘI CELULE DE ORIGINE UMANĂ, subsecțiunea P3: transplant 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 și a prețurilor 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 HG nr. 720/2008, cu modificările și 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 necesității 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 imunoglobulina 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 prețurilor 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 antihepatitică B este decontată pentru medicamentul Hepatect CP 50UI/ml, având ambalajul de CUTIE X 1 FLAC. DIN STICLA INCOLORA X 40 ML SOL PERF. (2000UI).*

Astfel, 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 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 forma 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 antihepatitică B este decontată de Casa de Asigurări de Sănătate a Municipiului ...cu care subscrisa ne aflăm în raporturi contractuale 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 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 îngăduiesc cel mai puțin operatorii economici. Exigențele astfel instituite trebuie 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 pentru 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 amintite, critica formulată urmând a fi respinsă de Consiliu, ca neîntemeiată.

Un alt aspect criticat de ... vizează pct. III.2.2 din anunțul de participare, respectiv eliminarea integrală a acestuia, în subsidiar eliminarea mențiunii „se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri”.

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, contrar susținerilor ..., niciunde în legislația achizițiilor 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.

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 mențiunea vizavi de cifra de afaceri „*«Se vor solicita doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri»*”, este în flagrantă coliziune 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”, 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. 15 și 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 din actul normativ menționat 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 solicitarea cifrei de afaceri doar operatorilor clasați pe primele 3 locuri, sunt valabile și în cazul criticii privind solicitarea de eliminare a mențiunii din pct. III.2.3 din anunțul de participare: „*aceste documente suport pentru demonstrarea experienței similare trebuie transmise numai de ofertanții clasați pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire*”.

Astfel, Consiliul reiterează faptul că, potrivit dispozițiilor art. 15 și 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 din actul normativ menționat se vor aplica în mod similar, în sensul solicitării documentelor suport privind experiența similară operatorilor clasați pe primele 3 locuri.

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

Cu privire la critica referitoare la pretinsa încălcare a art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, având în vedere dispozițiile art. 6 alin. (1) și alin. (10) din Legea nr. 101/2016, întrucât, respectiva critică nu se regăsește în notificarea prealabilă, contestatoarea înțelegând să sesizeze Consiliul asupra acesteia doar prin contestația depusă, Consiliul o va respinge, ca inadmisibilă.

Consiliul nu va analiza noi motive de contestare și precizările la contestație depuse prin concluzii scrise, ulterior termenului legal de formulare a acesteia, întrucât, potrivit dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, acestea sunt inadmisibile.

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 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă de ... în contradictoriu cu

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.