



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, C.P. 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, 021 8900 745 www.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 95/12.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30970/13.10.2016, înaintată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J..., având CIF ..., reprezentată legal de ... – Administrator, formulată împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă înregistrată cu nr. 13670/05.10.2016, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura de „licitație deschisă”, organizată în vederea semnării unui acord-cadru pentru „...”, cod CPV: ...(Rev. 2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat Consiliului să dispună înlăturarea din caietul de sarcini, din lotul 1 „...” a produsului de la punctul 1, care menționează o componentă neautorizată/neomologată a echipamentului tip ... la care se referă toate produsele de la punctele 2 la 9, precum și a celor de la punctele 10, 11 și 12.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ...atacă răspunsul primit la notificarea prealabilă înregistrată cu nr. 13670/05.10.2016, emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a inclus unele produse care, prin destinația lor, nu justifică crearea unui singur lot, așa

cum se menționează în documentația de atribuire, aferentă anunțul de participare nr. ...

Fiind interesată să participe la această procedură, ...opinează că, între solicitările sale, autoritatea contractantă a introdus unele produse care nu au legătură funcțională cu majoritatea celorlalte, astfel încât să fie legală constituirea unui singur lot, susținând că, în același lot, au fost incluse produse care au utilizări diferite: pentru dializa renală, hepatică și pulmonară, așa cum o arată și denumirea pachetului format de autoritatea contractantă.

Astfel, produsele de la punctul 3 până la punctul 9 (...) sunt, în opinia sa, conform specificațiilor descrise în caietul de sarcini, compatibile cu aparatul ... destinat dializei renale acute.

De asemenea, produsul de la poziția 2, ... este produs compatibil cu aparatul ...+monitor ... pentru dializa hepatică, iar produsele de la punctul 10 la punctul 12 (...) sunt consumabile pentru dializă, dar se încadrează la alte coduri CPV (respectiv ... sau ...), decât cel ales de autoritatea contractantă ... Produsul de la punctul 1 (...) se dorește a se utiliza atât în dializa renală cât și în cea pulmonară.

Invocând prevederile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea consideră că, în situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a-și justifica decizia.

În cazul de față, apreciază că procedura se preta la stabilirea a trei loturi astfel: lotul cu „...”, lotul cu produse „COMPATIBILE CU ECHIPAMENTUL ...” și lotul cu catetere „...”.

Incluzând toate produsele într-un singur lot, susține că autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să limiteze libera concurență dat fiind faptul că, pentru produsul ..., există un singur distribuitor autorizat în România, iar în răspunsul la clarificări, formulat de autoritatea contractantă, aceasta arată în mod cert că preferă produsul ... în detrimentul altora.

În privința lotului, care vizează consumabile compatibile cu echipamentul de hemodializă ... sau echivalent, contestatoarea arată că toate consumabilele solicitate sunt compatibile cu aparatul, mai puțin componentele prevăzute la punctele 1, 10, 11 și 12, care nu îndeplinesc această condiție.

De asemenea, susține că dispozitivul ... nu este compatibil cu niciunul dintre echipamentele ... de pe piață și totodată niciun "non-approved device" (accesoriu care nu este aprobat) cum este cel de față nu poate fi atașat/folosit pe echipamentul ..., așa cum este de altfel descris și în instrucțiunile de folosire ale echipamentului.

În opinia sa, compatibilitatea ... cu orice mașină de hemofiltrare și cu orice pompă de circulație extracorporeală, așa cum este solicitată de autoritatea contractantă, este susținută doar de declarația producătorului de ... pe site-ul oficial, dar nu și de producătorii de mașini de hemofiltrare de pompe de circulație extracorporeală care ar trebui să omologheze acest filtru, lucru ușor de demonstrat în cazul ... întrucât acest echipament este prevăzut cu cititor de coduri de bare pentru seturi complet preconectate pentru instalare rapidă și înlăturarea erorilor umane și siguranța

pacienților, astfel încât folosirea ... pe echipamentul amintit ar fi posibilă doar cu artificii tehnice neautorizate de producător.

Astfel că, introducerea unor consumabile neautorizate și nerecomandate de producătorul aparatului nu face decât să împietzeze asupra bunei funcționări a acestuia.

În plus, întrucât autoritatea contractantă plasează în același lot ... și ..., precizează că utilizarea ... va oferi mai multe funcționalități decât folosirea filtrului ... + un filtru CRRT și, în plus, ... va oferi un volum mai mic de sânge extracorporeal decât dispozitivul ... + un filtru.

Contestatoarea susține că ... este doar un dispozitiv pentru hemoperfuzie/adsorbție, în timp ce ... este un filtru CRRT cu capacități de adsorbție, în același timp. Aceasta înseamnă că existența lui nu este necesară pentru corecta și utila funcționare a aparatului, de aceea contestatoarea consideră că nu este necesară solicitarea lui în Lotul nr. 1, prezența lui conducând la imposibilitatea liberei participări a celor interesați în a oferta produsele compatibile cu aparatul ... sau echivalent.

De asemenea, în opinia sa, cateterele solicitate la punctele 10, 11 și 12, cu toate că sunt destinate dializei, nu asigură o mai bună calitate a actului medical susținut prin folosirea aparatului ... sau echivalent și nici nu există o funcționalitate clară între aceste componente și celelalte care să justifice prezența în același lot.

Invocând prevederile art. 155 și ale art. 58 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea consideră că produsele care sunt evidențiate în documentul de față nu ar trebui să fie asimilate în același lot și fiind deținute de anumiți operatori economici care beneficiază de exclusivitate de la producători nu fac decât să împiedice participarea, precum și să elimine libera concurență ce ar fi benefică inclusiv pentru bugetul autorității contractante.

În susținerea apărării sale, invocă art. 1 din HG nr. 395/2016, pe care-l citează, și menționează că, în cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2) ale articolului de mai sus, autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.

În opinia sa, autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

Prin adresa nr. 14552/25.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 32393/25.10.2016, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de ..., precizînd că, în intenția de a oferi servicii la cele mai înalte standarde, medicii au solicitat achiziționarea de consumabile care s-au dovedit salvatoare de vieți, atât în marile centre similare din România, cât și de pe teritoriul Europei. În acest sens, consumabilele, aferente procedurilor de epurare extracorporeală, au fost incluse într-un singur lot, compatibilitatea fiecărui reper din lot fiind dovedită de către operatorii economici cu care a mai avut relații contractuale.

În sprijinul apărării sale, arată că fiecare produs din componența lotului a fost achiziționat/folosit în alte unități sanitare de pe teritoriul României, iar documentele de calitate (declarații de conformitate și marcajele CE) fiind înaintate odată cu depunerea ofertelor comerciale.

Autoritatea contractantă subliniază că produsul ... a fost prezentat ca fiind compatibil cu orice echipament de dializă, potrivit declarației de conformitate din partea producătorului, iar studiile și rezultatele acestora, prezentate specialiștilor din secția de Terapie Intensivă, au convins în ceea ce privește eficacitatea acestor produse, rezultatele prezentate cu ocazia Congreselor naționale și internaționale fiind elocvente în acest sens. Utilizarea produsului ... s-a dovedit a fi sigură pentru pacienți, bine tolerată și ușor de implementat, indiferent de tipul de echipament pe care s-a utilizat, precizând că pe secția de Terapie intensivă se află atât echipamente ..., cât și echipamente ...

De asemenea, arată că potrivit declarațiilor producătorului, de la lansarea recentă a produsului, la nivel global, au fost inițiate peste 14.000 de astfel de tratamente, pe site-ul producătorului existând informații conform cărora acest produs este vândut de către ... la nivelul mai multor țări europene, lucru care pune sub semnul întrebării afirmația contestatoarei cum că acest produs nu este compatibil cu echipamentele de dializă acută din dotarea ...

Față de declarația de conformitate a producătorului ..., reiese compatibilitatea, atât cu echipamentul ..., cât și cu ..., dar și cu alte echipamente, cum ar fi: ...

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă apreciază abuzivă încercarea contestatoarei de a induce ideea că echipamentul ... trebuie să fie folosit doar cu consumabile ale producătorului ..., fără a da șansa medicilor din secția de Terapie intensivă de a decide asupra celei mai eficiente metode de tratament a pacienților critici internați, subliniind că, din materialele furnizate secției de Terapie intensivă de către operatorii economici care activează în acest domeniu, medicii au putut observa că niciun produs nu acoperă spectrul complet de epurare targetat de către medici în cazurile critice, motiv pentru care medicii au decis asupra combinării mai multor tipuri de tehnologii, de la mai mulți producători, asta numai în intenția de a oferi pacienților șanse maxime la supraviețuire.

Un element definitoriu în comparația produselor ... și ..., invocată de către contestatoare, este acela al suprafeței de adsorbție: filtrul ... oferă o suprafață de adsorbție de aproximativ 2 mp, pe când filtrul ... oferă o suprafață de adsorbție de cca. 40.000 mp.

Făcând referire și la alte detalii medicale, autoritatea contractantă arată că spectrul moleculelor adsorbite este mult mai mare și mai eficient în cazul filtrului ... (55 KDa, în comparație cu 30 Kda, în cazul ...), menționând că filtrul ... are indicații (conform documentației producătorului) în mult mai multe patologii, precum SIRS, ARDS, insuficiență hepatică, patologii cu adresabilitate maximă în secția de Terapie intensivă.

În final, autoritatea contractantă concluzionează că, din punctul de vedere al specialiștilor săi în domeniul epurării extracorporeale (dializă renală acută, dializă hepatică, CO₂ removal), includerea acestui produs în

lotul cu consumabile aferente dializei renale, hepatice și pulmonare este absolut sustenabilă de indicațiile fiecărui produs în parte, de către documentația furnizată de producători sau de operatori economici autorizați precum și de informația medicală furnizată pe canalele specifice: publicații, studii, congrese.

În opinia sa, un operator autorizat nu trebuie să îngreșească dreptul la asistență medicală la cele mai înalte standarde, prin solicitarea de a se furniza doar consumabile produse de un anumit producător.

Prin adresa nr. 117/27.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 32866/28.10.2016, ... a solicitat Consiliului suspendarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică până la soluționarea contestației, deoarece, în opinia sa:

- continuarea procedurii în modalitatea în care este publicată documentația de atribuire în acest moment este extrem de prejudiciabilă, în această situație, contestatoarea fiind nevoită să nu depună ofertă sau să depună o ofertă neconformă;

- în cazul în care Consiliul ar considera criticile sale ca fondate și ar dispune eliminarea produselor respective din lotul în cauză, mecanismul depunerii ofertelor ar fi afectat.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea semnării unui acord-cadru pentru „...”, cod CPV: ... (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de „licitație deschisă”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fiind cuprinsă între 364.269,70 lei și 7.426.299 lei, fără TVA.

Nemulțumită de anumite cerințe din caietul de sarcini, ... a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând obligarea autorității contractante la înlăturarea produsului de la punctul 1, care menționează o componentă neautorizată/neomologată a echipamentului tip ... la care se referă toate produsele de la punctele 2 la 9, precum și a celor de la punctele 10, 11 și 12.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii din adresa nr. 117/27.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 32866/28.10.2016, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 181/31.10.2016, în sensul respingerii ei ca nefondată.

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că observațiile acesteia vizează produsele de la pozițiile 1, 10, 11 și 12 din caietul de sarcini, cu care nu este de acord a fi achiziționate împreună cu celelalte produse din lotul I.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante de a înlătura respectivele produse, de la: pct. 1 - ...; pct. 10 - ...; pct. 11 - ...; pct. 12 - ..., Consiliul o respinge ca neîntemeiată.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere, pe de o parte, dispozițiile art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „*Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției*”, iar pe de altă parte, pe cele ale art. 3 alin. (1)

lit. rr) din același act normativ, care stabilesc definiția specificațiilor tehnice, astfel: *„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”*.

Relevante în susținerea concluziei de mai sus, sunt și prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, care stipulează: *„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.”*

Prin urmare, „înlăturarea”, din caietul de sarcini, a celor patru produse indicate la punctele de mai sus, nu numai că nu corespunde nevoii autorității contractante, dar ar schimba și valoarea estimată a acestei achiziții, care ar trebui să se raporteze doar la 8 și nu la cele 12 produse indicate în caietul de sarcini, astfel că nu ar mai fi respectate dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform cărora: *„Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, (...).”*

De altfel, Consiliul reține că solicitarea contestatoarei de a fi înlăturat produsul de la punctul 1, din caietul de sarcini, pe motiv că acesta „menționează o componentă neautorizată a aparatului ...o și pune sub semnul întrebării din punct de vedere al funcționalității”, nu intră în competența CNSC-ului, așa cum impun prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv: *„Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).”*

În același mod se va pronunța Consiliul și referitor la susținerile contestatoarei potrivit cărora: „cateterele solicitate ... cu toate că sunt destinate dializei, nu asigură o mai bună calitate a actului medical susținut prin folosirea aparatului ...”.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei respectiv: „(...) procedura se preta la stabilirea a trei loturi (...)”, Consiliul o respinge ca neîntemeiată, deoarece, raportat la dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

Astfel, având în vedere norma legală invocată, rezultă că decizia de divizare pe loturi este un drept exclusiv al autorității contractante, pe care aceasta și l-a exercitat cu privire la prezenta achiziție, în funcție de interesele proprii pe baza principiului asumării răspunderii, cenzurarea acestuia de către Consiliu fiind posibilă numai în condițiile în care ar fi încălcate, în mod explicit, scopul și principiile enunțate la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, față de conținutul normelor legale enumerate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu are obligația de

a împărți pe loturi o procedură de atribuire, acest aspect fiind lăsat la latitudinea ei, pe baza principiului asumării răspunderii stabilit de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult cu cât contestatorul nu demonstrează că autoritatea contractantă a încălcat anumite prevederi legale, raportat la dreptul și nu la obligația acesteia din urmă de a diviza contractul pe loturi.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul respinge ca neîntemeiate afirmațiile contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă a inclus, în mod nelegal, produse care prin destinația lor nu justifică crearea unui singur lot, ținând cont, pe de o parte, că nu este obligată să recurgă la acest mod de achiziție, iar pe de altă parte că dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016: *„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege.”*

Consiliul apreciază că s-ar fi impus soluția divizării pe loturi în condițiile în care autoritatea contractantă, de exemplu, ar fi dorit, prin aceeași procedură, să achiziționeze soluții pentru dializă renală, hepatică și pulmonară și paturi de spital, condiționând furnizarea acestor produse printr-un singur pachet, având în vedere să sunt produse cu destinații total diferite.

Or, documentul denumit „Strategia de contractare” nr. 11958/29.08.2016, emis de autoritatea contractantă, în temeiul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform căruia: *„Etapă de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate (...), precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă”,* și alin. (3) lit. f) al aceluiași articol, care stipulează: *„Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: (...) justificările privind alegerea procedurii de atribuire (...), decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”,* conține următoarele informații, printre altele: *„(...) În ceea ce privește dimensiunea și obiectul lotului, acestea au fost determinate în funcție de o serie de constrângeri și interese obiective ale autorității contractante. Astfel, lotul a fost stabilit în funcție de departamentul căruia îi sunt destinate produsele ce urmează a fi achiziționate, prin modul de lotizare autoritatea contractantă urmărind asigurarea compatibilității și interconectivității seturilor și soluțiilor de dializă care urmează a fi folosite în cadrul aceluiași departament. (...) Astfel, autoritatea contractantă urmărește eliminarea riscurilor de executare ... fiind aleasă varianta optimă atât din punct de vedere administrativ, dar și din punct de vedere economic... Trebuie avut în vedere faptul că toate produsele din cadrul lotului fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate ... fiind produse similare”.*

În concluzie, nicio dispoziție legală din noile acte normative, din domeniul achizițiilor publice, nu obligă autoritatea contractantă la

împărțirea pe loturi a prezentei proceduri. În sprijinul celor evocate, Consiliul ține seama de Decizia nr. 3814/13.06.2014, emisă de Curtea de Apel Ploiești, în cadrul căreia s-au reținut următoarele: *„Curtea consideră că nici dispozițiile OUG 34/2006 și nici cele ale HG 925/2006 nu instituie obligația autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului, întrucât autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică în parte și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice. (...). Curtea consideră că voința legiuitorului nu este în sensul indicat de contestatoare, întrucât operația de scindare a obiectului contractului apare ca o posibilitate a autorității contractante de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune, și fără a o deturna de la scopul său, în sensul de a nu o utiliza excesiv pentru a sustrage diferite achiziții de la aplicarea dispozițiilor legale în materie. Altfel spus, scindarea contractului este reglementată ca o situație de excepție, și nu de regulă.(...)”*

De asemenea, Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 5724 din 23.11.2015, a precizat, printre altele: *„(...) Corect a reținut CNSC că nici OUG nr. 34/2006 și nici HG nr. 925/2006 nu impun autorității contractante divizarea unei achiziții pe loturi, acesta fiind un drept al autorității contractante și nu o obligație. (...)”*.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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 autoritatea contractantă

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 9(nouă) pagini.