

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 203 / C9 / 3234

Data: 26.01.2023

Prin contestația nr. 47/30.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 64495/30.12.2022, depusă de SRL, cu sediul în, județul și punct de lucru în, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată prin - administrator, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de, cu sediul în, str.,, în calitate de autoritate contractantă, pentru încheierea, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect Materiale sanitare neurochirurgie - 61 loturi, cod CPV 33141323-0 - Ace de biopsie (Rev. 2), contestatoarea a solicitat anularea parțială a cerințelor din caietul de sarcini pentru loturile 44 și 45, eliminarea cerinței caietului de sarcini pentru loturile 44 și 45 cu următorul conținut: "în cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează", pentru lotul 44 eliminarea cerinței cod proprietar 9730951, pentru lotul 45 eliminarea cerinței cod proprietar 9733068.

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 SRL critică documentația de atribuire, pentru loturile 44 și 45, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În concret, contestatoarea susține că, în caietul de sarcini pentru loturile 44 și 45, prin cerința "în cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează", se limitează și se îngreuează accesul altor agenți economici să depună oferte pentru aceste loturi, nerespectând principiul

liberei concurențe, favorizând în speță ofertantulcare are calitatea și de producător.

Contestatoarea precizează că face această afirmație având în vedere că:

-nu are calitatea de autoritate notificată pentru a emite certificări ale componentelor sistemului de și nu intră în obiectul ei de activitate această sarcină, în cazul în care ar fi solicitat să emită o astfel de certificare;

-nu ar emite un astfel de certificat unei terțe entități care i-ar putea fi concurent;

- există pe piață și alți furnizori de componente și consumabile compatibile cu sistemul de

Prin adresa nr. A283/06.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 912/06.06.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SRL, susținând că, în ceea ce privește documentația de atribuire pentru lotul 44 „Sfere sterile compatibile cu sistemul de Neuronavigatie” și pentru lotul 45 „Ac de biopsie pasiv” la procedura din speță a respectat prevederile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, precum și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, motiv pentru care consideră că nu sunt necesare măsuri de remediere.

Autoritatea contractantă precizează că nu se solicită modificarea niciunei cerințe tehnice, ci doar se invocă faptul că, ipotetic, nu poate demonstra compatibilitatea cu echipamentul din cadrul secției de Neurochirurgie a SUUMC.

Ori, conform legii, sarcina probei revine contestatoarei, dar aceasta nu face dovada caracterului restrictiv al cerinței, nu a demonstrat faptul căSRL (producătorul echipamentului) nu ar emite un certificat de compatibilitate, nu este depusă nicio solicitare către acest producător în acest sens. Astfel, contestația face referire la supoziții și nu la probe/dovezi evidente.

Autoritatea contractantă susține că ofertantul va trebui să demonstreze în oferta sa, prin mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini prin documente care atestă certitudinea echivalenței și certitudinea compatibilității. Pentru aceste produse nu a fost impus un anumit producător, ci doar o cerință suplimentară de demonstrare a compatibilității produselor cu echipamentul din dotarea spitalului.

În ceea ce privește criticile aduse lotului 44 „Sfere sterile compatibile cu sistemul de”, autoritatea contractantă menționează că sferele reflectorizante pasive sunt parte integrantă a sistemului de

Având în vedere zona pentru care sunt folosite consumabilele aferente celor două loturi criticate, respectiv creierul uman, autoritatea contractantă precizează că nu poate să își asume erorile de calcul care

pot să apară în cazul utilizării unor consumabile care nu au fost avizate de către producătorul echipamentului și care pot să conducă la leziuni ireversibile în creierul pacientului, punând astfel în pericol viața și siguranța acestuia.

În concluzie, autoritatea contractantă susține a respectat principiul asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, fiind singura în măsură să cuantifice necesitatea, neputând să fie obligată să cumpere un produs care nu este compatibil cu echipamentul din dotare.

În data de 17.01.2023, înregistrat la Consiliu sub nr. 2766/17.01.2023, autoritatea contractantă a depus Certificatul de garanție pentru Sistemul de navigație cerebrală optică și magnetică cu unitate de ecografie cu seriile conform anexei de inventar atașate.

În data de 26.01.2023, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 3994/26.01.2023, autoritatea contractantă a transmis Strategia de contractare.

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

În vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect Materiale sanitare neurochirurgie - 61 loturi, cod CPV 33141323-0 - Ace de biopsie (Rev. 2),, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1050638/23.12.2022.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului – cadru de furnizare este de 7.211.554,12 lei (din care, pentru lotul 44 este 104.000,00 lei și pentru lotul 45 este 225.600 lei), fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 27.01.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de unele prevederi ale documentației de atribuire, SRL a depus contestația în analiză, solicitând anularea parțială a cerințelor din caietul de sarcini pentru loturile 44 și 45, respectiv:

- eliminarea cerinței din caietul de sarcini pentru loturile 44 și 45 cu următorul conținut: „în cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează”;

- pentru lot 44 - eliminarea cerinței COD PROPRIETAR 9730951; - pentru lot 45 - eliminarea cerinței COD PROPRIETAR 9733068.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 2.304,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208732834/1 eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 30.12.2022.

Trecând la soluționarea contestației pe fondul cauzei, se constată că societatea SRL critică unele dintre cerințele caietului de sarcini pentru Lotul 44 Sfere sterile compatibile cu sistemul de și Lotul 45 Ac de biopsie pasiv, sens în care solicită eliminarea cerințelor considerate restrictive.

Prin contestație, autoarea acesteia susține următoarele: Din studierea dosarului achiziției am luat la cunoștință că:

Specificațiile tehnice sunt minimale și obligatorii, iar specificațiile tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marca de fabrica sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și NU au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. Aceste specificații vor fi considerate ca având menținerea "sau echivalent".

(...)

În concret, caietul de sarcini pentru aceste loturi 44 și 45 prin cerința:

„În cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează”, limitează și îngreuează accesul altor agenți economici să depună oferte pentru aceste loturi nerespectând principiul liberei concurențe favorizând în cazul acesta ofertantulcare are calitate și de producător.

Facem aceasta afirmație având în vedere ca:

-nu are calitatea de autoritate notificată pentru a emite certificări ale componentelor sistemului de și nu intra în obiectul ei de activitate aceasta sarcină, în cazul în care ar fi solicitat să emită o astfel de certificare.

-nu ar emite un astfel de certificat unei terțe entități care i-ar putea fi concurent;

- există pe piață și alți furnizori de componente și consumabile compatibile cu sistemul de

.....

Față de cele de mai sus, solicităm Consiliului să dispună obligarea Autorității Contractante la modificarea caietului de sarcini pentru loturile 44 și 45 după cum urmează

(I) Eliminarea cerinței din caietul de sarcini pentru loturile 44 și 45 cu următorul conținut:

„În cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează”

(II) Pentru lot 44- **Eliminarea cerinței COD PROPRIETAR 9730951**

(III) Pentru lot 45- **Eliminarea cerinței COD PROPRIETAR 9733068**

În caietul de sarcini, la pagina 23, avem următoarele prevederi:

44.SFERE STERILE

- compatibile cu sistemul de

- ambalate steril, pentru folosire în operatorie;

- câte 5 bucăți pe pachet. **(COD PROPRIETAR: 9730951);**

-în cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează.

45.AC DE BIOPSIE PASIV

-compatibil cu sistemul de

-ambalat steril, pentru folosire intra operatoria. **(COD PROPRIETAR: 9733068);**

-În cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se utilizează.

Autoritatea contractantă, în punctul de vedere, aduce următoarele argumente:

Contestatoarea nu solicită modificarea niciunei cerințe tehnice ci doar invocă faptul că ipotetic nu poate demonstra compatibilitatea cu echipamentul din cadrul Secției de Neurochirurgie a SUUMC.

Conform legii, sarcina probei revine contestatoarei, dar aceasta nu face dovada caracterului restrictiv al cerinței, nu a demonstrat faptul că SCSRL (producătorul echipamentului) nu ar emite un certificat de compatibilitate, nu este depusă nicio solicitare către acest producător în acest sens. Astfel contestația face referire la supoziții și nu la probe/dovezi evidente.

Ofertantul va trebui să demonstreze în oferta sa, prin mijloace adecvate, ca soluțiile propuse îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini prin documente care atestă certitudinea echivalenței și certitudinea compatibilității. Pentru aceste produse nu a fost impus un anumit producător ci este doar o cerință suplimentară de demonstrare a compatibilității produselor cu echipamentul din dotarea spitalului.

(...)

Privind criticile aduse lotului 44 - „Sfere sterile compatibile cu sistemul de", menționăm următoarele:

Sferele reflectorizante pasive sunt parte integrantă a sistemului de Sistemul de navigație aflat în dotarea secției neurochirurgie a fost calibrat și asigură acuratețea intervenției doar cu consumabilele originale sau avizate de producător.

- Sistemul de Neuronavigație, aflat în dotarea secției neurochirurgie, are rolul foarte important de a ghida medicul operator în structura creierului și este calibrat cu sferele și cu cadrele de referință ale producătorului, astfel încât să fie asigurată acuratețea și precizia intervenției chirurgicale pe creier;
- Sferele sterile se montează atât pe pacient cât și pe instrumentul chirurgical, pe baza lor se face calculul angulației, astfel încât medicul să efectueze intervenția chirurgicală în condiții de maximă siguranță pentru pacient, fără erori, astfel încât să poată îndepărta chirurgical strict zona afectată, cu daune minime pentru pacient.
- Camera sistemului de Neuronavigație trebuie să recunoască, prin intermediul sferelor reflectorizante, instrumentul chirurgical pe care sunt montate acestea, instrument care este folosit în cadrul intervențiilor chirurgicale pe creier;

La lotul 45 „Ac de biopsie pasiv", menționăm următoarele:

- Acul de biopsie este folosit pentru recoltarea biopsiilor din creierul uman, orice eroare în recoltarea biopsiei poate conduce atât la rezultate fals negative cât și la leziuni suplimentare ale creierului, fapt care pune în pericol viața și siguranța pacientului;
- Distanța dintre sfere, pe cadrul de referință al acului de biopsie, trebuie să fie extrem de precisă, astfel încât sistemul de Neuronavigație să recunoască acul și să stabilească în mod exact traiectoria acestuia, adâncimea și precizia penetrării, pentru acuratețea actului chirurgical. Trebuie avut în vedere faptul că, recoltarea biopsiei din creierul uman cu ajutorul sistemului de Neuronavigație, se realizează în plan 3D, sistemul ghidând acul în structura creierului, astfel încât procedura chirurgicală să fie minim invazivă și să asigure recoltarea corectă a biopsiei.

Prin contestație, față de aceste specificații tehnice, societatea contestatoare a susținut că sunt restrictive, discriminatorii și nelegale, fiind impuse în scopul împiedicării accesului la licitația deschisă a altor producători decât cel care a produs aparatul în cauză, cu încălcarea principiului nediscriminării și al tratamentului egal.

În dosarul achiziției, strategia de contractare, primită cu adresa nr. 3994/26.01.2023 nu reiese faptul că pentru cele două loturi în discuție se pot folosi aceste consumabile numai de la producătorul, iar autoritatea în punctul de vedere ne învederează faptul că aceste consumabile sunt de o înaltă precizie și trebuie achiziționate numai acele produse care au codurile specificate în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă avea obligația legală înainte de lansarea procedurii de atribuire să efectueze o analiză, care ulterior trebuia preluată și în strategia de contractare din care să reiasă dacă aceste produse pot fi achiziționate de la orice producător din domeniu și ce costuri ulterioare ar fi cu calibrarea aparatelor sau dacă aceste aparate pot funcționa în parametrii maximi cu aceste consumabile. În această situație procedura aleasă trebuie să fie una competitivă, dar autoritatea contractantă trebuie să introducă sintagma „sau echivalent” pentru cele două coduri de proprietar contestate. Cu referire la cerința criticată ”În cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesară certificarea utilizării acestuia de care producătorul echipamentului la care se atașează”, pentru ambele loturi contestate, trebuie ca achizițitorul să precizeze că operatorul economic poate demonstra și prin echivalență îndeplinirea cerinței, respectiv nu cu documente emise de producătorul, care nu va fi interesat să elibereze aceste documente.

Fiind admisă obligația modificării celor trei cerințe criticate, de la loturile 44 și 45, din procedura de licitație deschisă, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de eliminare a acestora.

Pe de altă parte, inclusiv prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, respectiv „operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asocieri de astfel de persoane, inclusiv orice asocieri temporară formată între două

ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

- (i) un stat membru al Uniunii Europene;
- (ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);
- (iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;
- (iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;
- (v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice”.

Or, în vederea înțelegerii circumstanțelor de aplicare a art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, a fost publicat în data de 29.04.2021, în Monitorul Oficial nr. 459, Partea I, Ordinul comun al Ministerului Economiei, Antreprenorialului și Turismului și al Agenției Naționale pentru Achiziții publice cu nr. 300/549/2021 pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii)-(v) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, art. 3 alin. (1) lit. ii) pct. (iii)-(v) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale și art. 5 alin. (1) lit. x) pct. (iii)-(v) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Orice procedură competitivă, precum licitația deschisă organizată în prezenta cauză, nu se poate desfășura fără asigurarea unei concurențe reale a operatorilor economici interesați.

Potrivit prevederilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016

Specificat

accesul e

atribuiri și nu trebuie

efectiv între operatorii economici.

Astfel că, prin impunerea caracteristicii legate de COD PRODUCĂTOR și a cerinței **”în cazul în care articolul nu este fabricat de către producătorul echipamentului la care se atașează este necesara certificarea utilizării acestuia de către producătorul echipamentului la care se atașează”**, pentru loturile 44 și 45, autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale în materie, în condițiile în care a inclus în mod artificial, specificații tehnice care nu permit accesul egal la procedura de atribuire, după cum a susținut și societatea contestatoare.

Pe de altă, trebuie avut în vedere că, în condițiile în care cerințele tehnice sunt impuse prin raportare la scopul urmărit de achiziție pentru procedura de atribuire contestată, având în vedere obiectul contractului pentru loturile 44 și 45 contestate, de maximă importanță

pentru viața și sănătatea pacienților pentru intervenții neurochirurgicale, autoritatea contractantă poate opta pentru o procedură non competitivă în condițiile reglementate de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice.

Față de cele reținute, se constată temeinicia, în parte a criticilor formulate de societatea contestatoare, autoritatea contractantă având obligația de a modifica celor trei cerințe criticate pentru loturile 44 și 45, cu respectarea celor din motivare, și de a aduce la cunoștința operatorilor economici aceste modificări prin publicarea lor în SEAP, și de a stabili un nou termen de depunere a ofertelor.

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

**CONSILIUL DECIDE
CU OPINIE MAJORITARĂ:**

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, și dispune remedierea documentației de atribuire pentru loturile 44 și 45 în termen de 10 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea celor din motivare și a prevederilor legale în vigoare. În cadrul aceluiași termen se vor publica în SEAP remediile efectuate și se va stabili unui nou termen de depunere a ofertelor.

În temeiul art. 26 alin. (5) din lege, respinge solicitarea contestatoarei de eliminare a celor trei cerințe din caietul de sarcini criticate pentru loturile 44 și 45.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

....

.....

MEMBRU,

.....

.....

OPINIE CONCURRENTĂ,

Soluția exprimată de majoritatea membrilor completului, prin care a fost admisă, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, și prin care s-a dispus remedierea documentației de atribuire pentru loturile 44 și 45, o apreciez a fi în concordanță cu situația factuală a speței, precum și cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, cu amendamentul că soluția nu trebuie fundamentată și cu considerente care indică autorității contractante posibilitatea alegerii unei alte proceduri, pentru loturile în discuție, respectiv a unei proceduri non competitive, în condițiile în care Consiliul nu a fost investit să se pronunțe în acest sens.

Mai precis, potrivit prevederilor exprese ale art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „(2) **Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:**

- a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte;
- b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;
- c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.”

Or, o analiză atentă a contestației formulate de SRL, indică faptul că acesta nu formulează critici cu privire la tipul de procedură de atribuire selectată de autoritatea contractantă, în vederea achiziționării produselor în discuție, ci cu privire la anumite specificații tehnice, solicitate prin Caietul de sarcini pentru aceste produse, pe care contestatorul le consideră ca fiind de natură restrictivă, prin felul în care au fost formulate.

Astfel, în aplicarea principiului disponibilității, Consiliul trebuie să se pronunțe numai asupra acestor critici, pentru care a fost investit prin contestația formulată, sus precizată.

Pe cale de consecință, în vederea respectării prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, se impune eliminarea, din soluția exprimată, a paragrafului „Pe de altă, trebuie avut în vedere că, în condițiile în care cerințele tehnice sunt impuse prin raportare la scopul urmărit de achiziție pentru procedura de atribuire contestată, având în vedere obiectul contractului pentru loturile 44 și 45 contestate, de maximă importanță pentru viața și sănătatea pacienților neurochirurgicale, autoritatea contractantă poate opta pentru o procedură non competitivă în condițiile reglementate de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice.”

Acestea sunt argumentele pe care am găsit de cuviință a le formula în prezenta opinie concurentă, în acord cu art. 27 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 426 alin. (2) C. proc. civ.

MEMBRU,
.....

.....