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 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 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. 831/22.10.2018, transmisă prin mijloace electronice la data de 22.10.2018 și prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 43530/23.10.2018, nr. 44342/26.10.2018, respectiv sub nr. 44255/26.10.2018, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, reprezentată convențional de S.C.P. „...” și având adresa de ..., a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Mamograf Direct Digital 3D cu Tomosinteză”, inițiată de ...”, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat:

„- obligarea autorității contractante la modificarea specificațiilor tehnice restrictive și nelegale din caietul de sarcini ce afectează prezenta procedură de atribuire, cu consecința modificării și/sau eliminării mențiunilor privind specificațiile tehnice ale sistemului Mamograf direct digital 3D cu tomosinteză, ce vor fi prezentate în cuprinsul contestației, astfel încât caietul de sarcini să fie întocmit în acord cu principiile promovării concurenței, garantării tratamentului egal, nediscriminării și utilizării eficiente a fondurilor publice, în conformitate cu art. 2 alin. (2), art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (...), dar și față de prevederile art. 31 din Normele metodologice ale acestui act normativ;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, după modificarea specificațiilor tehnice, cu respectarea principiilor tratamentului egal, nediscriminării, liberei concurențe și proporționalității;

- în subsidiar, în măsura în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, solicităm anularea caietului de sarcini și a prezentei proceduri

de achiziție publică, cu consecința obligării autorității contractante la întocmirea unei documentații tehnice corespunzătoare, care să respecte principiile tratamentului egal, al nediscriminării, al liberei concurențe și al proporționalității;

- suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației, în conformitate cu art. 22 din Legea nr. 101/2016".

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

În prealabil susținerilor sale referitoare la prezenta procedură contestată, SC ... SRL a prezentat modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire aferentă anunțului de participare publicat în SEAP sub nr. 184664/25.04.2018, procedură inițiată de ...", în care CNSC a pronunțat deciziile nr. 1823/C2/1672/29.06.2018 și nr. 2292/C2/ 2614/21.08.2018, ca urmare a formulării unor contestații de către societatea sa, respectiva procedură având același scop al achiziției ca și cea contestată în prezenta cauză și care în final al fost anulată de către autoritatea contractantă.

În susținere, SC ... SRL a precizat că, deși autoritatea contractantă a ales criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut", din analiza caietului de sarcini se poate constata că ofertele operatorilor economici urmează a fi evaluate conform unor factori de evaluare, ... precizând, în mod expres, care sunt elementele care se punctează, dar și care este ponderea relativă a acestora, dat fiind că, în speță, criteriile de performanță valorează 60 de puncte, iar oferta financiară 40 de puncte.

Astfel, autoritatea contractantă a încălcat, în mod flagrant, legislația achizițiilor publice, din moment ce evaluarea ofertelor în funcție de anumite elemente, prin punctarea diferită a acestora se poate efectua numai în situația în care este ales criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț" sau „cel mai bun raport calitate-cost", așa cum reiese și din art. 187 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Față de acest aspect, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, în sensul eliminării oricăror factori de evaluare, reprezentați de punctarea diferită a îndeplinirii elementelor de natură tehnică sau a altor avantaje care rezultă din modul de îndeplinire a contractului, așa cum acestea sunt prevăzute în caietul de sarcini.

Sub un alt aspect, în situația în care, din orice motive, Consiliul va trece peste argumentele prezentate, contestatoarea a precizat că dorește, ca în baza argumentelor prezentate, să constate că factorii impuși de autoritatea contractantă sunt formali, singurul lor scop fiind de a favoriza producătorul GE, dar și că acești factori nu prezintă un avantaj real, fiind încălcate prevederile art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

În continuarea susținerilor sale, contestatoarea a prezentat o serie de motive suplimentare de nelegalitate a documentației de atribuire. În acest sens, urmează a se observa că sub pretextul dorinței de a achiziționa un aparat de înaltă performanță, autoritatea contractantă

ignoră faptul că producătorii consacrați oferă soluții diferite, care au aceeași finalitate pentru actul medical, astfel că nu se justifică păstrarea în caietul de sarcini a unor soluții care sunt specifice unui singur producător sau care, prin particularitățile acestora, exclud participarea celorlalți producători de echipamente medicale.

De altfel, contestatoarea a precizat că autoritatea contractantă ignoră și remedierile pe care le-a acceptat cu ocazia soluționării dosarului nr. 1672/2018, astfel că este inexplicabil de ce ... solicită un echipament cu cerințe diferite, față de cele cu care a fost de acord în acel dosar.

Documentația de atribuire încalcă principiile promovării concurenței, garantării tratamentului egal, nediscriminării și utilizării eficiente a fondurilor publice, în conformitate cu art. 2 alin. (2), art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar și față de prevederile art. 31 din HG nr. 395/2016.

Referitor la pct. II din caietul de sarcini - Caracteristici tehnice componente hardware- 11.1 Stand de examinare - Mișcare motorizată, pe verticală, a brațului: minim 85 cm, contestatoarea a precizat că aceasta este de natură să creeze adevărate obstacole în cadrul liberei concurențe la procedura de atribuire, întrucât în modalitatea în care este formulată, nu aduce niciun beneficiu pacientului sau a actului medical.

În acest sens, contestatoarea a învederat faptul că nu cursa verticală contează din punct de vedere clinic, ci înălțimea minimă și maximă la care poate urca masa - obiect pentru examinarea pacientului. Cu alte cuvinte, important pentru actul medical și pentru pacient este să se ajungă la distanța necesară (minim 85 cm), indiferent dacă este pe verticală sau combinată. Altfel spus, se poate ajunge la distanța de 85 de cm prin combinarea cursei verticale cu înclinarea acesteia, ceea ce presupune că operatorul echipamentului obține același rezultat, ceea ce denotă că nu exista niciun beneficiu suplimentar adus actului medical, prin impunerea unei cerințe care presupune atingerea acestei distanțe doar pe verticală.

În plus, din punct de vedere clinic, este mai avantajoasă obținerea acestei distanțe combinate, întrucât se oferă un confort suplimentar pacientei, dar se poate achiziționa și până la 2 cm de imagine de țesut înspre peretele costal, ceea ce poate conduce (în mod evident) la un rezultat clinic mai precis.

Mai mult, chiar autoritatea contractantă a considerat că soluția tehnică (combinată) este una benefică, din moment ce în cadrul procedurii de atribuire anterioare aceasta a prevăzut în caietul de sarcini, la capitolul Poziționare: „Distanța podea-detector reglabilă pe minim 80 cm. Poziția cea mai de jos a detectorului să fie de maxim 65 cm pentru a permite efectuarea examinărilor pacientelor aflate în fotoliu rulant”.

Referitor la pct. II. Caracteristici tehnice hardware - II.1 Stand de examinare - Orientare automată și manuală a câmpului de vizualizare, contestatoarea a învederat că această cerință reprezintă o caracteristică de construcție specifică unui singur fabricant și nici nu reprezintă o importantă relevanță clinică, din moment ce câmpul de vizualizare este oricum destul de mic ca să se execute orientări de la nivelul

colimatorului. Astfel, această specificație tehnică are rolul de a institui obstacole nejustificate în calea liberei concurențe, din moment ce favorizează producătorul GE, dar și faptul că nu aduce niciun beneficiu pacientului sau actului medical, astfel că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe.

Sub un al doilea aspect, contestatoarea a învederat că însăși autoritatea contractantă a fost de acord cu faptul că această cerință este viciată, din moment ce prin actul publicat în SEAP în data de 14.08.2018, autoritatea contractantă a menționat că respectiva cerință se elimina din conținutul documentației de atribuire.

Referitor la caracteristica tehnică componentă hardware - II.2. Generator RX-Număr de filtre adiționale: minim 2, autoarea contestației a precizat că în cadrul procedurii de atribuire anterioare, autoritatea contractantă a precizat în caietul de sarcini „Filtru de Ag pentru scăderea timpului de expunere necesar și obținerea unor imagini de calitate la o doza mai mică de radiație". Din această perspectiva, contestatoarea a învederat că nu există nicio explicație pentru schimbarea acestei cerințe tehnice, mai ales în condițiile în care aceasta nu aduce niciun beneficiu pacientului sau actului medical, ci are scopul de a restrânge accesul participanților la procedura de atribuire. Față de acest aspect, contestatoarea a precizat că filtrele adiționale se foloseau pe sistemele analoage, pe când sistemele digitale folosesc filtrul de argint, care este mai subțire decât celelalte și răspunde foarte bine la uniformizarea spectrului de energii ale fasciculului în cazul detectorului digital. În plus, filtrul de argint pătrunde la fel de ușor atât în sânii denși, cât și în cei adipoși, obținându-se, în acest fel, o calitate egală, de aceea este mai benefic decât filtrele adiționale.

Pe cale de consecință, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe tehnice, întrucât restrânge în mod nejustificat accesul operatorilor la procedura de atribuire sau obligarea acesteia la modificarea cerințe în sensul de a permite ofertarea unui filtru adițional de argint sau a două filtre adiționale, cu specificarea materialelor.

Referitor la cerința II - Caracteristici componente hardware - II.5 Detector digital - Detectorul trebuie să permită achiziția de imagini standard de o dimensiune maximă de 15 MB, contestatoarea precizează că aceasta ignoră cu desăvârșire remedierea dispusă de Autoritatea contractantă prin actul publicat în SEAP la data de 14.08.2018, având în vedere ca prin acest act Autoritatea contractantă a eliminat această specificaţie tehnică, astfel că se solicită Consiliului sa dispună obligarea ... la eliminarea acestei cerinţe, mai ales în condiţiile în care aceasta nu prezintă o relevanță clinică.

Referitor la cerința II. Caracteristici tehnice componente hardware -II.6 Consola de operare: „Timp între două expuneri succesive în tomosinteză: max. 20 secunde", contestatoarea a învederat faptul că această cerință este restrictivă și are scopul de a exclude operatorii economici din procedură, aspect recunoscut și de autoritatea contractantă prin răspunsul publicat în SEAP la data de 14.08.2018, prin

care ...a modificat această specificație tehnică în felul următor: „Timpul între expuneri: maxim 30 de secunde”. Contestatoarea a opinat că cerința restrânge accesul participanților, acest aspect fiind confirmat chiar de autoritatea contractantă, astfel că se impune obligarea autorității contractante la modificarea specificații tehnice, în așa fel încât aceasta să permită timpul între expuneri de maximum 30 de secunde, așa cum aceasta a menționat prin actul publicat în SEAP la data de 14.08.2018.

Referitor la cerința Caracteristici tehnice componente hardware - II.6 Consolă de operare: „Minim șase aspecte predefinite selectabile pentru procesarea automată a imaginilor mamografice achiziționate prin apăsarea unui singur buton”, contestatoarea a învederat faptul că autoritatea contractantă a nuanțat această cerință, prin introducerea sintagmei „apăsarea unui singur buton”, față de procedura anterioară, ceea ce reprezintă, de fapt, o restrângere a concurenței, din moment ce sunt înlăturați de la participare anumiți ofertanți, prin introducerea unei cerințe care nu are nicio relevanță clinică.

Mai mult decât atât, contestatoarea a precizat că prin cerința „apăsarea unui singur buton”, nu se aduce niciun beneficiu operării rapide, întrucât se poate obține același avantaj și prin apăsarea mai multor butoane, timpul de reacție al echipamentului fiind similar și, în niciun caz, această funcție nu este atât de importantă încât să permită restrângerea accesului ofertanților la procedura de atribuire, fiind în contradicție și cu principiul proporționalității.

Față de acest aspect, contestatoarea a făcut trimitere la faptul că instanțele europene au cenzurat un comportament similar ca cel al autorității contractante, în Cauza T-461/08.

Referitor la cerința Caracteristici tehnice componente hardware- II.10. Accesorii incluse - Prezența unui dispozitiv dedicat de reglare a compresiei de către pacient, contestatoarea a solicitat, sub un prim aspect, să se constate că respectiva specificație tehnică se referă strict la opțiunea/funcția „Dueta” a producătorului General Electric, respectiv fiind o caracteristică promovată doar de sistemele Senographe Pristina.

Din această perspectivă, SC ... SRL a considerat că respectiva specificație tehnică are rolul de a favoriza un singur producător, cu consecința eliminării oricăror ofertanți din procedura de atribuire. Totodată, contestatoarea a precizat faptul că și această specificație tehnică constituie un adevărat obstacol în calea participării libere la procedura de atribuire, din moment ce aceasta nu aduce niciun beneficiu actului medical. Mai precis, poziționarea corectă și completă a pacientului este realizată în urma compresiei și nu înaintea acesteia. Astfel, sânul trebuie menținut sau/și ușor tras pe timpul compresiei, astfel încât mamelonul să nu se suprapună, iar zona dinspre peretele costal, trebuie să fie distinctă, aceste detalii fiind în răspunderea operatorului și nu a pacientului. Ori, compresia controlată de pacient devine subiectivă și poate chiar rata examinarea. Totodată, față de acest aspect, contestatoarea a precizat că există variante constructive diferite care

concură la un confort sporit al pacientului în condițiile obținerii unei investigații de calitate.

În continuarea susținerilor sale, contestatoarea a învederat Consiliului că există și alte sisteme care pot oferi o caracteristică similară, dar sub o altă formă, în acest sens fiind exemplificat echipamentul pe care societatea sa dorește să îl oferteze, care are posibilitatea de înclinare a mesei obiect, această funcție vizând în egală măsură confortul pacient pe durata examinării și furnizând o zonă de interes extinsă către peretele costal cu un plus de până la 2 cm.

Sub un alt aspect, contestatoarea a învederat faptul că în cadrul procedurii de atribuire anterioară, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat (la capitolul Compresie): „Opțional: Dispozitiv wireless de compresie automată (de către pacient) după ce tehnologistul a poziționat corect pacientul”. Ori, această cerință a fost eliminată de către autoritatea contractantă, prin actul publicat, în SEAP, la data de 14.08.2018, fapt ce denotă, în mod clar, că această specificație nu reprezintă un beneficiu adus pacienților.

De asemenea, contestatoarea a precizat că, pe de altă parte, introducerea acestei cerințe că obligatorie are rolul de a favoriza singurul producător care are această funcție, respectiv General Electric, această schimbare de optică a autorității contractante fiind în contradicție cu principiile achizițiilor publice.

Referitor la specificația din Cerințe minime componente software solicitata - III.2 Tomosinteză 3D: „Tehnică susținută de publicații care permite achiziția volumelor 3D (tomosinteză) la o doză egală cu doza din achiziția 2D”, contestatoarea a observat că respectiva cerință tehnică este imposibil de îndeplinit, întrucât:

- Publicațiile solicitate de autoritatea contractantă presupun o mare doză de subiectivism, întrucât diferitele studii/articole provin în urma solicitărilor adresate de producători, astfel că aceasta nu poate reprezenta o cerință de participare la procedură;

- Mai mult, diversitatea pacienților exclude implicit o asemenea comparație, din moment ce doza de iradiere este corelată cu diferite elemente, aceasta variind în funcție de pacientă, de vârsta ei, dimensiunea sânului și densitate, astfel că o atare comparație, la nivel general, este imposibil de realizat;

- Pe de altă parte, comparațiile ante-menționate, sunt imposibil de efectuat la acest moment, întrucât este nevoie să treacă o perioadă de timp, până ca acestea să fie efectuate, în condițiile în care echipamentele ofertate de diferiți producători sunt de ultimă generație;

- dintr-o altă perspectivă, o astfel de cerință dovedește în mod clar faptul că autoritatea contractantă nu a efectuat o consultare a pieței, pentru a verifica care este stadiul procesului tehnologic;

- cerința vine și în contradicție cu solicitarea autorității contractante de ofertarea a unui sistem cu achiziție în 2D și 3D în tomosinteză, în condițiile în care o astfel de specificație ar presupune că autoritatea contractantă cunoaște că, în anumite situații, doza de iradiere în 3D este mai mare ca în 2D, din moment ce primul sistem de achiziție este mult

mai complex decât cel în 2D, acesta prezentând o situație mult mai fidelă a imaginii și obținerea unui diagnostic mai precis;

- Nu în ultimul rând, important de menționat este că CNSC a analizat o cerință similară din cadrul procedurii anterioare.

Referitor la specificația din Cerințe minime componente software solicitată - III.2 Tomosinteză 3D: „Generarea în mod automat a 3 obiecte în urma unei achiziții de tomosinteză: imagine 2D sintetică, planuri spațiate la 0,5mm sau 1mm, imagini care combină informația din 10-20 de planuri”, autoarea contestația a precizat că prin această cerință tehnică, autoritatea contractantă a introdus o nouă specificație caracteristică producătorului General Electric, respectiv combinarea informației din 10-20 de planuri. Astfel, pe lângă favorizarea un singur producător, cerința nu numai că nu este benefică actului medical, ci presupune și o doză mare de risc în stabilirea diagnosticului, din moment ce nu sunt analizate toate planurile pe rând. Altfel spus, imaginea care combină informații din mai multe planuri decât totalul, riscă să denatureze diagnosticul, deoarece planurile analizate nu pot cuprinde toate detaliile și eventualele leziuni, fiind astfel afectat procesul de stabilire a unui diagnostic corect. Față de acest aspect, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea acestei cerințe, în sensul eliminării sintagmei „imagini care combină informația din 10-20 de planuri”.

Referitor la cap. III Cerințe minime componente software, prin care autoritatea contractantă a solicitat „Posibilitatea de upgrade cu modul software de efectuare mamografie cu substanță de contrast cu certificat CE și prezentarea de studii de specificitate și senzitivitate”, SC ... SRL a precizat că în acest mod este introdusă o nouă cerință referitoare la prezentarea de studii, în condițiile în care CNSC a statuat deja prin decizia pronunțată în procedura anterioară „utilizarea publicațiilor pentru susținerea unor specificații tehnice”.

Mai mult decât atât, contestatoarea a precizat că similar cu motivele invocate anterior, cerința este imposibil de îndeplinit pentru că nu se pot prezenta studii de specificitate și senzitivitate, mai ales în condițiile în care certificatul CE este în măsură să dovedească conformitatea produsului.

Nu în ultimul rând, autoarea contestației a arătat că pentru a preîntâmpina o eventuală apărare a autorității contractante, trebuie avut în vedere că nu prezintă nicio relevanță studiul efectuat de General Electric, care menționează rezultate ceva mai bune cu „CESM” (mamografie cu contrast) decât cu RMN-ul de sân, din moment ce studiul este efectuat în Polonia în 2015, s-a făcut cu un alt echipament (Senographe Essential) nu cu Senographe Pristina iar RMN-ul era un Siemens de 1,5 T Avanto, care este în gama „low cost”, iar nu în ultimul rând, acest studiu denotă „relevanța” studiilor comandate de marii producători, acestea fiind în mod evident subiective.

Contestatoarea SC ... SRL a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la „suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de

subscrisa cu prezentul demers procesual", precum și accesul la dosarul achiziției.

În dovedire, contestatoarea SC ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 43787/3164 C5/24.10.2018, Consiliul i-a solicitat contestatoarei SC ... SRL să transmită, în original, la dosarul cauzei, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, contestația și împuternicirea avocațială a avocaților Daniel Cîrstea și Mihai Iorga.

Totodată, Consiliul a încunoștințat contestatoarea cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere cererea privind accesul la dosarul cauzei formulată în cuprinsul contestației.

Consiliul a înregistrat sub nr. 44342/26.10.2018, corespondența transmisă, prin poștă, de către SC ... SRL, reprezentând originalul contestației, împuternicirii avocațiale și Recipisei de consemnare nr. 205002098/1 din 26.10.2018, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 21.109,24 RON, precum și alte documente justificate, în copie.

Contestatoarea a retransmis, prin poștă, în original, contestația, aceasta fiind înregistrată de Consiliu sub nr. 44255/26.10.2018.

Autoritatea contractantă a transmis, conform dispozițiilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în copie conformă cu originalul, dosarul achiziției publice, însoțit de punctul de vedere nr. 17940/30.10.2018, corespondența fiind înregistrată de Consiliu sub nr. 44640/30.10.2018.

În cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă a invocat, în prealabil prevederile art. 187 alin. (3^1) din Legea nr. 98/2016 și a precizat că, întrucât valoarea estimată este mai mare de 658.288 lei, rezultă că autoritatea contractantă nu poate utiliza criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" pentru atribuirea contractului.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 207 alin. (1) din același act normativ anterior menționat și arată că atunci când există contradicție între criteriul de atribuire menționat în anunțul de participare și criteriul de atribuire menționat în caietul de sarcini, întotdeauna va avea întâietate criteriul de atribuire din anunțul de participare, deoarece legislația obligă acest criteriu să fie menționat în primul rând în anunț.

Autoritatea contractantă mai precizează că în raport de primul punct al contestației, s-a „autosesizat" și a dispus măsuri de remediere, însă modificarea criteriului de atribuire din „prețul cel mai scăzut" în „cel mai bun raport calitate – preț", nu poate fi implementată din punct de vedere tehnic. Față de acest aspect, autoritatea contractantă a menționat că procedura de atribuire a fost configurată pe baza criteriului „prețul cel mai scăzut", astfel că SICAP va stabili clasamentul strict prin compararea prețurilor ofertate. În schimb, criteriul „cel mai bun raport calitate - preț", presupune configurarea procedurii prin alocarea unor punctaje specifice, astfel încât SICAP să stabilească clasamentul în funcție de punctajele tehnice obținute de ofertanți. Ori, la acest moment este imposibil de reconfigurat procedura din punct de vedere tehnic

astfel încât SICAP să poată stabili clasamentul în funcție de criteriul „cel mai bun raport calitate – preț”.

În concluzie, autoritatea contractantă a precizat că unica posibilitate pe care o are în acest moment este de a anula procedura de atribuire în baza art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele precizate de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 17940/30.10.2018, Consiliul, prin adresa nr. 45427/3164 C5/02.11.2018, i-a solicitat contestatoarei SC ... SRL să precizeze dacă înțelege să își mențină criticile din contestație, având în vedere că la data de 31.10.2018 autoritatea contractantă a procedat la anularea procedurii de atribuire.

Ulterior, la data de 01.11.2018, autoritatea contractantă a retransmis adresa nr. 17940/30.10.2018, reînregistrată la Consiliu sub nr. 45251/01.11.2018, împreună cu dovada transmiterii acesteia către contestatoarea SC ... SRL.

Având în vedere, pe de o parte, faptul că autoritatea contractantă, la data de 31.10.2018, a procedat la anularea procedurii de atribuire, iar contestatoarea nu a răspuns adresei Consiliului nr. 45427/3164 C5/ 02.11.2018, iar pe de altă parte, faptul că în cuprinsul contestației aceasta a solicitat și accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 46123/3164 C5/07.11.2018, Consiliul i-a solicitat reprezentantului convențional al SC ... SRL să precizeze dacă își menține, sau nu, respectiva cerere, în caz afirmativ, fiind invitat la sediul CNSC, în data de 08.11.2018.

La data de 06.11.2018, Consiliul a înregistrat sub nr. 46037, corespondența transmisă de reprezentantul convențional al SC ... SRL, prin care a înaintat dovezi privind cheltuielile de judecată și a precizat că autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire, ca urmare a remedierilor dispuse, în legătură cu privire la primul punct al contestației sale referitor la stabilirea criteriului de atribuire și totodată a unor factori de evaluare, care sunt caracteristici altor criterii de atribuire.

Contestatoarea a învederat faptul că autoritatea contractantă este de acord cu faptul că a întocmit o documentație de atribuire cu încălcarea flagrantă a dispozițiilor legale. Contestatoarea a precizat că, în speță, contestația sa a rămas fără obiect ca urmare a remedierii dispuse de autoritatea contractantă, în sensul anularii procedurii de atribuire, prin urmare autoritatea contractantă este în culpă și se impune ca CNSC să dispună obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de societatea sa.

Prin adresa nr. 879/07.11.2018, transmisă prin mijloace electronice și prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 46259/07.11.2018, SC ... SRL a reiterat solicitarea referitoare la „obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată suportate de societatea sa cu prezentul demers judiciar” și a depus documente justificative în acest sens. De asemenea, contestatoarea a invocat decizia nr. 243 din 15.03.2018 a Curții de Apel Oradea, precum și la Cauza T-411/09 a Tribunalului Uniunii Europene (Ioannis Terezakis vs. Comisia Europeană).

Ulterior, SC ... SRL a transmis prin mijloace electronice, corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 46581/09.11.2018, prin care a precizat că renunță la cererea de studiere a dosarului.

Având în vedere adresa nr. 879/07.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 46259/07.11.2018, transmisă la dosarul cauzei de reprezentantul convențional al contestatoarei SC ... SRL, prin adresa nr. 46776/3164 C5/12.11.2018, Consiliul i-a solicitat autorității contractante un punct de vedere cu privire la cererea contestatoarei de obligare a ...” la plata cheltuielilor de judecată.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 46864/12.11.2018, contestatoarea a insistat în obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată și a depus la dosarul cauzei, copii certificate ale documentelor care probează cheltuieli de judecată în valoare de 6.660,05 lei.

Prin adresa nr. 18987/13.11.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 47198/13.11.2018, cu privire la obligarea sa la plata cheltuielilor de judecată, autoritatea contractantă a solicitat, în principal, „Respingerea cheltuielilor de judecată solicitate dat fiind faptul că anularea procedurii de achiziție a fost determinată de imposibilitatea noastră de a remedia eroarea sesizată ulterior, situație în care noi apreciem că în lipsa punerii în întârziere de către contestatoare înainte de înregistrarea contestației devin incidente dispozițiile art. 454 din C. pr. civ., în sensul că procedura de achiziție a fost anulată înainte ca autoritatea contractantă să fi fost pusă în întârziere”. În subsidiar, autoritatea contractantă a solicitat ca „În măsura în care se va aprecia că, autoritatea contractantă am fost pusă în întârziere în sensul art. 454 din C. pr. civ., invocăm prevederile art. 451 alin. (2) din C. pr. civ., în sensul că solicit să reduceți onorariul avocatului, dat fiind faptul că acesta este vădit disproporționat în raport cu complexitatea cauzei, activitatea desfășurata de avocat, ținându-se cont și de circumstanțele cauzei, în sensul că procedura a fost anulată de îndată de către autoritatea contractantă”.

Autoritatea contractantă a precizat că, în opinia sa, cheltuielile solicitate nu sunt reale, necesare și rezonabile în raport cu activitatea depusă de avocat, iar solicitarea privind obligarea suportării cheltuielilor de judecată, nu este întemeiată întrucât contestația a rămas fără obiect, anularea procedurii fiind impusă de situația de fapt, caz în care autoritatea contractantă nu poate fi considerată culpabilă pentru efectuarea diverselor cheltuieli de către celelalte părți.

Cu privire la invocarea unei anumite jurisprudențe de către contestatoare, autoritatea contractantă consideră că speța nu este similară cu cea prezentă, astfel încât soluția pronunțată nu poate fi luată în considerare. Mai mult, chiar și dacă situațiile ar fi într-o oarecare măsură similare, autoritatea contractantă consideră că soluția pronunțată de către o instanță într-o cauză diferită nu este obligatorie pentru Consiliu, fiecare contestație în parte având particularitățile ei, Consiliul nefiind ținut să respecte hotărârile altor instanțe.

Referitor la jurisprudența Tribunalului Uniunii Europene invocată de contestatoare, autoritatea contractantă a precizat că, de asemenea, consideră că, în cauză situația este diferită de cea pentru care s-a pronunțat hotărârea la care se face referire, motiv pentru care a solicitat aprecierea prezentei cauze în funcție de particularitățile și respingerea în totalitate a cheltuielilor.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

...", în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă", online, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Mamograf Direct Digital 3D cu Tomosinteză", având cod CPV 33111650-2 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. .../11.10.2018, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare" la 29.11.2018 ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" și valoarea estimată, fără TVA, de 1.055.462 RON.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de contestatoarea SC ... SRL a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, de către Consiliu, prin Încheierea nr. 727/C5/3164 din 29.10.2018.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare nr. 205002098/1 din 26.10.2018, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 21.109,24 RON.

Cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă *[„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus"]*, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare"]*.

Analizând contestația care formează obiectul prezentului dosar, Consiliul constată că aceasta privește prevederile documentației de atribuire publicată în SICAP la data de 11.10.2018 și conține critici referitoare la următoarele aspecte:
1. folosirea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”;
2. pct. II din Caietul de sarcini - Caracteristici tehnice componente hardware - II.1 Stand de examinare – „Mișcare motorizată, pe verticală, a braţului: minim 85 cm”;
3. pct. II. Caracteristici tehnice componente hardware - II.1 Stand de examinare – „Orientare automată și manuală a câmpului de vizualizare”;
4. pct. II Caracteristici tehnice componente hardware - II.2. Generator RX – „Număr de filtre adiţionale: minim 2”;
5. pct. II. Caracteristici tehnice componente hardware - II.5 Detector digital – „Detectorul trebuie să permită achiziţia de imagini standard de o dimensiune maximă de 15 MB”;
6. pct. II. Caracteristici tehnice componente hardware - II.6 Consola de operare: „Timp între două expuneri succesive în tomosinteză: max. 20 secunde”;
7. pct. II - Caracteristici tehnice componente hardware - II.6 Consola de operare: „Minim șase aspecte predefinite selectabile pentru procesarea automată a imaginilor mamografice achiziţionate prin apăsarea unui singur buton”;
8. pct. II Caracteristici tehnice componente hardware - II.10. Accesorii incluse – „Prezența unui dispozitiv dedicat de reglare a compresiei de către pacient”;
9. pct. III - Cerinţe minime componente software - III.2 Tomosinteza 3D: „Tehnica susținută de publicaţii care permite achiziţia volumelor 3D (tomosinteză) la o doză egală cu doza din achiziţia 2D”;
10. pct. III Cerinţe minime componente software – III.2 Tomosinteza 3D: „Generarea în mod automat a 3 obiecte în urma unei achiziţii de tomosinteză: imagine 2D sintetică, planuri spațiate la 0,5 mm sau 1mm, imagini care combină informaţia din 10-20 de planuri”;
11. pct. III Cerinţe minime componente software – III. 3 „Posibilitatea de upgrade cu modul software de efectuare mamografie cu substanță de contrast cu certificat CE și prezentarea de studii de specificitate și senzitivitate”.

Ca urmare a analizării contestației formulată de SC ... SRL, respectiv a primei critici a contestatoarei referitoare la folosirea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, autoritatea contractantă a constatat temeinicia acesteia și imposibilitatea dispunerii de măsuri de remediere, motiv pentru care la data de 31.10.2018 a anulat prezenta procedură de atribuire deoarece „abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului”.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca fiind rămas fără obiect capătul de cerere formulat de contestatoare cu privire la obligarea autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 6660,05 lei reprezentând cheltuieli de judecată (onorariu avocațial), Consiliul o va admite, în parte, pentru următoarele motive:

Codul de procedură civilă stipulează următoarele:

- Art. 451:

„(1) Cheltuielile de judecată constau în taxele judiciare de timbru şi timbrul judiciar, onorariile avocaţilor, ale experţilor şi ale specialiştilor numiţi în condiţiile art. 330 alin. (3), sumele cuvenite martorilor pentru deplasare şi pierderile cauzate de necesitatea prezenţei la proces, cheltuielile de transport şi, dacă este cazul, de cazare, precum şi orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfăşurare a procesului.

(2) Instanţa poate, chiar şi din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaţilor, atunci când acesta este vădit disproporţionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfăşurată de avocat, ţinând seama şi de circumstanţele cauzei. Măsura luată de instanţă nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat şi clientul său.

(3) Dispoziţiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător la plata experţilor judiciari şi a specialiştilor numiţi în condiţiile art. 330 alin. (3).

(4) Nu vor putea fi însă micşorate cheltuielile de judecată având ca obiect plata taxei judiciare de timbru şi a timbrului judiciar, precum şi plata sumelor cuvenite martorilor potrivit alin. (1)";

- Art. 452:

„Partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condiţiile legii, dovada existenţei şi întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei";

- Art. 453:

„(1) Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a câştigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

(2) Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părţi poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată. Dacă este cazul, judecătorii vor putea dispune compensarea cheltuielilor de judecată".

Având în vedere dispozițiile anterior menționate, se constată că fundamentul răspunderii pentru plata cheltuielilor de judecată este culpa procesuală a părții.

În speță, Consiliul reține culpa procesuală a autorității contractante în intentarea acțiunii de către contestatoarea SC ... SRL, motiv pentru care Consiliul apreciază că în speță se impune obligarea autorității contractante la plata unor cheltuielilor de judecată reprezentând onorariu avocat.

Cheltuielile reclamate de contestatoare sunt în sumă de 6.660,05 lei și reprezintă „onorariu aferent serviciilor de asistență juridică" prestate de ... – Societate de avocați, facturate cu factura seria DRG nr. 1551 din data de 02.11.2018 și achitate prin OP nr. 827/02.11.2018.

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului, referitor la cuantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând onorariu

avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea onorariului de avocat la suma de 2.500 lei, din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din Constituția României și având în vedere faptul că în speță nu s-au dispus audieri sau depunerea de concluzii orale, cauza fiind soluționată pe excepție, întrucât autoritatea contractantă a recunoscut faptul că a întocmit eronat documentația de atribuire, Consiliul apreciază că suma solicitată de contestatoare este excesivă. Cheltuielile de judecată cuprind orice cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării prezentei contestații.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și, ținând seama de serviciile prestate de ... – Societate de avocați, Consiliul, analizând prin prisma dispozițiilor art. 451 alin. (2) din Codul de procedură, cererea de plată a sumei de 6.660,05 lei, reprezentând „onorariu avocat” suportat de contestator cu ocazia soluționării contestației sale la Consiliu, apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de muncă depusă de avocat dar și de complexitatea cauzei. Astfel fiind, raportat la gradul relativ scăzut de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere și la volumul de muncă pe care l-a presupus redactarea ei, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la suma de 2.500 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestator.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestatoare, în calitate de client, și avocatul ei, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 Cod civil.

De asemenea, se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit cărora avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în această cauză.

În acest context, Consiliul constată că unele critici ale contestatoarei cuprinse în actul de sesizare au vizat aspecte identice cu cele soluționate de Consiliu prin decizia CNSC nr. 1823/C2/1672/29.06.2018, în care contestatoarea SC ... SRL a fost

reprezentată de aceeași societate de avocatură, autoritatea contractantă fiind tot ...", astfel încât analizele efectuate de avocați în acel dosar (cu privire la unele specificații tehnice contestate) au fost folosite și pentru formularea prezentei contestații.

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la 6.660,05 lei, la suma de 2.500 lei, este în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei și, nu în ultimul rând, munca depusă de avocat, în condițiile art. 451 Cod procedură civilă contestatorul fiind îndreptățit să solicite cheltuielile de judecată, respectiv onorariu de avocat, care însă poate fi diminuat de către Consiliul, în condițiile legale menționate anterior.

Dispoziția art. 451 Cod procedură civilă este în concordanță și cu jurisprudența CEDO conform căreia un reclamant poate obține rambursarea cheltuielilor sale de judecată în măsura în care li s-au stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil.

În ceea ce privește solicitarea autorității contractante referitoare la respingerea cheltuielilor de judecată solicitate de contestatoare deoarece „nu a fost pusă în întârziere", Consiliul o va respinge deoarece legislația în vigoare în materia achizițiilor publice nu obligă contestatorii la o asemenea conduită.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de ... SRL ca fiind rămasă fără obiect.

Pentru considerentele expuse în motivarea deciziei, Consiliul va admite, în parte, capătul de cerere formulat de contestatoare cu privire la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației și va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 2.500 lei cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluţionarea contestaţiei și va respinge cererea contestatoarei de obligare a autorităţii contractante la plata sumei de 4.160,05 lei reprezentând cheltuieli disproporţionate, pentru considerentele expuse în motivarea deciziei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca rămasă fără obiect, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ...", în calitate de autoritate contractantă.

Admite, în parte, capătul de cerere formulat de contestatoare cu privire la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației și obligă ...” la achitarea către SC ... SRL a sumei de 2.500 lei reprezentând cheltuieli de judecată.

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorităţii contractante la plata sumei de 4.160,05 lei reprezentând cheltuieli disproporţionate.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.