C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. 1258/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... - administrator, formulată împotriva documentației de atribuire aferentă lotului 1, elaborată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Furnizare, instalare, punere în funcțiune, instruire personal și service în perioada de garanție – echipamente medicale și mobilier medical”, LOT 1, inițiată cu anunțul de participare nr. ....., publicat în SEAP la 08.04....., s-a solicitat Consiliului:

- ”Obligarea autorității contractante la modificarea parțială a documentației de atribuire cu privire la lotul nr. 1 *Furnizare, instalare, punere în funcţiune, instruire personal și service în perioada de garanție - echipamente medicale*, și anume înlocuirea mențiunilor cu privire la specificațiile tehnice ale aparatului de ventilație mecanică, așa cum vor fi prezentate mai jos de subscrisa, astfel încât documentația de atribuire să respecte principiile atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
- suspendarea procedurii de achiziție publică cu privire la lotul nr. 1 până la data soluţionării prezentei contestații sau până la data când autoritatea contractantă va modifica documentația de atribuire potrivit solicitărilor noastre din contestație;
- în subsidiar, dacă modificarea parțială a documentației de atribuire nu este posibilă, anularea documentației de atribuire și reluarea procedurii de achiziție publică, dacă va fi cazul”.

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

Prin contestația nr. 1258/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de ..... SRL atacă prevederile documentației de atribuire, lotul 1, elaborată de ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus arătată, reclamând faptul că specificațiile tehnice ale aparatului de ventilație mecanică (punctul 1.4 din cadrul Lotului nr. 1) prezintă o serie de parametri tehnici care nu se justifică, din punct de vedere tehnico-clinic și care sunt specifici doar echipamentelor produse de Mindray, limitând astfel accesul liber la procedură.

În fapt, contestatoarea precizează că anumite specificații tehnice, din documentația de atribuire aferentă lotului 1, nu prezintă relevanță clinică, în mod evident (ele diferă de la un producător la altul) și sunt caracteristici constructive ale aparatului de ventilație mecanică produs de *Mindray*.

Astfel, contestatoarea învederează că, deși ultimele recomandări legate de protecția plămânilor propun utilizarea unui volum tidal de 6 ml per kg greutate corporală ideală, care pentru un pacient cu înălțimea de 2.20 metri (deci cu o greutate corporală ideală de aproximativ 110 kg) ar corespunde unui volum tidal semnificativ mai mic de 1 litru, în specificaţiile tehnice din caietul de sarcini, cu privire la *Aparatul de ventilație mecanică*, autoritatea contractantă solicită, în mod nejustificat, în repetate rânduri, posibilitatea aparatului de a livra volume de până la 4 litri și de a monitoriza volume de până la 6 litri (cu titlu de exemplu, contestatoarea indică următoarele prevederi ale caietului de sarcini: *TV (Tidal Volume) Adult: 100 la 4000 mL* sau *Tidal volume interval TVi, TVe, TVe spn, Interval 0 la 6000 mL*).

Deși, din punct de vedere terapeutic, atât în cazul adulților, cât și în cazul copiilor/neonat, se impune acțiunea terapeutică la mai mult de 60 de respirații pe minut, iar pentru monitorizarea în timp real a unor evenimente patologice (tahipnee sau bradipnee) nu sunt necesare valori mai mari de 150 de respirații pe minut, autoritatea contractantă solicită, cu privire la caracteristica specifică a Aparatului de ventilație mecanică, anumite intervale de valori fără nicio relevanță clinică (de exemplu: *Frequency interval, fmand, fspn, (Interval 0 la 200/min*).

Cu privire la cerinţa *f (Frecvența ventilației) Adult/Pediatric: 1 la 100/min pentru modurile de ventilatie obligatorie*, care nu permit respirații spontane, se solicită posibilitatea de a seta valori pentru frecvența respirațiilor spontane de 1 sau 2 respirații pe minut (cerinţa tehnică care ar „obliga" pacientul să respire o dată pe minut și care nu are nicio relevanță clinică).

De asemenea, anumite funcții solicitate, cum ar fi modul de ventilație AMV (Adaptive Minute Ventilation), sunt caracteristice producătorului

Mindray, așa cum acesta menționează în broşura echipamentului său SV600 (așa cu rezultă din broşura produsului Ventilator Mindray SV600, atașată contestației: „Mindray's Adaptive Minute Ventilation (AMV) has been developed using the internationally recognized Otis's Minimum Breathing Work principie").

Alte funcţii, cum ar fi monitorizarea SpO2 și afișarea curbei de pletismografie sau terapia cu O2, sunt disponibile, de obicei, independent de aparatul de ventilație mecanică (de exemplu, SpO2 este afişat pe toate monitoarele de funcţii vitale, disponibile la capul patului).

Or, în opinia contestatoarei, solicitarea ca aceste funcții să fie integrate Aparatulului de ventilatie mecanică nu are ca scop decât restrângerea posibilităţii de a participa la procedură a altor producători.

Un alt exemplu în care autoritatea contractantă stabilește, în mod arbitrar, anumite cerințe tehnice, care impiedică accesul operatorilor economici în procedură, este solicitarea de a avea, simultan, integrate în ventilator, două tehnologii de monitorizare a concentrației de CO2 (mainstream și sidestream), în condițiile în care toți ceilalţi producători integrează doar una din cele două tehnologii menționate, rezultatul clinic fiind similar, indiferent de tehnologia utilizată.

Apreciind că se încalcă flagrant prevederile Legii nr. 98/2016, în ceea ce privește promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, contestatoarea solicită în principal, adoptarea măsurilor de remediere, respectiv eliminarea sau modificarea cerințelor tehnice stabilite cu privire la *Aparatul de ventilație mecanică*, iar în subsidiar anularea licitației.

Contestatoarea indică, explicit, în format tabelar, care sunt specificațiile a căror eliminare sau modificare o solicită, aferent funcțiilor specifice aparatului.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 2, coroborat cu art. 4 alin. (1) și (2), art. 8, art. 22, art. 23, art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, ale art. 55 din HG nr. 395/2016, art. 3 lit. rr), dar și cele ale art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 10516/02.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 15984/02.05....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația formulată de ..... SRL, prin care precizează că a hotărât adoptarea unor măsuri de remediere, în concordanță cu cele solicitate de petentă, cu excepția cerințelor referitoare la:

- Flux adult 6 la 180 L/min;

- Exp% (Expiration termination level) 5% la 85%;

- Ajustare automată (3-40L/min în mod invaziv, 10-65L/min în mod non-invaziv);

- Funcție suspin;

- Dimeniune tub. Adult: 5.0 la 12.0 mm

- Pediatric: 2.5 la 8.0 mm;
- Neonate: 2.5 la 5.0 mm;
- Compensare 1 la 100%;
- Funcție de terapie cu O2;
- O2% 21 la 100 vol%;
- Flux;
- Adult: 2 la 60 L/min Pediatric: 2 la 25 L/min;
- Volum – CO2;
- FiO2 depășește limita de alarmă pentru minimum 30 s, limită internă a alarmei valoare setată+max;
- (7 vol % sau valoare setată x10%) sau 100 vol. %;
- Oricare este mai mică;
- Senzor neonatal de flux – spațiu mort < 0.75 ml;
- Rezistența 0.9 cmH2O@10L/min;
- Neonat: 90mL/min,
care rămân la nivelul initial, precizat în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă amintește și specificațiile a căror modificare intervine la un nivel intermediar cerințelor formulate de contestatoare:

- *TV (Tidal Volume) Adult: 100 la 2500 mL*, nivel necesar pentru siguranța pacienților bariatrici,
- *Tslope (Time of pressure rising) 0.00 la 1.00 s,* nivel necesar pentru eficiența ventilației pacienților ”cu căile aeriene îngustate”,
- *Ventilatie de apnee. Adult: 100 la 2500 mL*,
- *Ciclu suspin 1 la 10*,
- *Alarme Adu: Dezactivat,110 la 3000 mL,*
- *Alarme Adu: Dezactivat, 50 la 2995 mL,*
- *Alimentare cu gaz. Debit maxim de 100 L/min.*

Luând cunoștintă de ”măsurile de remediere” a caracteristicilor tehnice atacate, aparținând autorității contractante, prin adresa nr. 1293/02.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 15995/02.05....., contestatoarea precizează că, deși o parte din solicitările sale au fost acceptate de autoritatea contractantă, specificațiile tehnice a căror modificare nu a fost acceptată împiedică accesul, atât al său cât și al altor producători la procedura de atribuire. Aceasta conduce, în continuare, la direcționarea procedurii către producătorul Mindray, fapt ce încalcă flagrant prevederile amintite în contestație, în opinia contestatoarei.

Astfel, cu privire la specificațiile tehnice nemodificate de autoritatea contractantă, contestatoarea precizează că își menține argumentele din contestație și că solicită modificarea lor.

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

..... a organizat o procedură de licitație deschisă, cu scopul atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Furnizare, instalare, punere în funcțiune, instruire personal și service în perioada de

garanție – echipamente medicale și mobilier medical”, LOT 1, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../08.04....., la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

Împotriva unora dintre prevederile caietului de sarcini (parte a documentației de atribuire) aferent lotului 1, ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, prin care solicită modificarea lor sau anularea procedurii, pentru acest lot, în subsidiar. Totodată, contestatoarea solicită Consiliului suspendarea procedurii, până la soluționarea pe fond a cauzei.

Consiliul a luat act de faptul că ..... SRL a făcut dovada îndeplinirii procedurii stabilite la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii cauțiunii aferente contestației, conform celor consemnate prin recipisa de consemnare nr. 205404276/1 din data de ....., emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Privitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire a lotului 1, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 648/...../..... din 24.04....., în sensul respingerii ei, ca nefondată.

De asemenea, Consiliul ia act de faptul că autoritatea contractantă a consimțit la modificarea unei părți însemnate a specificațiilor tehnice față de care contestatoarea a formulat obiecțiuni, în sensul excluderii lor sau în sensul indicării unor valori noi.

Prin urmare, din conduita autorității contractante rezultă o achiesare la cererea de modificare a caietului de sarcini, însă fără a fi emis un document necesar informării tuturor operatorilor economici interesați să oferteze, de tipul anunțului erată, în condițiile impuse la art. 55 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016:

Art. 55. - (1) În cazul în care, după publicarea unui anunţ, intervin anumite modificări faţă de informaţiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.

(2) În condiţiile art. 153 din Lege, autoritatea contractantă are obligaţia de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificaţiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacţia potenţialilor ofertanţi, cu excepţia modificărilor substanţiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziţiei publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiţie sau schimbă piaţa de profil la care se adresează;

Simpla prezentare a punctului de vedere în SEAP, fără emiterea unui document de modificare a caietului de sarcini, nu asigură o informare completă și corectă, așa cum impun prevederile art. 154 din Lege:

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

Cât privește criticile contestatoarei (ce rămân îndreptate împotriva acelor specificații care nu au fost modificate de autoritatea contractantă), Consiliul constată că ele se bazează pe aprecierea că specificațiile tehnice în cauză aparțin unui produs determinat, adică al unui producător consacrat, conduită care restrânge nejustificat concurența.

Consiliul constată că susținerile contestatoarei sunt dovedite de conținutul broșurii atașate contestației (pentru ventilator Mindray SV600), în sensul că specificațiile în cauză sunt identice, dar și că autoritatea contractantă nu combate aceste susțineri.

Din punctul de vedere la contestație sau din documentele de pregătire a achiziției (prezentate Consiliului) nu rezultă modalitatea de stabilire, obiectivă, de către achizitor, a caracteristicilor tehnice ale produsului *Aparat ventilație mecanică*, parte a Lotului 1 al procedurii.

Cu toate acestea, în partea introductivă a caietului de sarcini se găsesc mențiuni că ofertanții pot propune, cu succes, produse cu caracteristici echivalente: *Specificatiile tehnice cuprinse in acest caiet de sarcini sunt cerinte minimale si trebuiesc indeplinite in acest sens sau <u>in mecanisme echivalente</u> ce indeplinesc in mod minimal cerintele si functionalitatile specificate. [...]*

In situatia in care in Caietul de sarcini se gasesc definite specificatii tehnice prin indicarea de licente, procedee speciale, marci sau expresii care <u>pot conduce</u> la elemente din cele mentionate anterior, toate expresiile se consideră <u>insotite de mentiunea „sau echivalent”</u>.

Prin urmare, caietul de sarcini a fost întocmit în condițiile precizate la art. 156 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, în sensul că autoritatea contractantă a considerat că se află în situația de a nu putea descrie, precis și inteligibil, obiectul achiziției, motiv pentru care a indicat, în mod indirect, o marcă a produsului: *(2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.*

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

Prin urmare, fără a se impune, exclusiv, modificarea caietului de sarcini, ca o consecință a constatării faptului că autoritatea contractantă ar fi utilizat specificațiile unui produs consacrat pe piața de profil, Consiliul consideră că ofertarea produselor considerate echivalente va obliga autoritatea contractantă la analiza ofertelor în cauză conform prevederilor din alineatele (5) și (6) ale aceluiași art. 156 al Legii: *(5) În cazul în care autoritatea contractantă stabileşte specificaţiile tehnice potrivit dispoziţiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard naţional care transpune un standard european, cu un agrement tehnic european, cu o specificaţie tehnică comună, cu un standard internaţional sau cu un sistem de referinţă tehnic elaborat de un organism european de standardizare, dacă aceste specificaţii vizează cerinţele de performanţe sau cerinţele funcţionale stabilite de autoritatea contractantă.*

(6) În cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 158, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerinţele de performanţă sau cerinţele funcţionale stabilite de autoritatea contractantă.

Pentru cele ce preced, Consiliul va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă la publicarea în SEAP, pe calea unui anunț erată, în maxim 15 zile, a informațiilor privind măsurile de modificare a caietului de sarcini, concordant cu cele la care părțile au convenit (minim, cele stabilite în punctul de vedere la contestație), în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

În mod implicit, cererea subsidiară de anulare a procedurii va fi respinsă, ca nefondată, întrucât măsurile de remediere stabilite pot asigura continuarea ei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația ..... SRL formulată în contradictoriu cu ....., autoritate contractantă în procedura inițiată cu anunțul de participare nr. ...../08.04.....

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile, prin publicarea unui anunț erată, care să conțină informațiile privind modificarea specificațiilor tehnice ale ”aparatului de ventilație mecanică, din cadrul Lotului 1, cel puțin, prin cuprinderea acelor modificări acceptate prin punctul de vedere la contestație.

Respinge cererea de anulare a procedurii, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare,

în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

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

..