CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../..... formulată de ..... SRL, cu sediul în Șoseaua .....-....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., CUI ....., reprezentată de doamna ..... - administrator și convențional de ....., cu sediul în ....., ..., unde solicită și comunicarea tuturor actelor de procedură în legătură cu prezenta cauză, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „.....", cod CPV 33140000-3 Consumabile medicale (Rev.2), organizată de ....., cu sediul în ....., localitatea ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat, în principal, să se dispună anularea prevederilor nelegale ale documentației de atribuire, remedierea documentației de atribuire iar în subsidiar, în măsura în care nu s-ar mai putea dispune măsuri de remediere, în temeiul art. 212 din Legea nr. 98/2016 anularea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația formulată de ..... SRL se susține că documentația de atribuire conține prevederi nelegale, contradictorii, precum și cerințe care nu pot face obiectul unui contract de achiziție

publică, excedând domeniului de reglementare al legislației în materia achizițiilor publice, argumentând în concret astfel:

- autoritatea contractantă a stabilit factori de evaluare a ofertelor care nu au legătură cu prevederile documentației de atribuire și cu specificul produselor achiziționate;
- autoritatea contractantă a introdus în documentația de atribuire cerințe privind furnizarea cu titlu gratuit a unor produse care exced cadrului legal și care nu pot face obiectul unui contract de achiziție publică;
- au fost formulate specificații tehnice cu încălcarea prevederilor legale.

Referitor la aspectele de nelegalitate ale documentației de atribuire, contestatoarea invocă următoarele aspecte :

1. Nelegalitatea factorilor de evaluare – din fișa de date a achiziției – Secțiunea II.2.5 - Criterii de atribuire coroborate cu Capitolul V din caietul de sarcini al procedurii.

Autoritatea contractantă a stabilit modalitatea de acordare a punctajului pentru factorul evaluare "perioada de garanție aferentă echipamentelor" pornind de la ipoteze eronate potrivit cărora termenul de garanție al produselor trebuie să fie de minim 24 de luni, cerință minimală impusă prin caietul de sarcini, iar cu alte cuvinte rezultă că, orice produs care prezintă o garanție mai mică de 24 de luni va conduce la declararea propunerii tehnice ca neconforme. Orice termen de garanție aferent produselor ofertate, mai mare sau egal cu 36 de luni, va primi punctajul maxim, iar pe cale de consecință rezultă că, orice termen de garanție oferit suplimentar peste pragul de referință de 36 de luni nu va aduce ofertei un punctaj suplimentar. Premisele pentru calcularea punctajului sunt eronate, în primul rând prin raportare la prevederile caietului de sarcini prin care au fost stabilite termene de garanție diferite de cele avute în vedere la stabilirea algoritmului de calcul aferent acestui factor de evaluare pentru produsele ofertate. Concret, autoritatea contractantă a solicitat ca garanția produselor ofertate să fie 6 luni pentru emițătorul din cadrul sistemului de monitorizare continuă a glicemiei și 1 an pentru receptorul din cadrul sistemului de monitorizare continuă a glicemiei. Pentru produsul sistem de purificare a aerului nu s-a solicitat o anumită perioadă de garanție. În această situație, susține contestatoarea că, rezultă, în mod evident că termenele minime de garanție stabilite prin caietul de sarcini sunt în mod flagrant diferite de cele avute în vedere la calcularea punctajului aferent acestui factor de evaluare iar perioada de garanție aferentă echipamentelor sunt eronate și prin raportare la condițiile de piață în care se derulează achiziția.

Contestatoarea, pe acest aspect de nelegalitate, concluzionează că, autoritatea contractantă a introdus, prin factorii de evaluare, cerințe noi față de cele stabilite prin documentația de atribuire, cerințe care sunt contradictorii specificațiilor tehnice stabilite prin caietul de sarcini, precum și disproporționate față de condițiile de piață.

Pentru considerentele expuse mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la modificarea factorului de evaluare perioada de garanție aferentă echipamentelor cu luarea în considerare a specificului produselor ce fac obiectul achiziției și având în vedere faptul că nu se justifică stabilirea unui plafon de referință unic pentru perioada de garanție acordată, fiind necesară diferențierea punctajului pentru fiecare produs, în parte.

În subsidiar, în temeiul art. 55 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, solicită anularea procedurii de atribuire, în cazul în care modificarea factorului de evaluare *perioada de garanție a echipamentelor* ar fi de natură să conducă la modificări substanțiale ale criteriilor de calificare și selecție, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerea unora noi, fapt ce determină restrângerea competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici.

2. Solicitarea acordării produsului sistem de purificare a aerului cu titlu gratuit excede cadrului de reglementare al legislației achizițiilor publice și nu poate face obiectul unui contract de achiziție publică.

Sistemul de purificare a aerului, precizează contestatoarea, este un produs cu funcții diferite, total independente de funcțiile sistemului de monitorizare continuă a glicemiei și care nu ar putea fi considerat un produs accesoriu acestuia din urmă sistem. Aceste produse sunt destinate unor funcții diferite și fac parte din portofoliul unor producători cu specializări diferite și nu sunt inter-conectabile. Mai precizează contestatoarea că autoritatea contractantă a solicitat două produse cu funcții diferite, care, prin raportare la prevederile art. 18 și ale art. 141 din Legea nr. 98/....., ar fi trebuit împărțite pe loturi.

În motivarea acestui aspect, contestatoarea invocă prevederile art. 984 și ale art. 985[4] Cod civil, potrivit cărora o persoană poate dispune cu titlu gratuit de bunurile sale, în tot sau în parte, în favoarea altei persoane doar prin donație sau prin legat cuprins în testament (inaplicabil în cauza de față), ori, potrivit art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016 contractul de achiziție publică este definit ca fiind un contract cu titlu oneros, asimilat actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii.

Consiliul, în mod constant, s-a pronunțat în sensul că cerința de a solicita servicii sau produse gratuite restrânge concurența și nu poate face obiectul unui contract de achiziție publică.

3. Apreciază contestatoarea că, oricum ar fi analizată situația, cele două sisteme solicitate prin documentația de atribuire trebuiau împărțite pe loturi, având în vedere și faptul că legislația în materia achizițiilor publice impune reguli de strictă interpretare privind împărțirea pe loturi a procedurilor de atribuire. Astfel, în scopul nerestricționării liberei concurențe și asigurării accesului unui număr cât mai mare de operatori

economici la procedurile de atribuire, Legea nr. 98/2016 prevede expres că autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora în scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legii și a restrângerii artificiale a concurenței. Mai mult, autoritatea contractantă trebuie să stabilească obiectul fiecărui lot pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferite meserii și specializări implicate sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

4. Specificațiile funcționale ale produsului sistem de monitorizare continuă a glicemiei sunt restrictive, putând fi îndeplinite doar de către un singur produs de pe piață

În susținerea acestui aspect de nelegalitate, contestatoarea argumentează prin faptul că autoritatea contractantă a descris în cadrul specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, în cele mai mici detalii (până și dimensiunea), caracteristicile produsului DEXCOM G4, al producătorului Dexcom. Contestatoarea în scop ilustrativ a inclus în contestația sa un tabel comparativ între specificațiile produsului de mai sus și specificațiile tehnice din caietul de sarcini al procedurii. Din acest tabel comparativ, susține contestatoarea, rezultă că specificațiile tehnice ale produsului DEXCOM G4 au fost copiate mot-a-mot, inclusiv detaliile privind dimensiunea și caracteristicile neesențiale ale acestui produs, fiind stabilit un standard minimal față de care nu poate fi propusă nicio soluție echivalentă, chiar și mai performantă decât cea solicitată de autoritatea contractantă, produsul DEXCOM G4 fiind singura opțiune disponibilă.

Specificațiile funcționale aferente elementului Transmitter restricționează în mod nejustificat accesul la procedura de atribuire.

În acest sens, menționează contestatoarea că, după cum rezultă chiar din prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca transmitterul ofertat să aibă o dimensiune maximă de "3.8x2.3x1.3 cm (LxWxH)", respectiv exact dimensiunea DEXCOM G4. Această cerință este restrictivă și nu poate fi îndeplinită decât de un singur produs, în condițiile în care pe piață există produse cu performanțe net superioare celui indicat de autoritatea contractantă, dar ale căror dimensiuni sunt diferite doar la nivel de detaliu. Cu titlu de exemplu se specifică că produsul Medtronic Guardian Connect aflat în portofoliul contestatoarei are dimensiuni, în detaliu ușor diferite, respectiv 3.5x2.8x0.7 (LxWxH), dimensiuni care, potrivit specificațiilor tehnice aplicabile, nu sunt conforme cu această procedură. Încă odată subliniază contestatoarea că autoritatea contractantă a limitat în mod nejustificat ofertarea la un produs care oferă specificații funcționale inferioare celor existente pe piață și care răspund necesităților sale evidente, prin includerea unor cerințe irelevante față de realizarea obiectului concret al contractului de achiziție publică și disproporționate în raport de necesitățile obiective ale oricărei autorități contractante la

achiziționarea acestui tip de produse și, apreciază că, se impune modificarea cerințelor restrictive, în sensul eliminării restricțiilor nejustificate de dimensiunea detaliată a produsului solicitat.

Specificațiile funcționale aferente elementului Receiver restricționează în mod nejustificat accesul la procedura de atribuire

În acest sens, contestatoarea solicită Consiliului să rețină că tehnologia de receiver de sine stătător este una învechită, existând pe piață soluții echivalente mult mai performante și care răspund în totalitate cerințelor de monitorizare din caietul de sarcini al procedurii, oferind și avantajul suplimentar al partajării datelor la distanță. Tehnologia cu receiver de sine stătător nu permite partajarea datelor în timp real cu aparținătorii sau profesioniștii din domeniul sănătății, aspect considerat a fi un impediment major atât pentru aparținători cât și pentru personalul medical și care a determinat renunțarea la această tehnologie de către toți producătorii relevanți în domeniu. La momentul actual DEXCOM G4 este unicul produs care mai utilizează o astfel de tehnologie și care se află în comercializare în spațiul UE, având marcajul CE solicitat prin documentația de atribuire.

Mai precizează contestatoarea că, prin prezenta procedură, urmează a fi atribuit un contract de achiziție publică ce are drept scop implementarea proiectului "Formarea specialiștilor medicali în vederea îmbunătățirii asistenței medicale pediatrice pentru pacienții cu diabet zaharat tip 1 – PEDIDIAB". Având în vedere aspectele de nelegalitate expuse pe parcursul contestației, pe cale de consecință rezultă că obiectivul acestui proiect este obstrucționat prin achiziționarea de produse depășite moral și lipsirea specialiștilor ce urmează a fi formați prin proiect de accesul la ultimele tehnologii.

Prin adresa nr. …./11.12....., înregistrată la Consiliu sub nr. …./12.12....., autoritatea contractantă, ... a depus la dosarul cauzei punctul său de vedere privind contestația depusă de ..... SRL, prin care solicită respingerea contestației ca fiind nefondată, pentru următoarele motive:

- factorii de evaluare publicați în SICAP au fost evaluați de ANAP fiind declarați conformi ca urmare a acceptării spre publicare;
- specificațiile tehnice au fost elaborate ținând cont de ofertele existente pe piață la momentul redactării cererii de finanțare.

Referitor la susținerea contestatoarei cum că factorii de evaluare stabiliți sunt nelegali prin raportare la al doilea factor de evaluare, respectiv *perioada de garanție acordată produselor*, autoritatea arată că termenul de 24 de luni garanție pentru produsele ce urmează a fi ofertate este un termen legal, reglementat de art. 16 din Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora. Față de cele invocate de contestatoare, prin raportare la punctul i lit. a, b și c din contestație, a procedat la adoptarea unei măsuri de remediere în sensul uniformizării termenului de garanție ce urmează a fi solicitat pentru receiver, receptor și sistemul de purificare a aerului, la 24 de luni.

Având în vedere măsurile de remediere adoptate, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca punctele 14-16 din contestație să fie respinse ca fiind rămase fără obiect.

Referitor la solicitarea acordării produsului sistem de purificare a aerului cu titlu gratuit, autoritatea contractantă apreciază că această solicitare este una rezonabilă, ținând cont de preocuparea sa intensă în limitarea infecțiilor asociate asistenței medicale (infecții nozocomiale), fiind necesară existența unui element suplimentar care să asigure sterilizarea încăperilor de lucru în care se vor monta senzorii. De asemenea, precizează autoritatea contractantă că trebuie luat în considerare și faptul că nu se poate limita asistența medicală doar la persoane curate, cu igienă impecabilă, sau doar la persoane fără viruși/bacterii/fungi sau alte microorganisme.

Referitor la solicitarea contestatoarei ca atribuirea celor două sisteme să fie licitate prin loturi separate se precizează că autoritatea contractantă putea realiza o achiziție pe loturi, dacă dorea acest lucru, însă cerința sa a fost exclusiv de achiziție a unui pachet de monitorizare continuă a glicemiei cu sistem de purificare a aerului.

În concluziile scrise, înregistrate la Consiliu sub nr. ……/20.12....., autoarea contestației subliniază faptul că necesitățile autorității sunt diferite de cele stabilite în caietul de sarcini, însă menține aceste specificații pentru a permite ofertarea produsului DEXCOM G4.

Arată faptul că autoritatea contractantă nu formulează nicio apărare, nici măcar indirectă cu privire la criticile referitoare la restrictivitatea specificațiilor tehnice criticate. De asemenea, încearcă să acopere nelegalitatea factorilor de evaluare stabiliți prin introducerea de cerințe noi disproporționate față de necesitățile sale și să justifice prin argumente exterioare cadrului legal aplicabil, cerința acordării cu titlu gratuit a unui sistem de purificare a aerului.

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

……. ....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect ....., cod CPV 33140000 - 3 – Consumabile medicale (Rev.2), cu data-limită de depunere a ofertelor 03.01.2019, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ...../13.11.....

Valoarea estimată a contractului este de 2.126.049,20 RON, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Nemulțumită de faptul că autoritatea contractantă a ales să nu opteze pentru împărțirea pe loturi a achiziției și apreciind că factorul de evaluare „perioada de garanție aferentă echipamentelor” este în dezacord cu propriile cerințe ale caietului de sarcini, precum și că anumite specificații tehnice ale caietului de sarcini sunt restrictive, ... SRL a formulat prezenta contestație, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Referitor la critica contestatoarei privind nelegalitatea deciziei autorităţii contractante de nedivizare a obiectului contractului în loturi corespunzătoare sistemelor, Consiliul reţine că obiectul acestuia este definit astfel:

- la pct. II.1.4) Descrierea succinta a contractului sau a achizitiei/achizitiilor al fişei de date, se precizează astfel: Furnizare pachet de sisteme de monitorizare continuă a glicemiei cu sistem de purificare a aerului în cadrul SJU ....., cu respectarea specificațiilor minime solicitate, conform prevederilor Contractului de finanțare ”Formarea specialiștilor medicali în vederea îmbunătățirii asistenței medicale pediatrice pentru pacienții cu diabet zaharat tip 1 – PEDIDIAB, cod SMIS 110294; Contract POCU 91 / 4 / 8 / 110294”.
- la pct. II.1.6) *Impartire in loturi*” – se regăseşte sintagma *„Nu*”;
- în caietul de sarcini sunt prezentate specificațiile tehnice pentru două echipamente, respectiv pentru *sistem de monitorizare continuă a glicemiei* și pentru *sistem de purificare a aerului.*

Aşadar, organizatoarea licitaţiei doreşte să încheie un contract având un obiect compus din două produse, fiecare dintre acestea având propriile specificații tehnice, conform caietului de sarcini.

În analiza sa, Consiliul se va raporta la următoarele dispoziţii legale în vigoare, incidente stării de fapt din prezenta procedură, astfel:

Legea nr. 98/2016:

- art. 141 *(1) „Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor-cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei.*

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

(3) În situaţia în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligaţia de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.”

- art. 50 – *„(1) Autorităţile contractante nu vor concepe sau structura achiziţiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispoziţiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenţei. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenţei în cazul în care achiziţia ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiţi operatori economici*”;

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

- art. 9 alin. (3) lit. f) – *„(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziţiei în legătură cu: f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situaţiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege şi, după caz, decizia de a reduce termenele în condiţiile legii, decizia de a nu utiliza împărţirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea şi, după caz, criteriile de selecţie, criteriul de atribuire şi factorii de evaluare utilizaţi*".

Din dispozițiile legale mai sus citate, se constată că împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție publică devine regula pentru autoritățile contractante, acestea fiind obligate să justifice decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

În Ghidul privind strategia de contractare, publicat pe site-ul ANAP, se atrage atenția autorităților contractante *asupra obligației de a justifica decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi,* specificându-se că *rațiunea acestei obligații este încurajarea participării IMM-urilor la procedurile de atribuire.*

De asemenea, conform art. 180 din Legea nr. 98/2016*: (1) „Atunci când intenţionează să atribuie un contract de achiziţie publică/acord-cadru pe loturi, autoritatea contractantă aplică cerinţele privind capacitatea prin raportare la fiecare lot în parte. (2) Prin excepţie de la prevederile alin. (1), autoritatea contractantă poate stabili cerinţele privind nivelul cifrei de afaceri minime anuale prin raportare la grupuri de loturi, în cazul în care este permisă atribuirea mai multor loturi aceluiaşi ofertant, iar contractele pentru acestea trebuie executate în acelaşi timp. (3) Prin excepţie de la prevederile alin. (1), ca o condiţie pentru posibilitatea atribuirii contractelor ce fac obiectul mai multor loturi aceluiaşi ofertant, autoritatea contractantă poate stabili cerinţele privind resursele tehnice şi/sau profesionale prin raportare la grupuri de loturi, atunci când utilizarea acestor resurse în cadrul contractelor se realizează simultan sau fac imposibilă alocarea aceleiaşi/aceloraşi resurse pentru mai multe contracte care se execută în acelaşi timp."*

Așadar, pentru procedura de față, autoritatea contractantă a decis atribuirea contractului unui singur ofertant, criteriile privind capacitatea fiind stabilite în consecință, prin raportare la valoarea estimată a contractului.

În vederea achiziţionării celor două sisteme mai sus amintite, prin neîmpărţirea pe loturi, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce în mod vădit atingere principiilor legale ale nediscriminării, tratamentului egal şi al proporţionalităţii, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziţie publică. Afirmația autorității din punctul de vedere, cum că *putea realiza o achiziție pe loturi, dacă dorea acest lucru* nu poate constitui, în aprecierea Consiliului, un argument solid în justificarea deciziei sale, *dorința* neputând excede prevederilor anterelatate. În încercarea de a justifica decizia de a nu împărți pe loturi, este și susținerea că *sistemul de purificare a aerului a fost solicitat cu*

titlu gratuit, pe durata de realizare a contractului. Verificând acest aspect (regăsindu-se și printre cele reclamate de către societatea contestatoare), Consiliul observă că autoritatea contractantă a solicitat, în caietul de sarcini, ca sistemul de purificare a aerului – 2 bucăți – să fie acordat cu titlu gratuit, însă din prevederile acestuia nu rezultă că doar *pe durata de realizare a contractului* cum a susținut în punctul de vedere. Vizavi de această situație, Consiliul apelează la prevederile art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, unde legiuitorul definește contractul de achiziție publică ca fiind *contractul cu titlu oneros,* fiind evident că elementul component al ofertei, astfel cum el a fost stabilit în cadrul documentației de atribuire, în speță *sistemul de purificare a aerului*, nu poate fi prevăzut în propunerea financiară cu titlu gratuit. Totodată, Codul Civil stabilește la art. 984 și 985 că o persoană poate dispune cu titlu gratuit de bunurile sale, în tot sau în parte, în favoarea unei alte persoane doar prin donație sau prin legat cuprins în testament, niciunul dintre cele situații nefiind aplicabil în speță.

Cum a subliniat și societatea contestatoare, transferul cu titlu gratuit al proprietății unui bun mobil nu poate face obiectul unui contract de achiziție publică, contravenind caracterului oneros al acestuia.

Mai mult, prin faptul că se solicită în cadrul documentației de atribuire ca operatorii economici să ofere gratuități se restrânge practic participarea operatorilor economici numai la cei care au posibilitatea de a prelua aceste costuri, respectiv care pot oferi o asemenea liberalitate.

Înțelegând că autoritatea încearcă să eludeze obligația sa, ce-i revenea în situația dată, de a împărți pe loturi, prin solicitarea ca produsul sistem de purificare a aerului să fie acordat *cu titlu gratuit*, Consiliul va sancționa această modalitate de a acționa prin obligarea spitalului la refacerea documentației de atribuire, în sensul eliminării acestei cerințe.

Stabilind că sistemul de purificare aerului este nelegal introdus în obiectul contractului, *cu titlu gratuit,* Consiliul va explica, în cele ce urmează, de ce este nelegală și includerea într-un singur lot a celor două echipamente.

Sistemul de purificare a aerului este un produs cu funcții complet diferite, total independente de funcțiile sistemului de monitorizare continuă a glicemiei și care nu ar putea fi considerat a fi un produs accesoriu acestui din urmă sistem. Prin rolul și funcționalitatea sa, sistemul de purificare a aerului nu poate face parte dintr-un sistem de monitorizare a glicemiei, neconstituindu-se drept un subansamblu al acestuia. Prin urmare, este de netăgăduit că suntem în prezența unor produse care, chiar și la o analiză non-tehnică, sunt apreciate ca fiind diferite, destinate unor funcțiuni diferite, nefiind inter-conectabile și făcând parte din portofoliul unor producători cu specializări diferite. De altfel, fiecare echipament are funcție specifică și funcționează independent. Sistemul de purificare a aerului poate fi livrat la fel de bine

şi în situaţia în care sistemul de monitorizare a glicemiei este livrat de alt furnizor sau viceversa, neexistând niciun impediment.

Poziţia autorităţii contractante aduce atingere şi principiului proporţionalităţii, în sensul că orice măsură luată trebuie să fie adecvată - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară - nu depăşeşte ceea ce este necesar pentru îndeplinirea scopului şi proporţională - corespunzătoare scopului urmărit.

Totodată, Consiliul supune atenției un alt aspect ce vizează faptul că, rămânând grupate, este posibil ca autoritatea să nu achiziţioneze niciun sistem, deoarece o simplă neconformitate, la oricare dintre sistemele respective, duce la respingerea ofertei pentru toate echipamentele. Altfel spus, dacă ar împărți contractul pe loturi, şansele autorităţii de a atribui contractul pentru fiecare echipament ar creşte.

În condițiile date, lipsa unei justificări temeinice din partea autorității contractante, atât prin raportare la conținutul actelor din dosarul achiziției publice, cât și prin prisma susținerilor formulate în contextul prezentei contestații, singura concluzie este că autoritatea contractantă nu poate justifica în mod întemeiat decizia sa de a stabili obiectul contractului de achiziție într-un singur lot, nefurnizând niciun argument de ordin clinic, tehnic și/sau economic.

Raportat la principiile evocate şi la dificultăţile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea produselor solicitate, dificultăţi ce determină restrângerea accesului la procedura competiţională iniţiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziţiei în mai multe loturi, Consiliul stabileşte că se impune reîmpărţirea achiziţiei.

Dar, redivizarea achiziţiei pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configuraţia tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziţii Publice - SEAP, care nu acceptă modificarea informațiilor cu privire la modul de împărțire a procedurii în loturi, aspect relevat Consiliului în cuprinsul adresei Centrului Naţional de Management pentru Societatea Informaţională nr. …./18.10.2016 ("*în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective"*). Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

Se impune sublinierea faptului că, nici chiar în Strategia de contractare nr……/05.11....., autoritatea contractantă nu reușește să convingă de ce cele două sisteme nu pot face obiectul unor loturi diferite. Așa cum rezultă din capitolul 3.2 Alegerea și justificarea procedurii de atribuire, al aceluiași document, decizia de a nu lotiza a fost luată ținând cont de tipul achiziției – furnizare senzori [Având în vedere tipul achiziției – furnizare senzori – autoritatea contractantă precizează faptul că nu va utiliza impărțirea pe loturi, deoarece nu se poate împărți execuția pe loturi. Conform art. 141 alin. (1) din Legea 98/2016 privind

achizițiile publice, ”Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei.” Așadar, este vorba de un drept și nu o obligație. Având în vedere că este vorba despre un contract de furnizare senzori, autoritatea contractantă consideră imposibilă lotizarea acestei achiziții, ținând cont de faptul că furnizarea acestora se realizează de către o societate de profil specializată.] Rezultă astfel că sistemul de purificare a aerului nici măcar nu a fost luat în calcul. O dovadă în plus, că așa se prezintă lucrurile, sunt și precizările de la capitolul II.2.4) Descrierea achiziției publice din cuprinsul aceleiași strategii unde se vorbește de faptul că pentru implementarea proiectului mai sus menționat este necesară o procedură de achiziție de produse, pentru furnizarea de sisteme de monitorizare continuă a glicemiei în cadrul SJU ....., cu respectarea specificațiilor minime solicitate, conform prevederilor Contractului de finanțare ”Formarea specialiștilor medicali în vederea îmbunătățirii asistenței medicale pediatrice pentru pacienții cu diabet zaharat tip 1 – PEDIDIAB, cod SMIS 110294; Contract POCU 91 / 4 / 8 / 110294”.

În situația dată, se ridică și problema necesității achiziționării sistemului de purificare a aerului, necesitate ce nu este nici pe departe justificată prin intermediul proiectului amintit. Chiar și în punctul de vedere ..... afirmă că este beneficiarul proiectului Formarea specialiștilor medicali în vederea îmbunătățirii asistenței medicale pediatrice pentru pacienții cu diabet zaharat tip 1 – PEDIDIAB, cod SMIS 110294, prin care va pune la dispoziția grupului țintă din cadrul proiectului (220 copii) senzori de monitorizare continuă a glicemiei (sisteme de monitorizare), fără a se face nicio trimitere la sistemul de purificare a aerului. Nici din parcurgerea cererii de finanțare pentru proiectul amintit, [Scopul proiectului consta in cresterea capacitatii de tratament si monitorizare a copiilor cu diabet zaharat de tip 1 in vederea reducerii complicatiilor asociate, prin dezvoltarea competentelor personalului medical specializat. Proiectul prezinta o abordare teoretica si una practica pentru realizarea de proceduri medicale - de tratament clinic si in ambulatoriu centrate pe medic, - de îngrijiri clinic si in ambulatoriu centrat pe asistenti medicali. Obiectivul proiectului este de a îmbunătăţi abilităţile medicilor şi asistenţilor medicali în managementul diabetului tip 1 la copil si utilizarea aparaturii medicale de ultimă generaţie precum şi pentru realizarea de proceduri medicale de tratament şi îngrijiri. Scopul proiectului a fost determinat de cresterea incidentei diabetului zaharat tip 1 la copii si lipsa specialistilor pediatri. Avand in vedere tipul de patologie, este necesara formarea mai multor specialisti medicali precum: diabetologi, pediatrii, asistenti medicali.] nu răzbate o astfel de necesitate.

Astfel, Consiliul face apel și la analiza necesității achiziționării unui astfel de sistem de purificare a aerului în baza proiectului *Formarea*

specialiștilor medicali în vederea îmbunătățirii asistenței medicale pediatrice pentru pacienții cu diabet zaharat tip 1 – PEDIDIAB, cod SMIS 110294. Așa cum se prezintă situația și în baza argumentelor de mai sus, este clar că se impune o regândire a obiectului contractului. Consiliul va sancționa modalitatea de a acționa a autorității, ca prin prevalarea de un proiect finanțat pe fonduri europene ce are un anumit scop (*creșterea capacității de tratament și monitorizare a copiilor cu diabet zaharat de tip 1 în vederea reducerii complicațiilor asociate, prin dezvoltarea competențelor personalului medical specializat*), să achiziționeze orice echipament, care nici măcar nu poate fi încadrat în categoria consumabilelor medicale.

Modificările amintite în cele ce preced sunt esenţiale pentru derularea procedurii, iar o eventuală măsură de remediere a documentației de atribuire şi continuarea procedurii la acest moment este imposibilă fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În privința factorului de evaluare *perioada de garanție aferentă echipamentelor*, despre care autoarea contestației a susținut lipsa sa de aplicabilitate, atât prin raportare la prevederile documentației de atribuire, cât și la specificul produselor solicitate, Consiliul observă că autoritatea contractantă a afirmat în punctul de vedere că va adopta măsuri de remediere. Însă, având în vedere că cele stabilite anterior, în legătură cu reconfigurarea obiectului contractului și împărțirea pe loturi, au înrâurire asupra tuturor cerințelor din fișa de date, inclusiv asupra criteriului de atribuire, se impune o regândire a întregii documentații.

Totodată, Consiliul ține să atragă atenția asupra faptului că, în stabilirea factorului de evaluare, cum este cel de mai sus, trebuie să se țină seama de specificul produselor ce fac obiectul achiziției, fiind necesară diferențierea punctajului pentru fiecare produs în parte și, totodată, stabilirea în mod realist a unei perioade de garanție suplimentară care ar putea fi ofertată și care ar putea oferi un avantaj real.

Cu toate că măsura anulării procedurii este evidentă, urmare a examinării mai sus efectuate, Consiliul va analiza în cele ce urmează și celelalte critici cu privire la specificațiile tehnice ale produsului *sistem de monitorizare* continuă a glicemiei, apreciate ca fiind restrictive.

Din analiza întregului material probator, se constată, astfel cum a prezentat și petenta, că specificațiile funcționale ale produsului *sistem de monitorizare continuă a glicemiei* sunt identice cu cele ale produsului Dexcom G4, ale producătorului Dexcom.

Sunt avute în vedere, următoarele specificații tehnice:

Nr. crt.	Specificații tehnice din caietul de sarcini	Specificații tehnice tehnice aferente produsului Dexcom G4 Platinum (Pediatric)
	SENZOR Senzorul functioneaza pe bază de enzime electrochimice care măsoară glucoza din	Senzor Intervalul de masurare a glicemiei 40-400mg/dl

	lichidul interstițial Intervalul de masurare a glicemiei 40-400mg/dL / 2.2-22.2mmol/L Durata de utilizare: min. 7 zile Conditii de pastrare Temperatura: între : 2°C - 25°C Umiditate: între 0% - 95% RH Sterilizare: Sterilizare prin radiatii Plasarea senzorului: Abdomen (copii cu varsta 2+)	Sterilizare sterilizare prin radiații Condiții de depozitare temperatura: intre 2 și 25^0 C, umiditate: de la 0 la 95% umiditate relativa Durata de utilizare 7 zile Locul de aplicare Adulți: pe abdomen. Copii:abdomen și partea superioara a feselor
	TRANSMITTER Dimensiuni: max. 3.8 x 2.3 x 1.3 cm (L x W x H) Greutate: max. 10 g (incluzand baza senzorului) Distanta de transmitere a datelor & Frecventa: min. 6 metri | 2.4 GHz Conditii de functionare: Temperatura: între 10°C - 42°C Umiditate: între 10% - 95% RH Conditii de pastrare Temperatura: între 0°C - 45°C Umiditate: între 10% - 95% RH Alimentare electrica Baterii oxid de argint ; Non- reincarabile Durata de utilizare/Garantie : min. 6 luni	Transmitter Greutate 10 grame (incluzînd senzorul) Greutate 3.8 * 2.3 * 1.1 cm Transfer date maxim 6 metri Condiții de depozitare temperatura: intre 0 si 42^0 C Umiditate: intre 10 și 95% umiditate relativă Condiții de utilizare: temperatura intre 10 și 42^0 C Umiditate : între 10 și 95% umiditate relativă Garanție : 6 luni
	RECEIVER Dimensiuni 10.1 x 4.6 x 1.3 cm (L x W x H) Greutate 69 g Capaciate de memorie 30 zile Baterie reincarcabila 3 zile Conditii de pastrare / functionare Temperatura: 0°C - 45°C | Umiditate: 10% - 95% RH Garantie 1 an	Receiver Greutate 69 grame Dimensiuni 10.1 * 4.6 * 1.3 cm Frecvența afișării informațiilor: la fiecare 5 minute Memorie interna 30 zile – valori ale glicemiei Condiții de utilizare temperatura: intre 0 şi 45^0 C Umiditate: de la 10 la 95% umiditate relativă Timp de reîncărcare 3 până la 5 ore Baterie Baterie reîncarcabilă prin cablu USB Garnție 12 luni

Prin impunerea unor specificații tehnice proprii produsului aparținând producătorului Dexcom, această concluzie rezultând din redactarea aproape identică a specificațiilor din caietul de sarcini aferente senzorului, transmitter-ului și receiver-ului cu cele ale produsului indicat, autoritatea contractantă a favorizat în mod evident producătorul și furnizorii acestuia.

Deși autoritatea contractantă a susținut că a folosit specificații tehnice existente pe piață la momentul redactării cererii de finanțare, aceasta nu a demonstrat că toate specificațiile impuse sunt comune mai multor mărci care produc produsele ce urmează a fi achiziționate, dimpotrivă, societatea contestatoare a fost cea care a prezentat o analiză comparativă a caietului de sarcini cu specificațiile tehnice ale produsului Dexcom G4. Astfel, Consiliul apreciază că au fost nesocotite următoarele dispoziții normative ale art. 20 alin. (10) din Hotărârea

Guvernului nr. 395/2016, potrivit cărora *„caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante*."

În acelaşi timp, dispoziţiile art. 50 din Legea nr. 98/2016 prevăd:

(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenţei în cazul în care achiziţia ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiţi operatori economici.

De asemenea, dispoziţiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 instituie: *„specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici*."

Rezultă că rolul specificaţiilor tehnice este acela de a descrie cât mai bine produsul, astfel încât să corespundă necesităţilor obiective ale autorităţii contractante, şi nicidecum de a îngrădi accesul ofertanţilor la procedura de atribuire.

În speță, sunt discriminați producătorii care fabrică produse cu parametrii de funcționare diferiți, dar care nu afectează performanța finală a produsului și acoperă necesitățile autorității. De altfel, nu am fi în fața unei proceduri competitive deschise dacă se stabilește anterior demarării procedurii produsul dorit a se achiziționa.

Dacă îndeplinirea cumulativă a tuturor specificațiilor tehnice conduce la ofertarea unui singur produs este evident că suntem în prezența unei restrângeri clare a concurenței. Nici chiar în punctul de vedere cu privire la contestație, spitalul nu reușește să prezinte vreo explicaţie cu privire la modul în care au fost stabilite specificațiile tehnice, atât de ordin tehnic cât şi de ordin clinic, sau cum ar fi afectată această performanţă dacă aceste valori ar fi diferite de cele stabilite. Este importantă obţinerea performanţei şi mai puţin prezintă interes modalitatea în care aceasta este obţinută prin impunerea anumitor valori ori a unui număr de elemente.

Prin modul cum unitatea spitalicească a înțeles să deruleze prezenta procedură a nesocotit și scopul legislației, de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici. În condițiile date, susținerile contestatoarei cu privire la restrângerea concurenței prin trimiterea către un singur producător sunt vădit întemeiate.

În considerarea celor prezentate, stabilind că, în speță, modificarea documentației de atribuire nu poate fi efectuată fără a aduce atingere

principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică reglementate prin dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și anulează procedura de atribuire.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

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

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