

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) 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, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin Director general d-na ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect, s-au solicitat:

„(a) obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire conform celor expuse în cadrul prezentei;

(b) în măsura în care, raportat la stadiul procedurii de atribuire, nu mai sunt posibile măsuri de remediere, obligarea autorității contractante la anularea acesteia”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică documentația de atribuire aferentă lotului 3, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele ante-menționate.

În preambul, ... prezintă considerații privind depunerea în termenul legal a contestației, precizând că, în data de 27.12.2021, a solicitat clarificări autorității contractante remedierea documentației de atribuire, prin eliminarea poziției 1.6 din caietul de sarcini, dar, până la data prezentei, nu a primit răspuns la cererea de clarificare.

În fapt, contestatorul susține că poziția 1.6, parte din structura lotului nr. 3, aparține unui anumit producător, fiind vorba despre produsul HA330 al firmei chinezești Jafron, în opinia sa, includerea acestuia în structura acestui lot neavând vreo justificare legată de

obiectul contractului. Potrivit contestatorului, cerința este o solicitare cu caracter restrictiv utilizată cu unicul scop de a restrânge participarea în cadrul procedurii.

De asemenea, contestatorul apreciază că includerea poziției 1.6 în structura lotului nr. 3 este de natură a afecta actul medical, nefiind recomandată.

În argumentare, contestatorul precizează că produsele care formează obiectul lotului 3, sunt consumabile pentru aparatul de hemofiltrare Prismaflex, în timp ce produsul solicitat pentru poziția 1.6 din caietul de sarcini este cartuș de hemoperfuzie HA330 care nu face parte din categoria consumabilelor pentru aparatul de hemofiltrare Prismaflex.

Pentru procedurile de epurare renală continuă, menționează contestatorul, se folosesc hemofiltre și nu cartușe absorbante, deoarece hemofiltrele permit efectuarea proceselor fizice esențiale de ultrafiltrare, difuzie și convecție în cazul insuficienței renale acute, a retenției/supraîncărcării lichidiene sau ambele.

Mai arată contestatorul că niciun producător de aparate de hemofiltrare/hemodiafiltrare nu recomandă introducerea unor consumabile neautorizate care pot să aducă riscuri grave pacienților. De altfel, subliniază acesta, chiar în instrucțiunile de utilizare a produsului HA 330 scrie că acesta, dacă este folosit împreună cu un filtru de dializa sau hemofiltru, este recomandat a se folosi înaintea filtrului de dializa sau a hemofiltrului. Or, subliniază contestatorul, din caracteristicile tehnice solicitate în caietul de sarcini nu reiese faptul că acesta se poate insera în seturile menționate aferente aparatului Prismaflex decât post filtru, situație nerecomandată de chiar însuși producătorul chinez Jafron. Tot pe paginile respective se regăsește și un grafic cu modul de inserare, și anume prefiltru, nu post filtru.

În acest context, este evident, în opinia contestatorului, riscul major la care ar putea să fie supuși pacienții, aspecte puse în lumină de către cei 2 producători: producătorul aparatului Prismaflex - Baxter/Gambro, respectiv producătorul cartușului adsorbant HA330 - Jafron.

Totodată, contestatorul precizează că între cele 8 produse solicitate, la poziția 1.2, se cere și un *Set terapii continue de suplere renala pentru procedurile de purificare a sângelui în stările septice* care asigură același scop cu poziția 1.6 - Cartuș de hemoperfuzie HA330.

Cu alte cuvinte, pe lângă faptul că produsul de la poziția 1.6 nu este indicat a fi utilizat pentru aparatul de hemodiafiltrare Prismaflex, așa cum s-a arătat anterior, pentru utilitatea medicală pe care acest produs o poate asigura există deja solicitat și bugetat un alt produs, cel de la poziția 1.2.

În concluzie, contestatorul susține că produsul de la poziția 1.6, astfel cum a fost identificat prin caietul de sarcini, este solicitat în mod

nejustificat, exclusiv cu scopul de a favoriza participarea la procedura de atribuire a unui anumit operator economic.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile legale la care s-a făcut referire în contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, învederează următoarele:

Denumirea lotului 3 este greșită, în sensul că aparatul pentru care se dorește achiziția de consumabile, conform caietului de sarcini, este Prismaflex, iar, pentru corectarea acestei erori, se va publica o erată.

Toate consumabilele cuprinse în lotul 3 sunt consumabile ce pot fi utilizate împreună cu aparatul de hemodiafiltrare Prismaflex din dotare, Cartușul de hemoperfuzie de la poziția 1.6 putând fi folosit împreună cu orice aparat de hemofiltrare. Acesta este folosit în cazuri speciale: sepsis, ARDS, trauma, arsuri severe, pancreatită pentru absorbția de citokine.

Potrivit autorității contractante, nu există contraindicații din partea producătorilor referitor la utilizarea cartușului de hemoperfuzie împreună cu aparatul de hemodiafiltrare Prismaflex aflat în dotare. Se mai arată că există producători de aparate de hemodiafiltrare care recomandă utilizarea cartușelor de hemoperfuzie împreună cu aparatele lor, fiind semnate acorduri de colaborare publice.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că în specificațiile tehnice din caietul de sarcini nu se face referire la utilizarea prefiltru sau postfiltru, aceasta decizie fiind la latitudinea medicului care realizează terapia. Mai mult, subliniază achiziția, există producători de aparate de hemodiafiltrare care au în portofoliu cartușe de hemoperfuzie/ coloane de adsorbție /filtre de adsorbție pentru proceduri de hemodiafiltrare.

Totodată, autoritatea contractantă face precizarea că la poziția 1.2 se solicită *set linii și filtru casetat*, cu alte caracteristici, altă compoziție, care operează la alți parametri, menționați în caietul de sarcini, care are o altă indicație față de cartușul de hemoperfuzie menționat la poziția 1.6 și a cărui utilitate este stabilită de medicul care aplică terapia.

Referitor la faptul că este dată denumirea comercială a cartușului de hemoperfuzie, autoritatea contractantă arată că va publica o erată prin care va completa denumirea produsului cu textul "sau echivalent".

Ca mijloace de proba, au fost depuse înscrisuri.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a acordului-cadru împărțit pe loturi,

având ca obiect „*Produse pentru epurare extrarenală și produse pentru hemodiafiltrare*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de ... lei, fără TVA. Data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită pentru 25.01.2021.

Împotriva documentației de atribuire aferentă lotului 3 - *Consumabile hemodiafiltrare pentru aparatul Primasor, ...* (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Cu titlu preliminar, reține Consiliul că, în privința denumirii aparatului indicat în cadrul lotului, respectiv *aparatul Primasor*, autoritatea contractantă arată că aceasta reprezintă o eroare, în fapt, fiind vorba de aparatul Prismaflex. Se mai reține că, la data de 13.01.2022, în secțiunea dedicată a anunțului de participare, a fost publicată o clarificare, iar, la data de 16.01.2022, o erată în acest sens.

Pe fond, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, în fapt, nemulțumirea contestatorului vizează solicitarea produsului de la poziția 1.6 din cadrul lotului, și anume *Cartuș de hemoperfuzie HA330*, cu privire la care, susține contestatorul, că ar fi o cerință restrictivă, pe de o parte, deoarece aparține unui anumit producător, iar, pe de altă parte, că este de natură a afecta actul medical, nefiind recomandată de producătorii aparatelor de hemofiltrare/hemodiafiltrare.

De asemenea, susține contestatorul că acest produs nu face parte din categoria consumabilelor pentru aparatul de hemofiltrare Prismaflex.

Față de aceste argumente, autoritatea contractantă arată că toate consumabilele cuprinse în cadrul lotului 3 pot fi utilizate împreună cu aparatul de hemodiafiltrare Prismaflex din dotare, neexistând contraindicații din partea producătorilor referitor la utilizarea cartușului de hemoperfuzie împreună cu acesta.

În soluționare, relevante vor fi reținute dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, conform cu care specificațiile tehnice reprezintă *cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante*.

De asemenea, se reține că potrivit art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 *specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici*, iar conform art. 156 alin. (2) din lege – *cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator*

economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Așadar, modificarea sau cenzurarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date de cele două temeuri de drept citate mai sus.

Pe de altă parte, nu există o prevedere legală care să oblige autoritatea să accepte produse care nu corespund necesităților sale, iar Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, atâta timp cât acestea îi satisfac interesele. Autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor.

Față de aspectul criticat, observă Consiliul că, la data de 15.01.2022, autoritatea contractantă a publicat o erată în sensul că în secțiunea II.2.4) *Descrierea achiziției publice Lot nr.: 3 Consumabile hemodiafiltrare pentru aparatul Primasol*, în loc de *3 - Consumabile hemodiafiltrare pentru aparatul Primasol 3.6Cartus hemoperfuzie HA330*, se va citi *3 - Consumabile hemodiafiltrare pentru aparatul Prismaflex 3.6Cartus hemoperfuzie HA330 sau echivalent*.

În acest context, reține Consiliul că autorul contestației nu prezintă probe certe din care să rezulte faptul că produsul aferent poziției 1.6-*cartuș de hemoperfuzie HA330 sau echivalent* nu poate fi folosit în scopul invocat de autoritatea contractantă, simpla afirmație că acesta aparține unui alt producător sau că nu face parte din categoria consumabilelor pentru aparatul de hemofiltrare Prismaflex nefiind suficientă pentru eliminarea lui din cadrul produselor ce se intenționează a fi achiziționate.

În demonstrarea temeiniciei criticilor sale, contestatorul ar fi trebuit să probeze faptul că produsul în discuție este un consumabil interzis sau neautorizat de producătorul aparatului de hemofiltrare Prismaflex, ceea ce nu s-a întâmplat, drept care acuzațiile sale au rămas doar la nivel declarativ, insuficient, însă, pentru a se ajunge la rezultatul urmărit. Avertismențele producătorilor din cuprinsul broșurilor invocate de contestator, nu particularizează la produsul în discuție, interdicțiile reclamate fiind unele generale.

Cât privește faptul că el aparține unui anumit producător, se reține că autoritatea contractantă a publicat o erată prin care a adăugat și mențiunea „sau echivalent”, în acord cu dispozițiile art. 156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, față de susținerile contestatorului conform cărora produsul solicitat la poziția 1.2 asigură același scop ca cel aferent poziției

1.6, Consiliul va da prevalență explicațiilor oferite de achizitoare, conform cărora aceste produse au o altă indicație față de cartușul de hemoperfuzie, sens în care se reține că nu operatorii economici, ci autoritatea contractantă este în măsură să-și stabilească propriile necesități, apreciind relevanța unei specificații tehnice sau avantajele impunerii anumitor specificații, în speță, având incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

Redactată în 4 exemplare, conține 6 pagini