

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. ...

Prin contestația nr. 3991/20.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 62770/21.12.2022, formulată de ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal prin administrator ..., cu adresa de corespondență în ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe două loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect **„Pansamente, Compresse”**, s-a solicitat, în prealabil, suspendarea procedurii de atribuire, precum și eliminarea unei cerințe restrictive și limitative impuse prin caietul de sarcini, privitor la **lotul 1**, respectiv modificarea și acceptarea, drept echivalent, a ofertării aceluiași produs cu aceleași proprietăți, siguranță și aceeași eficiență, dar cu posibilitatea impregnării materialului și cu alți agenți anti microbieni, ca de exemplu argintul.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ...SRL critică documentația de atribuire elaborată de ..., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL precizează că, în urma examinării documentației de atribuire, a constatat că, în raport de necesitatea și destinația materialelor sanitare consumabile necesare realizării în deplină siguranță a actului medical în concordanță cu scopul propus, cerința prin care se solicită ca pansamentul să fie impregnat numai cu oxid de cupru este atât restrictivă, discriminatorie, cât și deopotrivă, prohibitivă pentru asigurarea unui cadru onest, obiectiv, atât competitiv, cât și concurențial, pentru participarea la această procedură.

Contestatorul învederează că, în temeiul prevederilor art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, a solicitat acceptarea în ofertare și a

produsului prin echivalență agentul antimicrobian, respectiv impregnarea cu oxid de cupru.

Se apreciază că, prin impunerea ofertării doar a unui consumabil sanitar impregnat cu oxidul de cupru în condițiile în care pe piața produselor de profil există produse având același efect antimicrobian, respectiv pansament cu ioni de argint, autoritatea contractantă a generat din start, o adresabilitate în ofertare unidirecțională și discriminatorie.

Se subliniază indubitabil că argintul este folosit pe scară largă fiind prezent în portofoliul multor producători de plasturi (pansamente).

De asemenea, în argumentarea caracterului restrictiv al cerinței ofertării unui material consumabil sanitar doar impregnat cu oxid de cupru se încalcă, după cum se susține, prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece acest produs este patentat de către un inventator, în speță, Jeffrey Gabbay și asigurată exclusivitatea în producerea acestui material impregnat cu oxid de cupru în favoarea firmei MEDCU care în baza studiilor clinice realizate arată unicitatea și segmentarea pieței doar pe acest canal de fabricație și distribuție.

În probațiune, contestatorul atașează documentul de patentare cu serie, număr, dată și emitent, broșura privind caracteristicile unice a acestui pansament impregnat doar cu oxid de cupru, însoțite de studiul clinic al invenției.

Se apreciază că, prin eliminarea acestei condiționări unice fără posibilitatea de acceptare și a altui agent antimicrobian cu același efect, s-ar crea un mediu prin care doar un singur operator economic ar putea fi admis în cadrul evaluării tehnice, contrar principiului oferirii unui tratament egal și nediscriminatoriu între agenții economici.

Contestatorul prezintă argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire, în condițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016.

În situația în care autoritatea contractantă va proceda, în condițiile prevăzute de art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la remedierea corespunzătoare, în mod obiectiv și ner restrictiv, a criticilor aduse asupra caietului de sarcini, contestatorul precizează că va renunța la acțiunea în contestație.

În drept, se invocă dispozițiile art.8 alin.2, art.22 din Legea nr.101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Autoritatea contractantă nu a transmis până la data prezentei, în ciuda dispozițiilor art. 18 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, dar și a adreselor nr. ... respectiv nr. ..., documentele aflate la dosarul achiziției publice și nici punct de vedere referitor la contestație.

Văzând dispozițiile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, conform cărora lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației în măsura în care aceasta a fost comunicată autorității contractante, Consiliul, având în vedere că prezenta contestația a fost

transmisă inclusiv autorității contractantă așa cum rezultă din adresa însoțitoare transmisă CNSC prin mail, va trece la soluționarea contestației de față.

Soluționarea contestației va fi efectuată cu luarea în considerare a probatoriului depus de contestator în susținerea demersului său și a documentelor regăsite în SEAP ca fișiere electronice ale anunțului de participare nr. ...

...SRL a constituit cautiunea în quantum de 1.593,00 lei prin recipisa de consemnare nr. 208698609/1 din 27.12.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia.

Din analiza susținerilor contestatorului 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, pe două loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect **„Pansamente, Compresse”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..., la care a anexat documentația de atribuire.

Valoarea estimată a achiziției este între 105.980 și 1.042.500 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Împotriva documentației de atribuire aferentă lotului 1 – *„Pansamente impregnate cu oxid de cupru”*, ...SRL a depus contestația de față, solicitând remedierea acesteia în sensul acceptării inclusiv a altor produse cu același efect antimicrobian.

Cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației, a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. .../28.12.2022. În prezent procedura este suspendată.

Examinând contestația, Consiliul ia act că autorul acesteia este nemulțumit de documentația de atribuire aferentă lotului 1, susținând că este nelegală sub aspectul specificației tehnice constând în impunerea substanței cu care să fie impregnat produsul *„pansament”* ce se dorește a fi achiziționat, respectiv *oxid de cupru*, respectiva specificație tehnică fiind, în opinia contestatorului, una restrictivă și discriminatorie câtă vreme pe piață există produse care prezintă același efect.

De asemenea, susține contestatorul că produsul solicitat este *patentat de către un inventator, Jeffrey Gabbay, și asigură exclusivitatea în producerea acestui material impregnat cu oxid de cupru în favoarea firmei MEDCU care în baza studiilor clinice realizate arată unicitatea și segmentarea pieței doar pe acest canal de fabricație și distribuție*, afirmație pe care înțelege să o probeze cu *documentul de patentare cu serie, număr, dată și emitent, broșura privind caracteristicile unice a acestui pansament impregnat doar cu oxid de cupru, însoțite de studiul clinic al invenției*.

În soluționare, Consiliul reține a avea relevanță prevederile art. 20 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora **Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, care conduc la concluzia că autoritatea contractantă este singura în măsură să-și cunoască necesitățile și, implicit, să le descrie în cadrul caietului de sarcini, dar și prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora 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.**

Autoritatea contractantă nu a combătut sub nicio formă susținerile contestatorului, înțelegând să nu transmită la dosar vreun punct de vedere referitor la contestație, context în care criticile contestatorului probate cu documentele menționate sunt reținute de Consiliu ca întemeiate prin raportare la ultimele prevederi legale enunțate, invocate și de contestator.

Procedura de atribuire inițiată de autoritatea contractantă, prin definiție, presupune dreptul oricărui operator economic de a depune ofertă (art. 71 din Legea nr. 98/2016), nu doar al acelor care comercializează produsul descris prin caietul de sarcini, întrucât prin asigurarea acestei poziții privilegiate, prin intermediul specificațiilor tehnice stabilite, se nesocotește principiul accesului neîngrădit, care stă la baza acestei proceduri, dar și a oricărei proceduri competitive.

Art. 155 alin. (6) din legea achizițiilor prescrie că 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.

Prin derogare, pentru a se încadra în limitele legii, o procedură care să fie deschisă unei sfere extrem de restrânse de operatori economici trebuie să dispună de o justificare detaliată, riguroasă și obiectivă a circumstanțelor care au determinat restrângerea competiției, or, din niciun înscris aflat la dosarul cauzei nu se identifică o asemenea justificare.

Desigur, determinarea oportunității unei anumite achiziții intră în atribuțiile autorității contractante, însă specificațiile tehnice stabilite nu trebuie să constituie un obstacol în asigurarea unei concurențe reale.

Cenzurarea specificațiilor tehnice impuse pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării ipotezei art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și cea a art. 156 alin. (2) din același act normativ.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), că unul dintre

obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer Rundfunk și alții [C-337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.

Scopul legislației privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum sunt specificațiile preluate de la un anumit produs, cum este cazul în speță. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură, respectiv la cei care comercializează acest produs. Dincolo de exprimarea de la art. 156 alin. (2) din legea achizițiilor publice, redat mai sus, specificațiile tehnice pot conduce către un anumit produs, chiar fără a prelua denumirea lui.

Raportat la ansamblul celor reținute, Consiliul apreciază a fi necesară remedierea specificației tehnice aferentă lotului 1, criticată, astfel încât să fie înlăturat caracterul restrictiv și să se permită ofertarea și a altor produse care răspund necesităților autorității contractante.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va dispune remedierea caietului de sarcini aferent lotului 1, în sensul de mai sus, precum și publicarea în SEAP a remedierii intervenite, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu stabilirea unei nou termen limită de depunere a ofertelor.

Decizia este obligatorie pentru părți, în temeiul art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

Admite contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ..., și dispune remedierea caietului de sarcini aferent lotului 1, în sensul celor de mai sus, dar și publicarea în SEAP a remedierii intervenite, în termen

de 15 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei nou termen limită de depunere a ofertelor.

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.

...