CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 23 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C..../...
Data: ...

Prin contestația nr. 223/26.05.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 21185/30.05.2017 și respectiv, sub nr. 21567/31.05.2017, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de Director General, a contestat documentația de atribuire emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziție proteze ortopedice și materiale de osteosinteză”, Lot 1 „Implanturi ortopedice”, cod CPV 33183100-7, (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ...și a solicitat anularea procedurii de atribuire, refacerea caietului de sarcini cu respectarea dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. a) - f), art. 50 alin. (2), art. 155 alin. (2) și (6) și art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și reluarea procedurii de achiziție cu privire la lotul 1, cu respectarea dispozițiilor legii achizițiilor publice.

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

În susținerea contestației sale, contestatoarea SC ...SRL consideră că autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire ce face obiectul cauzei cu încălcarea dispozițiilor Legii nr. 98/2016 și a HG nr. 395/2016, în sensul că divizarea pe loturi din cadrul caietului de sarcini s-a efectuat fără a ține cont, în opinia sa, de dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a) - f), art. 50 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatoarea face trimitere la fișa de date a achiziției, cap. II.1.6 „Obiectul Contractului”, în care clasificarea CPV s-a făcut cu menționarea distinctă a două coduri CPV, respectiv:

- 33183100-7, pentru care nu a fost creată o împărțire pe loturi a celor 33 de poziții ale lotului 1, deși produsele ce fac obiectul lotului 1 sunt de categorii diferite, în timp ce pentru

- 33183200-8 a fost creată o împărțire pe loturi a celor 19 produse, acestea fiind, de asemenea, de categorii diferite, prin urmare criteriul care a stat la baza conceperii loturilor pentru cod CPV 33183200-8, unde s-a ținut cont de aplicabilitatea produselor, nu a stat și la baza conceperii loturilor pentru cod CPV 33183100-7, unde toate produsele au fost introduse în același lot. În acest sens, contestatoarea invocă dispozițiile art. 141 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, contestatoarea consideră că toate cele 33 produse ce fac parte din lotul 1 se pot constitui în 33 loturi distincte, fiind aplicabile pentru intervenții chirurgicale diferite, iar prin introducerea tuturor materialelor de osteosinteză într-un singur lot se restrânge concurența, dezavantajând în mod nejustificat anumiți operatori economici, care, în cazul în care nu comercializează un singur produs dintre cele 33 de produse, nu pot participa la procedura de atribuire.

Față de acest aspect, contestatoarea face precizarea că materialele de osteosinteză stipulate în cadrul caietului de sarcini pentru lotul 1 nu sunt aplicabile aceluiași tip de intervenții, ele fiind implementate în mod diferit și distinct și nu pot fi folosite ca alternativă, între ele, în cadrul aceleiași intervenții chirurgicale.

Astfel, contestatoarea observă că pentru lotul 1 sunt solicitate, spre ofertare, 33 produse din categorii diferite și cu aplicabilitate diferită, iar pentru loturile 2-11 sunt solicitate produse din categorii diferite, dar ținându-se cont de aplicabilitatea produselor.

Contestatoarea apreciază că modalitatea de concepere a loturilor pentru codul CPV 33183200-8, unde s-a ținut cont de aplicabilitatea produselor nu a stat și la baza conceperii loturilor pentru codul CPV 33183100-7, unde toate produsele au fost introduse în același lot, astfel că în continuare contestatoarea exemplifică cum au fost împărțite loturile de către autoritatea contractantă, de unde rezultă că prin solicitarea tuturor materialelor de osteosinteză într-un singur lot s-a restrâns concurența, fiind favorizați, respectiv dezavantajați, anumiți operatori economici.

O altă critică adusă de contestatoare vizează prevederea din caietul de sarcini, de la cap. „Cerințe de calificare”, privind livrarea tuturor produselor, inclusiv a implanturilor ortopedice, „doar sterile, cu valabilitate de minim 3 ani de la data livrării, cu prezență marker de sterilizare pe ambalaj”, prevedere care nu permite accesul tuturor operatorilor economici interesați, îngrădind posibilitatea acestora de participare la procedură și nefiind în concordanță cu prevederile art. 2 alin. (2) lit. a), b) și d), art. 155 alin. (2) și (6) și art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele mai sus prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației sale.

De asemenea, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 21743/1817 C5/31.05.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ..., între altele, înaintarea documentelor necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, prin adresa nr. 21745/1817 C5/31.05.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei SC ...SRL, în temeiul dispozițiilor art. 11 alin. (1), (2) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să precizeze obiectul contestației, respectiv solicitarea/ solicitările adresate Consiliului cu privire la actele atacate (Lot 1), notificarea prealabilă și răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă (dacă există) din care să reiasă data luării la cunoștință precum și să înainteze dovada transmiterii către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea SC ...SRL a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 21745/1817 C5/31.05.2017, prin adresa nr. 266/02.06.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 21863/06.06.2017 și respectiv, sub nr. 22537/08.06.2017.

Contestatoarea SC ...SRL menționează că a anexat contestației notificarea prealabilă și dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă, precizând că răspunsul la aceasta a fost publicat în SEAP după împlinirea termenului legal.

În ceea ce privește precizarea obiectului contestației, contestatoarea reiterează solicitările din conținutul contestației sale, respectiv: anularea procedurii de atribuire, refacerea caietului de sarcini cu respectarea dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. a)-f), art. 50 alin. (2), art. 155 alin. (2) și (6) și art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și reluarea procedurii de achiziție cu privire la lotul 1, cu respectarea dispozițiilor legii achizițiilor publice.

În continuare, contestatoarea redă același conținut din cererea sa introductivă.

Prin adresa nr. 22240/07.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 22901/09.06.2017, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere nr. 22114/07.06.2017 referitor la contestație, însoțit de copia dosarului achiziției publice necesare soluționării acesteia.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că pentru lotul 1, cod CPV: 33183100-7 – implanturi ortopedice – au fost solicitate 33 de produse, care fac parte din osteosinteza de bază în cadrul unei secții de ortopedie - traumatologie (tije, plăci, șuruburi), acestea fiind solicitate întrucât există mai multe componente comune, respectiv plăci de diferite dimensiuni care trebuie fixate și stabilizate cu șuruburi confecționate din același material și de la același producător, pentru a nu exista diferențe în

ceea ce privește componența materialului și pentru a evita apariția pilelor electrice la contactul celor două materiale, pila electrică ducând la coroziune și la degradarea montajelor de osteosinteză și implicit, la eșecul intervențiilor chirurgicale.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei SC ...SRL referitoare la împărțirea lotului 1, în lot pentru membrul superior și lot pentru membrul inferior, așa cum sunt ofertate loturile de proteze, autoritatea contractantă exemplifică faptul că sunt ofertate tije blocate centromedulare atât pentru membrul superior, cât și pentru membrul inferior, dar care au în componența lor șuruburi de zăvorare comune de aceleași dimensiuni, precum și părți comune de instrumentar de implantare, aspecte care se traduc prin achiziții minime din partea spitalului, dar și prin timp de intervenție scăzut în cazul acestor implantări, cu risc minim de infecție.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că se pot folosi, pentru anumite fracturi de humerus, plăci de osteosinteză care se stabilizează, fie cu șuruburi de corticală de diametru 4,5 mm, fie cu șuruburi de corticală de diametru 3,5 mm, lucru care ar limita folosirea acestora dacă lotul ar fi împărțit în lot pentru membrul superior și lot pentru membrul inferior.

Astfel, autoritatea contractantă face precizarea că toate produsele solicitate la lotul 1 sunt produse cu caracteristici tehnice minime pentru o intervenție sigură, care nu îngrădesc participarea sau restrângerea artificială a concurenței.

Totodată, se mai arată că au fost solicitate implanturi din oțel-inox și aliaj din titan, motivat de faptul că au un preț mai scăzut, respectiv pentru cazurile care necesită examinare IRM (imagistică prin rezonanță magnetică).

În final, autoritatea contractantă subliniază că, pentru a nu restrânge dreptul de participare al agenților economici, a revenit asupra cerinței solicitate la lotul 1, și anume că aceste produse să fie obligatoriu ambalate individual, sigilate, cu marker de sterilizare și valabilitate minim 3 ani de la data livrării, acceptând ca acestea să fie livrate nesteril, întrucât materialele de osteosinteză se pot steriliza/resteriliza ori de câte ori este nevoie, cu toate că un produs steril este maniera corectă de a fi folosit, deoarece sterilizarea implanturilor în mod repetat afectează în timp structura cristalină a acestora și duce la scăderea rezistenței mecanice, lucru care se repercutează asupra sănătății pacienților prin degradarea montajelor de osteosinteză.

Având în vedere cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației.

Prin adresa nr 23420/1817 C5/13.06.2017 Consiliul a invitat contestatoarea SC ...SRL, la data de 15.06.2017 în vederea studierii dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 288/19.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 24363/19.06.2017, contestatoarea SC ...SRL a comunicat concluzii scrise

ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, prin care a reiterat o parte din susținerile din cererea sa introductivă.

Contestatoarea face precizarea că materialele de osteosinteză solicitate pentru codul CPV 33183100-7, în lotul 1, nu sunt aplicabile aceluiași tip de intervenții, ele fiind implantabile în mod diferit și distinct membrului inferior sau membrului superior și nici nu pot fi folosite ca alternativă, între ele, în cadrul aceleiași intervenții chirurgicale, de unde rezultă că produsele ar fi trebuit să fie solicitate spre ofertare în loturi distincte.

Referitor la răspunsul autorității contractante la Notificarea prealabilă, contestatoarea consideră că acesta nu respectă termenul legal prevăzut la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, potrivit căreia pentru lotul 1 au fost solicitate 33 de produse deoarece fac parte din osteosinteza de bază în cadrul unei secții de ortopedie – traumatologie, având mai multe componente comune, contestatoarea observă că aceste elemente comune sunt, în principal, niște șuruburi pe care le regăsește în toată argumentația autorității contractante, alături de niște tije și plăci, neexistând nicio asigurare că aceste șuruburi vor fi livrate de la același producător, deoarece toți furnizorii de astfel de implanturi ortopedice au ca și bază de aprovizionare externă minimum doi producători, pentru a fi asigurați în cazul întreruperii producției unuia dintre aceștia.

Contestatoarea subliniază că sistemele de implanturi sunt confecționate de către producători conform standardelor în vigoare, producătorii fiind obligați să respecte anumite indicații de material, făcând astfel, trimitere la cerințele caietului de sarcini din secțiunea „Cerințe de calificare”.

În acest sens, contestatoarea învederează că produsele pe care societatea sa le comercializează au certificarea europeană și îndeplinesc standardele de calitate ISO solicitate de către autoritate contractantă, astfel că, referirea făcută cu privire la „diferite plăci de diferite dimensiuni care trebuie fixate și stabilizate cu șuruburi confecționate din același material”, este îndeplinită și nu poate fi condiționată de sintagma „și de la același furnizor”, materialul fiind specific și comun tuturor producătorilor certificate CE.

Contestatoarea arată că toate cele 33 de produse solicitate în cadrul codului CPV 3318300-7, lotul 1, sunt aplicabile, fiecare în parte, unui anumit tip de fractură, ele nefiind comune, ci specific fiecărui tip de fractură.

În continuare, contestatoarea subliniază că însuși modul de consultare a pieței pentru întocmirea documentației necesare procedurii de achiziție publică vine în susținerea contestației și dovedește temeinicia acesteia, făcând astfel trimitere la pag. 70-72 din dosarul achiziției, din care rezultă modul de consultare a pieței care conduce, în opinia acesteia, la favorizarea unor ofertanți. Astfel, se arată că pentru codul CPV 33183100-7, lot 1, a fost consultat un singur furnizor, care a ofertat

financiar pentru toate cele 33 de produse ale lotului, iar pentru codul CPV 33183200-8, loturi 2-11, au fost consultați doi furnizori (unul dintre cei doi fiind același care a ofertat și pentru codul CPV 33183100-7, lot 1), ambii ofertând financiar, ceea ce a dus la împărțirea produselor pentru protezare în 10 loturi distincte.

Contestatoarea concluzionează că pentru codul CPV 33183100-7, lot 1, unde a existat un singur ofertant, a fost constituit un singur lot pentru toate cele 33 produse, la codul CPV 33183200-8, loturi 2-11, unde a existat și al doilea ofertant, au fost constituite 10 loturi distincte pentru a putea da posibilitate și celui de-al doilea ofertant să participe la procedură doar la cele 5 loturi ofertate financiar.

Mai mult, SC ...SRL învederează că a participat la procedură, în cadrul codului CPV 33183200-8, pentru lotul nr. 9, pentru care a depus toată documentația solicitată în caietul de sarcini.

De asemenea, contestatoarea încunoștințează că pentru codul CPV 33183200-8, cel de-al doilea furnizor consultat nu a ofertat pentru toate loturile, ci doar pentru 5 loturi, „exact pentru cele pentru care a fost consultat".

În ceea ce privește afirmația autorității contractante din punctul de vedere „părțile comune de instrumentar de implantare, lucru care se traduce prin achiziții minime din partea spitalului", contestatoarea susține că în caietul de sarcini este specificat, ca și cerință de calificare, faptul că „Ofertantul câștigător va pune la dispoziția spitalului, în mod gratuit, cu drept de folosință, instrumentarul necesar implantării materialelor de osteosinteză, pe toată durata derulării contractului și până la implantarea ultimei piese de osteosinteză aflată în stocul spitalului".

Referitor la cerința din fișa de date a achiziției privind experiența similară „care să ateste că ofertantul a livrat în ultimii 3 ani produse similare în valoare de cel puțin /.../", contestatoarea apreciază că se încalcă dispozițiile art. 50 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și nu permite ofertanților, care nu se încadrează în acele valori, să participe la procedură.

În același timp, se arată că, această condiție referitoare la atestarea unei experiențe similare, nu respectă normele de confidențialitate, fiind solicitate date și documente din cadrul altor relații contractuale, beneficiari, cantități și prețuri, respectiv nu este specificat care este criteriul aplicabil: valoarea sau numărul de unități vândute.

Totodată, contestatoarea reiterează faptul că prevederea cuprinsă în caietul de sarcini la cap. „Cerințe de calificare" privind livrarea tuturor produselor, inclusiv a implanturilor ortopedice, doar „sterile, cu valabilitate de min. 3 ani de la data livrării, cu prezență marker de sterilizare pe ambalaj" nu permite accesul la procedură tuturor operatorilor economici interesați.

Având în vedere toate aspectele mai sus prezentate, contestatoarea SC ...SRL apreciază că în cadrul documentației de atribuire, împărțirea pe loturi a fost concepută fără a se ține seama de prevederile dispozițiilor

legale în materie, cu încălcarea drepturilor sale și posibila avantajare a altor operatori participanți la procedură.

Prin adresa nr. 24411/1817 C5/19.06.2017, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă ... că poate transmite susțineri față de concluziile scrise comunicate de contestatoare prin adresa nr. 288/19.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 24363/19.06.2017.

Până la data emiterii prezentei decizii, autoritatea contractantă nu a formulat niciun răspuns la adresa CNSC nr. 24411/1817 C5/ 19.06.2017.

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, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziție proteze ortopedice și materiale de osteosinteză", coduri CPV 33183100-7 (Rev. 2) și 33183200-8 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 175392/13.05.2017, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare" la 19.06.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" și o valoare estimată fără TVA între 149.755 RON și 6.058.719 RON.

În temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ...SRL i-a transmis autorității contractante, Notificarea prealabilă nr. 201/18.05.2017 prin care a criticat solicitarea tuturor materialelor de osteosinteză într-un singur lot și cerința caietului de sarcini privind livrarea tuturor produselor, inclusiv a implanturilor ortopedice doar „sterile cu valabilitate de min. 3 ani de la data livrării, cu prezență marker de sterilizare pe ambalaj", solicitând anularea procedurii în baza art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și „reluarea procedurii de atribuire la o dată ulterioară având la bază o documentație de atribuire elaborată în conformitate cu legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice și legislațiilor conexe".

În cadrul termenului prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă nu a formulat niciun răspuns la notificarea prealabilă mai sus menționată, însă, în data de 25.05.2017 ora 13:10 a publicat în SEAP documentul intitulat „Răspuns Notificare prealabilă" prin care își menține decizia de a nu împărți lotul 1 și precizează următoarele, în ceea ce privește cerința produselor solicitate la lotul 1 și anume ca aceste produse să fie obligatoriu ambalate individual, sigilate cu marker de sterilizare și valabilitate minim 3 ani de la data livrării: „cu toate că aceasta este maniera corectă de a se livra și folosi implanturile de osteosinteză, putem accepta ca acestea să fie livrate nesteril, întrucât aceste materiale de osteosinteză se pot resteriliza ori de câte ori este nevoie. Facem acest lucru tocmai pentru a nu restrânge dreptul de participare al agenților economici, cu toate că sterilizarea implanturilor în mod repetat afectează în timp structura cristalină a acestora și duce deci la scăderea rezistenței mecanice prin degradarea montajelor de steosinteză".

La data de 29.05.2017, SC ...SRL a transmis Consiliului, prin mijloace electronice (e-mail) contestația nr. 223/26.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 21185/30.05.2017 prin care a solicitat:

- „Anularea procedurii de atribuire a contractului cadru publicat prin anunțul de participare nr. 175392/13.05.2017 - Achiziție proteze ortopedice și materiale de osteosinteză";

- „Refacerea caietului de sarcini cu respectarea dispozițiilor art. 2 al. (2) lit. a) – f), art. 50 al. (2), art. 155 al. (2) și al. (6), art. 156 al. (2) din lege achizițiilor publice";

- „Reluarea procedurii de achiziție cu privire la întregul lot de produse ce a format obiectul licitației deschise, cu respectarea dispozițiilor legii achizițiilor publice".

În cadrul contestației, SC ...SRL critică faptul că autoritatea contractantă nu a împărțit pe loturi cele 33 de poziții ale lotului 1, deși produsele sunt de categorii diferite, restrângându-se astfel concurența și dezavantajând anumiți operatori economici care nu comercializează decât un produs din cele 33. Pentru lotul nr. 1 sunt solicitate spre ofertare 33 produse din categorii diferite și cu aplicabilitate diferită, iar pentru loturile nr. 2 – 11 sunt solicitate spre ofertare produse din categorii diferite dar s-a ținut cont de aplicabilitatea produselor (cu referire la tip de intervenție și membru inferior/superior ce urmează a fi protezat).

De asemenea, contestatoarea critică prevederea cuprinsă în caietul de sarcini privind livrarea tuturor produselor – inclusiv a implanturilor ortopedice doar „sterile, cu valabilitate de min. 3 ani de la data livrării, cu prezență marker de sterilizare pe ambalaj", considerând că aceasta este restrictivă și încălcând prevederile art. 2 alin. (2) lit. a), b) și d), art. 155 alin. (2) și (6) și art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În cadrul concluziilor scrise nr. 288/19.06.2017, înregistrate la CNSC sub nr. 24363/19.06.2017, autoarea contestației dezvoltă criticile din contestație, însă formulează și o critică nouă cu privire la cerința nr. 1 privind experiența similară menționată la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din anunțul de participare nr. 175392/13.05.2017 și fișa de date a achiziției.

Această critică va fi respinsă ca inadmisibilă având în vedere faptul că în cadrul adresei nr. 201/18.05.2017, reprezentând notificarea prealabilă, întocmită în conformitate cu dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016, nu se regăsește și această pretinsă încălcare a legislației privind achizițiile publice, în aceste condiții scopul procedurii prealabile și în consecință scopul legii nefiind realizat pentru critica menționată mai sus.

Legea nr. 101/2016 stipulează, pe de o parte, la art. 6 alin. (1) lit. a) obligația contestatoarei de a transmite autorității contractante o notificare, conform dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. a), în termen de *„a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea*

spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii", iar pe de altă parte, obligația acesteia de a transmite autorității contractante o contestație, în cadrul termenului legal de contestare, stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Așa cum rezultă din conținutul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma „se poate face numai după", utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Instituirea procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ are un dublu scop: dă posibilitatea autorității contractante să-și repare ea însăși eventualele greșeli, asigurându-se astfel o cale mai rapidă de restabilire a legalității și protejează operatorul economic, acesta având posibilitatea de a obține anularea actului printr-o procedură administrativă, simplă și rapidă.

Consiliul apreciază că scopul legii nu a fost atins în cauză, în ceea ce privește critica nouă formulată de contestatoare în cadrul concluziilor scrise nr. 288/19.06.2017, înregistrate la CNSC sub nr. 24363/ 19.06.2017, în condițiile în care această critică nu se regăsește în notificarea prealabilă pe care contestatoarea i-a transmis-o autorității contractante.

Astfel, Consiliul apreciază că se impune să existe identitate de motive între notificarea prealabilă și contestație, pentru a se atinge scopul instituirii procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ. Numai astfel autoritatea contractantă poate examina în cunoștință de cauză pretențiile solicitantului, în condițiile legii, înainte de a fi sesizat Consiliul.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca fiind inadmisibilă critica autoarei contestației referitoare la cerința nr. 1 privind experiența similară menționată la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din anunțul de participare nr. 175392/13.05.2017 și fișa de date a achiziției.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a împărțit pe loturi cele 33 de poziții ale lotului 1, deși produsele sunt de categorii diferite, restrângându-se astfel concurența și dezavantajând anumiți operatori economici care nu comercializează decât un produs din cele 33. Se susține că pentru lotul nr. 1 sunt solicitate spre ofertare 33 produse din categorii diferite și cu aplicabilitate diferită, iar pentru loturile nr. 2 – 11 sunt solicitate spre ofertare produse din categorii diferite dar s-a ținut cont de aplicabilitatea produselor (cu referire la tip de intervenție și membru inferior/superior ce urmează a fi protezat).

Verificând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că:

- în cadrul Fișei de date a achiziției, la punctul II.1.6) Clasificare CPV (vocabularul comun privind achizițiile), autoritatea contractantă a menționat două coduri CPV: 33183100-7 Implanturi ortopedice (Rev.2) și 33183200-8 Proteze ortopedice (Rev.2);

- Caietul de sarcini a fost structurat, în funcție de cele două coduri CPV mai sus menționate astfel:

• **Cod CPV 33183100-7 (Rev. 2) Implanturi ortopedice:**

Lotul nr. 1 compus din 33 poziții și anume:

1. Tijă blocată centromedulară universală de femur;
2. Tijă blocată centromedulară de reconstrucție tibie;
3. Tijă blocată centromedulară de reconstrucție humerus;
4. Cui proximal de femur oțel;
5. Cui proximal de femur titan;
6. Tijă centromedulară elastică ender;
7. Placă dreaptă radius și peroneu;
8. Placă semitubulară;
9. Placă în Y;
10. Placă în T epifiză distală de radius;
11. Placă de reconstrucție;
12. Placa în T humerus;
13. Placă pentru disjunctie acromio-claviculară;
14. DHS;
15. DCS;
16. Placă dreaptă tibie și humerus;
17. Placă în T, L platou tibial
18. Placă mulată pilon tibial;
19. Placă trefla pilon tibial;
20. Placă osteotomie supratuberozitară tibie;
21. Placă condil femural;
22. Placă blocată humerus proximal;
23. Placă blocată pilon tibial;
24. Placă blocată radius distal titan;
25. Șuruburi de corticală 3,5 mm;
26. Șuruburi de corticală 4,5 mm;
27. Șuruburi de maleolă 4,5 mm;
28. Șuruburi de spongie 6,5mm;
29. Șaibe de osteosinteză;
30. Broșe de osteosinteză;
31. Sârmă de osteosinteză;
32. Șuruburi cu dublu filet cu autorupere tip Herbert;
33. Șurub de spongie canelat – 6,5 mm

• COD CPV 33183200-8 (Rev. 2) Proteze ortopedice:

„Lotul nr. 1” (în realitate lotul 2 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Proteze de șold de prima intenție, cu următoarele produse:

1.1 Proteză totală de șold cimentată cu cupă semiretentivă;

1.2 Proteză totală de șold necimentată cu cotil elastic;

1.3 Proteză totală de șold necimentată cu cupă universală (cuplu ceramică incasantă/ polietilenă crosslinkată);

„Lotul nr. 2" (în realitate lotul nr. 3 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Proteză bipolară de șold cimentată, compusă din: cupă bipolară, componentă femurală și capul femural.

„Lotul nr. 3" (în realitate lotul nr. 4 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Proteză bipolară de șold necimentată, compusă din:
cupă bipolară, componentă femurală și capul femural.

„Lotul nr. 4" (în realitate lotul nr. 5 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Proteze de șold de revizie, cu următoarele produse:

4.1 Proteză cimentată de revizie de șold;

4.2 Proteză necimentată de revizie de șold;

„Lotul nr. 5" (în realitate lotul nr. 6 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Ciment ortopedic cu antibiotic;

„Lotul nr. 6" (în realitate lotul 7 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Componente de revizie, cu următoarele produse: placă de cerclaj, placă cu gheare pentru fixarea voletului trohanterian, inel de reconstrucție acetabulară, cabluri de ranforsare;

„Lotul nr. 7" (în realitate lotul nr. 8 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Spacere de șold cu următoarele produse: Spacer de șold cu coadă scurtă și Spacer de șold cu coadă lungă.

„Lotul nr. 8" (în realitate lotul nr. 9 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Proteză pentru hemiartroplastia de șold;

„Lotul nr. 9" (în realitate lotul nr. 10 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Proteză totală de genunchi posterostabilizată cu platou anatomic, compusă din: componentă femurală, componenta tibială și insertul tibial;

„Lotul nr. 10" (în realitate lotul nr. 11 al procedurii de atribuire, așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției - punctul II.1.4) - Sistem universal de protezare a umărului ce asigură toate configurațiile (parțială, totală cimentată și necimentată) cu instrumentar și implanturi comune, cu următoarele produse: proteza monopolară de umăr, proteză totală de umăr cimentată și proteză totală de umăr necimentată.

Raportat la critica analizată, Consiliul constată incidența în cauză a următoarelor prevederi legale:

- **Legea nr. 98/2016:**

▪ art. 3 lit. c) potrivit căruia „acordul-cadru” este *„acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere”;*

▪ art. 3 lit. lit. dd) potrivit căruia „lotul” reprezintă *„fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”.*

▪ art. 50 alin. (1) și (1):

„(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 concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”;

▪ art. 141 alin. (1), (2) și (3):

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(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 capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

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

- HG nr. 395/2016:

▪ art. 9 alin. (3) lit. f) – *„(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: (...) f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”.*

Raportat la dispozițiile legale în vigoare (diferite de cele statuate de legislația anterioară, respectiv OUG nr. 34/2006), împărțirea pe loturi a unui contract devine regula în materia achizițiilor publice.

În speță, autoritatea contractantă a procedat la împărțirea pe loturi a contractatului, contestatoarea criticând faptul că toate cele 33 de produse ce fac parte din lotul 1 ar fi trebuit împărțite în 33 de loturi distincte întrucât „prin solicitarea tuturor materialelor de osteosinteză într-un singur lot s-a restrâns concurența fiind favorizați și dezavantajați în mod nejustificat anumiți operatori economici. (...) materialele de osteosinteză solicitate în lotul nr. 1 nu sunt aplicabile aceluiași tip de intervenții, ele fiind implantabile în mod diferit și distinct (în funcție de fractura și de natura acesteia), membrului inferior sau membrului superior, si nici nu pot fi folosite ca alternativă, între ele, în cadrul aceleiași interventii chirurgicale, de unde rezulta că produsele solicitate ar fi trebuit să fie solicitate spre ofertare în loturi distincte (...) deoarece aceste produse sunt aplicabile pentru intervenții chirurgicale diferite".

În cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă a menționat următoarele: *„Toate aceste produse fac parte din osteosinteza de bază în cadrul unei secții de ortopedie - traumatologie (tije, plăci, șuruburi). Aceste produse au fost solicitate în lot întrucât există mai multe componente comune și aici se poate face referire la plăci de diferite dimensiuni care trebuiesc fixate și stabilizate cu șuruburi confecționate din același material și de la același producător, pentru a nu exista diferențe în ceea ce privește componența materialului și pentru a evita în felul acesta apariția pilelor electrice la contactul celor două materiale, pila electrică ducând la coroziune și la degradarea montajelor de osteosinteză și implicit la eșecul intervențiilor chirurgicale.*

(...) Toate produsele solicitate la lotul 1 sunt produse cu caracteristici tehnice minime pentru o intervenție sigură, caracteristici care, din punctul nostru de vedere, nu îngrădesc participarea sau restrângerea artificială a concurentei. De asemenea, au fost solicitate implanturi din oțel-inox și aliaj din titan din următoarele motive: pe de o parte am solicitat implanturi din oțel-inox întrucât acestea au un preț mai scăzut și implanturi din aliaj de titan pentru cazurile care necesită examinare IRM (imagistică prin rezonanță magnetică)".

Verificând stadiul procedurii de atribuire în cauză, Consiliul constată că, așa cum rezultă din documentul intitulat „Procesul-verbal intermediar nr. 1 vizualizare documente SEAP", transmis la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 24507/ 21.06.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 24.767/21.06.2017, în cadrul lotului contestat [nr. 1 aferent codului CPV 33183100-7 (Rev. 2) Implanturi ortopedice] au depus oferte doi operatori economici (SC ... SRL și SC ...SRL), ca și în cazul majorității celorlalte loturi, excepție făcând loturile 5, 10 și 11 în cadrul cărora a fost depusă o singură ofertă.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că, inclusiv, din modul în care autoritatea contractantă a realizat consultarea

pieței se observă clar că a favorizat un anumit ofertant, Consiliul reține că în conformitate cu dispozițiile art. 139 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Înainte de inițierea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are **dreptul** de a organiza consultări ale pieței în vederea pregătirii achiziției, prin raportare la obiectul contractului de achiziție publică, și pentru a informa operatorii economici cu privire la planurile de achiziție și cerințele avute în vedere în legătură cu acestea, făcând cunoscut acest lucru prin intermediul SEAP, precum și prin orice alte mijloace”.*

Astfel, textul de lege prevede un drept și nu o obligație a autorității contractante, art. 18 din HG nr. 395/2016 statuând **posibilitatea** autorității contractante de a derula procesul de consultare a pieței, astfel încât faptul că în cadrul tabelului întocmit de către autoritatea contractantă privind consultarea pieței se regăsesc doar prețuri ale SC MEDICAL OTOVIT nu și ale altor ofertanți, nu poate fi în niciun caz „sancționat” de Consiliu și considerat un indiciu care să conducă la faptul că autoritatea contractantă a intenționat să favorizeze această societate.

Raportat la critica autoarei contestației, Consiliul constată că toate cele 33 de produse (tije, cuie, plăci, șuruburi, șaibe, sârmă etc.), reprezintă materiale de osteosinteză, conform Dicționarului Explicativ al Limbii Române, „osteositeza” reprezentând „Intervenție chirurgicală care constă în reunirea și imobilizarea fragmentelor unui os fracturat cu ajutorul unor plăci sau fire metalice”, în consecință cele 33 de produse având aceeași natură.

De asemenea, Consiliul reține ca relevante susținerile autorității contractante referitoare la faptul că cele 33 de produse solicitate fac parte din osteosinteza de bază în cadrul unei secții de ortopedie – traumatologie, astfel încât este necesar ca autoritatea contractantă să dețină toate aceste produse, lipsa unuia putând conduce la imposibilitatea desfășurării actului medical în bune condiții, sub acest aspect având relevanță ofertarea în cadrul unui singur lot.

În acest context, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă este singura în măsură să-și identifice nevoile raportat la produsele pe care dorește să le achiziționeze, în speță având incidență și principiul „asumării răspunderii” reglementat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016. Modul în care autoritatea contractantă a decis împărțirea pe loturi în cadrul prezentului contract reflectă nevoile sale pentru realizarea în condiții optime a activității medicale.

În cadrul prezentei cauzei, autoarea contestației nu a făcut dovada faptului că prin includerea celor 33 de produse în cadrul unui lot ar fi restrânsă concurența, dimpotrivă realitatea dovedind același nivel de concurență în cadrul mai multor loturi (inclusiv lotul în discuție).Conform dispozițiilor art. 249 C.proc.civ.: „Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”, această regulă fiind exprimată prin adagiul „actori incubit onus probandi” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Faptul că autoarea contestației ar putea oferta „16 produse pe care le comercializează” este lipsit de relevanță din moment ce există pe piață operatori economici care pot furniza toate produsele incluse în acest lot astfel încât necesarul autorității contractante să poată fi asigurat permanent.

Pe de altă parte, Consiliul constată că art. 53 din Legea nr. 98/2016 prevede dreptul operatorilor economici de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant, în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire.

Luând în considerare cele mai sus menționate, reținând ca pertinente susținerile autorității contractante, Consiliul va respinge această critică a autoarei contestației.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii contestatoarei referitoare la următoarea cerință menționată în cadrul caietului de sarcini aferent lotului 1, și anume: „Produsele vor fi ambalate individual, sigilate și sterile- valabilitate minim 3 ani de la data livrarii- ambalajul trebuie să prezinte marker de sterilizare pe ambalaj”, autoarea contestației considerând că cerința în discuție este restrictivă și încălcă prevederile art. 2 alin. (2) lit. a), b) și d), art. 155 alin. (2) și (6) și art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum rezultă din cuprinsul punctului de vedere și al răspunsului la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a achiesat la aceasta, în consecință Consiliul va respinge ca fiind rămasă fără obiect această critică a contestatoarei.

În ceea ce privește obiectul contestației, astfel cum a fost precizat de către contestatoare prin concluziile scrise nr. 288/19.06.2017, înregistrate la Consiliul sub nr. 24363/19.06.2017 și anume: „contestația vizează (...) întreaga procedură de achiziție a cărei anulare se solicită cu reluarea acesteia cu respectarea dispozițiilor legale”, reținând că SC ...SRL a formulat critici concrete doar cu privire la lotul 1 [cod CPV 33183100-7 (Rev. 2) Implanturi ortopedice], Consiliul constată că prin actuala contestație autoarea acesteia nu a făcut dovada faptului că prezenta procedură de atribuire este viciată astfel încât să se impună anularea în totalitate a acesteia, în acest context Consiliul reținând că SC ...SRL are calitatea de ofertant în cadrul lotului 9.

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

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 nefondată, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.