Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

**În conformitate cu prevederile art. 14 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 înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun..... nr....., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul..... nr...., sector..., împotriva documentației de atribuire aferente procedurii de licitație deschisă, organizată de către .....”..., cu sediul în mun..... nr....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul încheierii acordului-cadru având ca obiect: „...” - cod..., s-a solicitat, pentru lotul 1:

(i) Anularea, în parte, a documentației de atribuire în ceea ce privește cerința privind soluția de back-up pentru asigurarea continuității furnizării oxigenului medicinal;

(ii) obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere necesare, respectiv, la modificarea cerinței privind soluția de back-up în caz de avarie, prin eliminarea obligației de a asigura această soluție prin intermediul unui dispozitiv medical mobil și înlocuirea acesteia cu o soluție bazată pe butelii de oxigen medicinal;

(iii) cheltuieli de judecată pe cale separată.

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., al cărui conținut se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /...09] Contestatie lot 1.pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP, contestație formulată de..., împotriva documentației de atribuire aferente prezentei proceduri, contestatorul solicită cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

Contestatorul apreciază că cerința privind asigurarea unui back-up prin intermediul unui dispozitiv medical mobil este nelegală și are un caracter restrictiv, susținând că autoritatea contractantă elimină, în mod nejustificat, posibilitatea ofertării unor soluții echivalente care nu implică utilizarea unui dispozitiv medical, dar care pot asigura necesarul de oxigen în caz de avarie într-un mod chiar mai eficient.

În opinia sa, calificarea unui produs drept „dispozitiv medical” nu constituie un criteriu de performanță al soluției de back-up. Pentru siguranța pacienților nu este relevantă calificarea juridică ori tehnologică a soluției, ci capacitatea acesteia de a asigura, în mod efectiv și pentru perioada necesară, cantitatea de oxigen, debitul și presiunea necesare tratamentului.

Acesta consideră că menținerea cerinței în forma actuală nu numai că restrânge nejustificat concurența, ci nici nu asigură în mod adecvat atingerea obiectivului declarat al autorității contractante.

De asemenea, contestatorul susține că buteliile de oxigen medicinal reprezintă o soluție de back-up adecvată, nerestrictivă și prezintă avantaje obiective în situații de avarie, menționând că soluția de back-up bazată pe butelii de oxigen medicinal cu regulator de presiune încorporat răspunde pe deplin necesității autorității contractante, prezintă avantaje obiective în situații de avarie și, în același timp, permite participarea în condiții concurențiale a furnizorilor de oxigen medicinal.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă susține că cerința a fost stabilită de autoritatea contractantă având în vedere caracterul critic al alimentării cu oxigen medicinal în cadrul Secției de... și necesitatea asigurării continuității actului medical în situația unei avarii sau indisponibilității temporare a sursei principale de alimentare.

Precizează că, prin formularea acestei cerințe, nu a urmărit impunerea unui anumit producător, model sau a unei tehnologii determinate, ci asigurarea existenței unei soluții de rezervă care să permită administrarea oxigenului medicinal pacienților din cadrul Secției de... în situația menționată.

Totodată, menționează că documentația de atribuire, inclusiv cerința contestată, a fost pusă la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați, aceștia având posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la orice aspect pe care l-ar fi considerat neclar, restrictiv sau susceptibil de interpretări diferite.

Astfel, menționează că, anterior depunerii ofertei și în perioada destinată solicitărilor de clarificări, din partea contestatarei nu a fost formulată nicio solicitare de clarificare referitoare la această cerință.

Cu toate acestea, pentru eliminarea oricărei interpretări restrictive, autoritatea contractantă precizează că sintagma „un dispozitiv medical

mobil care să asigure necesarul de oxigen medicinal” nu trebuie interpretată ca impunând în mod exclusiv o anumită soluție constructivă.

Astfel, sunt acceptate și soluții tehnice echivalente, inclusiv o soluție bazată pe butelii de oxigen medicinal, cu condiția ca aceasta să fie corespunzător dimensionată și să permită asigurarea necesarului de oxigen medicinal al Secției de... în cazul unei avarii la sursa principală de alimentare.

Aceasta afirmă că urmărește îndeplinirea unei cerințe funcționale, respectiv asigurarea continuității administrării oxigenului medicinal în situație de avarie și nu impunerea unui anumit produs sau echipament.

În opinia sa, soluția propusă de ofertant trebuie să fie prezentată în cadrul propunerii tehnice și să conțină suficiente informații tehnice pentru ca autoritatea contractantă să poată verifica îndeplinirea cerinței, inclusiv capacitatea și caracteristicile soluției propuse, precum și documentele de conformitate și autorizare aplicabile.

Astfel, consideră că nu se însușește susținerea potrivit căreia, cerința ar exclude o soluție bazată pe butelii de oxigen medicinal, întrucât, o astfel de soluție poate fi acceptată în măsura în care îndeplinește cerința funcțională stabilită prin documentația de atribuire.

Prin urmare, autoritatea apreciază că necesitatea asigurării unei soluții de back-up pentru Secția de... este justificată obiectiv de specificul activității medicale și de necesitatea asigurării continuității alimentării cu oxigen medicinal în cazul unei avarii la sursa principală, iar cerința nu este destinată restrângerii nejustificate a concurenței.

Aceasta subliniază faptul că soluția de back-up poate fi realizată prin orice modalitate tehnică echivalentă care îndeplinește cerința funcțională solicitată și respectă prevederile legale și tehnice aplicabile. Totodată, autoritatea contractantă menționează că procedura de atribuire pentru lotul nr.... a fost suspendată până la data soluționării contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite note scrise prin care susține că motivele de nelegalitate prezentate prin contestație rămân valabile

Notele scrise ale contestatorului nu vor fi redate în prezenta decizie însă vor fi luate în considerare în soluționarea contestației.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din... în cuantum de..., eliberată de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

.....”..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „...”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... este nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a stabilit, prin caietul de sarcini

aferent lotului nr...., cerința privind soluția de back-up destinată secției de terapie intensivă, apreciind că, prin impunerea unui dispozitiv medical mobil, autoritatea contractantă a transformat o cerință funcțională, aceea de a se asigura continuitatea administrării oxigenului medicinal în caz de avarie la sursa principală de alimentare, într-o obligație de a pune la dispoziție o anumită categorie de produse, excluzând astfel, în mod nejustificat, soluțiile tehnice echivalente, în special pe cea bazată pe butelii de oxigen medicinal.

Consiliul reține că, la capitolul....1 din caietul de sarcini, aflat în dosarul achiziției sub denumirea *„Caiet sarcini oxigen.pdf”,* la pag. 6, în cadrul descrierii lotului nr.... Oxigen medicinal lichid, autoritatea contractantă a stabilit că *„Totodata, furnizorul trebuie sa puna la dispozitia autoritatii contractante pentru sectia de terapie intensiva o solutie de back-up, ce va fi folosita pentru administrarea oxigenului in cazul unei avarii la sursa principala de alimentare- un dispozitiv medical mobil care sa asigure necesarul de oxigen medicinal”*, precizând, în continuare, că: *„Livrarea acestui dispozitiv medical se va face in termen de 15 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru. Furnizorul va detalia in propunerea tehnica dispozitivul medical, caracteristicile tehnice, garantie si va pune la dispoziție avizul de funcționare emis de.... Dispozitivul va fi pus la dispoziție pe toata perioada derularii acordului cadru”, aceasta fiind ce*rința a cărei anulare se solicită prin contestație.

Prin punctul de vedere transmis, autoritatea contractantă nu a susținut că soluția bazată pe butelii de oxigen medicinal nu ar putea acoperi necesarul secției de terapie intensivă, ci, dimpotrivă, a arătat că sintagma *„un dispozitiv medical mobil care să asigure necesarul de oxigen medicinal”* nu trebuie interpretată ca impunând, în mod exclusiv, o anumită soluție constructivă și că *„sunt acceptate și soluții tehnice echivalente, inclusiv o soluție bazată pe butelii de oxigen medicinal, cu condiția ca aceasta să fie corespunzător dimensionată și să permită asigurarea necesarului de oxigen medicinal al Secției de... în cazul unei avarii la sursa principală de alimentare”, subliniind că*, de fapt, urmărește îndeplinirea unei cerințe funcționale, iar nu impunerea unui anumit produs sau echipament.

Analizând cerința contestată prin raportare la cadrul legal aplicabil, Consiliul reține că, potrivit art. 155 alin. (1), (2) și (6) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, *„(1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției. (2) Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuție a lucrărilor, fabricație a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conținutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziționate, dar cu condiția*

*ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia. (...) (6) 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 potrivit art. 156 alin. (1) lit. a) din același act normativ, specificațiile tehnice se pot stabili *„..."*.

Din economia acestor dispoziții rezultă că specificațiile tehnice trebuie să descrie ceea ce are efectiv nevoie autoritatea contractantă, iar nu o anumită categorie particulară de produse prin care ar putea fi satisfăcută necesitatea sa, deoarece scopul normelor de mai sus este asigurarea concurenței sau, altfel spus, de a lăsa deschisă calea.... Or, în speță, necesitatea obiectivă a autorității contractante, astfel cum a fost descrisă de aceasta însăși atât în caietul de sarcini, cât și în punctul de vedere, nu este aceea de a deține, pe durata celor 48 de luni ale acordului-cadru, un dispozitiv medical mobil indiferent de caracteristicile tehnice ale acestuia, ci aceea ca, în situația unei avarii la sursa principală de alimentare, pacienții secției de terapie intensivă să poată beneficia în continuare, fără întrerupere, de oxigen medicinal.

Câtă vreme rezultatul urmărit este continuitatea administrării oxigenului medicinal, iar nu deținerea unui anumit tip de echipament, calificarea soluției de rezervă drept dispozitiv medical nu constituie o cerință de performanță sau funcțională, ci o modalitate de reglementare a produsului, care nu caracterizează capacitatea efectivă a acestuia de a alimenta o secție de terapie intensivă, astfel încât impunerea ei nu decurge din obiectul contractului în sensul art. 155 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul nu va putea reține susținerea autorității contractante potrivit căreia cerința ar fi una funcțională, iar formularea acesteia nu ar exclude soluția bazată pe butelii de oxigen medicinal, deoarece cerința din caietul de sarcini nu se limitează la a indica un dispozitiv medical mobil, ci este dublată de obligația ca furnizorul să pună la dispoziție *„avizul de funcționare emis de...", document care ți*ne exclusiv de regimul juridic al dispozitivelor medicale, reglementat prin Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în timp ce buteliile de oxigen medicinal nu sunt dispozitive medicale, ci ambalaje ale unui medicament, punerea lor pe piață fiind guvernată de autorizația de punere pe piață.

Rezultă că, un ofertant care ar propune o soluție de rezervă bazată pe butelii s-ar afla în imposibilitatea obiectivă de a prezenta documentul solicitat expres prin caietul de sarcini și, pe cale de consecință, oferta sa ar putea fi respinsă pentru neîndeplinirea unei cerințe pe care documentația de atribuire o califică drept minimală.

Consiliul va reține, totodată, că cerința contestată nu conține niciun parametru cuantificat prin care să se poată determina performanța solicitată pentru soluția de back-up, respectiv debitul,

presiunea, autonomia, durata de acoperire sau numărul de posturi din secția de terapie intensivă care trebuie deservite, singura determinare fiind aceea, cu totul generică, potrivit căreia dispozitivul trebuie *„să asigure necesarul de oxigen medicinal”*, formulare care nu permite nici ofertanților să determine obiectul contractului și să își dimensioneze oferta, nici comisiei de evaluare să verifice în mod obiectiv îndeplinirea cerinței, ceea ce contravine condiției impuse de art. 156 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 conform căruia *„...”.*

Or, o cerință construită în această modalitate permite, cel puțin teoretic, ofertarea unui dispozitiv medical mobil al cărui debit s-ar putea dovedi insuficient pentru consumul simultan al întregii secții de terapie intensivă și exclude, în același timp, o soluție bazată pe butelii care ar putea fi dimensionată tocmai pentru a acoperi acest necesar, de unde rezultă că restrângerea operată prin documentația de atribuire nu numai că limitează accesul operatorilor economici la procedură, dar nici nu este de natură să asigure atingerea obiectivului declarat al autorității contractante.

Caracterul nejustificat al restricției este confirmat și de modul în care autoritatea contractantă a elaborat celelalte loturi ale aceleiași proceduri, întrucât, la pct.... din capitolul dedicat lotului nr.... Oxigen medicinal gazos, la pag. 7 din același caiet de sarcini, aceasta a prevăzut, ca soluție de rezervă, o *„Statie de reducere a presiunii cu butelii de oxigen medicinal pentru BACK-UP”*, respectiv o *„Statie de reducere a presiunii cu 2 x 5 butelii oxigen medicinal...%”,* proiectată în conformitate cu standardele DIN... și ISO 9170-1, ceea ce înseamnă că autoritatea contractantă recunoaște, în propria documentație de atribuire, caracterul adecvat al soluției bazate pe butelii pentru asigurarea continuității administrării oxigenului medicinal în caz de avarie, fără a exista vreo justificare obiectivă, expusă în cuprinsul documentației sau în punctul de vedere, pentru care aceeași soluție nu ar fi potrivită în cazul lotului nr.....

În ceea ce privește apărarea potrivit căreia cerința ar trebui interpretată ca permițând și soluțiile echivalente, Consiliul reține că poziția exprimată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei nu este de natură să modifice conținutul documentației de atribuire, deoarece, potrivit art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, *„După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP.”*, iar în dosarul achiziției nu se regăsește nicio măsură de remediere adoptată și publicată în SEAP cu privire la cerința contestată, singurul act emis ulterior

de autoritatea contractantă fiind Clarificarea nr...., publicată în SEAP la data... sub denumirea „Raspuns clarificari o*xigen.pdf", care privește exclus*iv lotul nr.... și clauzele modelului de acord-cadru, fără a se referi în vreun fel la cerința privind soluția de back-up de la lotul nr.....

Câtă vreme, documentația de atribuire a rămas nemodificată, ea continuă să producă efecte în forma publicată, fiind obligatorie deopotrivă pentru operatorii economici la elaborarea ofertelor și pentru comisia de evaluare în exercitarea atribuțiilor sale exclusive prevăzute la art. 127 alin. (1) din... nr...., cu modificările și completările ulterioare, astfel încât, o interpretare exprimată numai în cuprinsul punctului de vedere transmis CNSC nu poate fi opusă ofertanților și nu poate constitui temei pentru acceptarea, în etapa de evaluare, a unei soluții pe care documentația o exclude.

Nici apărarea potrivit căreia contestatorul nu ar fi solicitat clarificări cu privire la cerința contestată anterior formulării contestației nu poate fi reținută, deoarece art. 8 din Legea nr. 101/2016 nu condiționează exercitarea căii de atac administrativ-jurisdicționale de formularea prealabilă a unei solicitări de clarificări, astfel încât, împrejurarea invocată de autoritatea contractantă nu produce niciun efect asupra dreptului contestatorului de a sesiza Consiliul în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) raportat la art. 8 alin. (2) din același act normativ.

Cu toate acestea, Consiliul nu va putea admite contestația în integralitate, deoarece, prin cel de-al doilea capăt de cerere, contestatorul solicită nu numai eliminarea obligației de a asigura soluția de back-up prin intermediul unui dispozitiv medical mobil, ci și înlocuirea acesteia cu o soluție bazată pe butelii de oxigen medicinal, or o asemenea măsură ar însemna ca soluția de rezervă să fie din nou descrisă prin indicarea unei singure modalități tehnice de realizare, reproducându-se astfel viciul constatat prin prezenta decizie.

Stabilirea specificațiilor tehnice reprezintă atributul exclusiv al autorității contractante, care este singura în măsură să își cunoască necesitățile și să le cuantifice, Consiliul neputându-se substitui acesteia, ci putând doar, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, să o oblige la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate.

Raportat la cele evocate, Consiliul constată că elaborarea documentației de atribuire nu se reduce la enunțarea produselor sau echipamentelor pe care autoritatea contractantă și le dorește, ci presupune identificarea necesității reale, traducerea acesteia în cerințe de performanță măsurabile și verificabile, precum și asigurarea faptului că orice operator economic care poate satisface necesitatea astfel descrisă are acces efectiv la procedură, deoarece numai în acest mod poate fi asigurată respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și proporționalității consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Câtă vreme, în speță, cerința privind soluția de back-up descrie o categorie de produse în locul unei performanțe, este lipsită de orice parametru care să permită verificarea măsurii în care soluția acoperă necesarul secției de terapie intensivă și este contrazisă chiar de cerințele formulate în cadrul lotului 2, se impune obligarea autorității contractante la reformularea ei, cu menținerea deplină a dreptului acesteia de a stabili nivelul de performanță pe care îl consideră necesar.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....”... și va obliga autoritatea contractantă la modificarea și republicarea în SEAP a cerinței privind soluția de back-up aferentă lotului 1, cu respectarea legislației incidente și a considerentelor prezentei.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, în rest, ca neîntemeiată, contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....”....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**DECIDE:**

Admite, în parte, contestația formulată de..., în contradictoriu cu .....”... și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei decizii, să modifice și să publice în SEAP cerința anulată, stabilind-o prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, cu indicarea parametrilor minimi care trebuie asigurați de soluția de back-up, precum debitul, presiunea, autonomia și numărul de posturi deservite din secția de terapie intensivă, cu acceptarea oricărei soluții tehnice care să răspundă acestor parametri, inclusiv a unei soluții bazate pe butelii de oxigen medicinal corespunzător dimensionate, cu corelarea documentelor de conformitate și de autorizare solicitate cu regimul juridic al soluției ofertate și cu prelungirea....

Respinge, în rest, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu .....”....

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor**
**în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare ... Consilier de soluționare
... ... ...

Redactat practicaua deciziei
...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.