



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... aparținând ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată prin ... înaintată împotriva documentației de atribuire, Lot 1, întocmită de ... cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Furnizare reactivi de laborator – 1. pachet (lot) de microbiologie I minim 2 – maxim 40”, invitație de participare nr. ... s-a solicitat Consiliului anularea procedurii de atribuire.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația, în parte și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea prezentei decizii, prin emiterea unui anunț tip erată, care să conțină măsurile de remediere a documentației de atribuire reținute în motivarea de mai jos.

Respinge cererea de anulare a procedurii, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. atacă documentația de atribuire pentru lotul 1 – pachet de microbiologie I minim 2 – maxim 40, întocmită de ... în procedura mai sus arătată, cu referire la definirea de către autoritatea contractantă a produselor ce urmează a fi livrate în cadrul pachetului (lotului) 1, considerând că maniera de redactare a documentației de atribuire este de natură a restrânge în mod artificial concurența, permițând accesul la contracte de furnizare, finanțate din fonduri bugetare sau asimilate acestora, numai unor operatori economici și îngrijind accesul la procedură altor operatori economici, nesocotind astfel prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În fapt, contestatoarea susține că autoritatea contractantă comasează în cadrul lotului criticat produse fără legătura necesară între ele, atât din punct de vedere comercial, cât și funcțional, realizând astfel pachete de produse într-o configurație arbitrar stabilită și nemotivată din perspectiva constrângerilor rezonabile ale autorității contractante sau a obiectivelor vizate de aceasta prin încheierea unui acord-cadru de furnizare reactivi.

Contestatoarea arată că prevederile documentației de atribuire relative la acest lot sunt elocvente pentru modul în care autoritatea contractantă stabilește aceste „pachete de produse”, accesibile numai acelor operatori economici care, întâmplător sau nu, comercializează toate aceste produse, deși nicio constrângere de ordin tehnic sau legal nu impune astfel de configurații de comercializare.

De asemenea, contestatoarea menționează că microcomprimătele de antibiogramă și mediile de cultură gata turnate, solicitate de autoritatea contractantă, aparțin aceluiași domeniu de testare. Cu toate acestea, fiecare produs din cadrul lotului poate fi oferat separat, fiind destinat pentru efectuarea de testări diferite, fără ca vreo împrejurare de ordin tehnic sau legal să poată motiva comasarea acestora în același lot.

Contestatoarea mai arată că utilizarea acestora se face prin „metode manuale” de testare, astfel cum rezultă chiar din cadrul documentației de atribuire, lucru ce implică faptul că nu există un

aparatură sau o metodologie care să creeze o dependență de un anumit tip de reactivi cu specificații tehnice unice, dependență care, în mod singular, ar fi justificată această artificială comasare de produse.

Suplimentar, contestația precizează că nu există niciun standard de calitate referitor la testele de susceptibilitate la antibiogramă (cele mai cunoscute la noi în țară fiind CLSI, CA-SFM, EUCAST), care să impună proveniența de la același producător al microcomprimatelor și al mediilor de cultură, întrucât acestea nu sunt interdependente.

În concluzie, singurul element de unitate al acestor produse, a căror furnizare autoritatea contractantă o solicită comasat rezidă, în faptul că urmează să fie utilizate în cadrul aceluiași laborator.

Contestația consideră că acest motiv, ce ține exclusiv de comoditatea celor însărcinați cu achizițiile publice în cadrul autorității contractante, nu poate constitui fundamentul restrângerii concurenței și discriminării operatorilor economici ce activează în domeniu, funcție nu de capacitatea lor de livrare a produselor farmaceutice în general, ci de opțiunea acestora pentru o configurație anumită a produselor ce urmează să fie comercializate.

Deși, potrivit prevederilor art. 17 din OUG nr. 34/2006, *autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire*, contestația susține că autoritatea contractantă ... prin modul de stabilire a pachetului contestat, încalcă toate aceste principii.

Astfel, în ceea ce privește principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, contestația precizează că includerea în documentația de atribuire a unor combinații particulare de produse, intenționată sau nu, conduce la favorizarea unor furnizori și defavorizarea altora, dat fiind că, în raport de combinația de produse stabilită arbitrar de autoritatea contractantă, vor putea participa la procedura de achiziție numai acei ofertanți care, potrivit comerțului lor, au în stoc/producție/ofertă respectiva combinație de produse.

Referitor la principiul transparenței, contestația menționează că, atunci când constrângerile autorității contractante impun licitarea „la pachet” a mai multor produse independente între ele, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să justifice cu claritate motivele obiective pentru care comasarea bunurilor ce fac obiectul procedurii de achiziție se impune. Pregătirea unor liste de produse ce urmează să fie achiziționate, fără redactarea unei note justificative privind motivele ce justifică licitarea „la pachet” a unor produse care ar putea fi, la fel de bine, achiziționate independent

unele de altele, constituie o violare manifestă a principiului transparenței.

În ceea ce privește principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, contestatoarea arată că, prin diminuarea semnificativă a concurenței dintre operatorii economici, ofertele receptate de către autoritatea contractantă vor conține, în mod previzibil și chiar verificabil, condiții de preț și execuție mai puțin avantajoase autorității contractante. Ori, preconditionia obținerii celor mai bune condiții existente pe piață implică încurajarea activă a concurenței loiale dintre operatorii economici și nu îngrădirea accesului unora la procedurile de achiziție publică. Maniera de licitare „la pachet” nu poate conduce decât la o nesocotire a principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, întrucât îngustarea concurenței are consecința inevitabilă angajarea unor fonduri bugetare suplimentare pentru executarea respectivului contract de achiziție publică.

Concluzionând, în raport de opțiunea autorității contractante de a licita „la pachet” mai multe produse în cadrul loturilor contestate, în lipsa unui element unificator care să justifice o astfel de opțiune, contestatoarea solicită Consiliului cenzurarea unei astfel de conduite și, date fiind prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006 (*dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului*), anularea procedurii de achiziție.

Prin adresa nr. 4849/ înregistrată la CNSC sub nr. 29452/ autoritatea contractantă comunică faptul că, în temeiul art. 256³ din OUG nr. 34/2006, a suspendat procedura de atribuire, până la soluționarea pe fond a contestației.

Prin adresa nr. 7562/30.10.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 29647/30.10.2014, contestatoarea a transmis Consiliului documentul intitulat *Răspuns față de punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă* prin care menționează că în procedura de achiziție de reactivi anterioară celei contestate, respectiv nr. 364460/09.09.2014, a participat cu lot incomplet - doar microcomprimate antibiogramă, întrucât nu comercializează medii de cultură gata de utilizare.

Întrucât oferta sa a fost declarată inacceptabilă, cum de altfel au fost declarate și celelalte două oferte concurente, contestatoarea precizează că, la inițierea noii proceduri a decis contestarea lotului în cauză, astfel încât atât compania sa, cât și altele, să poată participa.

Contestatoarea consideră că afirmația privind faptul că: *în cadrul primei runde de licitație au prezentat oferte doi operatori economici nu înfrânge* obiectul contestației depuse, ci îl întărește, numărul redus de operatori economici care au participat la procedură fiind

dovada certă că această manieră de *lotizare* restrânge concurența în mod artificial.

Referitor la acuzația privind *tergiversarea procedurii cu consecințe asupra desfășurării activității medicale din cadrul Spitalului*, contestatoarea menționează că acest lucru a fost obținut cu succes chiar de către autoritatea contractantă, prin încadrarea în același lot a unor reactivi ce nu sunt interdependenți, respectiv medii de cultură și microcomprimate pentru antibiogramă.

Dacă autoritatea contractantă ar fi împărțit, încă de la prima procedură, acest pachet în două loturi distincte, probabil că până la această dată ar fi avut încheiat acord-cadru pentru ambele game de produse și nu ar mai fi fost necesară inițierea unei noi proceduri și, în acest mod ar fi avut și mai multe posibilități de a alege o ofertă cât mai avantajoasă din punct de vedere calitate - preț.

În ceea ce privește observația autorității contractante că *aceste produse sunt supuse din punct de vedere tehnic unor proceduri de lucru diferite în funcție de tipul furnizorului, putând produce disfuncționalități rezultatului investigației medicale de laborator cu consecințe asupra stabilirii unui diagnostic exact*, contestatoarea consideră că aceasta nu se susține, întrucât, așa cum a precizat și în cadrul contestației inițiale, nu există niciun standard de calitate (CLSI, EUCAST, etc.) care să impună proveniența mediilor de cultură și a microcomprimatelor de antibiogramă de la același furnizor, întrucât acestea nu sunt interdependente.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea apreciază nu numai că răspunsurile autorității contractante nu sunt de natură a furniza argumente pentru legalitatea procedurii, dar, mai mult, valorează în sine o admitere a criticilor sale privind motivele inacceptabile din punct de vedere legal pentru care s-a procedat la această comasare de produse.

Prin adresa nr. 4849/ înregistrată la CNSC sub nr. 29452/ autoritatea contractantă a înaintat Consiliului punctul de vedere la contestație formulată de ... solicitând Consiliului respingerea ei, considerând că nu există niciun motiv legitim care să susțină anularea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că, în fapt, contestatoarea consideră că documentația de atribuire împiedică depunerea unei oferte fără a menționa o cauză concretă, limitându-se la aprecieri generale și subiective.

Precizează autoritatea contractantă că inițierea procedurii de achiziție de reactivi reprezintă o continuare a unei prime runde de licitație (invitație de participare nr. 364460 din 09.09.2014), la care contestatoarea a participat și față de care aceasta nu a avut nicio

obiecțiuni, procedură ce nu a putut fi finalizată, datorită lipsei unei oferte acceptabile.

În ceea ce privește invocarea de către contestatoare a încălcării principiilor consacrate de legislația în domeniul achizițiilor publice, respectiv îngrădirea accesului la procedură, autoritatea contractantă susține că a întocmit documentația de atribuire în conformitate cu prevederile legale în materie, respectiv procedura de achiziție a reactivilor de laborator să fie împărțită pe loturi, dat fiind specificitatea acestora raportat la aparatura medicală de laborator din cadrul spitalului.

Astfel, lotizarea reactivilor și consumabilelor necesare desfășurării activității medicale s-a stabilit în conformitate cu art. 25 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, loturi pe «pachet (lot) biochimie aparat Mindray, pachet (lot) serologie și pachet (lot) microbiologie» însumând tipurile de reactivi și consumabile specifice procedurilor și circuitelor din laboratorul spitalului, nerestricționând prezentarea de oferte prin stabilirea unor criterii de calificare excesive care să limiteze numărul ofertanților.

O altă motivație avută în vedere de autoritatea contractantă a fost și aceea că potențialii ofertanți să poată asigura întreg pachetul de reactivi și consumabile, la termenul din contract, precum evitarea acumulării de stocuri în laborator, cu opțiunea încheierii unui acord-cadru.

Autoritatea contractantă arată faptul că aceste produse (reactivi) din punct de vedere tehnic sunt supuse unor proceduri de lucru diferite, în funcție de „tipul și furnizorul”, putând produce disfuncționalități rezultatului „investigației medicale” de laborator, cu consecințe asupra stabilirii unui diagnostic exact.

Menționează autoritatea contractantă că, în cadrul primei runde de licitație, au prezentat oferte doi operatori economici, iar până la data prezentei s-a depus o ofertă în cadrul procedurii din speță, înfrângându-se susținerile contestatoarei, referitoare la îngrădirea accesului operatorilor economici la procedură.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că încălcarea principiilor enunțate de contestatoare nu presupune întocmirea unei documentații de atribuire aferente unei proceduri de achiziție publică care să satisfacă interesele comerciale ale unui singur operator economic, în speță ... care nu deține în stoc un produs din cadrul lotului.

Prin prisma obiecțiunilor contestatoarei, raportat la procedura de achiziție publică, aceasta a urmărit tergiversarea procedurii cu consecințe asupra desfășurării activității medicale din cadrul spitalului, apreciază autoritatea contractantă.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că acțiunea contestatoarei este netemeinică și nelegală, motiv pentru care solicită Consiliului respingerea, deoarece nu există niciun motiv legitim care să susțină anularea procedurii de atribuire.

Cu adresa nr. 5020 din 06.11.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 30071 din 07.11.2014, autoritatea contractantă a transmis „copia dosarului achiziției publice, precum și corespondența purtată cu contestatoarea”.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect „Furnizare reactivi de laborator”, cod CPV 33696000-5 – *Reactivi și produse de contrast* (Rev. 2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ...

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire pentru Lotul 1, ... a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând anularea procedurii de atribuire.

Privitor la criticile pe fond ale contestatoarei, Consiliul constată că ele privesc modul de stabilire și atribuire, de către autoritatea contractantă, a obiectului achiziției/acord-cadru având ca obiect „Furnizare reactivi de laborator”, cod CPV 33696000-5 – *Reactivi și produse de contrast* (Rev. 2), respectiv asocierea mai multor produse de utilitate diferită, cu consecința obligării operatorilor economici interesați de a întocmi o singură ofertă, prin care să își asume furnizarea tuturor acestor produse.

De asemenea, contestatoarea invocă și o nejustificată obligație, impusă ofertanților, de a furniza unele produse cu specificații tehnice care sunt specifice unui producător.

Văzând disputa celor două părți, Consiliul constată că, în fapt, termenul „lot” utilizat de către acestea se referă la situația, des întâlnită în practică, în care autoritatea contractantă asociază, în cadrul aceleiași documentații de atribuire/invitații de participare mai multe tipuri de produse/servicii/lucrări, dar care ar putea face și obiectul unor atribuiri/contractări distincte.

Astfel, trimiterele la dispozițiile art. 27 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 („În cazul în care autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse similare, dar defalcate pe loturi a căror cumpărare se realizează prin atribuirea mai multor contracte de furnizare distincte ...”) nu au menirea decât de a preciza posibilitatea practică, recunoscută prin lege, ca autoritatea contractantă să achiziționeze „produse similare” prin atribuirea de contracte distincte.

De asemenea, potrivit Manualului Operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, vol. 1, publicat de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice în 2009, noțiunea „lot” („grupul de produse/servicii/lucrări identice sau asemănătoare și/sau care au o destinație comună, achiziționate simultan sau succesiv poate constitui un lot”) relevă doar posibilitatea obiectivă a autorității contractante de a organiza achiziția într-un mod care să fie compatibil atât cu rigorile legislației achizițiilor publice, ce au ca scop promovarea concurenței, dar și cu organizarea internă a achizitorului și propriul management al resurselor implicate.

Ori, în cauza de față, fie că autoritatea contractantă pretinde că asocierea produselor este dată de utilitatea similară a acestora și nu de similitudinea caracteristicilor tehnice, fie că pretinde pentru produsele în cauză „specificitatea acestora raportat la aparatura medicală de laborator din cadrul spitalului”, rezultă că nu are la îndemână o motivație pertinentă care să justifice solicitarea ca toate produsele să fie cuprinse într-o singură ofertă.

Prin urmare, se poate facil constata că, deși autoritatea contractantă, a derulat o procedură de achiziție publică anterioară celei prezente, care nu a putut fi finalizată, datorită lipsei unei oferte acceptabile, așa cum recunoaște în punctul său de vedere la contestație, a ignorat posibilitatea primirii de oferte de la mai mulți operatori economici, prin lotizarea produselor, ceea ce ar fi condus la o competitivitate crescută a procedurii.

Consiliul consideră că este evident că tipurile de produse incluse în obiectul achiziției deși pot fi considerate similare, ar putea fi achiziționate separat, având în vedere că este vorba despre microcomprimate de antibiogramă și medii de cultură, care deși aparțin aceluiași domeniu de testare, fiecare dintre acestea sunt destinate efectuării unor testări diferite, nefiind interdependente unele de altele, astfel încât să fie asociate în cadrul unui singur acord – cadru, sau achiziționate succesiv, prin același tip de contract. Există astfel posibilitatea ca atât producătorii, cât și furnizorii fiecărui tip de produs, să intre în competiție, ceea ce ar da posibilitatea autorității contractante să obțină oferte real îmbunătățite.

Cât privește trimiterile autorității contractante la necesitatea „evitării acumulării de stocuri în laborator”, precum și la dreptul de a organiza procedura pe loturi și nu obligația specifică corelativă, Consiliul constată că aceasta neglijează, în fapt, importanța existenței unei competiții care să conducă la eficiența folosire a fondurilor publice, dar și obligația de a exercita drepturile cu bună credință.

Tocmai datorită extinderii acestei terminologii (lot), în practică, și la alte tipuri de produse decât cele similare, chiar și noua legislație comunitară (Directiva 2014/24/UE), inspirată de practica Curții Europene de Justiție, alocă atribuirii contractelor pe loturi un articol întreg (Art. 46), ce instituie posibilitatea autorităților contractante de a stabili atât dimensiunea lor dar și obiectul lor: *(1) Autoritățile contractante pot decide să atribuie un contract sub formă de loturi separate și pot stabili dimensiunea și obiectul unor astfel de loturi.*

În consecință, Consiliul consideră că autoritatea contractantă ar trebui să reorganizeze conținutul caietului de sarcini, cu posibilitatea ofertării pe mai multe grupe („loturi”) de produse, după încadrarea lor în „microcomprimate de antibiogramă și medii de cultură”, fără a fi necesar să publice un nou anunț de participare, tocmai în respect față de principiile proporționalității, transparenței și utilizării eficiente a fondurilor, regăsite la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, deși autoritatea contractantă pretinde că nevoia sa efectivă de a achiziționa reactivi de laborator grupați pe lot, este determinată de „specificitatea acestora raportat la aparatura medicală de laborator din cadrul spitalului”, aceasta nu combate cu argumente critica contestatoarei că „nu există un aparat sau o metodologie care să creeze o dependență de un anumit tip de reactivi cu specificații tehnice unice”.

Pentru cele ce preced, considerând că autoritatea contractantă poate remedia conținutul documentației de atribuire, fără a fi necesară anularea procedurii, așa cum solicită contestatoarea, Consiliul consideră că se impune emiterea unui anunț tip erată, care să conțină măsura de separare a produselor ce fac obiectul achiziției în mai multe loturi, cu respectarea dispozițiilor art. 50¹ din OUG nr. 34/2006.

În acest sens, conform dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația în partea ce privește „cenzurarea prevederilor documentației de atribuire”, cu referire la lotul mai sus precizat, și obligă autoritatea contractantă la emiterea unui anunț tip erată, care să conțină măsurile de remediere privind achiziția diferențiată a produselor, în maxim 10 zile de la primirea prezentei decizii.

În același timp, conform dispozițiilor alin. (5) al aceluiași articol al ordonanței de urgență, Consiliul respinge cererea de anulare a procedurii, ca nefondată.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că pot să o atace cu plângere, în conformitate cu art. 280 alin. (3) și art. 281 din OUG

nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

...-...

...

MEMBRU COMPLET

....