

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) 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. 5/2410/26.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 38686/27.07.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin director general ... și convențional prin Împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect **„Coagulometru (analizor automat de coagulare)”**, s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, iar, în subsidiar, în situația în care nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, SC ... SRL critică documentația de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire arătată, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, SC ... SRL susține că specificațiile tehnice minime obligatorii ale produselor solicitate sunt restrictive și nu permit tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire, eliminând astfel opțiunea ofertării unor produse echivalente care ar satisface, la același nivel de calitate, necesitățile obiective ale autorității contractante, fapt ce încalcă grav principiile nediscriminării, proporționalității și al tratamentului egal, prevăzute de art.2 alin.2 din Legea nr.98/2016, precum și scopul aplicării Legii nr.98/2016.

Contestatorul invocă prevederile art.155 și art.156 din Legea nr.98/2016, precum și Directiva 24/2014, considerentul (74), concluzionând următoarele:

- Modalitățile de stabilire a specificațiilor tehnice prevăzute de art.156 alin.1 din lege sunt exprese și limitative, autoritățile contractante fiind obligate să le respecte la elaborarea caietului de sarcini, iar

- Modalitatea de stabilire a specificațiilor tehnice reglementată de art.156 alin.3 din lege reprezintă o modalitate excepțională de definire a specificațiilor tehnice, modalitate care poate fi utilizată de autoritățile contractante doar în situațiile exprese și limitativ prevăzute de lege.

Astfel, susține contestatorul, autoritatea contractantă avea dreptul să definească specificațiile tehnice prin indicarea *„unui anumit producător, unei anumite origini sau procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic ”* exclusiv în situația în care *„nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin.1”*, respectiv nu ar fi putut defini specificațiile tehnice prin una din metodele obligatorii reglementate de art.156 alin.1 din Legea nr.98/2016.

Ori, contrar prevederilor legale, se apreciază că autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice prin stabilirea de cerințe minime obligatorii ce reprezintă doar caracteristici funcționale specifice unui anumit producător care nu răspunde în fapt niciunei necesități funcționale sau de performanță.

Față de cele susmenționate și pentru argumentele pe care le expune în continuare, contestatorul susține că se impune obligarea autorității contractante la redefinirea integrală a specificațiilor tehnice aferente echipamentului solicitat în cadrul acestuia, prin una dintre modalitățile reglementate de art.156 alin.1 din Legea nr.98/2016.

Invocând, ca practică, jurisprudența Curții Europene de Justiție, respectiv cauza C-413/17, se subliniază faptul că achiziționarea unor echipamente ce țin de domeniul sănătății nu poate justifica restrângerea liberei concurențe, prin includerea unor cerințe minime obligatorii artificiale, specifice unui producător determinat, cu scopul de a favoriza anumiți operatori economici.

Într-o altă critică, contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat, în mod grav, principiul nediscriminării și tratamentului egal, în ceea ce privește definirea specificațiilor aferente echipamentului solicitat în cadrul procedurii, rezultând specificații tehnice restrictive, nejustificate în raport de necesitățile sale obiective și care au doar efectul împiedicării liberei concurențe.

Autoritatea contractantă nu a solicitat anumite cerințe de performanță, arată contestatorul, ci doar a preluat din specificațiile cogulometrului Sysmex CS-2500 System, acesta fiind singurul echipament de pe piață care poate îndeplini cerințele caietului de sarcini în integralitatea lor.

În concret, se arată că, în ceea ce privește cerința *„Principii de măsurare: de coagulare, cromogenice, imunologice, de agregare”*,

singurele aparate care folosesc pe aceeași unitate hardware toate cele patru principii de măsurare – respectiv de coagulare, cromogenice, imunologice, de agregare sunt aparatele Siemens.

Pentru a releva caracterul restrictiv al acestei cerințe, contestatorul pecizează că, din punct de vedere tehnic, aspectul esențial care indică favorizarea producătorului Siemens este acela că doar acesta a implementat/implementează principiul agregării în cadrul coagulometrului.

În opinia contestatorului, dacă necesitatea autorității contractante era să lucreze aceste teste pe principiul de agregometrie, trebuia să formuleze o astfel de cerință distinct, având în vedere că pe piață sunt disponibile diferite soluții pentru a răspunde acestei cerințe.

Contestatorul susține că, prin comportamentul său, autoritatea contractantă a ales să blocheze nejustificat accesul la procedură prin solicitarea unui analizor automat de coagulare care să permită și testarea în baza principiului de agreometrie, deși această cerință prin sine însăși, blochează, în mod nejustificat, accesul la procedură, având în vedere că ofertarea altui analizor de coagulare este imposibilă.

Se arată că, principiile de măsurare și tehnologia asociată diferă de la un producător la altul, iar utilizarea principiului de agregometrie în cadrul analizorului de coagulare relevă detalii de ordin constructiv ale tehnologiei specifice Simens, anulând, astfel, orice soluție tehnică/tehnologică echivalentă aparținând altor producători blocând, nejustificat, accesul în procedură.

Contestatorul subliniază că, în cazul în care tehnologia este diferită, iar cerința privind lucrarea testelor de agregometrie s-ar realiza de pe alte analizoare separate de cel de coagulare, care ar putea fi oferite distinct de către alți producători interesați, acest lucru nu echivalează cu o calitate mai slabă a rezultatului final, ținând seama de faptul că fiecare producător se asigură de eficiența tehnologiei proprii pentru atingerea unui rezultat corect, precis, caracterizat prin acuratețe.

Față de cele menționate, contestatorul apreciază ca fiind excesivă și disproporționată cerință care indică o caracteristică constructivă specifică analizorului Simens, iar nu una de performanță, încălcându-se astfel prevederile art.155 din Legea nr.98/2016.

Astfel, în lipsa unei justificări obiective, reale și documentate referitor la necesitatea acestei specificații tehnice, este fără echivoc că cerința este una limitativă, stabilită cu încălcarea prevederilor legislației privind achizițiile publice, motiv pentru care contestatorul apreciază că se impune eliminarea ei.

În ceea ce privește cerința *„Capacitate de lucru: aprox. 160 probe/oră”*, contestatoarea susține că, deși nu are un caracter restrictiv, putând fi îndeplinită cu succes și de alte analizoare existente în piață aparținând altor producători, această cerință este o adaptare a specificațiilor tehnice ale Sysmex CS-2500, care creează o aparență de

rezonabilitate, sens în care sunt redată extrase din broșura tehnică a analizatorului Sysmex CS-2500.

Referitor la cerința „Să permită efectuarea testelor de agregare plachetară” și „analize efectuate: PT/INR, APTT, Fibrinogen, Fibrinogen derivat, D-Dimer, anticoagulant lupus, heparina, factori (Factor II, V, VII, IX, X, XI, XII, XIII), (AT III), timp de trombina, Proteina C, Proteina S, Plasminogen, Factor V Leiden, Factor von Willebrand (Ag și Ac), ADP, Epinefrina, Acid Arahidonic, Ristocetina, Colagen, Dabigatran, C1-Inhibitor”, contestatorul menționează că aceasta poate fi îndeplinită exclusiv de către producătorul Siemens, având în vedere solicitarea efectuării testelor de agregare plachetară, în acest sens fiind redată extrase din broșura tehnică Sysmex – Hemostasis Reagents Portfolio.

În plus, contestatorul subliniază că aceste caracteristici constructive, respectiv realizarea testelor de agregare prin intermediul analizorului de coagulare care trimit către un produs unic, împreună cu testele coagulometrice solicitate, nu reflectă un standard de calitate sau de performanță, ci reflectă doar modalitatea fiecărui producător de a ajunge la un anumit rezultat.

Referitor la cerința „Să dispună de un soft pentru prelucrarea datelor provenite din controlul intern care să permită obținerea de rapoarte lunare de comparare interlaboratoare, evaluarea ratei coeficientului de variație și indexul deviației standard conform ISO (Organizația Internațională de Standardizare, CLSI – Institutul de Standarde de laborator Clinice) și alte organizații de reglementare și acreditare ce recomandă participarea la un program interlaboratoare”, contestatorul susține că aceasta vizează, în concret, capacitatea analizatorului de a se conecta prin rețea cu alte analizatoare de același fel. Această specificație presupune că, ori de câte ori pe un analizator sunt prelucrate probe de control extern, rezultatele acestora să poată fi comparate cu cele ale altor analizatoare cu care este conectat.

Astfel, se apreciază că simpla cerință de conectivitate nu este suficientă pentru a atinge acest deziderat, ci este necesară îndeplinirea cumulativă a încă două condiții: toți utilizatorii de analizoare să dețină o schemă de control extern aparținând aceluiasi furnizor și numărul de participări ale laboratorului să fie identic pentru toți utilizatorii, în caz contrar, scopul acestei cerințe nu poate fi îndeplinit, astfel că cerința rămâne lipsită de relevanță, fiind inaptă să satisfacă nevoia autorității contractante.

Față de cele menționate, contestatorul susține că, la elaborarea specificațiilor tehnice, autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității precum și prevederile art.155 și 156 din Legea nr.98/2016, motiv pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr.40147/03.08.2021, ... a solicitat respingerea contestației depusă de SC ... S.R.L., ca nefondată, pentru următoarele considerente:

Cerințele minime de natură tehnică pentru produsul ce a constituit obiectul procedurii au fost stabilite luând în considerare cerințele medicilor din spital și ambulator, precum și solicitările externe de analize.

Alegerea specificațiilor tehnice s-a raportat la cerințele de performanță și cerințele de funcționalitate, la lipsa spațiului din laborator, precum și la pierderile/ineficiența la care ar fi supusă unitatea sanitară în situația achiziționării unor produse care nu oferă posibilitatea realizării complete a analizelor medicale necesare/solicitate.

Referitor la cerința: *„Principii de măsurare: de coagulare, cromogenice, imunologice, de agregare”*, se învederează faptul că s-a urmărit achiziționarea un sistem ce dispune de toate principiile de măsurare pe o singură platformă, întrucât:

- spitalul este multiprofil, are secții medicale, secție ATI, medic hematolog, CPU, care solicită teste de coagulare și teste de agregare plachetară;

- programarea pe un singur analizor a testelor de rutină și a celor de agregare plachetară conduce la scurtarea timpului de operare și la costuri de întreținere mai reduse (sol de spălare);

- economie de timp pentru personalul angajat, el putând fi angrenat în alte activități din cadrul laboratorului;

- lipsa spațiului din laborator impune achiziționarea unui singur analizor.

În ceea ce privește cerința din caietul de sarcini: *„Capacitate de lucru: aprox. 160 probe/oră”*, se subliniază că s-a utilizat sintagma *„aproximativ”*, ceea ce presupune că pot participa și ofertanți care au analizoare cu viteză de lucru mai mare/echivalentă, solicitarea fiind motivată de numărul mare de probe de coagulare care se lucrează în laborator, prin urmare, s-a dorit să se achiziționeze un analizor de coagulare cu viteză mare de lucru.

În ceea ce privește cerința *„Să permită efectuarea testelor de agregare plachetară”* și *„analize efectuate: PT/INR, APTT, Fibrinogen, Fibrinogen derivat, D-Dimer, anticoagulant lupus, heparina, factori (Factor II, V, VII, IX, X, XI, XII, XIII), (AT III), timp de trombina, Proteina C, Proteina S, Plasminogen, Factor V Leiden, Factor von Willebrand (Ag și Ac), ADP, Epinefrina, Acid Arahidonic, Ristocetina, Colagen, Dabigatran, C1-Inhibitor”*, se menționează că testele de evaluare a funcției plachetare, de monitorizare a tratamentului cu anticoagulante de ultimă generație sunt teste solicitate de către medicii din spital și ambulatoriu, motiv pentru care laboratorul de analize medicale dorește să le introducă în lista de analize pe care le efectuează.

Referitor la cerința: „Să dispună de un soft pentru prelucrarea datelor provenite din controlul intern care să permită obținerea de rapoarte lunare de comparare interlaboratoare, evaluarea ratei coeficientului de variație și indexul deviației standard conform ISO (Organizația Internațională de Standardizare, CLSI – Institutul de Standarde de laborator Clinice) și alte organizații de reglementare și acreditare ce recomandă participarea la un program interlaboratoare”, autoritatea contractantă susține că cerința se referă la un soft care să permită încărcarea valorilor obținute zilnic, la controlul intern de calitate. Acest program permite obținerea de rapoarte de comparare interlaboratoare pentru laboratoarele care utilizează același tip de control intern de calitate, același lot și același tip de analizor.

Se precizează că aceste rapoarte oferă date legate de calitatea analizelor efectuate în laborator, informații legate de stabilitatea reactivilor, repetabilitatea, reproductibilitatea măsurărilor efectuate pe analizor.

De asemenea, se arată că acest soft nu necesită conectarea analizorului la alte analizoare, nu utilizează controale externe de calitate și nici scheme de control extern.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „coagulometru (analizor automat de coagulare)”, sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului a fost stabilită la 187.000 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, considerând că o serie de specificații tehnice ale caietului de sarcini contravin dispozițiilor legale, SC ... SRL a depus contestația de față, consemnând cauțiunea în cuantumul legal.

Conform fișierelor electronice atașate anunțului de participare simplificat nr...., procedura este în prezent suspendată.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit documentației de atribuire a procedurii, ... dorește să achiziționeze „**Coagulometru (analizor automat de coagulare)**”, stabilind, prin caietul de sarcini, următoarele specificații tehnice:

Principii de măsurare: de coagulare, cromogenice, imunologice, de agregare

Capacitatea de lucru: aprox.160 probe/oră

Să permită efectuarea testelor de agregare plachetară

Să dispună de un soft pentru prelucrarea datelor provenite din controlul intern care să permită obținerea de rapoarte lunare de comparare interlaboratoare, evaluarea ratei coeficientului de variație și indexul deviației standard conform ISO (Organizația Internațională de Standardizare , CLSI (Institutul de Standarde de Laborator Clinice) și alte organizații de reglementare și acreditare ce recomandă participarea la un program interlaboratoare

Analize efectuate: PT/INR, APTT, Fibrinogen, Fibrinogen derivat, d-Dimer, anticoagulant lupus, heparina, factori 9Factor II, V, VII, IX, X, XI, XII, XIII), (AT III), timp de trombină, Proteina C, Proteina S, Plasminogen, Factor V Leiden, Factor von Willebrand (Ag și Ac), ADP, Epinefrina, Acid Arahidonic, Ristocetina, Colagen, Debigatran, C1-Inhibitor,

despre care contestatorul arată că sunt de natură a îngreuna participarea la procedură, întrucât pot fi îndeplinite, în mod cumulat, doar de echipamentele produse de Siemens, afirmație probată cu broșurile tehnice ale analizatoarelor Sysmex CS 2500 și Sysmex – Hemostasis Reagents Portfolio.

Autoritatea contractantă nu combate susținerile contestatorului, respectiv nu arată că specificațiile tehnice enunțate pot fi îndeplinite și de alte echipamente și nici care ar fi acelea, limitându-se la a invoca apărări conform cărora a stabilit specificațiile tehnice având la bază necesitatea sa, întemeiată pe cerințele medicilor, solicitările externe de analize, lipsa spațiului din laborator, dar și pierderile/ineficiența la care ar fi supusă unitatea spitalicească în situația achiziționării unor produse care nu oferă posibilitatea realizării complete a analizelor medicale/solicitate, apărări care nu vor fi primite în lipsa unui probatoriu adecvat.

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 ...sau distribuitorii acestuia, întrucât prin asigurarea acestei poziții privilegiate, prin intermediul specificațiilor tehnice stabilite, se nesocotește principiul accesului neîngreunat, 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, după cum judicios a remarcat și SC ... SRL.

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, cu accent pe argumentele pentru care nu pot fi acceptate specificațiile tehnice regăsite pe alte tipuri de echipamente în domeniu. În niciun înscris depus

de autoritate la dosarul cauzei nu este identificată o asemenea justificare detaliată, riguroasă și obiectivă. Nici în strategia de contractate nr.5647/12.07.2021 nu se explică de ce echipamentele celorlalți operatori economici de pe piața de profil nu corespund necesităților obiective ale autorității, necesități care nu pot fi de ordin general.

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 sau modificarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării ipotezei art.155 alin.6 din Legea nr.98/2016 – *specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici - și cea a art.156 alin.2 din lege – cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.*

Din parcurgerea documentelor transmise de autoritatea contractantă, Consiliul constată absența oricărei justificări obiective a restrângerii accesului la licitație doar la produsele aparținând Siemens, prin preluarea în caietul de sarcini a unor parametri aparținând acestora.

Autoritatea nu a justificat în detaliu motivele pentru care a impus setul de cerințe în discuție, justificare pe care Consiliul să o poată verifica din perspectivele pertinentei și credibilității, în raport cu circumstanțele obiective de la nivelul nevoilor sale.

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 concurența 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 echipamentele Siemens, în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Spus altfel, caietul de sarcini este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică anumite soluții tehnice, permise de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte. Dincolo de exprimarea de la art.156 alin.2 din legea achizițiilor publice, redat mai sus, specificațiile tehnice pot conduce către un anumit producător și indirect, adică fără a prelua denumirea lui.

Raportat la ansamblul celor reținute, este necesară admiterea capătului de cerere de anulare a procedurii, întrucât nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire (nu se poate dispune autorității elaborarea altui caiet de sarcini – care să nu aducă atingere prevederilor legale în vigoare – sau justificarea *ex post* a actualelor specificații tehnice). Vizavi de capătul de cerere privind modificarea documentației de atribuire, raportat la soluția pronunțată anterior, el urmează a fi respins, ca rămas fără obiect.

Pentru considerentele enunțate, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2, 6 și 7 din Legea nr.101/2016, va admite, în parte, contestația depusă de SC ... SRL și va anula procedura de atribuire.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, va fi respins, ca rămas fără obiect.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., și anulează întreaga procedură de atribuire.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind remedierea documentației de atribuire.

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.

...