



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - director general și convențional de ..., cu sediul în ..., adresă aleasă pentru comunicarea actelor procesuale, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare denumit „Închiriere aparate biochimie-imunologie”, cod CPV principal 38434500-1, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat modificarea documentației de atribuire în sensul alinierii la prevederile legale aplicabile sau, în subsidiar, anularea licitației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ... SRL reclamă documentația de atribuire întocmită de autoritatea contractantă ..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că aceeași autoritate a inițiat anterior trei proceduri cu obiect identic sau similar (anunțurile

de participare nr. ..., nr. ... și nr. ...). Atât prin prezenta procedură, cât și prin cele anterioare, autoritatea a urmărit, în realitate, deținerea/folosința unor aparate medicale, printr-un acord-cadru, în funcție de „necesitățile și resursele financiare alocate”, în schimbul unui preț stabilit prin raportare la o analiză, fără a se preciza sau putea determina numărul de analize rezultate în urma „necesităților și resurselor financiare” ale autorității. Viciile majore ale procedurilor anterioare au determinat anularea lor, fie din proprie inițiativă, fie ca urmare a unei decizii a Consiliului sau a instanței de judecată.

Decizia Consiliului nr. ..., menținută de Curtea de Apel Cluj, a confirmat că modalitatea specială de atribuire a acordului-cadru a fost utilizată impropriu:

- „... *autoritatea contractantă a utilizat abuziv regulile de închiriere a unui acord-cadru câtă vreme închirierea Liniei automate (aparator de laborator – n.n.) la utilizarea acordului-cadru, publicată de ANAP, autoritatea putând să prevadă durata de folosire a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, astfel încât nu este realizată cerința esențială ca necesitatea să se realizeze ad-hoc*”;

- „... *stabilirea prețului conform documentației de atribuire nu ține cont de indisponibilizarea pe o perioadă mare a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, în condițiile în care acordul-cadru nu garantează achiziționarea unui număr de analize care să conducă la recuperarea cheltuielilor cu această resursă și la obținerea unui profit rezonabil*”.

Chiar dacă, în ultima procedură cu obiect similar, Consiliul a respins contestația SC ... SRL – printr-o decizie contrară practicii sale anterioare, menținută de instanță –, autoritatea a anulat mai multe loturi, deoarece nu au fost depuse oferte conforme sau comparabile. Acest deznodământ al procedurii anterioare arată că toate criticile cu privire la modalitatea de a structura achiziția – admise anterior de Consiliu și de instanța de judecată – sunt temeinice și aplicabile oricărei proceduri ulterioare cu structurare similară.

Prezenta licitație reprezintă o reluare a celei anterioare, reluare în cadrul căreia autoritatea ar fi trebuit să remedieze aspectele de nelegalitate sesizate. Cu toate acestea, autoritatea propune și de această dată modalitatea acordului-cadru, iar pe de altă parte condițiile procedurii (în special cele de stabilire a prețului/chiriei și de facturarea) rămân netransparente și restrictive, fiind de natură a bloca nejustificat accesul la procedură.

Prețul acordului-cadru și al contractelor subsecvente este imposibil de determinat și modalitatea specială de atribuire a acordului-cadru este utilizată impropriu. Caietul de sarcini/documentația de atribuire nu cuprinde informații cu privire la modul

de plată/facturare al chiriei, în contextul în care obiectul procedurii, astfel cum este declarat de autoritatea contractantă, este de „închiriere aparate biochimie-imunologie”. Mai mult, condițiile impuse pentru stabilirea prețului contractelor subsecvente sunt abuzive și disproportionale.

Potrivit modelului de contract subsecvent: „4.1. - Furnizorul se obligă să închirieze aparatele descrise în caietele de sarcini aferente fiecărui lot, asigurând toate consumabilele descrise în caietele de sarcini aferente fiecărui lot pe toată durata contractuală. Montarea, punerea în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor, inclusiv furnizarea piesele de schimb, sunt în sarcina furnizorului pe toată durata contractuală.”

Autoritatea impune suportarea de către furnizor a următoarelor tipuri de cheltuieli:

- toate cheltuielile legate de transportul și instalarea aparatelor;
- cheltuielile cu întreținerea aparatelor conform cărții tehnice/service pe toată perioada derulării contractului;
- calibrarea aparatelor la intervale de 6 luni și după fiecare intervenție service;
- intervenția de service în maximum 3 ore de la anunțare telefonică, în caz de defecțiune;
- punerea la dispoziție, pentru folosință, a unui aparat echivalent, în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi);
- înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori.

Din nicio prevedere a documentației de atribuire nu poate fi susținută concluzia că în obiectul procedurii ar fi incluse și serviciile de realizare a analizelor medicale.

Obiectul contractului este de furnizare a unor produse:

- furnizarea dreptului de folosință temporar asupra unor echipamente medicale, incluzând serviciile accesorii de montare, punere în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor, inclusiv furnizarea piesele de schimb;
- furnizarea consumabilelor necesare realizării – de către personalul autorității contractante – a unor analize medicale.

Față de acest obiect al achiziției, încercând să identifice informațiile necesare determinării prețului unitar al acordului-cadru, contestatoarea notează:

(i) potrivit caietului de sarcini al procedurii – specificații comune reactivi, punctul 23: „Se va calcula costul/analiza incluzând totii reactivii si consumabilele necesare, precum si cheltuielile cu intretinerea aparatelor, in functie de regimul de lucru mentionat si

se va factura lunar numarul de analize efectuate inclusiv pentru calibrari, controale”;

(ii) potrivit modelului de contract subsecvent: „4.2 Pe baza calculului cantitatilor de reactivi, controale etc necesare/proba, se vor factura lunar cantitatile aferente probelor lucrate.”

(iii) potrivit fișei de date: „Propunerea Financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

1) Formularul de Propunere Financiară – Centralizatorul de preturi, Formularul de oferta si grafic de livrare (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat.”

Or, în documentația de atribuire nu sunt prevăzute minime informații din care ar putea fi determinat acest „cost/analiză”, determinarea unui preț fundamentat fiind în mod obiectiv imposibilă. Mai mult, condițiile impuse pentru facturarea produselor livrate sunt disproporționate și abuzive. Obiectul acordului nu îl reprezintă „servicii de realizare analize medicale” și, prin urmare, este abuzivă solicitarea ofertării unui preț raportat la rezultatul unui asemenea serviciu, care nu va fi prestat de furnizor. Oricum, acest preț nu poate fi determinat.

Potrivit documentației de atribuire, realizarea analizelor nu intră în atribuția furnizorului, căruia i se solicită doar a furniza folosința echipamentelor medicale și a consumabilelor pentru realizarea testelor. Cu toate acestea, autoritatea solicită ca prețul unitar al acordului-cadru să fie determinat față de costul per analiză. În concret, fără a furniza nicio informație privind condițiile în care se vor prelucra consumabilele solicitate pentru a se realiza analizele medicale, autoritatea solicită ofertanților să calculeze cât ar costa-o pe autoritate să efectueze o singură analiză de un anumit tip. Or, prețul consumabilelor, chiriei echipamentelor și serviciilor conexe echipamentelor necesare pentru a efectua o analiză medicală (incluzând costurile din calibrări, controale, soluții diverse, consumabile ale sistemului/stației de purificare a apei/imprimante de coduri de bare etc) poate fi determinat ca valoare absolută constantă doar în condițiile în care autoritatea contractantă (i) fie

lucrează toate testele licate în exact cantitățile solicitate, (ii) fie prevede în mod clar și complet condițiile în care prețul poate fi determinat pe parcursul derulării contractului, respectiv prin reglementarea unei proceduri de regularizare care să mențină un echilibru între numărul de kituri consumate și numărul de teste/analize efectiv efectuate din respectivele kituri. Cu toate acestea, în caietul de sarcini:

- nu se face referire la unitatea de măsură ce va fi folosită în comenzile lansate către furnizor;

- nu se face nicio referire la o eventuală procedură de regularizare care să mențină un echilibru între numărul de kituri consumate și numărul de teste/analize plătite;

- nu sunt prevăzute informații cu privire la modul de comandă către furnizor și unitatea de măsură folosită (teste, kit-uri etc). Peste tot se face referire la un tabel cu necesarul produselor, dar acesta este dependent de ritmul de lucru al autorității contractante și ar trebui să fie corelat cu asumarea unor obligații și din partea acesteia;

- nu există informații cu privire la gestionarea și managementul stocurilor, aceste informații fiind, din nou, esențiale pentru determinarea prețului contractului;

- nu sunt prevăzute minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei, fiind, deci, după cum am arătat mai sus, neclar în ce constă prețul contractului;

- modalitatea de comandă și livrare a produselor nu este clară, lăsând loc arbitrariului în evaluarea ofertei și implementarea contractelor.

Cu titlu exemplificativ, rezultatele împărțirii cheltuielilor cu soluțiile componente (cheltuieli constante dacă s-ar prevedea expres că se lucrează într-un anumit ritm stabilit de autoritate) diferă semnificativ dacă ne raportăm la 210.000 de analize sau la 100.000 de analize. Prețul necesar al consumabilelor, utilizării echipamentelor pentru realizarea unei analize se calculează având în vedere numărul de teste estimat (cu cât ne raportăm la un număr de teste mai mare, cu atât cheltuielile cu alte soluții/acei test devin mai mici) și condițiile de realizare a testelor.

Spre exemplu, în cazul analizei „glucoză”, pentru a raporta un rezultat de glucoză e nevoie (fizic și concret) de:

- reactiv (1.000 teste/kit);

- multicalibrator (care este folosit și pentru alte zeci de tipuri de teste). Acesta are și o stabilitate de la deschidere (în funcție de fiecare test în parte) și se va arunca dacă acest termen a fost atins înainte de a fi consumat;

- ser de control pe două nivele (ser multicontrol care este folosit pentru încă câteva zeci de tipuri de teste). Și acesta are și o

stabilitate de la deschidere (în funcție de fiecare test în parte) și se va arunca dacă acest termen a fost atins înainte de a fi consumat;

- soluții de spălare (comună cu toate testele);
- soluții de decontaminare/alte soluții.

Având în vedere că toate soluțiile/calibratorii/controalele care se folosesc pentru determinarea testului glucoză, au același scop pentru zeci de alte teste, folosirea acestor soluții poate fi (sau nu) eficientizată în laborator.

Actuala procedură nu reglementează și o valoare cuantificabilă a consumabilelor necesare realizării unei analize (deși doar aceste consumabile reprezintă de fapt obiectul achiziției), ci doar o cantitate totală estimată de analize.

În alte cuvinte, dacă într-un contract având drept obiect servicii de analize medicale contractantul poate controla modalitatea de utilizare a consumabilelor și echipamentului, având control asupra personalului care le utilizează, astfel încât poate estima rezonabil un preț per analiză, în contractul ce face obiectul prezentei proceduri, acest preț este imposibil de estimat în lipsa oricărei informații privind regulile de utilizare a soluțiilor/ritmul de lucru/procedura de regularizare a pierderilor.

În acest mod, determinarea prețului contractului este pur arbitrară astfel încât, pe de o parte, autoritatea contractantă nu ar putea compara prețurile oferite în cadrul procedurii, iar, pe de altă parte, ofertanții sunt obligați să își asume niște prețuri „în alb”, sub riscul abuzurilor din partea autorității, pe perioada derulării contractului. Mai mult decât atât, chiar dacă autoritatea ar completa documentația de atribuire prin includerea informațiilor necesare determinării unui cost per analiză, cerințele impuse prin documentația de atribuire cu privire la determinarea prețului contractelor subsecvente sunt abuzive.

Autoritatea solicită ca facturarea să se realizeze lunar numai pentru cantitățile de consumabile aferente analizelor efectuate inclusiv pentru calibrări, controale. În alte cuvinte, deși prin fiecare contract subsecvent va solicita o cantitate de consumabile necesare acoperirii necesității sale de a efectua analize medicale, aceasta se angajează să plătească doar consumabilele aferente analizelor efectiv efectuate de către un terț față de furnizor. Rezultă că acele consumabile livrate, dar care, din orice motiv care nu ține de controlul sau culpa furnizorului (risipă, estimare eronată), nu au fost incorporate într-o analiză medicală nu vor fi plătite, reprezentând o pierdere pentru contractant. Se solicită ofertanților să își asume livrarea unor consumabile fără a putea determina în ce proporție sau după ce reguli vor fi plătite acestea. În alte cuvinte, se solicită ofertanților să își asume pierderile generate de autoritatea contractantă în procesul de realizare efectivă a analizelor, proces

care este în integralitate responsabilitatea sa și care nu poate fi controlat de furnizor și, după cum am arătat mai sus, nici măcar previzionat în limite rezonabile. Procedând astfel, autoritatea își creează premisele (i) fie obținerii unei liberalități – prin raportare la cantitățile de consumabile care intră în posesia sa și pe care nu le plătește – care este incompatibilă cu un contract de achiziție publică; (ii) fie îmbogățirii fără justă acuză, fapt juridic de asemenea incompatibil cu un contract de achiziție publică.

Pentru motivele expuse, contestatoarea cere Consiliului să constate că este abuzivă solicitarea raportării prețului unitar al acordului-cadru la costul per analiză deoarece, pe de o parte, obiectul contractului nu privește serviciile de realizare a analizelor medicale, ci folosința unor echipamente medicale și furnizarea consumabilelor necesare realizării de analize, iar, pe de altă parte, un asemenea cost este în mod obiectiv imposibil de determinat din lipsa oricăror informații relevante în acest sens și neasumarea oricăror obligații de către autoritatea cu privire la modalitatea de realizare a comenzilor.

Totodată, este abuzivă modalitatea de determinare a prețului contractelor subsecvente, prin impunerea facturării doar a unei cantități din consumabilele livrate, imposibil în mod obiectiv a fi previzionată sau controlată de către furnizor.

Consumabilele solicitate de autoritate sunt comercializate în condiții reglementate, în ambalaje specifice, sub formă de kituri, aceasta fiind unica unitate de măsură față de care se poate raporta achiziția acestora.

Obiectul achiziției este: (i) furnizarea dreptului de folosință temporar asupra unor echipamente medicale, incluzând serviciile accesorii de montare, punere în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor, inclusiv furnizarea piesele de schimb; și (ii) furnizarea consumabilelor necesare realizării – de către personalul autorității – a unor analize medicale.

Consumabilele sunt livrate sub formă de kituri conținând soluțiile și reactivii necesari realizării anumitor analize, în proporția determinată de producător. Aceste kituri nu sunt divizibile.

Reclamanta nu neagă necesitatea autorității contractante de a corela kiturile solicitate cu analizele efectuate, însă o asemenea corelare nu poate avea decât scopul de a evalua și compara unitar ofertele, având în vedere că fiecare producător alcătuiește kiturile în mod diferit.

În cadrul propunerii financiare se poate face corelarea între totalul obținut din preț unitar/analiza x și număr analize raportat la totalul obținut din preț unitar/kit x și număr de kituri – acesta fiind de fapt unitatea de măsură a consumabilelor ce fac obiectul achiziției și, implicit, a ofertei. Această informație ar putea fi folosită

de autoritate pentru compararea ofertelor și pentru monitorizarea implementării contractului, însă nu poate, în mod legal, reprezenta unitatea de măsură pentru facturarea kiturilor de produse livrate.

Prin urmare, solicitarea facturării unui număr de analize – efectuate de către un terț și care nu fac obiectul contractului – este nelegală și abuzivă atât pentru motivele expuse la punctul anterior, dar și pentru simplul fapt că unitatea de măsură indivizibilă pentru aceste consumabile este kitul, iar pentru folosința aparatelor chiria. Autoritatea solicită asumarea unor prețuri fără a pune la dispoziție toate informațiile necesare determinării temeinice a acestora și fără a-și asuma obligații corelative minime cu privire la gestionarea produselor solicitate (și fără a-și asuma obligații de a contracta cantități minime). Solicită asumarea unui cost/analiză constant din partea furnizorilor, fără nicio obligație din partea autorității și fără a cuantifica împrejurarea extrem de importantă că, în urma procedurii, ar avea loc indisponibilizarea pe o perioadă de 24 de luni a unor echipamente medicale de înaltă tehnologie și complexitate și asumarea unor costuri semnificative aferente transportului, instalării, întreținerii și reparației acestor echipamente medicale. Nu pot fi în mod obiectiv determinați factorii de referință pe baza căruia s-ar determina un asemenea preț.

Reclamanta a adresat o solicitare de clarificări, rămasă fără răspuns până la momentul contestației.

Modalitatea netransparentă de elaborare a documentației de atribuire conduce la imposibilitatea elaborării unei oferte financiare pertinente – nefiind definite elementele necesare determinării cantităților efectiv utilizate – și creează riscul depunerii unor oferte neuniforme, imposibil de evaluat – prin neclaritatea prețului contractului, respectiv chirie sau factură pentru consumabile. Totodată, cerințele privind facturarea produselor livrate (kiturile de consumabile și chiria aparatelor) sunt vădit disproporționate și abuzive, impunând ofertanților asumarea unui risc imposibil de previzionat sau controlat.

Se impune obligarea autorității la clarificarea și remedierea corespunzătoare a documentației, cel puțin prin: (i) includerea în documentația de atribuire a informațiilor necesare determinării prețului unitar; (ii) eliminarea prevederilor documentației de atribuire care impun raportarea prețului unitar și a cantităților facturabile față de analizele efectuate de autoritatea contractantă; (iv) determinarea clară a unității de măsură pentru facturarea produselor furnizate, respectiv prin raportare la chiria aparatelor și kiturile de consumabile ce urmează a fi livrate.

Potrivit anunțului de participare și fișei de date a achiziției, obiectul contractului este „închiriere aparate biochimie-imunologie”, pentru o perioadă de 24 de luni. Rezultă că autoritatea

intenționează să închirieze o serie de aparate de laborator, urmând să beneficieze de ele 24 de luni, estimând că va atribui *„între 1 și 12 contracte sub./an. Frecvența acestora va fi stabilită în funcție de necesitățile Autorității Contractante și de existența resurselor financiare alocate cu aceasta destinație.”*

Potrivit art. 107 din normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, „autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența”, iar, potrivit art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „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”.

Agenția Națională pentru Achiziții Publice a publicat, la 10.10.2018, o notificare cu privire la utilizarea acordului-cadru, înștiințând autoritățile contractante că:

„Indiferent de forma adoptată, acordul-cadru este potrivit să se atribuiască în situația în care autoritatea contractantă nu deține informații certe cu privire la cantitatea totală ce urmează să fie achiziționată, condiția esențială fiind ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia.

De asemenea, utilizarea acordului-cadru nu trebuie să fie raportată la lipsa/inexistența aprobării bugetare, respectiv a sursei de finanțare, invocând ideea conform căreia doar contractul subsecvent reprezintă angajamentul legal, deoarece conduce către o denaturare a pieței de profil angajând astfel operatorii economici în acțiunea de concentrare a resurselor în satisfacerea nevoilor AC/EC fără asigurarea posibilității de recuperare a acestora și a unui profit rezonabil într-o perioadă de timp clar definită prin frecvența contractelor subsecvente. În consecință, este important de subliniat faptul că lipsa sursei de finanțare nu reprezintă o justificare „per se” pentru aplicarea acestei modalități speciale de atribuire a contractului.”

„Se consideră că nu este oportun a fi aplicat acordul-cadru în următoarele situații:

- *atunci când sunt cunoscute elementele cantitative ale achiziției, chiar dacă, cantitățile se achiziționează succesiv, prin comenzi repetate în baza aceluiași contract sau în contracte separate;*

- *pentru realizarea de investiții noi, care prin natura lor sunt expresie a unor proiecte cu un scop clar definit și rezultat unic; obiectul achiziției este unul complex sau necesită personalizare sau schimbări ale liniei de producție, a metodelor și metodologiilor de realizare, în astfel de cazuri operatorul economic putând cunoaște*

dacă intrarea într-o astfel de relație contractuală este sau nu profitabilă numai în funcție de cantitate;

- pentru achiziția de lucrări, servicii și produse a căror cantitate și frecvență este redată de categoria de cheltuieli din care este decontată, având în vedere că utilizarea acestei categorii are un caracter clar, precis și limitat determinat de autorizările bugetare în cauză; Exemple: autobuze, autoutilitare, echipamente și aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate (ex: dispozitive medicale pentru diagnostic in vitro, dispozitive medicale electro-mecanice, dispozitive medicale pentru imagistică medicală, dispozitive medicale pentru diagnostic și radioterapie, etc.), tramvaie, troleibuze, vagoane de metrou, vagoane de tren ș.a.

- pentru acele categorii de servicii specifice a căror recurență este dată de obiectivele pe care trebuie să le îndeplinească raportate la suprafețe fixe și sau nr. de posturi. - Exemple: servicii de curățenie, servicii de pază și securitate etc."

Cele 7 aparate solicitate în cadrul procedurii contestate, respectiv 4 aparate biochimie și 1 aparat imunologie, plus 2 stații de neutralizare a deșeurilor lichide, reprezintă „echipamente/aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate”, astfel încât acestea nu ar putea fi achiziționate - cu atât mai puțin prin închiriere - prin intermediul unui acord-cadru, deoarece, prin această metodă de achiziție, se denaturează abuziv libera concurență.

Autoritatea contractantă solicită închirierea unor echipamente medicale de înaltă tehnologie și complexitate/imunologie și biochimie a căror configurare și menținere presupun costuri semnificative pentru ofertanți, în condițiile în care plata chiriei sau a prețului testelor folosite ar urma a se realiza în cadrul unui acord-cadru, respectiv exclusiv în funcție de necesitățile autorității contractante și, mai mult, după cum notează în fișa de date, în funcție de disponibilitățile bugetare ale acesteia.

În cazul procedurii de față, autoritatea solicită indisponibilizarea, pentru 24 de luni, într-un spațiu deținut de aceasta, a unor aparate complexe, în condițiile inexistenței unui reper privind obținerea amortizării acestora, neputând fi în niciun mod obligată autoritatea să achiziționeze măcar un număr minim de analize/teste/kit-uri.

Maniera de a structura achiziția se încadrează în scenariul identificat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice potrivit căruia utilizarea acordului-cadru în mod impropriu „conduce către o denaturare a pieței de profil angajând astfel operatorii economici în acțiunea de concentrare a resurselor în satisfacerea nevoilor AC/EC fără asigurarea posibilității de recuperare a acestora și a unui profit rezonabil într-o perioadă de timp clar definită prin frecvența contractelor subsecvente”.

Nu ne aflăm în situațiile în care ar putea fi utilizat acordul-cadru, respectiv nu ne aflăm în situația în care autoritatea ar intenționa *„să achiziționeze produse/servicii/lucrări cu caracter de repetabilitate/ recurență, fără a există însă informații certe cu privire la cantitatea totală ce urmează să fie achiziționată, condiția esențială fiind ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia”*. Or, din moment ce autoritatea își cunoaște necesitatea în limite rezonabile, este abuzivă solicitarea de a indisponibiliza o serie de aparate de laborator de complexitatea celor solicitate, pentru 24 de luni, fără a crea în sarcina autorității contractante nicio obligație privind cantități minime de achiziționat. Cu alte cuvinte, cum a reținut Curtea de Apel Cluj în dosarul privind procedura anterioară având structură identică și obiect similar cu actuala procedură, *„... autoritatea contractantă a utilizat abuziv regulile de închiriere a unui acord-cadru câtă vreme închirierea Liniei automate (aparatelor de laborator – n.n.) la utilizarea acordului-cadru, publicată de ANAP, autoritatea putând să prevadă durata de folosire a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, astfel încât nu este realizată cerința esențială ca necesitatea să se realizeze ad-hoc.”*

Autoritatea impune, prin caietul de sarcini, condiția ca oferta tehnică să fie însoțită de un tabel care să cuprindă *„calculul necesarului de reactivi, controale, calibratori, soluții de spălare, consumabile pe o perioadă de 2 ani ținând cont de numărul de analize estimat, condițiile de lucru pe aparate, amplasarea aparatelor în 2 locații”*. Or, includerea unor astfel de informații în propunerea tehnică are efectul alterării imparțialității comisiei de evaluare, din moment ce acesteia îi vor fi cunoscute inclusiv aspecte de natură exclusiv financiară în etapa de evaluare a ofertei tehnice, iar aceste informații pot influența procesul de evaluare (prin tendința, de exemplu, de a raporta în mod constant elementele tehnice la dimensiunea financiară a ofertei/efectuarea unei analize de tipul raport calitate-preț).

Se creează premisele afectării imparțialității comisiei de evaluare, care are acces la mai multe informații decât sunt necesare pentru luarea unei decizii bazată pe criterii tehnice/obiective, în etapa de evaluare a ofertei tehnice.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că a inițiat anterior, după cum arată și contestatoarea, alte proceduri similare sau asemănătoare pentru laboratorul de analize medicale din cadrul spitalului. A organizat o procedură similară cu aceea de față de închiriere de aparate laborator, cu anunțul de participare ..., care s-a derulat fără probleme, fiind câștigată chiar de către SC ...

SRL, iar pe toată durata de desfășurare a acordului-cadru nu au existat probleme sau neclarități.

La ..., autoritatea a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... pentru „închirieri aparate laborator II”, organizată pe mai multe loturi. SC ... SRL a formulat contestație împotriva documentației aferente lotului 8, respinsă ca nefondată prin decizia Consiliului nr. ..., menținută prin decizia Curții de Apel Cluj nr. 1134/2020, dosar nr. 541/33/2020, prin care a fost admisă excepția lipsei de interes a petentei.

Lotul 3 a fost anulat deoarece au fost depuse oferte admisibile care nu au putut fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare, anulare în urma căreia a fost inițiată prezenta licitație, prin anunțul nr.

Între timp, pentru asigurarea necesarului de analize de biochimie-imunologie pentru laborator, autoritatea a fost nevoită să demareze o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare având același obiect cu prezenta licitație, în urma căreia a ieșit câștigătoare tot SC ... SRL, cum rezultă din raportul procedurii de negociere nr.

Contestatoarea nu justifică un interes legitim, personal, născut și actual. Raportat la momentul formulării contestației, procedura contestată se află în faza de depunere a ofertelor, situație în care nu sunt întrunite condițiile cerute de lege privind interesul contestatoarei, deoarece nu are calitatea de ofertant.

În dosarul nr. 541/33/2020, Curtea de Apel Cluj a admis excepția lipsei de interes a SC ... SRL pe motivul că nu avea calitatea de ofertant în procedura contestată. Curtea a reținut că: *„Din dispozițiile legale incidente rezultă că persoana vătămată, care poate acționa în temeiul Legii nr. 101/2016, este acea persoană care are un interes în legătură cu o procedură de atribuire. Interesul este reglementat prin raportare la calitatea persoanei vătămate de ofertant sau candidat în cadrul procedurii de atribuire, menținându-se atât timp cât ofertantul/candidatul nu a fost exclus de la procedura de atribuire. Or, petenta, ab initio, nici nu a participat la procedura de atribuire, neavând calitatea de ofertant în cadrul acesteia. Așadar, se constată că nu are interes pentru a formula plângerea.”*

În aceasta etapă a procedurii de „închiriere aparate biochimie-imunologie, de depunere a ofertelor, contestatoarea nu are calitatea de ofertant sau de candidat, și prin urmare nu justifică un interes în promovarea contestației.

Reclamanta nu are interes legitim deoarece, până la finalizarea licitației, pentru asigurarea analizelor medicale, autoritatea contractantă a utilizat procedura de negociere fără publicare prealabilă, care a fost câștigată chiar de către SC ... SRL. În modelul

de contract este prevăzută clauza potrivit căreia se va rezilia de drept dacă se va finaliza licitația cu încheierea acordului-cadru.

Contestația este de natură să tergiverseze finalizarea licitației, autoritatea fiind nevoită să asigure necesarul de analize prin prelungirea contractului cu reclamanta încheiat după negociere.

Prelungirea licitației poate fi de natură să producă prejudicii financiare spitalului și fondurilor publice.

Referitor la decizia Consiliului nr. ..., definitivă prin decizia Curții de Apel Cluj nr. 64/23.01.2020, pronunțată în dosarul nr. 943/33/2019, ea se referă la procedura de „închiriere linie automată de prelucrare preanalitică, analitică și postanalitică a probelor biologice în laborator” și nu are putere de lucru judecat.

Prezenta procedură de închiriere aparate de biochimie-imunologie are obiect distinct față de procedura anterioară - spre deosebire de procedura anterioară, procedura aflată în analiză are în obiect aparate individuale, cu specificații tehnice și reglementări specifice. În precedentul litigiu, reprezentanții autorității au susținut că obiectul acordului-cadru era de analiză medicală, nu de închiriere de linie automată, ceea ce a născut dubii asupra obiectului procedurii, o calificare de natură să conducă la redefinirea obiectului achiziției.

Autoritatea citează din considerentele deciziei Curții de Apel Cluj nr. 64/23.01.2020:

„Contrar susținerii petentului, Curtea reține că CNSC-ul nu a nesocotit principiul disponibilității consacrat de art.26 alin.2 din Legea nr. 101/2016 câtă vreme pentru a se analiza dacă modalitatea de atribuire prin acord-cadru a fost utilizată impropriu, respectiv pentru a se stabili dacă prețul a fost determinat, organul administrativ-jurisdicțional trebuia să se raporteze la obiectul contractului.

Așadar, Curtea remarcă că în speță se pune problema determinării naturii juridice a contractului, ținând cont și de apărările autorității contractante, statuările Consiliului fiind în coordonatele trasate de art. 9 alin. 2 din Codul de procedură civilă, aplicabil conform normei de trimitere încorporată la art. 68 din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, Curtea remarcă că deși obiectul achiziției este „închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator”, în schimb prin apărarea formulată în fața Consiliului autoritatea contractantă a susținut că produsul ce face obiectul propriu-zis al acordului-cadru este analiza medicală și nu Linia automată, care se pune la dispoziție cu titlu de închiriere.

Așadar, chiar din denumirea obiectului achiziției ar rezulta că obiectul principal ar fi punerea la dispoziție a Liniei Automate,

pentru care totuși nu s-a menționat o chirie separată, iar nu o achiziție de produse definită de art. 3 alin. 1 lit. n) din Legea nr. 98/2016, calificare de natură să conducă la redefinirea obiectului achiziției într-un alt cadru decât cel legal.

Pe de altă parte, bine a reținut Consiliul că autoritatea contractantă a utilizat abuziv regulile de încheiere a unui acord-cadru câtă vreme închirierea Liniei Automate este incompatibilă cu specificul acestuia, astfel cum rezultă și din notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru, publicată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, autoritatea putând să prevadă durata de folosire a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, astfel încât nu este realizată cerința esențială ca necesitatea să se realizeze ad-hoc. Așadar, stabilirea prețului conform documentației de atribuire nu ține cont de indisponibilizarea pe o perioadă mare a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, în condițiile în care acordul-cadru nu garantează achiziționarea unui număr de analize care să conducă la recuperarea cheltuielilor cu această resursă și la obținerea unui profit rezonabil."

Din parcurgerea documentației de atribuire nr. ..., rezultă formularea condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis, neechivoc. Este necesar să ne raportăm la obiectul achiziției, care este în mod clar stipulat a fi de închiriere, deoarece în concret furnizorii vor pune la dispoziția și custodia spitalului aparatele de analize medicale. Astfel, obiectul contractului îl reprezintă închirierea aparatelor de laborator, iar costul estimat al cantității estimate de analize îl reprezintă modalitatea de stabilire a prețului chiriei.

Așadar, obiectul propriu-zis al acordului-cadru este punerea la dispoziție cu titlu de închiriere a aparatelor de laborator în scopul efectuării de analize medicale, iar modalitatea de stabilire și de plată a chiriei nu este lunară, în sumă forfetară, ci este variabilă în funcție de analizele efectuate în luna respectivă și tipul de analize, obținut prin înmulțirea numărului de analize efectuate pe fiecare tip, cu prețul unitar oferit pentru analiză și apoi făcând totalul general al analizelor efectuate în luna respectivă.

Modalitatea de stabilire a prețului chiriei este în cuprinsul caietului de sarcini, unde regăsim instrucțiuni clare pentru ofertanți privitoare la modalitatea de formare a prețului contractului. Strategia de contractare nr. ... oferă informații detaliate și suficiente pentru estimarea prețului chiriei.

Potrivit Codului civil, prețul unui contract poate să fie determinat sau determinabil. Nimic nu împiedică autoritatea să stabilească valori estimate. Conform art. 166 C. civ., vânzarea pe un preț care nu a fost determinat în contract este valabilă dacă părțile au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi

determinat ulterior, dar nu mai târziu de data plății și care nu necesită un nou acord de voință al părților. Astfel, autoritatea a estimat valoarea achiziției și a decis atribuirea unui acord-cadru, deoarece, pe o durată de 2 ani, nu se putea stabili o valoare exactă a numărului de analize.

În ce privește modul de facturare, prin excluderea cheltuielilor legate de transportul, instalarea și întreținerea aparatelor sunt relevante și prevederile art. 1787-1789 C. civ., privind contractele de închiriere. Practic, includerea în prețul chiriei a acestor costuri este justificată și prin prisma prevederilor legale referitoare la contractele de închiriere, care stabilesc că locatorul este obligat să predea bunul împreună cu toate accesoriile sale în stare corespunzătoare utilizării acestuia (art. 1787 C. civ.), locatorul este obligat să efectueze toate reparațiile care sunt necesare pentru a menține bunul în stare corespunzătoare de întrebuințare pe toată durata locațiunii, conform destinației stabilite potrivit art. 1799. Sunt în sarcina locatarului reparațiile locative, a căror necesitate rezultă din folosința obișnuită a bunului. Dacă, după încheierea contractului, se ivește nevoia unor reparații care sunt în sarcina locatorului, iar acesta din urmă, deși încunoștințat, nu începe să ia de îndată măsurile necesare, reparațiile pot fi făcute de locatar. În acest caz, locatorul este dator să plătească, în afara sumelor avansate de locatar, dobânzi socotite de la data efectuării cheltuielilor.

Utilizarea acordului-cadru este conformă legislației achizițiilor și respectă notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice privitoare la utilizarea acordului-cadru.

Una dintre situațiile utilizării acordului-cadru este ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia. Condiția esențială pentru modalitatea de atribuire a acordului-cadru este tocmai împrejurarea că, la momentul demarării procedurii de achiziție, autoritatea nu poate cunoaște cu exactitate cantitatea totală de produse/lucrări/ servicii ce urmează a fi achiziționate. De aceea, prețul chiriei nu este fix, lunar, ci variază în funcție de numărul și tipul de analize efectuate în luna respectivă. „Modalitatea de stabilire a prețului chiriei o reprezintă cantitatea estimată de analize ce urmează a fi efectuate, obiectul închirierii fiind aparatura de laborator.”

Nu se poate stabili o valoare exactă a numărului de analize ce urmează a fi efectuat într-un an într-un spital județean și, cu atât mai puțin, s-ar putea stabili un număr de analize pe 2 ani. Raportat la imposibilitatea determinării cantităților de produse, este cert că acordul-cadru reprezintă singura posibilitate legală în care se poate

achiziționa produsele și închiria aparatele de laborator pentru testare.

Motivele invocate de contestatoare sunt inadmisibile, deoarece țin de oportunitatea alegerii acordului-cadru. Notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice are rol de recomandare, punând în discuție oportunitatea, care intră în marja de apreciere a autorității contractante. Or, cât timp, utilizarea acordului-cadru având ca obiect închirierea de aparate de laborator s-a dovedit eficace, văzând procedura mai veche derulată pe 4 ani (anexele 5 și 6), cât și contractele derulate în urma procedurilor de negociere (anexa nr. 7), nu ar fi oportun ca autoritatea să procedeze la un nou tip de procedură cu obiect și caracteristici diferite.

Pe de altă parte, dacă alegerea unei proceduri de atribuire a acordului-cadru este conformă Legii nr. 98/2016, nici Consiliul și nici instanța de judecată nu sunt în măsură să anuleze procedura pe baza unor argumente de oportunitate, vizând alegerea unei anumite proceduri, opțiuni ce intră în marja de apreciere a autorității contractante.

La ..., în urma studierii actelor aflate la dosarul cauzei, SC ... SRL a transmis Consiliului concluzii scrise, înregistrate la acesta din urmă cu nr. ..., prin care solicită respingerea excepției lipsei de interes, precum și a apărărilor de fond invocate de autoritate, ca neîntemeiate.

Decizia Consiliului nr. ... și decizia Curții de Apel Cluj nr. 64/23.01.2020 sunt relevante în prezenta cauză. Autoritatea urmărește închirierea aceluiași tip aparate (aparatură medicală de înaltă tehnologie), prin aceeași modalitate neadecvată a acordului-cadru și prin indicarea unor criterii deficitare pentru determinarea chiriei (a prețului) - respectiv prin raportare la o analiză, fără niciun alt criteriu suplimentar. Deciziile anterioare relevă comportamentul abuziv al autorității care, cu încălcarea principiului asumării răspunderii, înțelege să inițieze proceduri având obiect similar cu reluarea aspectelor de nelegalitate constatate de Consiliu și instanțele de judecată, la „adăpostul” inexistenței autorității de lucru judecat.

Pe lângă reținerea neclarității naturii juridice a contractului, atât Consiliul, cât și Curtea de Apel Cluj s-au pronunțat și asupra aspectelor invocate în cuprinsul prezentei contestații.

Contrar susținerilor autorității contractante prețul acordului-cadru este imposibil de determinat. Nici în urma contestației, autoritatea nu indică acele elemente necesare determinării prețului contractelor subsecvente, ci continuă să invoce argumente circulare, nerelevante, al căror unic scop pare să fie acela de a crea confuzie.

În concret, autoritatea pare să susțină că:

- obiectul achiziției l-ar constitui exclusiv folosința aparatelor medicale, reactivii și consumabilele necesare realizării analizelor (solicitate prin caietul de sarcini) nefiind luați în calcul la stabilirea chiriei, ci doar „analizele efectuate”. Pe de altă parte, în ultima pagina a punctului de vedere, face referire la cantitatea de produse necesare realizării analizelor care nu ar putea fi estimate;

- deși declară, repetitiv, că nu poate stabili numărul de analize care se vor efectua (aspect pe care nu îl contestă), solicită ca prețul să fie determinat doar prin raportare la analizele efectuate de către autoritatea contractantă. În alte cuvinte, deși autoritatea va comanda „un anumit de produse” și va folosi echipamentele date în chirie de către contractant, aceasta va plăti doar analizele pe care le va efectua.

Or, potrivit modelului de contract subsecvent:

„4.1. - Furnizorul se obligă să închirieze aparatele descrise în caietele de sarcini aferente fiecărui lot, asigurând toate consumabilele descrise în caietele de sarcini aferente fiecărui lot pe toată durata contractuală. Montarea, punerea în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor, inclusiv furnizarea piesele de schimb, sunt în sarcina furnizorului pe toată durata contractuală.”

Obiectul contractului este de furnizare a unor produse:

„(1) Furnizarea dreptului de folosință temporar asupra unor echipamente medicale, incluzând serviciile accesorii de montare, punere în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor, inclusiv furnizarea piesele de schimb.

(2) Furnizarea consumabilelor necesare realizării - de către personalul Autorității Contractante - a unor analize medicale.”

În acest context, se solicită ofertanților să ofere un preț fix determinat per analiză, pe toată perioada acordului-cadru, preț care ar include folosința aparatului și consumabilele necesare realizării analizei (fără serviciile de realizare a analizei), urmând ca plata efectivă să fie realizată doar față de analizele efectuate – a căror cantitate nici nu e cunoscută de autoritatea contractantă și nici nu e asumată, din moment ce ne aflăm într-un acord-cadru

Pentru a determina acest preț, nu se indică nicio informație, nici în documentația de atribuire, nici în strategia de contractare, singura informație fiind cea referitoare la numărul maxim și minim de analize estimate pentru întreaga durată a acordului cadru.

În acest context:

- determinarea prețului contractului este arbitrară, astfel încât, pe de o parte, autoritatea nu ar putea compara prețurile oferite, iar, pe de altă parte, ofertanții sunt obligați să își asume prețuri „în alb”, sub riscul abuzurilor din partea autorității pe perioada derulării contractului;

- chiar dacă autoritatea ar completa documentația prin includerea informațiilor necesare determinării unui cost per analiză, cerințele impuse cu privire la determinarea prețului contractelor subsecvente (exclusiv prin raportare la analizele efectuate) sunt abuzive. Este abuzivă solicitarea raportării prețului unitar la costul per analiză deoarece obiectul contractului nu privește serviciile de realizare a analizelor medicale, ci folosința unor echipamente medicale și furnizarea consumabilelor necesare realizării de analize, iar, pe de altă parte, un asemenea cost este în mod obiectiv imposibil de determinat în lipsa oricăror informații relevante și prin neasumarea oricăror obligații de către autoritatea contractantă cu privire la modalitatea de realizare a comenzilor. Totodată, este abuzivă modalitatea de determinare a prețului contractelor subsecvente, prin impunerea facturării doar a unei cantități din consumabilele livrate, imposibil în mod obiectiv a fi previzionată sau controlată de către furnizor.

Contrar susținerilor autorității, utilizarea improprie a acordului-cadru este de natură să distorsioneze libera concurență, afectând legalitatea procedurii de atribuire.

Deși în punctul său de vedere invocă imposibilitatea determinării cantităților de analize, nu a aparatelor solicitate, în strategia de contractare, autoritatea a justificat alegerea acordului-cadru ca modalitate de atribuire invocând o pretinsă lipsă de previzionare a cantității de aparate necesare. Or, este evident că autoritatea cunoaște cu exactitate că are nevoie de 7 aparate, respectiv 4 aparate de biochimie și 1 aparat de imunologie, plus 2 stații de neutralizare a deșeurilor lichide. Totodată, este de necontestat că obiectul principal al procedurii îl reprezintă închirierea aparatelor medicale. Prin urmare, solicită indisponibilizarea, pentru o perioadă de 24 de luni, a acestor aparate, cunoscând atât cantitatea de aparate necesare, cât și durata de folosință a acestora.

Singurul element pe care poate autoritatea contractantă să pretindă că nu îl cunoaște este numărul de analize pe care le va realiza pe aceste aparate și consumabilele aferente acestora. Totuși, nimic nu împiedică autoritatea contractantă să estimeze un necesar de analize și să prevadă o formulă de determinare a chiriei acestor aparate, asumându-și ferm comenzile date contractanților pentru consumabilele necesare analizelor medicale. Din moment ce își cunoaște necesitatea în limite rezonabile, este abuzivă solicitarea de a indisponibiliza o serie de aparate de laborator de complexitatea celor solicitate, pentru 24 de luni, fără a crea în sarcina sa (a autorității) o obligație privind cantități minime de achiziționat. Sau, cum a reținut Curtea de Apel Cluj în dosarul privind procedura anterioară având structură identică și obiect similar cu actuala

procedură: „... autoritatea contractantă a utilizat abuziv regulile de închiriere a unui acord-cadru câtă vreme închirierea Liniei automate (aparaturilor de laborator-n.n.) la utilizarea acordului-cadru, publicată de ANAP, autoritatea putând să prevadă durata de folosire a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, astfel încât nu este realizată cerința esențială ca necesitatea să se realizeze ad-hoc.”

Reclamanta apreciază că decizia autorității cu privire la oportunitatea alegerii modalității speciale de atribuire a acordului-cadru este de natură să creeze un viciu de legalitate al procedurii, cu efect de descurajare a operatorilor economici de a participa la procedura de atribuire și, prin urmare, de distorsionare a concurenței.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea închirierii de aparatură medicală, cu serviciile aferente, și cumpărării de consumabile pentru analize medicale (biochimie-imunologie), pentru o perioadă de 24 de luni, achiziție estimată valoric la 9.317.507 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că aceasta nu cuprinde informații esențiale pentru determinarea prețurilor care trebuie oferite și că modalitatea acordului-cadru este improprie, SC ... SRL a atacat documentele licitației în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Reclamanta a furnizat Consiliului dovada constituirii cauțiunii, în temeiul art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, respectiv originalul recipisei de consemnare nr. ..., emisă de ..., pentru suma de 186.350,14 lei, în acord cu temeiul invocat. Recipisa de consemnare a fost înregistrată în registrul de evidență al Consiliului la poziția

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către autoritate a excepției lipsei interesului personal, născut, actual și legitim al contestatoarei, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să o analizeze cu precădere, dat fiind că validitatea demersului reclamantei depinde de soluționarea ei.

Consiliul observă că reclamanta își îndreaptă acțiunea împotriva documentației de atribuire, compusă din trei fișiere ([...] *FisaDate_DF1096259.pdf*, [CN1025037/ 00003] *Documentatia de atribuire.rar.p7s* și *Documente DUAE* [...])

DUAE_CERERE_87273.xml/), despre care a aflat la 06.10.2020. Potrivit art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire, însemnând, în speță, că legea prezumă absolut luarea cunoștință despre clauzele documentației, de către SC ... SRL, la 06.10.2020.

În legătură cu prezentarea contestației în termenul legal, sunt relevante art. 5, 8 și 16 ale Legii nr. 101/2016, în forma în vigoare la momentul la care a fost redactată și transmisă. Demersul de față al contestatoarei care nu este condiționat de parcurgerea unei proceduri prealabile de clarificare a documentației de atribuire de către reclamantă și nici de depunerea ofertei. Excepția lipsei de interes nu poate fi validată drept întemeiată de către forul administrativ-jurisdicțional, întrucât nici Legea nr. 101/2016 și nici alt act de drept pozitiv nu obligă persoanele care se consideră vătămate să solicite clarificări ori să depună oferte la autoritățile contractante în prealabil contestării. Legea menționată dispune, între altele:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, 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/sectorial 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;

prevederi care, citite împreună cu celelalte dispoziții ale legii, nu instituie nicio obligație, pentru persoanele care se consideră vătămate, să poarte o corespondență prealabilă cu autoritățile contractante pe marginea actelor apreciate vătămătoare ori să oferteze. Cu alte cuvinte, actualul cadru legislativ nu instituie, în sarcina contestatorilor, vreo obligație de a notifica anticipat autoritățile contractante, de a le cere clarificări legate de documentele achiziției ori de a participa cu ofertă. De altminteri, în speță, nici nu poate fi condiționată contestarea de depunerea ofertei, în condițiile în care termenul de depunere era până la ... (termenul nu era expirat la data declanșării litigiului).

Prin cererea supusă demersului Consiliului, SC ... SRL urmărește să clarifice condițiile de participare a sa în condiții de

legalitate la procedura de adjudecare, justificând astfel propriul interes. Contestația nu poate fi respinsă ca lipsită de interes, societatea îndeplinind toate condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind participarea la competiție pentru a îi putea fi atribuit contractul (acordul-cadru):

- persoana care se consideră vătămată este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire;

- se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

Prejudiciul și interesul procesual rămân chestiuni de fapt, contextuale, lăsate de legiuitor la aprecierea celui care judecă. După cum este cunoscut, art. 33 C. proc. civ. nu face distincție după cum prejudiciul/interesul este patrimonial sau nepatrimonial. Spre pildă, prin Hotărârea din 29 octombrie 2015, cauza T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits împotriva Comisiei Europene, Tribunalul de la Luxemburg a obligat Uniunea Europeană să repare prejudiciul suferit de Vanbreda Risk & Benefits prin pierderea șanse de a i se atribui contractul în litigiu și de a obține referințele corespunzătoare de atribuire a contractului. Potrivit jurisprudenței instanțelor Uniunii, condiția privind existența unui prejudiciu sigur este îndeplinită atunci când prejudiciul este iminent și previzibil cu certitudine suficientă, chiar dacă acesta încă nu poate fi cuantificat cu precizie (Hotărârea Curtii din 14 ianuarie 1987, Zuckerfabrik Bedburg și alții/Consiliul și Comisia, 281/84, Rec., p. 49, punctul 14, Ordonanța

Tribunalului din 27 august 2009, Abouchar/Comisia, T-367/08,

punctul 24). Beneficiul nerealizat urmărește despăgubirea pierderii contractului însuși, în timp ce pierderea unei șanse urmărește obținerea unei compensări a pierderii unei șanse de a încheia contractul menționat (în acest sens, Hotărârea din 21 mai 2008, Belfass/ Consiliul, T-495/04, EU:T:2008: 160, punctul 124, și Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punctul 210). Împrejurarea că autoritatea contractantă dispune de o marjă largă de apreciere în privința acordării contractului în discuție nu împiedică faptul ca prejudiciul întemeiat pe pierderea unei șanse să aibă un caracter real și cert în sensul jurisprudenței (în acest sens și prin analogie Hotărârea din 9

noiembrie 2006, Agraz și alții/Comisia, C-243/05 P, EU:C:2006:708, punctele 26-42, și Concluziile avocatului general Cruz Villalón prezentate în cauza Giordano/Comisia, C-611/12 P, EU:C:2014:195, punctele 60 și 61). Art. 53 din Legea nr. 98/2016 dispune că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau de candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, potrivit prevederilor prezentei legi, însemnând că și SC ... SRL posedă respectivul drept. Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere nr. ... și nici prin mijloacele de probă anexate lui, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea nu reușește să probeze cu date certe că SC ... SRL nu dorește să participe ori nu poate participa la procedura de concesionare, în vederea obținerii acordului-cadru. Lipsa interesului procesual nu se prezumă, ci trebuie temeinic dovedită, *quod non*.

Trebuie amintit și că, potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și ale art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie

prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie

2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

Prin urmare, Consiliul respinge ca nefondată excepția lipsei interesului invocată de către ..., putând fi atacate la Consiliu actele potențial vătămătoare emise ori asumate de autoritatea contractantă ca parte a documentației de atribuire. Data de la care începe să curgă termenul de contestare a lor este data la care autoritatea le valorifică în cadrul licitației, respectiv de la publicarea lor în SEAP, ca acte pe baza cărora se va desfășura licitația, impuse operatorilor economici interesați. Constituie „document al achiziției”, cum se arată la art. 3 alin. (1) lit. y) din Legea nr. 98/2016, „anunțul de participare, documentația de atribuire, precum și orice document suplimentar emis de autoritatea contractantă sau la care

aceasta face trimitere pentru a descrie ori stabili elemente ale achiziției sau ale procedurii de atribuire”.

În interpretarea contrară, a autorității, se ajunge la concluzia de neacceptat că operatorul economic vătămat de documentația de atribuire nu are dreptul să o conteste, pe considerentul că nu a depus ofertă, deși termenul de ofertare nu era expirat, ori că nu și-a dovedit intenția de a participa la competiție, deși această intenție se deduce ușor tocmai din manifestarea de voință constând în formularea contestației, mai cu seamă că aceasta este dublată de costurile inerente constituirii unei cauțiuni pecuniare. De bună seamă că interpretarea promovată de spitalul organizator este incompatibilă cu art. 2 și 8 din Legea nr. 101/2016, dar și cu art. 21 din Constituție, întrucât i-ar nega persoanei care se consideră vătămată dreptul de a ataca la o instanță, judiciară sau administrativă, în etapa anterioară ofertării, actele vătămătoare adoptate de autoritatea contractantă.

Întrucât, din parcurgerea contestației, se vedește că actele care o nemulțumesc pe reclamantă sunt cele care formează documentația de atribuire (*„documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”*), termenul de contestare a ei curge de la data publicării în SEAP, dată în raport de care nu este depășit.

Nu poate fi reținută excepția tardivității pe care o invocă spitalul în notele scrise nr. ..., întrucât contestația a fost expediată atât Consiliului, cât și autorității organizatoare prin e-mail (office@cnsr.ro și ...) și prin scrisoare poștală, la data de ..., în interiorul celor zece zile pe care le prescrie legea remediilor. Din perspectiva respectării termenului este relevantă data de expedierii, ..., iar nu data la care a fost înregistrată contestația în evidențele Consiliului și ale autorității (...).

Spitalul a mai trimis și notele scrise nr. ..., prin care aduce la cunoștința Consiliului că, astfel cum reiese din declarația postată în SEAP, la licitație a depus ofertă și SC ... SRL.

Intrând în cercetarea fondului cauzei, forul administrativ-jurisdicțional constată că disputa dintre cele două părți este cauzată de cerințele documentației de atribuire prin care autoritatea investitoare a statuat că urmează să încheie un acord-cadru (ca modalitate pe care reclamanta o consideră improprie), pe de o parte, iar pe de altă parte de absența cerințelor care să permită în

mod obiectiv stabilirea costurilor și, implicit, a prețului acordului contractual, supus facturării și plății.

Anterior demersului de față, potrivit propriilor afirmații (pct. 12 și 13 din contestație), SC ... SRL a adresat spitalului o solicitare de clarificare a documentației, solicitare la care spitalul a formulat răspunsul consolidat [...] *Raspuns consolidat la solicitari de clarificari.pdf.p7s*, postat în SEAP la ..., față de care societatea nu a emis vreo obiecție, respectiv nu a depus contestație împotriva lui, prezumându-se că a fost de acord cu răspunsul primit de la spitalul organizator.

În aceeași direcție de interpretare, a acceptării tacite a actualelor clauze ale documentației, astfel cum au fost ele clarificate la ..., Consiliul observă că SC ... SRL a elaborat oferta și a participat la licitația pendinte, pe care o contestă. În aceste circumstanțe, în care compania a acceptat documentația și participă la licitație, se naște întrebarea dacă, într-adevăr, respectiva documentație i-a împiedicat companiei accesul la procedură. Răspunsul reieșit din circumstanțele factuale este unul negativ, dovadă fiind că, alături de SC ... SRL, s-au înscris în competiție și alte companii, după cum figurează în secțiunea „*Vizualizare declaratie de participare*” a anunțului de participare: ... SA și ... SRL. Așadar, sunt trei operatori economici care au reușit să își elaboreze oferta, inclusiv să își stabilească prețul acordului-cadru. Văzând că există depuse aceste trei oferte, care reflectă asigurarea unei concurențe acceptabile, nu se justifică în fapt și nici procesual anularea licitației pendinte, măsură care ar fi de natură să afecteze nu doar interesele publice și ale organizatoarei, ci și interesele private ale celor trei competitori, al căror scop este de a fi menținută competiția și a le fi atribuit acordul-cadru, respectiv de a fi continuată licitația cu adjudecarea obiectului său.

În plus, contestatoarea beneficiază de informații suplimentare vizavi de stabilirea prețului la procedură, obținute sau care pot fi deduse din derularea precedentelor relații contractuale cu spitalul. Și în prezent este implicată într-o asemenea relație, în urma negocierii despre care amintește spitalul în punctul de vedere nr.

Pe de altă parte, *mutatis mutandis*, sunt relevante considerentele regăsite în decizia Consiliului nr. ..., pronunțată față de aceleași părți (motiv pentru care nu se va opera anonimizare), invocată de către spital în finalul aceluiași punct de vedere:

Pe fondul contestației, contestatoarea arată că între părți a mai fost soluționat un litigiu, în condițiile în care autoritatea contractată a inițiat anterior o serie de proceduri cu același obiect, dintre care cea mai relevantă este cea inițiată prin anunțul de participare nr. ... ("Închiriere Linie Automată de prelucrare preanalitică, analitică și postanalitică a probelor biologice în laborator"). Astfel, împotriva prevederilor documentației de atribuire aferente acestei proceduri a formulat contestația ce a format obiectul dosarului nr. ..., pe care Consiliul a admis-o și a dispus anularea procedurii de atribuire prin Decizia nr. ... din data de ..., pentru motivul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu. Decizia Consiliului a confirmat întocmai susținerile contestatoarei,

respectiv faptul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu, aceasta fiind menținută și de Curtea de Apel Cluj.

Înainte de a trece la analiza fondului contestației, Consiliul trebuie să analizeze în ce măsură decizia Consiliului pronunțată în cauza menționată are autoritate de lucru judecat în prezenta cauză, să verifice în ce măsură autoritatea a pus în aplicare respectiva decizie, respectiv să verifice în ce măsură documentația de atribuire este identică.

Pentru a exista autoritate de lucru judecat pe chestiunile trașate de Consiliu și de instanță.

Verificând documentația de atribuire a vechii proceduri, publicată în SEAP cu nr. ..., aceasta are ca obiect "Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator". Spre deosebire de această procedură, cea în analiză are ca obiect aparate individuale, lotul criticat de contestatoare fiind clar determinat, respectiv lotul 8, Coagulare, care cuprinde specificații tehnice și reglementări specifice. În prima contestație s-a contestat documentația de atribuire, în ansamblul său, în cea de față se contestă doar lotul 8. Deci, **deși ambele proceduri au ca obiect aparate de laborator, acesta nu este identic, după cum nici contestația nu este identică.**

Este adevărat că unele critici din contestație sunt identice, dar probatoriul, atât al contestatoarei, cât și al autorității contractante este diferit, situația de fapt expusă este, de asemenea diferită, un aspect ce poate schimba total datele speței fiind și solicitarea de clarificări a contestatoarei și răspunsul aferent formulat de autoritatea contractantă, acte la care contestatoarea face referire, or toate actele emise în procedură trebuie analizate în contextul acestei proceduri, și nu prin referire strictă la vechea procedură. Bineînțeles că analiza Consiliului va avea în vedere și considerațiile Curții de apel și cele reținute în decizia anterioară, urmând a aprecia, în concret, în ce măsură sunt opozabile speței de față.

Consiliul reține că în contestația anterioară, al cărui conținut este reprodus în decizia nr. ... din data de ..., criticile considerate de contestatoare ca fiind restrictive sunt menționate la paginile 3-6, referindu-se la specificațiile tehnice, critici care nu se regăsesc în contestația în analiză.

Elementele comune celor două contestații sunt cele referitoare la utilizarea improprie a acordului-cadru ca modalitate de atribuire, prin prisma Notificării ANAP din ..., și cele referitoare la lipsa unor informații referitoare la modul de determinare a prețului ofertei, argumentele contestatoarei fiind diferite, în cea mai mare parte, de cele reținute de Consiliu.

Astfel, dacă analiza Consiliului a avut în vedere modelul de acord-cadru și contract subsecvent, este de observat că în actuala documentație modelele respective au suferit modificări. Totodată, autoritatea contractantă, spre deosebire de vechea procedură, a emis o serie de răspunsuri la solicitările de clarificări ale contestatoarei, referitoare la modul de facturare, aspecte ce vor fi analizate de Consiliu în prezenta decizie.

Față de cele de mai sus, rezultă că **nu există autoritate de lucru judecat, nefiind același obiect și aceeași cauză, și, chiar dacă unele aspecte sunt comune celor două contestații, există elemente de unicitate care pot conduce la o altă soluție.** Mai este de observat și faptul că obiectul lotului 8, atacat cu contestație, se referă la aparatură pentru determinarea analizelor de COAGULARE, or în procedura anterioară nu există astfel de aparatură, ci de Imunologie și Biochimie, specificațiile tehnice fiind, prin urmare, diferite. Pe de altă parte, Consiliul este obligat să analizeze cauza în concret, în baza susținerilor și apărărilor părților, a actelor depuse la dosar, și nu să preia, *tale qule*, decizia anterioară, refuzând părților accesul la justiție și dreptul la un proces echitabil.

Consiliul reține că societatea contestatoare și-a structurat contestația după cum urmează:

La pct. I, sunt cuprinse considerații cu privire la istoricul procedurii, analizat mai sus,

La pct. II sunt cuprinse aspecte referitoare la nelegalitatea procedurii, fiind structurat pe două subpuncte, II.1 vizând imposibilitatea determinării, în mod obiectiv, a prețului acordului cadru, iar II.2 referindu-se la modalitatea de atribuire a acordului cadru, considerată improprie de către contestatoare.

Consiliul va începe analiza sa pornind de la subpunctul II.2, respectiv verificarea legalității alegerii acordului cadru ca modalitate de atribuire a contractului, deoarece eventuala concluzie a alegerii greșite a procedurii ar avea ca efect anularea acesteia, făcând inutilă orice altă analiză.

Contrar susținerilor contestatoarei, **în decizia anterioară a Consiliului nu s-a concluzionat că autoritatea nu ar avea dreptul să utilizeze acordul cadru pentru acest gen de procedură.**

Astfel, citatul relevant și complet are următorul conținut: „*Concordant și cu opinia exprimată de reglementatorul din domeniu, ANAP, prin Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru, publicată pe site-ul propriu, la data de 10.10.2018, Consiliul consideră că autoritatea contractantă utilizează abuziv regulile de încheiere a unui acord-cadru, în detrimentul unei concurențe bazate pe reguli de atribuire transparentă a unui contract de achiziție publică. Totodată, această conduită încalcă și prevederile art. 107 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența”.*

Coroborând informațiile de mai sus, existente în diferite secțiuni ale documentației de atribuire și ale anunțului de participare, cu apărările din punctul de vedere la contestație, **Consiliul constată că se impune, în primul rând, o definiție clară a obiectului contractului, urmată, implicit, de o stabilire a modalității de achiziție (prin contract ori acord-cadru, în funcție de necesitatea sa).** O eventuală înlăturare/modificare cel puțin a acestora (Notă: clauzele documentației menționate la pag. 13 a deciziei anterioare) ar trebui să conducă la stabilirea unui obiect cert al achiziției și la reguli de furnizare concordante cu nevoia efectivă de achiziție. Or, o astfel de măsură, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, ar fi contrară principiilor de transparentă și proporționalitate din domeniu, întrucât ar conduce la inconveniente majore, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți”.

Deci, Consiliul a concluzionat în decizia sa că autoritatea contractantă trebuie să își identifice necesitatea, și abia apoi să stabilească modalitatea de contractare, respectiv contract sau acord cadru. Nu există în cuprinsul motivării nicio referire la aspecte de nelegalitate referitoare la alegerea acordului-cadru, ca modalitate de contractare, referirile Consiliului fiind exclusiv la caracterul obscur și confuz al documentației de atribuire, pe de o parte, autoritatea declarând că dorește închirierea unor aparate, iar pe de altă parte, că nu achiziționează "echipamente și aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate", ci produsul achiziționat este analiza medicală, linia de producție fiind furnizată cu titlu accesoriu și exclusiv pe perioada de valabilitate a acordului cadru. De altfel, acesta este și argumentul reținut de instanța de judecată în decizia sa, aceasta reținând că „în speță, se pune problema determinării naturii juridice a contractului, ținând cont de apărările autorității contractante, statuările CNSC fiind în coordonatele art. 9 alin. (2) din Codul de procedură civilă, aplicabil conform normei de trimitere de la art. 68 din Legea nr. 101/2016”. Astfel, Consiliul a observat, în mod corect, că însăși autoritatea contractantă a fost ezitantă în ceea ce privește obiectul contractului, neexistând, însă, în decizia sa, niciun raționament din care să rezulte că autoritatea nu are dreptul să aleagă ca modalitate de atribuire, semnarea unui acord-cadru. Dimpotrivă, decizia menționează expres că în funcție de propriile necesități, respectiv **o definiție clară a obiectului contractului, autoritatea contractantă poate stabili actul pe care urmează să îl încheie, respectiv contract ori acord-cadru, în funcție de necesitatea sa.** Decizia Consiliului se referă strict la procedura anulată, considerațiile din conținutul său și din conținutul deciziei instanței fiind prin raportare la apărările și susținerile părților. În speța de față apărările autorității sunt altele, în sensul că există o chirie determinabilă pentru echipamente, stabilită în funcție de numărul de analize efectuate, aspect care va fi analizat, în cele ce urmează, la analiza punctului II.1 din contestație, apărările autorității întemeindu-se pe dispozițiile codului civil care reglementează materia contractului de locațiune.

Consiliul constată că societatea contestatoare a realizat o motivare amplă în contestația depusă, bazându-se, în special, pe motive de oportunitate, stabilite în Notificarea ANAP din 10.10.2018.

După cum se poate observa, Notificarea ANAP, act cu caracter de recomandare, se axează pe aspecte de oportunitate, la pct. 34, pag. 8 din contestația depusă, paragraful 3

din textul citat, menționându-se: „**Se consideră a nu fi oportun a fi aplicat acordul cadru în următoarele situații...**”. Rezultă, astfel, că textul este unul de recomandare, punând în discuție aspecte de oportunitate, autoritatea contractantă având drept de apreciere cu privire la aceste aspecte. Consiliul, potrivit art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, **examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat**, aspectele de oportunitate urmând a fi analizate doar cu caracter excepțional, atunci când autoritatea publică, cu exces de putere, ia măsuri care duc la încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertățile cetățenilor.

În acest sens, s-a pronunțat recent Curtea de apel Cluj, care, în decizia sa nr. 398/12.05.2020, pronunțată în dosarul nr. 224/33/2020, a reținut următoarele: „În ceea ce privește inadmisibilitatea petiției de anulare a procedurii de atribuire în raport de opțiunea autorității contractante pentru un anumit obiect al achiziției din perspectiva formei contractuale, a duratei contractului și a modului de stabilire a tarifului, curtea reține că această inadmisibilitate a fost luată în discuție din perspectiva dreptului de apreciere recunoscut autorității în etapa de planificare/pregătire a procedurii de atribuire și a limitelor în care controlul realizat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor se poate realiza.

În ceea ce privește oportunitatea, Curtea reține că aceasta vizează conformitatea actului administrativ cu necesitățile în continuă transformare ale societății, aceasta intrând în conținutul dreptului de apreciere al autorității publice. Ca regulă, actul administrativ emis în exercitarea unei puteri de apreciere pe care o are autoritatea publică nu poate fi anulat de instanța de contencios administrativ.

Cu titlu de excepție însă, în ipoteza în care dreptul de apreciere se manifestă cu exces de putere, aspectul oportunității devine parte a legalității, cerință de valabilitate a actului administrativ, astfel că instanța este îndreptățită să analizeze și acest aspect, fără a i se putea opune încălcarea principiului separației puterilor în stat.

În susținerea acestei concluzii sunt chiar dispozițiile art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, care definesc excesul de putere ca fiind exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertățile cetățenilor.

După cum a arătat Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia nr. 3359/30.05.2005 pronunțată de Secția de contencios administrativ și fiscal, acceptarea excesului de putere fără nici un control al activității administrației este nepermisă într-un stat de drept care, potrivit art. 1 alin. 4 din Constituția României, revizuită, se organizează nu doar potrivit principiului separației puterilor (legislativă, executivă și judecătorească), dar și al celui al echilibrului acestora în cadrul democrației constituționale. Instanța supremă a mai arătat, în Decizia nr. 3165/21.06.2012 pronunțată de Secția de contencios administrativ și fiscal, că art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004 oferă o consacrare normativă a atribuției instanței de a examina conduita autorităților publice inclusiv din perspectiva modului de exercitare a puterii discreționare și încadrării în limitele marjei de apreciere conferite de lege, răspunzând imperativului menținerii unui echilibru rezonabil între interesul public și drepturile subiective sau interesele legitime private ce pot fi lezate prin actele administrative.

În ceea ce privește materia specială dedusă judecății, Curtea reține că dispozițiile art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 stipulează că, cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat. Or, după cum se observă, legiuitorul nu a înțeles ca în această materie specială să reglementeze o derogare de la prevederile dreptului comun

Or, reținând aceste dispoziții legale și considerații jurisprudențiale, Curtea constată că s-a apreciat în mod corect de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor că în etapa de planificare a achiziției, stabilirea tipului procedurii de atribuire ce urmează a fi desfășurată revine exclusiv autorității contractante, atribuțiile Consiliului vizând exclusiv etapa de organizare a procedurii de la momentul publicării în SEAP a anunțului până la momentul atribuirii contractului.

Ca atare, dacă alegerea unei proceduri de atribuire a unui acord-cadru în baza Legii nr. 98/2016 este realizată cu respectarea dispozițiilor legale, Consiliul nu este în măsură să

dispună anularea respectivei proceduri pentru argumente de oportunitate vizând alegerea unei anumite proceduri, câtă vreme această alegere este în marja de apreciere a autorității contractante.

Referitor la criticile aduse la pct. C și D din contestație, curtea reține că acestea au fost calificate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor ca fiind tot aspecte care țin de oportunitate, aceste concluzii ale Consiliului nefiind contestate în plângerea dedusă judecății.

Or, această modalitate de redactare a plângerii determină prezenta instanță să constate caracterul neîntemeiat al celorlalte susțineri ale petentei din perspectiva acestor critici, întrucât, în măsura în care în cauză nu se pot înlătura concluziile din hotărârea contestată privitoare la împrejurarea că aceste condiții privitoare la stabilirea unui tarif mediu și la cantitățile minime și maxime sunt aspecte de oportunitate și economicitate, nu se poate proceda la analiza acestora ca fiind aspecte care să vizeze legalitatea derulării procedurii de atribuire.

De altfel, după cum a arătat și Consiliul în mod temeinic, **documentația de atribuire conține cantități minime și maxime, care sunt cuantificabile, astfel că operatorii au toate elementele necesare pentru a-și stabili tarifele, în documentație neputându-se remarca erori sau abateri de la prevederile Ordinului ANRSC nr. 109/2007, iar tariful mediu, care este de altfel unic pentru fiecare activitate, este o prevedere favorabilă operatorilor economici interesați.**

Mai mult, în mod corect s-a concluzionat în decizia atacată că, deși argumentele expuse de petentă ar putea să pară pertinente din punct de vedere economic în ceea ce privește propria situație, acest aspect nu prezintă relevanță în prezenta cauză, întrucât analiza pe care atât Consiliul, cât și instanța sunt chemate să o realizeze vizează aspecte de nelegalitate privitoare la derularea procedurii de atribuire, iar nu situația specială în care se află unul dintre operatorii economici ofertanți și măsura în care acesta ar putea fi avantajat din punct de vedere economic prin derularea unui anumit tip de procedură”.

Consiliul va respinge ca inadmisibile susținerile contestatoarei referitoare la anularea procedurii pe aspecte ce țin de oportunitatea alegerii acordului-cadru ca modalitate de atribuire, având în vedere că rolul său nu este acela de a verifica aspecte de oportunitate, ci de legalitate a procedurii, **analiza sa urmând a se axa exclusiv pe aspecte de legalitate, precum și cu privire la încadrarea prezentului acord cadru în dispozițiile legale ce reglementează această modalitate de atribuire.** Mutatis mutandis, speța aflată în analiza Consiliului conține o serie de aspecte similare celei citate mai sus.

În ceea ce privește alegerea acordului cadru ca și modalitate de atribuire, contestatoarea invocă dispozițiile art. 107 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 și art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Verificând conținutul prevederilor respective, Consiliul reține că acestea au următorul conținut:

- Art. 107 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă:

a) nu are dreptul de a încheia acorduri-cadru cu o durată mai mare de 4 ani decât în cazuri excepționale și pe care le poate justifica în special prin obiectul specific al contractelor subsecvente ce urmează să fie atribuite în baza acordului-cadru respectiv;

b) nu are dreptul de a atribui contracte subsecvente care au ca obiect prestații de altă natură decât cele stabilite prin acordul- cadru;

c) nu are dreptul de a încheia acorduri-cadru pe baza cărora se pot atribui contracte subsecvente de tipuri sau natură diferite unele față de altele;

d) are dreptul de a încheia contracte subsecvente numai cu operatorul/operatorii economic/economici semnatar/semnatari al/ai acordului-cadru și numai pe baza regulilor și condițiilor prevăzute în respectivul acord;

e) nu are dreptul de a atribui contracte subsecvente în numele și pentru o altă autoritate contractantă care nu este parte în acordul-cadru respectiv decât în cazul în care are calitatea de unitate de achiziție centralizată;

f) are obligația de a impune criterii minime de calificare care să se raporteze cel mult la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit

pe durata acordului-cadru sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp;

(3) Autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contracte subsecvente numai în perioada de valabilitate a acordului-cadru.

(4) Durata contractelor subsecvente încheiate în conformitate cu alin. (3) poate depăși durata de valabilitate a acordului-cadru”.

-art. 50 din Legea nr. 98/2016: (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”.

Consiliul reține că motivarea realizată de contestatoare nu se bazează pe respectivele prevederi, nedovedind incidența în cauză a textelor respective, ci aceasta arată că nu ne aflăm în situația în care autoritatea contractantă ar intenționa „să achiziționeze produse, servicii, lucrări cu caracter de repetabilitate/recurență, fără a exista, însă, informații certe cu privire la cantitatea totală ce urmează să fie achiziționată, condiția esențială fiind ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia”.

Consiliul reține că în documentația de atribuire sunt date o serie de analize pe baza cărora trebuie întocmită oferta și numărul estimat de teste, fără a se putea, însă, spune că acesta unul fix. Este clar că tipul de servicii prestat către populație de autoritatea contractantă este unul specific, neputându-se stabili, cu maximă acuratețe, câte analize se efectuează într-un an. Obiectul procedurii este unul complex, pentru lotul 8, atacat cu prezenta contestație, acesta constând în **punerea la dispoziție a 3 aparate** care să execute cel puțin următorii parametri: PT (Timpul de protrombină -INR), APTT (Timp de tromboplastină parțială activat) și Fibrinogen, **cu asigurarea accesoriilor necesare funcționării (calculator, imprimantă, monitor touch-screen, imprimantă), cu toate consumabilele aferente, respectiv reactivi pentru cele 3 tipuri de analize, clorură de calciu, plasmă de control, plasmă de calibrare, kit-uri etc, în cantități suficiente în funcție de consumul specific al aparatelor oferite, plus întreținere, service și calibrare**. Oferta se realizează pentru numărul de analize solicitat în caietul de sarcini, dar acesta nu poate fi unul fix, fiind imposibil de previzionat numărul de analize necesar pentru cei 4 ani de acord cadru. Astfel, necesitatea autorității contractante are caracter de repetabilitate, se formează ad-hoc, în funcție de numărul de bolnavi internați și de necesarul de analize, încadrându-se perfect în textul invocat de contestatoare, neputându-se semna un contract pe o cantitate fixă de analize, din moment ce acest lucru este imposibil de estimat cu precizie. Pe de altă parte, Consiliul reține că există clauze contractuale care permit actualizarea prețului contractelor, ținând seama de evoluția pieței și de modificări legislative, respectiv art. 5 din modelul de acord-cadru, rezultând de aici că operatorii sunt protejați în fața eventualelor fluctuații de prețuri, acordul- cadru fiind echilibrat sub acest aspect.

Astfel, din documentația de atribuire și din clarificări rezultă că aparatele ce vor fi puse la dispoziția autorității contractante vor efectua un număr estimativ de analize, și nu unul fix, în funcție de necesitățile ad-hoc ale autorității contractante. Contextul actual nu poate fi, în niciun caz, vătămător pentru contestatoare, din moment ce medicamentele anticoagulante se folosesc uzual, în funcție de afecțiuni, pentru pacienții cardiaci, pulmonari, neurologici, oncologici, COVID 19 etc. Nu se poate porni de la premisa, puțin probabilă, a unui necesar mic de analize de coagulare, din moment ce necesarul momentului este unul deosebit.

Este surprinzătoare contestația formulată, din moment ce **societatea contestatoare este unul dintre furnizorii spitalului pentru acest gen de produse, având încheiate cu autoritatea contractantă două acorduri-cadru, care au expirat în luna decembrie 2019, de la acel moment aceasta semnând contracte în urma negocierilor fără publicarea unui anunț, în condițiile în care nu se poate desfășura o procedură de atribuire până la semnarea contractului**. Astfel, dacă această documentație de atribuire, prin care ar putea câștiga un acord cadru pe 4 ani, era atât de defavorabilă operatorilor economici, cum explică contestatoarea apetența pentru contractele încheiate prin negociere, care este motivul pentru care acestea sunt mai

favorabile? Și acordurile cadru executate aveau ca obiect închirierea unor aparate de analize, practica relațiilor contractuale dintre părți fiind aceea că societatea contestatoare dorește continuarea acestor raporturi, dovadă fiind și faptul că loturile pentru care a furnizat, deja, aparatele, nu sunt atacate cu contestație, obiectul contestației vizând doar lotul 8 - Coagulare.

În realitate, contestatoarea nu a dovedit vreo vătămare sau vreo încălcare a legii prin alegerea acordului cadru ca modalitate de atribuire, convingerea Consiliului fiind aceea că este singura posibilă, neputându-se face o apreciere a necesarului de analize astfel încât să se semneze un contract cu un preț ferm. Că vor fi semnate între 1 și 12 contracte subsecvente/an, în funcție de necesitățile autorității contractante și de existența resurselor financiare alocate cu această destinație, o astfel de prevedere nu o poate vătăma pe contestatoare, ci dimpotrivă, acest lucru face mai previzibilă cantitatea imediat următoare. Lipsa resurselor pentru aceste analize nu poate fi acceptată, din moment ce stabilirea rezultatelor acestor analize este vitală pentru orice pacient, existând afecțiuni în care acestea se realizează zilnic, pentru dozarea corespunzătoare a anticoagulantelor.

Față de cele constatate, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica contestatoarei referitoare la alegerea acordului-cadru ca modalitate de atribuire, nefiind dovedită nici nelegalitatea acestia, nici abuzul de drept sau vătămarea contestatoarei.

În ceea ce privește subpunctul II.1 din contestație, vizând imposibilitatea determinării, în mod obiectiv, a prețului acordului cadru, contestatoarea arată că în cuprinsul caietului de sarcini/documentației de atribuire nu sunt prevăzute minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei, în contextul în care obiectul procedurii este reprezentat de "închirieri aparate de laborator".

În decizia anterioară, Consiliul a reținut următoarelor informații în cadrul documentației de atribuire:

„în fișa de date:

- cap. IV.4.2) Modul de prezentare al propunerii financiare: „3. Propunerea financiară va fi exprimată ferm în lei, va conține formularul de ofertă, anexele la formularul de ofertă și detalierea fiecărui element de cost ofertat, conform clasificării/defalcării din caietul de sarcini (...);

în caietul de sarcini:

- „se va calcula costul/analiza incluzând toți reactivii și consumabilele necesare, în funcție de regimul de lucru menționat și se va factura lunar numărul de teste consumate, inclusiv pentru repetări, calibrări, controale. Se va face calculul costurilor/pachet de analize pe o perioadă de 4 ani”;

- listele cu tipurile de analize biochimie, în număr de 80 și cele de imunologie, în număr de 66, cu cantități estimate, pentru fiecare tip de analiză, pe lună, an și pe 4 ani.

Luând în considerare aspectele prezentate, Consiliul constată că nu există informații legate de determinarea prețului contractului (reactivi și consumabile necesare în funcție de tipul de analiză), nu sunt cunoscute, cu exactitate, cantitățile de analize medicale ce urmează a fi efectuate. Prin urmare, Consiliul constată temeinicia criticii contestatoarei”.

Astfel, Consiliul reține că în decizia sa anterioară, nu a existat o analiză referitoare la prevederile aparatelor de analiză COAGULARE. Deci, nu există considerații referitoare la acest tip de aparate, neexistând, astfel, în documentația anterioară specificații tehnice referitoare la aceste aparate și reactivii aferenți, care să fi fost analizate de Consiliu, analiza anterioară având în vedere specificațiile tehnice pentru imunologie și biochimie.

Contestatoarea citează mai multe prevederi din fișa de date și din caietul de sarcini, concluzionând că în documentația de atribuire nu sunt prevăzute minime informații din care ar putea fi determinat acest preț *”în regim de plată/preț per analiză”*, determinarea unui preț fundamentat fiind în mod obiectiv imposibilă, arătând că prețul unei analize așa cum solicită autoritatea contractantă (incluzând costurile din calibrări, controale, soluții diverse, consumabile ale sistemului/stației de purificare a apei/imprimante de coduri de bare etc.) reprezintă o valoare absolută, constantă **doar în condițiile în care autoritatea contractantă lucrează toate testele licate în exact cantitățile solicitate, fapt care nu se întâmplă în practică.**

Consiliul consideră un astfel de argument lipsit de orice relevanță, prețul unei analize neputând fi lăsată la dispoziția hazardului. Nicăieri într-o procedură publică nu se poate accepta existența unui preț nelimitat.

Consiliul nu identifică vreo încălcare a vreunei dispoziții legale în conținutul prevederilor documentației citate de contestatoare, respectiv:

Din fișa de date:

"Propunerea financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

1) Formularul de propunere financiară - Centralizatorul de prețuri, Formularul de ofertă și grafic de livrare (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat”.

Din caietul de sarcini: *„Toate cheltuielile legate de întreținerea aparatelor vor fi incluse în preț/analiza”.*

Este cert că fiecare ofertant, deținând un anumit aparat, știe care sunt consumurile specifice ale acestuia, tipul de kit folosit, tipul de reactivi și substanțele aferente, prin urmare, va ști și cum să își întocmească propunerea financiară, luând în considerare toate costurile.

În ceea ce privește criticile concrete formulate de contestatoare, cu privire la omisiunile caietului de sarcini, Consiliul reține că cele mai multe sunt speculative, pornind de la prezumția unei proaste gestiuni a consumabilelor de către spital, aspect care nu poate fi luat în considerare, existând un risc în orice contract. Dacă societatea contestatoare pornește de la premisa că autoritatea va utiliza neeconomic kiturile și reactivii, mărin, în fapt, costurile analizelor, are instrumente contractuale specifice, acestea neputând fi reglate de documentația de atribuire, ci în etapa de executare a contractului. Nicio documentație nu poate să prevadă, în amănunt, ce se va întâmpla pe durata executării contractului, respectiv dacă autoritatea sau contestatorul vor abuza de drepturile lor din contract. Pe de altă parte, contestatoarea, în cadrul ofertei, poate să propună ea propriile metode de regularizare a consumurilor cu numărul de analize. Dacă regula menționată de contestatoare este aceea că repetarea unor teste înseamnă că acestea se facturează ca o nouă analiză, înseamnă că o analiză ratată este o analiză care se va plăti locatorului, din moment ce ea a fost efectuată, cu consumabilele aferente.

Pe de altă parte, Consiliul reține că documentația de atribuire are prevederi care permit monitorizarea consumurilor, din facilitățile aparatului, respectiv:

- „să aibă cititor de cod de bare încorporat pentru probe și reactivi;
- să fie dotat cu sistem de detecție de nivel pentru probe și reactivi;
- să fie dotat cu sistem de detecție de cheag pentru probe
- să fie dotat cu sistem de detecție pentru plasme hemolizate, icterice și lipemice și să respingă probele neconforme;
- să poată fi integrat în sistemul informatic al laboratorului în mod de comunicare bidirecțională;
- să fie dotat cu program de urmărire a controlului intern;
- să fie dotat cu program de contorizare a numărului de probe lucrate și a consumurilor de reactivi.”

Astfel, dacă autoritatea utilizează inadecvat reactivii, cantitatea utilizată fiind mult mai mare decât cea măsurată de sistemele de monitorizare, ofertanții au modalități specifice răspunderii contractuale, documentațiile de atribuire neputând să prevadă orice abuz.

Este cert că oferta se realizează pe consumurile specifice aparatului, și nu pe cantități ce vor fi, ipotetic, risipite de autoritate, orice documentație fiind realizată în ideea unei gestiuni economice și eficiente a fondurilor publice. Dacă societatea contestatoare are experiența unor abuzuri de interpretare a contractelor din partea autorității contractante, atunci nu se explică apetența acesteia pentru contracte semnate prin negociere fără

publicare, contracte având, în mare, aceleași clauze, lipsind acele elemente considerate omisiuni din această documentație.

Chiar contestatoarea susține că prin toate formularele și documentele, pe care fiecare ofertant are obligația să le prezinte în cadrul actualei proceduri, se poate face dovada concordanței dintre numărul de kituri de produse oferite și numărul de analize (pe fiecare tip de test) solicitate în condițiile de lucru ale laboratorului.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă introduce în sarcina ofertanților și alte costuri suplimentare, la rândul lor imposibil de determinat, respectiv prin caietul de sarcini al procedurii, pentru fiecare lot în parte, precum și prin clauzele contractuale (art. 7.6 - 7.11 din modelul de Acord cadru, respectiv 8.5 - 8.10 din modelul de Contract Subsecvent) propuse:

- (i) toate cheltuielile legate de transportul și instalarea aparatelor;
- (ii) cheltuielile cu întreținerea aparatelor conform cărții tehnice/service pe toată perioada derulării contractului;
- (iii) calibrarea aparatelor la intervale de 6 luni și după fiecare intervenție service;
- (iv) intervenția de service în maxim 3 ore de la anunțare telefonică, în caz de defecțiune;
- (v) punerea la dispoziție, pentru folosință, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi),
- (vi) înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori”.

Consiliul reține că respectivele dispoziții sunt prevăzute în modelul de acord cadru, deci nu în faza de ofertare, guvernând modul de desfășurare a relațiilor contractuale dintre părți. Ele trebuie interpretate în sensul că ulterior semnării acordului cadru nu se pot adăuga alte costuri, provenite din evenimentele de mai sus, și nu în sensul în care contestatoarea nu are dreptul de a-și include în ofertă costurile de mentenanță.

În faza elaborării ofertelor se aplică regulile prevăzute în fișa de date și în caietul de sarcini, respectiv:

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

„Propunerea Financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

- 1) Formularul de Propunere Financiară – Centralizatorul de preturi, Formularul de oferta și grafic de livrare (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;
- 2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat.

Totodată, intră în obligația ofertanților să demonstreze, la prima cerere scrisă a comisiei de evaluare, faptul că au prevăzut în cadrul ofertei resurse financiare suficiente pentru a îndeplini toate activitățile ce trebuie întreprinse de aceștia pentru a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile în cadrul contractului.

Propunerea financiară are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea/entitatea contractantă și asumată de ofertant. Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 alin. (10) din Anexa la H.G. nr. 395/2016/ art. 140 alin. (9) din Anexa la H.G. nr. 394/2016, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare. Prin erori aritmetice în sensul acestor dispoziții se înțeleg inclusiv următoarele situații: a) în cazul unei discrepante între prețul unitar și prețul total, va fi luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat în mod corespunzător; b) dacă există o discrepanță între litere și cifre, trebuie va fi luată în considerare valoarea exprimată în litere, iar valoarea exprimată în cifre va fi corectată corespunzător.

În vederea comparării unitare a ofertelor, se solicită ca toate prețurile să fie exprimate în cifre cu cel mult două zecimale. **Niciun fel de cereri și pretenții ulterioare ale**

ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante”.

Deci, și această documentație este în acord cu legislația națională în materia achizițiilor publice, care stabilește că ofertanții trebuie să își includă în ofertele depuse toate costurile, documentația prevăzând expres faptul că ofertanții trebuie să dovedească oricând autorității că au prevăzut în cadrul ofertei resurse financiare suficiente pentru a îndeplini toate activitățile ce trebuie întreprinse de aceștia pentru a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile în cadrul contractului. Prevederile contractuale considerate dezechilibrate de contestatoare sunt în deplin acord cu prevederile fișei de date citate, acestea fiind ferme în sensul că ulterior depunerii ofertelor nu se pot formula „**cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante”**. Deci, prevederile fișei de date sunt clare și în acord cu legislația națională, în sensul că în etapa realizării ofertelor, ofertanții trebuie să își prevadă orice costuri, iar în etapa executării contractului, în afara ajustărilor de preț dictate de condiții pieței și de apariția unor noi norme legale, situații prevăzute expres în documentație, nu pot fi adăugate noi costuri, nici de transport și instalare a aparatelor, nici cu cheltuielile cu întreținerea aparatelor conform cărții tehnice/service pe toată perioada derulării contractului, nici cu calibrarea aparatelor la intervale de 6 luni și după fiecare intervenție service, nici cu intervenția de service în caz de defecțiune, nici cu punerea la dispoziție, pentru folosința, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi), nici cu înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori.

Astfel, Consiliul concluzionează că toate aceste costuri trebuie avute în vedere de operator la întocmirea propunerii sale financiare. Nicăieri în documentație nu se susține că în prețul analizei se includ doar consumabilele și atât, ci dimpotrivă, că se includ toate costurile, inclusiv o chirie. Pe de altă parte, este echilibrat a introduce în documentație punerea la dispoziție, pentru folosința, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi) și înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori, necesitatea autorității contractante primând. Ar fi contrar interesului public introducerea unor prevederi contrare celor citate, respectiv neînlocuirea aparatului defect, în condițiile în care inexistența/nefuncționarea la parametri normali a acestor aparate poate avea consecințe grave asupra vieții pacienților. Consiliul nu identifică vreun dezechilibru în ceea ce privește respectivele clauze, ele fiind perfect justificate, mai cu seamă că autoritatea a solicitat introducerea costurilor necesare în preț, mai puțin defectarea aparatului fără culpa autorității.

De altfel, Consiliul reține că regulile respective sunt unele corecte, derivând din art. 1786 C. civ., care reglementează obligațiile principale ale locatorului. Astfel, locatorul este ținut, **chiar fără vreo stipulație expresă:**

- a) să predea locatarului bunul dat în locațiune;
- b) să mențină bunul în stare corespunzătoare de folosință pe toată durata locațiunii;
- c) să asigure locatarului liniștită și utila folosință a bunului pe tot timpul locațiunii.

Deci, chiar și în conformitate cu dreptul comun, în situația în care nu existau astfel de clauze, obligația predării bunurilor și menținerii acestuia în stare de folosință sunt obligații în sarcina locatorului, pretenția contestatoarei de a înlătura respectivele clauze, care acționează de drept, fiind contrară interesului public.

Consiliul mai reține ca fiind relevante și următoarele dispoziții ale codului civil:

-Art. 1787 -Predarea bunului- „Locatorul este obligat să predea bunul împreună cu toate accesoriile sale în stare corespunzătoare utilizării acestuia”.

-Art. 1788- Sarcina reparațiilor - „(1) Locatorul este obligat să efectueze toate reparațiile care sunt necesare pentru a menține bunul în stare corespunzătoare de întrebuințare pe toată durata locațiunii, conform destinației stabilite potrivit art. 1799.

(2) Sunt în sarcina locatarului reparațiile locative, a căror necesitate rezultă din folosința obișnuită a bunului.

(3) Dacă, după încheierea contractului, se ivește nevoia unor reparații care sunt în sarcina locatorului, iar acesta din urmă, deși încunoștințat, nu începe să ia de îndată măsurile necesare, reparațiile pot fi făcute de locatar. În acest caz, locatorul este dator să plătească, în afara sumelor avansate de locatar, dobânzi socotite de la data efectuării cheltuielilor.

(4) În caz de urgență, locatarul îl poate înștiința pe locator și după începerea reparațiilor, dobânzile la sumele avansate neputând curge decât de la data înștiințării”.

-Art. 1789 -Asigurarea folosinței - „Locatorul este obligat să întreprindă tot ceea ce este necesar pentru a asigura în mod constant locatarului folosința liniștită și utilă a bunului, fiind dator să se abțină de la orice fapt care ar împiedica, diminua sau stânjeni o asemenea folosință”.

Față de aceste dispoziții legale, Consiliul reține că inserarea în modelul de acord-cadru a respectivelor clauze nu încalcă echilibrul contractual, ci dimpotrivă, sunt în acord cu regulile specifice acestui tip de contract.

În acest sens, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect atunci când a refuzat propunerile de modificare a documentației din solicitările de clarificări formulate de contestatoare prin adresa din 23.07.2020, neexistând vreo dispoziție legală care să interzică introducerea chiriei analizelor. Dimpotrivă, în practică se întâlnește deseori o astfel de abordare, de pildă, pentru utilajele de construcții, prețul chiriei poate fi fix, pe oră, sau pe cantitate de lucrări, cum ar fi, de pildă, închirierea autocamioanelor pentru transportul molozului, în care se stabilește un preț lei/tonă/km, chiria fiind, astfel, variabilă, în funcție de necesități.

Consiliul reține ca relevante susținerile autorității contractante potrivit cărora prevederile codului civil stabilesc faptul că prețul unui contract poate să fie determinat sau determinabil. Astfel, nimic nu împiedică autoritatea contractantă să stabilească valori estimate. Astfel, conform art. 1661 Cod civil (aplicabil, conform art. 1780 cod civil și locațiunii), vânzarea făcută pe un preț care nu a fost determinat în contract este valabilă dacă părțile au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi determinat ulterior, dar nu mai târziu de data plății și care nu necesită un nou acord de voință al părților. Prin urmare, stabilirea prețului chiriei prin raportare la numărul de analize lucrat, nu încalcă dispoziții ale legii.

Dimpotrivă, stabilirea unui preț fix al analizei are avantaje evidente și în decontările în relațiile cu ..., neputându-se admite ideea că într-o lună, analiza este mai scumpă, iar în luna următoare mai ieftină, ca urmare a influenței chiriei fixe a aparatelor.

Prin urmare, inexistența unei chirie fixe, ci a uneia variabile, în funcție de numărul de analize lucrat, nu reprezintă o noutate în peisajul juridic românesc, ci dimpotrivă, dispozițiile legale aplicabile permit o asemenea abordare.

Cu privire la susținerile contestatoarei conform cărora ar fi necesară furnizarea unor informații minime pentru a putea determina prețurile unitare al acordului cadru, pentru a respecta cerința referitoare la elementele propunerii financiare/ la costul per analiză și, totodată indicarea numărului de analize pe fiecare tip de test solicitat, în condițiile concrete de lucru ale laboratorului, Consiliul reține că atât în documentația de atribuire, cât și în răspunsul la clarificări, se menționează următoarele: „Se va întocmi un tabel cu calculul necesarului de reactivi, controale, calibratori, solutii de spalare, consumabile pe o perioada de 4 ani:

Produs (Reactivi Controale Calibratori Solutii)	Forma de amb	Preț/ kit	Nr test e / kit	Nr teste pacien ti anual	Nr teste calibrar i 3 aparate	Nr teste controal e 3 aparate	Nr teste total anual	Cant produs necesara / test in regim de lucru mentionat	Co st / test	Cant produs necesara anual	Co st anu al	Cant produs necesara / 4 ani	Co st 4 ani
---	--------------------	--------------	--------------------------	-----------------------------------	--	--	----------------------------	---	--------------------	-------------------------------------	-----------------------	---------------------------------------	-------------------

Se va calcula costul/analiză incluzând toți reactivii și consumabilele necesare, în funcție de regimul de lucru menționat și se va factura lunar numărul de analize efectuate, inclusiv controale, calibrări, repetări

Se va face calculul costurilor / pachet de analize pe o perioada de 4 ani pentru numărul total de teste consumate (rezultate plus controale, calibrări)

Test	Total teste/4 ani
PT	348.912

APTT	308.784
FlBrinogen	74.576

Prin urmare, informațiile oferite de autoritatea contractantă sunt detaliate și suficiente în ceea ce privește modul de întocmire a propunerii financiare, nefiind fondate susținerile contestatoarei referitoare la imposibilitatea obiectivă de determinare a prețului acordului cadru. În măsura în care autoritatea contractantă ar fi indicat tipul de reactivi și cantitatea, atunci aceasta ar fi trimis spre un anumit aparat, producător sau procedeu tehnic, aspect care ar fi restricționat concurența.

Această modalitate de atribuire folosită de autoritatea contractantă, respectiv închirierea unor analizoare cu reactivii aferenți a apărut tocmai ca urmare a numeroaselor contestații determinate de solicitarea unor reactivi aferenți unor aparate individual determinate, prin indicarea mărcii, operatorii economici plângându-se că se încalcă libera concurență, contestații acceptate, de multe ori, de Consiliu și de instanțe. Prin urmare, practica autorităților contractante s-a reorientat, solicitând operatorilor să vină cu propriile analizoare. Că această manieră de lucru este eficientă, rezultă și din faptul că însăși societatea contestatoare a semnat cu autoritatea contractantă mai multe contracte de acest gen, ultimul chiar în luna iulie a acestui an (nr. ...), semnând și executând, de asemenea, și două acorduri cadru, după cum a demonstrat autoritatea contractantă prin transmiterea acestora prin e-mail a actelor respective, înregistrate la Consiliu cu nr. ... și ..., ambele din data de

Astfel, Consiliul reține că societatea contestatoare nu a făcut dovada încălcării vreunei norme din legislația achizițiilor publice sau a altor legi, după cum nu a făcut dovada vreunei vătămări ca urmare a stabilirii acestei modalități de determinare a prețului ofertei.

În consecință, 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, în contradictoriu cu

În ceea ce privește cheltuielile de judecată solicitate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că la dosarul cauzei nu a fost depusă nicio dovadă a efectuării acestora, nefiind, de asemenea, precizat cuantumul acestora. Potrivit art. 452 din Codul de procedură civilă, partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei. Având în vedere lipsa dovezilor respective, Consiliul va respinge solicitarea autorității contractante de acordare a cheltuielilor de judecată.

Decizia Consiliului nr. ... este opozabilă nu doar prin prisma dispozitivului său, ci și a considerentelor reproduse mai sus, față de dispozițiile art. 431 alin. (2) C. proc. civ. (*„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*) și ale art. 435 alin. (2) C. proc. civ. (*„Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”*).

Nici în cauza supusă acum verificării nu există autoritate de lucru judecat, însă există opozabilitatea dezlegărilor date, litigiul anterior fiind similar celui aflat pe rol. Și în această cauză, documentația de atribuire conține informații asemănătoare.

Chiar dacă o autoritate contractantă este ținută să redacteze în mod precis și clar condițiile unei cereri de ofertă, aceasta nu este obligată să aibă în vedere toate situațiile posibile, oricât de rare ar fi acestea, susceptibile să apară în practică (Ordonanța Curții de Justiție a Uniunii Europene din 20 aprilie 2007, TEA CEGOS și STG/Comisia, C-189/06 P, Rep., p. I-62, punctul 30). Orice autoritate contractantă se bucură de o largă putere de apreciere

pentru a determina atât conținutul, cât și punerea în aplicare a normelor aplicabile atribuirii, în contul său, a unui contract de achiziții publice prin cerere de ofertă (a se vedea, în acest sens, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 28 ianuarie 2016, Agriconsulting Europe/Comisia, T-570/13, EU:T:2016:40, punctul

34, Hotărârea din 14 februarie 2006, TEA-CEGOS și alții/Comisia, T-

376/05 și T-383/05, Rec., EU:T:2006:47, punctele 50 și 51, Hotărârea din 9 septembrie 2010, Evropaïki Dynamiki/Comisia,

T-300/07, Rep., EU:T:2010:372, punctul 137, și Hotărârea din 25

octombrie 2012, Astrim și Elyo Italia/ Comisia, T-216/09, EU:T:2012:574, punctul 17).

O condiție prevăzută în caietul de sarcini trebuie interpretată în funcție de obiectul său, de sistemul și de modul său de formulare. În caz de îndoială, autoritatea contractantă vizată poate să evalueze aplicabilitatea unei astfel de condiții prin realizarea unei examinări pentru fiecare caz în parte, ținând cont de toate elementele pertinente (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia,

T-195/08, Rep., p. II-4439, punctul 51). În Hotărârea din 25

octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, la punctul 36, Curtea de Justiție de la Luxemburg evocă enunțul considerentului (74) al Directivei 2014/24 – specificațiile tehnice ar trebui *„elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic”*. Tot potrivit acestui considerent, *„ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”*. În aceeași hotărâre, la punctul 37, Curtea atrage atenția că, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate, iar, în speță, tocmai această potențială favorizare încearcă să o evite

Rămâne la latitudinea ofertanților să își configureze echipamentele medicale necesare analizelor, astfel încât să fie atinși parametrii impuși de autoritate, și să își dimensioneze costurile de implementare a contractului. În speța supusă dezbaterii, autoritatea jurisdicțională nu poate face abstracție că licitația are deja trei ofertanți, respectiv atât SC ... SRL, cât și alte două societăți de profil au reușit să își întocmească ofertele, aflate în prezent în fazele de evaluare. Trebuie iterat că operatorii economici participanți la această achiziție publică de nișă sunt considerați a fi profesioniști în domeniul lor de activitate, capabili să înțeleagă ușor ținutele și specificațiile indicate de autoritatea beneficiară, chiar dacă unele ar putea fi considerate de un operator nespecializat drept insuficient detaliate ori redactate la modul general.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a inițiat o licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru și că actuala documentație de atribuire nu a condus la imposibilitatea sau la restrângerea accesului la licitație al contestatoarei, dovadă fiind participarea ei cu ofertă, neexistând motive pentru anularea documentației și a întregii proceduri de atribuire. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu

Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

În ceea ce privește cheltuielile „de judecată” solicitate de către autoritatea achizitoare, Consiliul reține că nu a fost depusă nicio dovadă a efectuării acestora, al căror quantum nici nu este precizat. Potrivit art. 452 C. proc. civ., partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei. De altminteri, textul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 este limpede – *quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației*. În speță, până la momentul adoptării deciziei, la

Consiliu nu a fost înregistrată de la autoritate nicio dovadă care să ateste plata cheltuielilor efectuate, contrar respectivului text normativ. Având în vedere lipsa dovezilor respective, Consiliul va respinge solicitarea autorității contractante de acordare a cheltuielilor „de judecată”.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu

Respinge capătul de cerere de obligare a contestatoarei la plata către autoritatea contractantă a cheltuielilor aferente soluționării contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.