



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.... (transmisă prin e-mail, în aceeași dată), formulată de... cu sediul în....., nr....., etaj..., județul..., având CUI: RO... și număr de înregistrare la... J2..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în....., nr...., bl....., etaj..., ap...., cam.... sector..., împotriva documentației de atribuire - Lotul 10, elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...” cod..., s-a solicitat:

În principal, admiterea contestației, și, în consecință:

- (i) anularea cerințelor nelegale din caietul de sarcini aferente Lotului nr.... - Aparat măsurare gaze sangvine, criticate prin prezenta contestație;
- (ii) obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale Caietului de Sarcini aferente Lotului nr.... - Aparat măsurare gaze sangvine, criticate prin prezenta contestație și la stabilirea în mod corespunzător a unei noi date de depunere a ofertelor;

În subsidiar, în măsura în care nu este posibilă remedierea, solicită admiterea contestației și anularea procedurii, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborată cu art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016,

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

În fapt, contestatorul precizează că prin specificațiile tehnice stabilite în Caietul de Sarcini pentru Lotul nr...., autoritatea contractantă a încălcat în mod grav principiile nediscriminării și tratamentului egal și toate dispozițiile legale în vigoare, definind specificațiile tehnice minime și obligatorii din caietul de sarcini prin raportare la specificații tehnice care

aparțin doar analizorului RAPIDPoint 500e al producătorului... și/sau la anumite specificații constructive sau anumite cerințe care nu aduc niciun avantaj, blocând astfel în mod nejustificat accesul la procedură.

În susținere, invocă dispozițiile art. 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE, precum și jurisprudența CJUE - cauza C-413/17.

Arată că autoritatea contractantă a definit în caietul de sarcini specificațiile tehnice ale Lotului nr.... - "Aparat măsurare gaze sangvine" într-un mod total restrictiv, prin:

a) introducerea unor specificații tehnice care aparțin doar analizorului RAPIDPoint 500e al producătorului...;

b) introducerea unor caracteristici constructive ale produsului care nu aduc niciun avantaj Autorității contractante și care nu se regăsesc și în cazul altor produse medicale similare existente pe piață.

Cerințe tehnice restrictive, care aparțin doar analizorului RAPIDPoint 500e al producătorului....

Precizează că Analiza comparativă a cerințelor tehnice din Caietul de Sarcini și a specificațiilor tehnice ale analizorului RAPIDPoint 500e al producătorului..., disponibile în: (i) Fișa tehnică a acestuia și (ii) Broșura tehnică a acestuia, conduce la concluzia că acestea sunt identice, Autoritatea contractantă preluând în mod nelegal în Caietul de Sarcini specificațiile tehnice ale respectivului analizor. În susținere, redă capturi de ecran, din broșura la care face trimitere.

De asemenea, precizează că următoarele cerințe sunt specifice doar analizorului RAPIDPoint 500e al producătorului...:

(a) cerința tehnică obligatorie legată de parametrii tehnici și funcționali.

(b) cerința tehnică obligatorie legată de tipul de probă.

(c) cerința tehnică obligatorie legată de cantitatea de sânge necesară de maxim 1... uL.

(d) cerința tehnică obligatorie legată de timpul de obținere a rezultatelor de maxim...-65 secunde.

(e) cerința tehnică obligatorie legată de timpul de inițializare a cartușului de maxim 25 secunde în cazul instalării sau penelor de curent.

(f) cerința tehnică obligatorie legată de necesitatea ca analizorul să fie construit în tehnologie „fără mentenanță”.

(g) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă totuși reactivii și electrozii incluși într-un cartuș ușor de schimbat și să nu necesite gaze de calibrare pentru funcționare.

(h) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă un sistem de siguranță cu port pentru mostre hands-free, aspirarea automată a mostrei și sondă cu autocurățare.

(i) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă funcție pentru detecția cheagurilor.

(j) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă posibilitatea de a mări posibilitatea de a mări eficiența prin panouri personalizate presetate pentru testele cele mai frecvent utilizate și cu scanarea doar a ID-ului.

(k) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă un sistem de monitorizare a temperaturii.

(l) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să facă calibrarea automat (1 punct de calibrare la fiecare 30 min, 2 puncte de calibrare la fiecare 2 ore, calibrare completă la fiecare 8 ore).

(m) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă posibilitatea rulării unui cartuș de control de calitate automat cu 3 nivele de control ce poate fi programat de operator la intervalele orare dorite sau reluarea manuală a controlului pe cele 3 nivele.

(n) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă posibilitatea de a reduce la minim întârzierile pentru mostrele de la pacientul STAT prin întreruperea funcțiilor de control de calitate automat și a funcției de calibrare

(o) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă cititor de bare integrat care să dea posibilitatea de introducere eficientă atât a datelor cod de bare 1D cât și 2D (pentru date pacient, controlul calității).

(p) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să permită autentificarea în 2 pași.

(q) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să aibă cerințe de alimentare la rețea: 150 VA, tensiune... V, frecvență 50-... Hz și cerințe de mediu: temperatura de 15-30°C.

(r) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să dispună de un software anti-malware care bloc...ă funcționarea oricărui alt software care nu este aprobat în mod specific pentru sistem.

(s) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să dispună de funcția de criptare a datelor pacientului ce va cripta fișierele de date ale pacienților în momentul salvării pe o unitate USB, cu citirea datelor doar cu introducerea unei parole.

Cerințe tehnice restrictive, care nu sunt necesare și care nu aduc niciun avantaj Autorității contractante și care nu se regăsesc în mod uzual la analizoarele de măsurare gaze sangvine existente în piață:

(a) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să facă calibrarea automat: 1 punct de calibrare la fiecare 30 minute; 2 puncte de calibrare la fiecare 2 ore și calibrare completă la fiecare 8 ore.

(b) cerințele tehnice obligatorii și cumulative legate de necesitatea ca analizorul: (i) să aibă soluție de spălare integrată într-un cartuș, care cartuș să conțină și recipientul de reziduuri și (ii) aibă toți reactivii și electrozii incluși într-un cartuș ușor de schimbat.

(c) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul: (i) să dispună de software anti-malware care bloc...ă funcționarea oricărui alt software care nu este aprobat, precum și de funcție de criptare a datelor pacientului în momentul salvării pe o unitate USB și de citire a datelor cu introducerea unei parole și (ii) să permită autentificarea în doi pași.

(d) cerințele tehnice obligatorii legate de umiditate de 5%-85% fără condensare.

(e) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să dispună de sistem de siguranță cu port pentru mostre hands free, aspirarea automată a mostrei și sondă cu autocurățare

(f) cerințele tehnice obligatorii legate de necesitatea ca analizorul să determine și să calculeze pH din lichid pleural, HCO_3^- (act), O_2SAT , Qsp/Qt (T), Qsp/Qt (T)(est), ctO_2 (Hb), ctO_2 (a), ctO_2 (v), ctO_2 (ra-v1/a).

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /...011] Contestatie ..._Lot 10..._....pdf” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport CD, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză având nr.....

Preliminar, autoritatea contractantă prezintă justificarea necesității obiective a cerințelor tehnice, precum și contextul medical și justificarea clinică.

Menționează faptul că specificațiile tehnice nu reproduc elementele de design brevetate sau proprietare ale..., precum și că nu a preluat dimensiuni fizice exacte (gabarit, greutate), elemente de design brevetat sau soluții constructive specifice exclusiv....

Subliniază că cerințele din caietul de sarcini sunt formulate ca:

- cerințe de performanță și funcționale (ex. volum maxim de probă, timp maxim de analiză, parametri determinați/calculați) - nu specificații de design sau arhitectură internă;
- cerințe de siguranță biologică și cibernetică (aspirare automată, criptare date, control acces) aplicabile oricărui echipament modern de clasă clinică echivalentă;
- cerințe operaționale de flux (calibrare automată, control al calității programabil) care reduc dependența de personal tehnic specializat

În continuare, autoritatea contractantă arată că pe piață există cel puțin 4 producători ale căror analizoare de gaze sangvine îndeplinesc cumulativ sau parțial cerințele din caietul de sarcini, demonstrând astfel absența unui monopol de facto, sens în care, prezintă capturi de ecran edificatoare.

În vederea eliminării oricăror dubii privind legalitatea documentației de atribuire și pentru asigurarea accesului efectiv la procedură al unui număr cât mai mare de operatori economici, Autoritatea contractantă propune CNSC remedierea voluntară a cerințelor tehnice, prin reformularea acestora conform tabelului care se regăsește integral, în cuprinsul punctului de vedere.

În final, solicită Consiliului:

- respingerea contestației ca neîntemeiată, cu privire la acele cerințe tehnice care sunt justificate obiectiv prin necesitățile clinice ale spitalului și care sunt îndeplinite de cel puțin 3 producători independenți.
- a lua act de remedierea voluntară propusă de autoritatea contractantă prin prezentul punct de vedere, cu reformularea cerințelor tehnice conform..., și stabilirea unei noi date de depunere a ofertelor.

- continuarea procedurii de atribuire, în interesul pacienților cardiaci critici ai spitalului, beneficiarii finali ai achiziției.

Conținutul integral al punctului de vedere poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[..... /...015] PUNCT DE VEDERE 2_signed.pdf” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

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

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... este nemulțumit de prevederile caietului de sarcini, respectiv specificațiile tehnice aferente lotului 10 - „...” apreciind că *parametrii funcționali și/sau* soluțiile tehnice sunt aferente analizorului RAPIDPoint 500e al producătorului..., fiind de natură să bloc... accesul nejustificat la procedura de achiziție al operatorilor interesați, autoritatea contractantă încălcând astfel principiile proporționalității, tratamentului egal și nediscriminării, motiv pentru care, Consiliul va soluționa contestația acestuia luând în considerare atât prevederile legale incidente cât și susținerile părților.

Analizând specificațiile tehnice criticate, Consiliul reține că necesitatea sau oportunitatea achiziționării unor echipamente/produse cu încadrarea în anumiți parametri tehnici, funcționali, dimensiuni/greutăți au fost stabilite de autoritatea contractantă în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul său, relevante, în acest caz, fiind prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, care stabilesc faptul că specificațiile din caietul de sarcini descriu, în mod obiectiv, necesitatea autorității contractante care a elaborat respectivul caiet de sarcini.

De asemenea, nu este lipsit de relevanță faptul că parametrii tehnici și funcționali criticați nu sunt caracterizați de o anumită valoare/dimensiune/mărime fixată/impusă de autoritatea contractantă, ci, sunt solicitate intervale minime sau maxime de forma: **volum maxim probă 100μL; timp de obținere rezultate... - 65 sec.; timp inițializare cartuș -max. 25 secunde; calibrare automată 1 pt/30 min, 2 pt/2 ore, completă/8 ore etc.**

Astfel, întrucât, prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 definesc specificațiile tehnice drept o descriere obiectivă a necesității autorității contractante, Consiliul va reține că stabilirea unor caracteristici ce includ plaje de valori sub formă de valori minime, valori maxime sau intervale de valori nu pot fi catalogate ca fiind restrictive, în condițiile în care potrivit art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016: „...”, *prin urmare, potențialii ofertanți au deplină libertate în ofertarea de soluții superioare* celor prevăzute în caietul de sarcini, în speță cu încadrarea în intervalele stabilite de autoritatea contractantă.

Potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, regula instituită de legiuitor este ca specificațiile tehnice să nu precizeze „(...) un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic” și nici să nu se refere la „(...) mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”; excepția de la această regulă fiind, potrivit alin. (3) al aceleiași norme juridice, situația excepțională, în care „(...) nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)”; în această situație excepțională, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) urmând a fi însoțită de cuvintele „...”.

Or, din analiza specificațiilor tehnice criticate, Consiliul nu a identificat vreo referire la un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează echipamentele/produsele furnizate de un anumit operator economic și nici nu se refera la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Mai mult, autoritatea contractantă a indicat în cadrul contestației, respectiv, punctul de vedere, mai mulți producători în afară de..., ale căror analizoare ar putea îndeplini cumulativ sau parțial cerințele tehnice solicitate (Radiometer, Roche, Abbott).

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Consiliul va reține că, niciunde, în legislația în vigoare, nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce sau comercializează toate produsele solicitate.

A considera că orice specificație /definire suficient de clară/detaliată a cerințelor tehnice ar echivala cu indicarea doar a analizorului model RAPIDPoint 500e, ar lipsi de efect util însăși obligația autorității contractante de a redacta un caiet de sarcini care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar, nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce alte modificări cerințelor tehnice prevederilor

documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora; în lipsa unei dovezi concrete că specificațiile ar putea fi îndeplinite doar de un anumit operator economic sau de un singur producător, simpla afirmație privind un pretins caracter restrictiv rămâne una pur declarativă.

Consiliul reține că nu există dispoziții legale care să oblige autoritățile contractante să emită documentații de atribuire cu specificații care să permită accesul tuturor produselor și producătorilor, indiferent de dimensiunea sau caracteristicile de performanță a produselor, dimpotrivă, practica instanțelor este în sensul acceptării unor produse de un anumit nivel de performanță, care corespund necesităților autorității contractante, sens în care s-a pronunțat și... **a IX-a... și Fiscal în Decizia nr. 25/2019 din..., potrivit căreia:**

„Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante (art. 2 și art. 3 din... nr....).

Impunerea caracteristicilor produselor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natura să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorității contractante de a achiziționa produse cu astfel de caracteristici, performante calitativ, nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, care reglementează achizițiile publice. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.

*Reținând că societățile comerciale autoare a contestațiilor se referă în principal la cerințele autorității contractante de a achiziționa produse cu anumite caracteristici tehnice, iar susținerile acestora nu conduc la concluzia că cerințele sunt restrictive, **Curtea stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condițiilor criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse cu caracteristicile de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective**, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, prin acceptarea de produse cu alte caracteristici (și care nu îndeplinesc aceste cerințe referitoare la performanțele produselor), existând riscul de a nu asigura o intervenție rapidă, eficientă de dezinfecție. Nu există o prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora.”*

Singura limitare a acestui drept al autorității contractante o reprezintă introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, în sfera unei astfel de

posibilități aflându-se și situația impunerii de către autoritatea contractantă a unor specificații și condiții care nu au legătură cu necesitatea sa.

În consecință, pentru a cenzura prevederile documentației de atribuire stabilite de autoritatea contractantă, așa cum solicită contestatorul în prezenta cauză, este necesară stabilirea existenței, prin ele, a unor condiții restrictive, nejustificate și nelegale ce pot împiedica o concurență efectivă între operatorii economici.

Mai mult, contestatorul în susținerea contestației avea obligația de a proba caracterul restrictiv al specificațiilor tehnice și a parametrilor minimali și maximali impuși de autoritatea contractantă, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege.”*

Prin urmare, impunerea unor cerințe și caracteristici ale produselor/echipamentelor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității), motiv pentru care, aceste critici urmează a fi respinse, ca neîntemeiate.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, în vederea asigurării accesului unui număr cât mai mare de ofertanți, autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere la contestația formulată, propune remedierea voluntară a cerințelor tehnice prin reformularea acestora (a se vedea tabelul din adresa nr.....) și stabilirea unei noi date de depunere a ofertelor.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

...

...

...

Redactat practicaua deciziei

...

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