



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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. 622/C2/579

Data: 15.04.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12914/02.04.2020, formulată de SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI, reprezentată legal prin ... – administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 4786/25.03.2020 pentru lotul 73, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect "Reactivi de laborator", LOT 73, - Reactivi compatibili cu flow-citometrul FACS CANTO II, cod CPV 33696500-0 – Reactivi de laborator (Rev.2), s-au solicitat:

- "Să constate că SRL a elaborat oferta în conformitate cu prevederile legale și cu cerințele autorității contractante stabilite prin documentația de atribuire;

- *Să constate împrejurarea că, evaluarea ofertei noastre s-a realizat fără a fi respectate cerințele tehnice stabilite prin documentația de atribuire;*

- *Să constate împrejurarea că, autoritatea contractantă a solicitat clarificări abuzive subscrisei ce constă în dovedirea unor compatibilități nesolicitate prin documentația de atribuire într-un anume mod, printr-un anume document, document nesolicitat în documentația de atribuire;*

- *Să constate că argumentele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei noastre tehnice, astfel cum ne-au fost comunicate*

prin adresa cu nr. 4786/25.03.2020 sunt diferite față de solicitările caietului de sarcini, respectiv documentației de atribuire a procedurii și mai mult decât atât nu sunt veridice și sunt menite să favorizeze ofertantul "SC NOVAINTERMED SRL", ofertant care a livrat în anul 2019 flow-citometru FACS Canto II, cel pt care se intenționează achiziția de reactivi prin procedura cu nr. CN1016837/15.11.2019;

- Să constate împrejurarea ca autoritatea contractantă nu ține cont de prevederile/dispozițiile deciziei elaborate de Onorabilul Consiliu, decizie cu Nr.355/C2/278/06.03.2020;

- Să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la anularea comunicării nr. 4786 din 25.03.2020 precum și a raportului procedurii nepublicat în SICAP prin care oferta subscrisei a fost respinsă ca neconformă și la reluarea evaluării acestia în conformitate cu cele reținute prin noua decizia pe care o veți pronunța".

**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 SC SRL critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 4786/25.03.2020 pentru lotul 73 – Reactivi compatibili cu flow – citometrul FACS CANTO II, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, potrivit căreia oferta sa a fost respinsă ca neconformă, pe motiv că nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contrar celor susținute în actul atacat, potrivit cărora "*Conform caietului de sarcini propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor din caietul de sarcini, în acest sens, ofertantul având obligația de a prezenta în propunerea tehnică toate caracteristicile solicitate, precum și de a-si asuma celelalte cerințe din caietul de sarcini. Conformitatea caracteristicilor oferite se va realiza prin indicarea și marcarea materialului și a paginii unde aceasta poate fi verificată -Specificațiile tehnice și de calitate ale produsului, susținute obligatoriu de documentațiile originale complete (sau copii xerox după documentațiile originale - pliante sau prospecte sau fișe/ cărți tehnice ale producătorului etc), semnate și ștampilate de firma ofertantă pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor din cadrul specificațiilor tehnice din caietul de sarcini. Orice specificație tehnică ce nu poate fi demonstrată prin aceste metode, nu va fi luată în considerare și se va considera ca produsul oferit nu îndeplinește cerința solicitată*", contestatorul supune atenției că fraza redată mai sus de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii nu este menționată în documentația de atribuire.

Raportat la cerințele existente ale caietului de sarcini și ale fișei de date a achiziției, se susține, de către contestator, că a dovedit

fiecare specificație solicitată prin caietul de sarcini a produselor oferite prin marcaje pe fișă tehnică/insert, declarații de la producători, declarații de la alți clienți, tot spitale de boli infecțioase care utilizează aceleași produse pe același echipament ca cel deținut de autoritatea contractantă, a furnizat declarații de conformitate CE/IVD conform directivelor medicale în vigoare pentru produsele oferite, a furnizat fișele tehnice de securitate ale produselor oferite etc.

Referitor la afirmația autorității contractante din comunicarea rezultatului procedurii conform căreia nu a prezentat în cadrul răspunsului la solicitările de clarificare, declarația din partea producătorului produsului oferit pentru îndeplinirea cerințelor minime ale caietului de sarcini, contestatorul supune atenției, ca prim aspect, că solicitarea de clarificare nr. 4384/17.03.2020 este una abuzivă, menită să descalifice, în maniera voită și total nefondată, oferta sa, întrucât documentul solicitat în etapa de evaluare a ofertelor nu a fost solicitat inițial prin documentația de atribuire.

Un al doilea aspect menționat de contestator este faptul că în cadrul răspunsului la solicitările de clarificare, a lămurit compatibilitatea dintre poziția 3 și poziția 8, însă nu printr-un document expres. De asemenea, a anexat declarația producătorului Exbio în ceea ce privește compatibilitatea dintre poziția 3 și poziția 8 oferite în cadrul procedurii, respectiv Tuburile Trucount cod 340334 și soluția de liza Excellyse Easy, cu cod ED7066.

Tot în cadrul răspunsului la solicitările de clarificare, contestatorul a menționat că deține un citometru deschis pe care se poate lucra și cu alți reactivi față de cei distribuiți de compania

Deși răspunsul la solicitările de clarificare este în conformitate cu cerințele solicitate, contestatorul susține că autoritatea contractantă dorește, în mod voit, nefondat și evident, să descalifice oferta sa în faza de evaluare tehnică, întrucât îngreuează avansarea ofertei în faza de evaluare financiară și nu se ține cont de principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

De asemenea, în cadrul răspunsului la solicitări, contestatorul precizează că a atras atenția că autoritatea contractantă solicită clarificarea unor aspecte care nu au fost prevăzute în documentația de atribuire. Mai mult, se solicită clarificarea unui aspect printr-un singur document care, la fel, nu este prevăzut ca document obligatoriu în documentația de atribuire. Prin urmare, un astfel de comportament din partea autorității contractante este apreciat de contestator ca fiind abuziv.

Se mai arată că există numeroase instituții medicale de profil infecțios ce utilizează în maniera legală combinația de produse oferite de către societatea sa în cadrul lotului 73, cu rezultate excelente certificate de către Organisme Ac acreditate de Control Extern de Calitate pe CITOMETRUL FACS CANTO II, aspect ce nu poate fi contestat și poate fi dovedit cu contracte.

În continuare, contestatorul subliniază că, prin decizia nr. 355/C2/278 din 06.03.2020, Consiliul a reținut că s-au stabilit deja

reguli odată cu postarea documentației de atribuire, reguli pe care atât ofertanții, dar și autoritatea contractantă trebuie să le respecte, însă autoritatea contractantă face dovada unei atitudini abuzive venind cu solicitări de clarificări ale unor aspecte nementionate în caietul de sarcini prin documente impuse în momentul evaluării și neținând cont de dispozițiile Consiliului din decizia amintită.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante din comunicarea rezultatului procedurii conform căreia *"Mai mult decât atât ați procedat în același stil abuziv, de a umple pagini cu texte nerelevante în raport cu solicitarea noastră de clarificare, obligându-ne la efortul inutil de a parcurge aceste texte, procedeu pe care îl considerăm de natura să producă efecte detrimentală în desfășurarea activității din spitalul nostru într-un context epidemic particular, de mare însemnătate pentru sănătatea publică, stil abuziv pe care l-aș cataloga ca SABOTAJ"*, contestatorul apreciază că este dreptul său de a argumenta punctul de vedere vis a vis de o comunicare nedreaptă, nefondată și care contravine inclusiv deciziei CNSC.

Cu privire la ultima afirmație care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, contestatorul arată că documentul solicitat de autoritatea contractantă respectiv *"Declarația din partea producătorului produsului ofertat de dvs. Pentru îndeplinirea cerințelor minime al caietului de sarcini la poziția 3: Tuburi pentru determinare a numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II"*, adică din partea companiei Becton Dickinson (BD) ca producător al tuburilor Trucount, declarație din care să reiasă fără echivoc că BD consideră ca Soluția de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II, propusă de dvs. la poziția 8 din caietul de sarcini, Excellyse Easy - cod WD7066 produsă de Exbio, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount. În această declarație BD trebuie să menționeze că soluția cea recomandată de BD în insertul tehnic al tuburilor Trucount, că nu va afecta în niciun fel performanțele de utilizare a tuburilor Trucount și nici valabilitatea certificatului de garanție al Flowcitometrului BD FACS Canto II achiziționat de noi în 2019", nu a fost solicitat în documentația de atribuire, alegând să justifice compatibilitatea dintre poziția 3 *"Tuburi pentru determinare a numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II"* și poziția 8 *"Soluția de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II Excellyse Easy - cod ED7066, Producător Exbio"*, prin mai multe mijloace, respectiv furnizarea de dovezi că Institutul Matei Balș folosește aceleași produse ca cele oferite în prezenta procedură, declarația producătorului Exbio privind compatibilitatea dintre cele două repere etc.

Astfel, în opinia contestatorului, atâta vreme cât alte instituții medicale lucrează cu aceste produse inclusiv cele incluse la poziția 3 și poziția 8 ale ofertei sale, pe sistemul FACS CANTO II, obținând rezultate excelente, certificate de către Organisme Acreditate de Control Extern de calitate, nu poate fi o metoda mai bună de a dovedi

compatibilitatea dintre produsele oferite și evidențierea utilizării corecte a acestora pe FACS CANTO II, echipament deținut și de autoritatea contractantă.

Concluzionând, contestatorul arată că oferta sa este una compliantă 100% cu cerințele caietului de sarcini, cu normele GLP în vigoare, și totodată ținând cont de modul de desfășurare a procedurii, solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 5341/07.04.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 13602/08.04.2020, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu cele dispuse de CNSC în decizia nr. 355/C2/278 din 06.03.2020, a dispus reevaluarea ofertelor, sens în care i-a solicitat contestatorului prezentarea declarației din partea producătorului produsului oferit pentru îndeplinirea cerințelor minime ale caietului de sarcini la poziția 3 – Tuburi pentru determinare a numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II, adică din partea companiei Becton Dickinson (BD), ca producător al tuburilor Trucount, declarație din care să reiasă fără echivoc ca BD consideră că *“Soluția de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II propusă de ofertant la poziția 8 din caietul de sarcini, Excellyse Easy – cod WD7066 produsă de Exbio, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount”*.

Ca urmare a răspunsului formulat de contestator, comisia de evaluare a concluzionat că acesta nu a depus declarația solicitată, rezultând astfel că nu a demonstrat faptul că Excellyse Easy – cod WD7066 produsă de Exbio, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount.

În continuare, autoritatea contractantă susține că tuburile Trucount produse de Becton Dickinson trebuiau și puteau să fie însoțite de soluția de liza hematii indicată de acest producător în insertul tehnic al Tuburilor, sau reciproc, pentru punctul 3, astfel ofertantul contestator trebuia să ofere un produs care nu are restricții de utilizare a unei soluții de liza, de exemplu tuburi produse de producătorul Exbio, al soluției de liza.

De altfel, autoritatea contractantă recunoaște că Exbio nu produce astfel de tuburi, astfel încât unica soluție rămânea asocierea de tuburi și soluție de liza produse de Becton Dickinson sau de oricare alți producători care asigură în același timp cerințele caietului de sarcini și ale producătorilor respectivi.

În atare condiții autoritatea contractantă susține că este de neînțeles cum contestatorul poate oferi spre vânzare o gamă atât de largă de produse ale companiei Becton Dickinson, și alege, de bună voie, să includă în oferta un produs incompatibil cu alt produs al propriei oferte, apreciind astfel ca fiind sancționabilă descalificarea

ofertei contestatorului din licitație, eroare gravă de constituire a ofertei prezentate împreună cu refuzul de a răspunde cerinței de clarificare.

Or, în condițiile în care nu a fost prezentată declarația din partea producătorului Becton Dickinson (BD), în care trebuia să menționeze că soluția ofertată este recomandată de BD în insertul tehnic al tuburilor Trucount, și că nu va afecta în niciun fel performanțele de utilizare ale tuburilor în cauză, rezultă că nu s-a demonstrat că Excellyse Easy –cod WD7066 produsă de Exbio, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount, sens în care oferta acestuia a fost respinsă și declarată neconformă, având în vedere prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Ținând cont de cele menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, împărțită pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect "Reactivi de laborator", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1016837/15.11.2019, la care a anexat documentația de atribuire.

Nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale, pentru lotul 73 - Reactivi compatibili cu flow-citometrul FACS Canto II, comunicată prin adresa nr. 2329/12.02.2020, SC SRL a formulat contestația soluționată prin Decizia CNSC nr. 355/C2/278 din data de 06.03.2020, în sensul admiterii ei, în parte, și reevaluarea ofertei depusă de acesta.

Ulterior finalizării procesului de reevaluare dispus de Consiliu, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 4785/25.03.2020, conform căruia oferta SC SRL, pentru lotul 73 - Reactivi compatibili cu flow-citometrul FACS Canto II, a fost respinsă, ca neconformă, rezultat comunicat ofertantului în discuție, alături de motivele care au condus la emiterea lui, prin adresa nr. 4786/25.03.2020.

Nemulțumit de acest rezultat, consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016, SC SRL a înaintat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Analizând susținerile părților, documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține că motivul care a condus la respingerea ofertei contestatorului, în esență, este similar celui care a stat la baza emiterii primului rezultat invalidat prin decizia CNSC nr. 355/C2/278 din data de 06.03.2020, respectiv nedovedirea compatibilității produsului ofertat pentru poziția 8, Soluție de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II, cu produsul ofertat la poziția 3, Tuburi pentru determinare a numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II.

Se mai reține, totodată, că în timp ce primul rezultat a fost adoptat de comisia de evaluare în baza unor informații incomplete/incerte, pe care aceasta le-a avut în vedere în evaluarea ofertei contestatorului, de această dată, rezultatul considerat nelegal a fost emis în urma informațiilor furnizate de societatea ofertantă la solicitările de clarificări derulate în considerarea dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016.

De altfel, soluția Consiliului din cuprinsul deciziei nr. 355/C2/278 din data de 06.03.2020, a avut la bază tocmai lipsa acestei runde de clarificări formale și de confirmare, apreciată absolut necesară și obligatorie înainte de stabilirea ne/conformității propunerii tehnice a contestatorului, sens în care sunt reținute considerentele expuse în motivarea deciziei amintite, respectiv:

„...cerințele stabilite de autoritatea contractantă în documentația de atribuire nu au impus, în mod expres, dovedirea unei compatibilități între cele două poziții, însă, apreciază Consiliul, existența acestora se subînțelege câtă vreme cele două produse se folosesc împreună, concluzie care rezultă, în mod indubitabil, din însăși informațiile regăsite în propunerea tehnică a contestatorului, respectiv fișa conținând specificațiile tehnice ale tuburilor TruCount emise de producătorul BD, invocate și în actul atacat de autoritatea contractantă. Astfel, în cuprinsul acestei fișe se specifică la pct. 6 Procedure, *„Reagent and Materials Required but Not Provided (...) BD FACSlysing solution (10x), 100 mL (Catalog No.349202). Refer to the BD FACS Lysing Solution IFU for dilution instructions and warnings”* (pag. 323 din dosarul achiziției).

În acest context, Consiliul observă că produsul soluție de liza aferent poziției 8 ofertat de contestator este Excellise Easy, cod EDT7066, producător Exbio, din ale cărei specificații emise de producător rezultă *„1. Intendent purpose ... the lysing solution is appropriate to use with EXBIO single colour monoclonal antibodies and KOMBITEST reagents and may be used in both lyse/wash and lyse/no wash protocol.”* (pag. 169 din dosarul achiziției).

Se mai constată că doar în urma coroborării acestor două informații citate anterior din oferta contestatorului, s-a stabilit caracterul neconform al propunerii tehnice depusă de SC SRL, fără ca, în prealabil emiterii deciziei de respingere, membrii comisiei de evaluare să aprecieze necesare clarificări ale aspectelor sesizate.

În opinia Consiliului, un astfel de demers de clarificare era absolut necesar în condițiile în care, așa cum evidențiază și contestatorul, din informațiile existente, producătorul tuburilor TruCount nu a exclus folosirea și a altor tipuri de soluții de liza, situație similară și în cazul soluției de liză ofertată, producătorul acesteia arătând că este adecvată pentru utilizarea cu anticorpi monoclonali EXBIO și reactivii KOMBITEST, fără să elimine, în mod cert, posibilitatea utilizării acesteia cu tuburile TruCount BD. (...)

Cât privește compatibilitatea soluției de liza Exbio cu tuburile TruCount, Consiliul constată că informațiile din ofertă nu certifică indubitabil, dar nici nu elimină această ipoteză, iar comisia de evaluare nu era în măsură să stabilească drept validă niciuna dintre aceste două posibilități, câtă vreme o concluzie fermă în acest sens putea fi trasă doar după clarificarea situației cu ofertantul în discuție, în considerarea dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016...”

Urmare a celor dispuse de Consiliu, autoritatea contractantă a transmis contestatorului, prin adresa nr. 4384/17.03.2020, următoarea solicitare de clarificări:

„să prezentați declarația din partea producătorului produsului ofertat de dvs. pentru îndeplinirea cerințelor minime ale caietului de sarcini la poziția 3: "Tuburi pentru determinare a numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrică în BD

FACSCanto II", adică din partea companiei Becton Dickinson (BD) ca producător al tuburilor Trucount, declarație din care să reiasă fără echivoc că BD consideră că "Soluția de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II" propusă de dvs. la poziția 8 din caietul de sarcini, Excellyse Easy - cod WD7066 produsă de Exbio, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount. În această declarație BD trebuie să menționeze că soluția de cea recomandată de BD în insertul tehnic al tuburilor Trucount, că nu va afecta în niciun fel performanțele de utilizare a tuburilor Trucount și nici valabilitatea certificatului de garanție al Flow-citometrului BD FACS Canto II achiziționat de noi în 2019."

Important de reținut în soluționare este faptul că diferendul dedus judecății face referire la obligația care incumbă ofertantului de a furniza probe indubitabile privind compatibilitatea certă între produsele oferite în cadrul celor două poziții, 3 și 8, ale lotului 73.

Prin răspunsul furnizat conform adresei nr. 681/18.03.2020, pe lângă mai multe susțineri privind caracterul excesiv al solicitării de clarificări, ofertantul înțelege să demonstreze compatibilitatea celor două produse, astfel:

„1. Echipamentul BD FACS Canto II este unul deschis, pe care se poate lucra cu nenumărate branduri de reactivi și consumabile existente pe piață, așa cum lucrează numeroase instituții medicale din lume, din România, dar și din

2. Anexăm declarația producătorului Exbio în ceea ce privește compatibilitatea dintre poziția 3 și poziția 8 oferite în cadrul procedurii, respectiv Tuburile Trucount și soluția de liză Excellyse Easy cu cod ED7066 și nu WD066 (cod la care faceți referire în solicitare în mod eronat)

3. Existența unui client din, Institutul de Boli Infecțioase Prof. DR. Matei Balș, cu același domeniu de activitate ca și al dumneavoastră, care folosește pe FacsCanto II de mai mult de 2 ani combinația de produse oferite și în cadrul lotului 73 al procedurii... inclusiv Tuburi Trucount BD 340334 și soluție de liza Excellyse Easy ED7066, care nu are un citometru degradat, nu a pierdut marca CE/IVD a testelor, nu ar avea de ce să piardă garanția echipamentului pentru că acesta este unul deschis ce permite utilizarea tuturor brandurilor de reactivi existenți pe piață. Mai mult decât atât, această combinație de produse duce la obținerea de rezultate corecte și concrete, certificare prin rapoarte de control extern de calitate CD3/CD4/CD8/CD45.

În acest sens anexăm prezentului răspuns acordul cadrul cu instituția mai sus menționată, situația livrărilor soluției de liză și a tuburilor trucount, dovada faptului că ne îndeplinim obligațiile contractuale certificată prin existența de documente constatatoare, raport control extern de calitate ce susține corectitudinea rezultatelor obținute prin utilizarea aceleiași combinații de produse ca cea oferită în cadrul lotului 73 al prezentei proceduri....".

Pretinsul caracter excesiv al solicitării de clarificări, observă Consiliul că nu poate fi verificat la acest moment, câtă vreme termenul în care adresa în discuție putea fi contestată, este cu mult depășit la data formulării contestației, prin raportare la dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016. Dacă ofertantul contestator aprecia nelegală solicitarea de clarificări primită din partea comisiei de evaluare, avea deschisă calea contestării acesteia, în termenul stipulat de lege, orice nemulțumire relevantă ulterior depășirii lui fiind evident tardivă.

Dincolo de acest aspect, necesitatea demonstrării unei compatibilități între produsele oferite la pozițiile 3 și 8 din oferta depusă, chiar dacă documentația de atribuire nu impune expres o

asemenea cerință, este pe deplin justificată, așa cum s-a reținut și prin decizia anterioară emisă de CNSC în procedură și rămasă definitivă.

Legislația pe linia achizițiilor publice reglementează, la art. 157 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, situația în care, în cazul în care operatorul economic poate demonstra că nu are nicio posibilitate de a obține eticheta specifică solicitată de autoritatea contractantă sau o etichetă echivalentă în termenele stabilite, din motive care nu îi sunt imputabile, autoritatea contractantă are obligația de a accepta și alte mijloace de probă adecvate, care pot include un dosar tehnic al producătorului, cu condiția ca operatorul economic în cauză să demonstreze că produsele pe care urmează să le furnizeze îndeplinesc cerințele specifice solicitate de autoritatea contractantă

Pe cale de consecință, ofertantul era debitorul obligației de a răspunde solicitării de clarificări primită din partea comisiei de evaluare, prin depunerea declarației din partea companiei Becton Dickinson (BD), ca producător al tuburilor Trucount ofertate la poziția 3, din care să reiasă, fără echivoc, că *"Soluția de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II"* propusă la poziția 8 din ofertă, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount, fie prin depunerea oricărui mijloc probant relevant și în măsură să certifice, dincolo de orice dubiu, că folosirea împreună a celor două produse nu afectează scopul pentru care acestea sunt utilizate și care a condus la necesitatea achiziționării lor.

Din analiza răspunsului furnizat de ofertantul contestator, se observă că acesta nu a comunicat nicio declarație din partea companiei Becton Dickinson (BD) care să confirme că *"Soluția de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II"*, propusă la poziția 8 din ofertă, este o soluție echivalentă cu utilizarea tuburilor Trucount, ci a înaintat comisiei de evaluare:

- Declarația, în limba engleză, datată 14 februarie 2020, a producătorului Exbio, producătorul soluției de liză ofertată la poziția 8, conform căreia produsul Excellyse Easy ED7066 este compatibil cu citometrul BD FACSCanto I și II utilizat împreună cu tuburile BD Trucount cat. Nr. 340334;

- acordul-cadru de furnizare nr. 2887/28.11.2017, încheiat de ofertant cu Institutul Național de Boli Infecțioase Prof. Dr. Matei Balș, având ca obiect furnizarea de reactivi, respectiv, conform anexei nr. 1 la acordul-cadru, trusă ce conține cocktail de anticorpi monoclonali CD3FITC: clona UCHT1 sau clona SK7, CD8 PE: clona MEM-31 sau clona SK1, CD45PerCP: clona MEM-28 sau clona 2D1, CD4 APC: clona MEM-241 sau clona SK3; trusa trebuie să fie compatibilă cu citometrul FACS Canto II, cu tuburi pentru numărătoare absolută cu liofilizat compus din microsferă marcate; Kit tuburi pentru determinare număr absolut limfocite umane în sânge, cu microsferă marcate fluorescent, compatibile cu produsele oferite la poziția de mai sus și cu soft Multiset; Kit de control/calibrare cu microsferă marcate fluorescent cu 7 culori; Trusă sânge control; Soluție pentru inițierea opririi citometrului; Soluție pentru liza celulară; Soluție pentru antrenarea

celulelor în flux; Control extern calitate pentru determinarea valorii absolute CD3, CD4 și CD8.

- o situație denumită *Raport vânzări detaliat – ED7045 – Trusă ce conține cocktail anticorpi monoclonali CD3FITC compat.FACS CANTO II (ED7045) cu tuburi (340334)Kit 30 teste*, precum și o situație denumită *Raport vânzări detaliat ED7066- Soluție de liza10x*;

- documentul constatator final nr. 203/06.01.2020, emis de INBI Prof. Dr. Matei Balș, care confirmă îndeplinirea obligațiilor asumate prin acordul-cadru amintit mai sus;

- un document/raport, în limba engleză, Immune Monitoring Programe – UK Nqas.

Analizând conținutul documentelor depuse de ofertant în demonstrarea compatibilității produselor oferite de societatea sa, la pozițiile 3 și 8, Consiliul apreciază că acestea nu sunt în măsură să certifice, dincolo de orice dubiu, acest aspect.

Astfel, se reține că simpla declarație a producătorului soluției de liză, că aceasta este compatibilă cu tuburile Trucount produse de Becton Dickinson, în lipsa și a altor mijloace probante, este insuficientă pentru demonstrarea compatibilității celor două produse.

Informațiile aferente acordului-cadru încheiat cu INBI Prof. Dr. Matei Balș, alături de documentul constatator nr. 203/06.01.2020, relevă doar achiziția de reactivi folosiți pentru analiza pe flow-citometrul FACSCanto II, fără referiri la tipul tuburilor și a soluției de liză utilizate, care, pentru a demonstra compatibilitatea cu cele oferite în procedura de achiziție în cauză, trebuiau să fie identici cu cei regăsiți în oferta analizată în prezent. Situația este similară și în cazul celor două documente denumite *Raport vânzări detaliat* în cuprinsul cărora, deși se amintește denumirea celor două produse, fiind vorba exclusiv de situații interne întocmite de ofertant, nu sunt în măsură, *per se*, să probeze legătura dintre datele relevate și produsele oferite în cadrul acordului-cadru amintit.

De asemenea, nici prezența singulară a raportul Immune Monitoring Programe – UK Nqas, în lipsa altor documente care să probeze faptul că acest raport a avut în vedere folosirea combinației acelorași produse, respectiv analiza pe flow-citometrul FACSCanto II, cu tuburi Trucount cod 340334 produse de Becton Dickinson (BD) și soluție de liza Excellyse Easy ED7066 a producătorului Exbio, nu este în măsură să răspundă solicitării de clarificări primite. Aceeași concluzie se desprinde și din analizarea coroborată a acestui înscris cu documentul emis de Laboratorul de Hematologie al INBI Prof. Dr. Matei Balș, la data de 04.12.2019, regăsit în propunerea tehnică la pag. 12, din cuprinsul căruia nu se identifică referiri la toate produsele în discuție, respectiv la soluția de liza cod ED7066.

Revenirea cu o nouă solicitare de clarificări, având același obiect, în speța de față, demonstrarea compatibilității dintre cele două produse, este interzisă de prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr.98/2016, conform căroră „(2) *Autoritatea contractantă nu are*

dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”

Dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.G. nr.395/2016 prevăd că „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art.209 din Legea, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Prin urmare, în situația primirii unui răspuns neconcludent, autoritatea contractantă are obligația respingerii ofertei, ca inacceptabilă, iar nu cea a revenirii cu o nouă solicitare de clarificări, un asemenea comportament fiind prohibit explicit întrucât este de natură a avantajului ofertantului.

În soluționare a fost avută în vedere și practica judiciară, relevante fiind:

-Decizia civilă nr.3450/19.12.2011, pronunțată de Curtea de Apel, în care instanța a arătat că este nelegală repetarea solicitării de clarificări către ofertant, autoritatea contractantă având obligația de a-i respinge oferta dacă nu a răspuns concludent la prima solicitare.

-Decizia nr.2654/CA/2015, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, prin care s-a infirmat o decizie pronunțată de C.N.S.C. prin care organismul administrativ-jurisdicțional a obligat autoritatea contractantă să solicite *noi* clarificări cu privire la modul de îndeplinire a unei cerințe de calificare.

-Decizia civilă nr. 1263/21.10.2019, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, prin care s-a reținut că „o reiterare a aceleiași solicitări de către autoritatea contractantă ar fi înfrânt în mod evident principiul tratamentului egal impus de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016”.

Pe cale de consecință, se constată că răspunsul la clarificări analizat nu este în măsură să răspundă solicitării comisiei de evaluare, fiind neconcludent, situație sancționată de legiuitor cu respingerea ofertei, ca inacceptabilă, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Faptul că autoritatea contractantă a invocat, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, doar dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din Hotărârea de Guvern precitată, și nu și a art. 134 alin. (5), nu este în măsură să conducă la invalidarea rezultatului analizat, câta vreme admiterea contestației, doar sub acest aspect, ar fi pur formală, neaducându-i vreun beneficiu real contestatorului.

Față de cele anterior precizate, analizarea și a celorlalte aspecte relevante prin contestație apreciază Consiliul că sunt de prisos, neputând invalida concluziile expuse mai sus.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL,
în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen
de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv
de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....