



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.cnsr.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. 1850 / C8 / 2076

Data: 22.10.2019

Prin contestația nr. 230/03.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 39384/04.10.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, ..., ... și adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnii, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de reactivi, cu punere la dispoziție analizor de biochimie - 24 luni, cod CPV 33696500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 09.09.2019, organizată de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat Prin încheierea nr. 1527/C8/2076/ 07.10.2019, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

**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 ofertantul SC SRL reclamă

decizia autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, pentru neîndeplinirea specificațiilor tehnice vizând produsul gata de utilizare și limita superioară a liniarității.

Produsul Carbamazepina oferat îndeplinește condiția de a fi gata de utilizare, fapt specificat în mod expres în centralizatorul de produse aferent propunerii tehnice, la pct. 50 din tabel. Din eroare, a fost încărcat un prospect vechi al produsului, în locul celui actual, care dovedește îndeplinirea condiției. Eroarea este una materială, iar pentru eliminarea ei autoritatea ar fi trebuit să ceară clarificări.

Legat de reactivul oferat pentru Albumina Serica, acesta poate fi înlocuit cu o versiune superioară, lansată recent, având intervalul de măsurare cuprins între 0.3 - 10.1 g/dL. Principiul metodei de măsurare pentru acest reactiv este imunoturbidimetria, metodă superioară celei specificate în caietul de sarcini (colorimetric/ bromocrezon). Testul poate fi utilizat pentru măsurarea albuminei dintr-un tip mai diversificat de probe: urină, ser, plasmă și LCR.

În ceea ce privește nerespectarea limitei superioare a liniarității, contestatoarea precizează:

Solicitarea unui operator economic de reducere a limitelor superioare, în vederea accesului la procedură al majorităților furnizorilor de pe piață, a fost refuzată de autoritate sub pretextul că „se reduc diluțiile și consumul de teste”.

Producătorul Abbott este singurul furnizor care dispune cumulativ de valorile de măsurare superioare pentru toți parametrii indicați.

În piață sunt prezenți producători care au diferite tehnici de extindere a liniarității de măsurare și, implicit, a concentrației maxime de analit existent în probă:

- FlexRate, metodă patentată Abbott pe analizoarele de chimie clinică (Architect c, Alinity c etc) doar pentru panelul diverselor enzime (ALT, ALK, Amyl, CK, GGT, LDH);
- diluție automată (ex. metoda Roche);
- ORDAC (Beckman Coulter).

Ar fi util de verificat care este procentul de probe din rutina zilnică a autorității contractante care depășește intervalul de măsurare obișnuit al testelor enzimaticice de chimie clinică disponibile comercial, astfel încât liniaritățile extinse solicitate să fie relevante în practica uzuală.

Solicitările autorității cu caracter discriminatoriu:

a) reactivul trigliceride: limita superioară de măsurare este de 885 mg/dL, iar valorile peste această limită de detecție sunt semnalizate automat cu posibilitatea realizării unei unice diluții (de 1:5), care va extinde domeniul de măsurare până la obținerea unei

valori superioare, de 4425 mg/dL. Această valoare este acoperitoare din punct de vedere al valorii clinice, valorile de alertă clinică în prezența unei pancreatite diagnosticate fiind de >500 mg/dL, iar cele de >1000 mg/dL fiind concludente pentru diagnosticul de pancreatită acută (situație clinică în care avem valori ce necesită extinderea domeniului de măsurare folosind metoda Roche). Metoda Roche este adecvată diagnostic în condițiile în care valorile de alertă ($C > 500$ mg/dL) sunt mult sub valoarea de 885 mg/dL. Aceasta limitare fiind discriminatorie favorizează doar un anumit producător, respectiv Abbott.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de minim 500 mg/dL, asigurându-se astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

b) reactivul AST/TGO: limita superioară de măsurare este de 700 U/L, iar valorile peste aceasta limită de detecție sunt semnalizate automat cu posibilitatea realizării unei unice diluții (de 1:10), care va extinde domeniul de măsurare până la obținerea unei valori superioare de 7000 U/L.

În patologia curentă, cu ajutorul acestui test sunt identificate cazurile de inflamație, steatoza și ciroză hepatică, cazuri în care se ating valori cuprinse între 1x și 5x valoarea normală. Maximul valorilor normale este la copil cu vârsta între 7 și 12 luni, adică <82 U/L, la adult fiind de <38 U/L. Folosind testul de la Roche, pot fi acoperite situațiile patologice de mai sus, fără a fi necesară o diluție. Pornind de la valorile normale la adulți, pentru cele mai ridicate valori întâlnite (de până la 100x valorile normale), există un singur producător care se califică și acesta este Abbott (100×38 U/L = 3800 U/L). Există și alte situații clinice critice în care valorile AST sunt >20.000 U/L (vezi sindrom alcool-acetaminofen). În această situație, este evident că niciunul din producătorii de teste AST nu pot furniza rezultate la primul run, fiind necesare deci diluții succesive.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de cel puțin 400 U/L, asigurându-se astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

c) reactivul ALT/TGP: limita superioară de măsurare este de 700 U/L, iar valorile peste această limită de detecție sunt semnalizate automat cu posibilitatea realizării unei unice diluții (de 1:10), care va extinde domeniul de măsurare până la obținerea unei valori superioare de 7000 U/L.

În patologia curentă, cu ajutorul acestui test sunt identificate cazurile de inflamație, steatoza și ciroza hepatică, cazuri în care se

ating valori cuprinse între 2x și 5x valoarea normală. Maximul valorilor normale este la copil între 0-6 luni, adică <56 U/L, la adult fiind de <41 U/L. Folosind testul de la Roche, pot fi acoperite situațiile patologice de mai sus, fără a fi necesară o diluție. Pornind de la valorile normale la adulți, pentru cele mai ridicate valori întâlnite (de până la 100x valorile normale), există un singur producător care se apropie de această valoare, în mod ideal, testul trebuind să măsoare până la 4100 U/L. Doar Abbott se apropie de această valoare cu o limită de detecție de 3899 U/L. Există și alte situații clinice critice în care valorile ALT sunt >9000 U/L (vezi diagnostic diferențial hepatita virală sau alcoolică vs sindrom alcool-acetaminofen). În această situație este evident că niciunul din producătorii de teste ALT nu pot furniza rezultate la primul run, fiind necesare deci diluții succesive.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de cel puțin 300 U/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

d) reactivul CK: limita superioară de măsurare este de 2000 U/L. În literatura de specialitate este specificat că valorile patologice pot să crească atingând până la 6x valoarea normală ($308 \text{ U/L} \times 6 = 1.848 \text{ U/L}$). Aceste valori sunt acoperite de testul Roche, fără a fi necesară o diluție, valorile peste aceasta limită neavând o semnificație clinică.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de minim 2000 U/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

e) reactivul LDH: limita superioară de măsurare este de 1000 U/L. Valorile peste această limită de detecție neavând o semnificație clinică relevantă, creșterile fiind nespecifice, este necesară corelarea cu date clinice și alte teste de laborator. Maximul valorii normale se întâlnește la copii cu vârsta între 0-1 an ($225\text{--}600 \text{ U/L}$), la adult >15 ani aceste valori fiind de $135\text{--}225 \text{ U/L}$. Această specificație favorizează un singur producător, Abbott, care poate pune la dispoziție această limită superioară de detecție, nesemnificativă clinic, de 4500 U/L.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de peste 600 U/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

f) reactivul ALP: studiindu-se limita superioară de detecție a altor producători prezenți pe piața românească, s-a constatat că există doar un producător care întrunește aceasta cerință, respectiv Abbott (4555 U/L). Această cerință este discriminatorie, diferența

dintre valoarea 1200 U/L și 1500 U/L neavând niciun impact în ceea ce privește conduita de diagnostic.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de peste 1000 U/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

g) reactivul Amilaza: limita superioară de măsurare este de 1500 U/L. În literatura de specialitate este specificat că valorile patologice pot să crească atingând până la 4x valoarea normală ($100 \text{ U/L} \times 4 = 400 \text{ U/L}$). Aceste valori sunt acoperite de testul Roche, fără a fi necesară o diluție, valorile peste această limită neavând o semnificație clinică. Aceasta specificație favorizează un singur producător, Abbott, care poate pune la dispoziție această limită superioară de detecție, nesemnificativă clinic, de 6554 U/L.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de maxim 1000 U/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

h) reactivul Mg Seric: limita de detecție superioară de 4.86 mg/dL este suficient de relevantă în vederea semnalizării situațiilor de creștere a nivelului seric. Valori ale magneziului $>4.7 \text{ mg/dL}$ sunt asociate cu situațiile patologice critice, conform literaturii de specialitate, caz în care este necesară corelarea lor cu date clinice și alte teste de laborator pentru validarea semnificației clinice.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de minim 4.7 mg/dL, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

i) reactivul Proteine Totale serice: limita superioară de măsurare este de 12g/dL. Valorile peste această limită de detecție neavând o semnificație clinică semnificativă, creșterile fiind nespecifice, este necesară corelarea cu date clinice și alte teste de laborator. Maximul valorii normale se întâlnește la Abbott, care poate pune la dispoziție această limită superioară de detecție, nesemnificativă clinic, de 18,4 g/dL.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de peste 10 g/dL, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat.

j) reactivul ASLO: limita superioară de măsurare este de 600 IU/L, valoare care are semnificație clinică în cazurile de febră reumatoidă puseu inaugural, febra reumatoidă recurentă sau cronică. În cazul amigdalitei foliculare acute cu forme recurente, valorile ASLO se pot situa între 800 IU/L, până la 2500 IU/L. Cu

metoda Roche, aceste valori sunt semnalizate automat de către analizor, cu posibilitatea realizării unei unice diluții (de 1:6.1), care va extinde domeniul de măsurare până la obținerea unei valori superioare de 3660 IU/L. Aceasta valoare este acoperitoare din punct de vedere al nevoilor clinice.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de minim 600 IU/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat;

k) reactivul Factor Reumatoid: studiindu-se limita superioară de detecție a altor producători prezenți pe piața românească, s-a constatat că există doar un producător care întrunește această cerință, și acesta este Abbott (200 IU/L). Această cerință este discriminatorie, diferența dintre valoarea 130 IU/L și 150 U/L neavând niciun impact în ceea ce privește conduita de diagnostic.

Se solicită modificarea acestei cerințe în concordanță cu situațiile clinice cele mai frecvente, adică o limită superioară de detecție de peste 100 U/L, asigurând astfel șanse egale tuturor producătorilor acestui tip de reactiv pe sistem automat.

În mod cumulativ, doar Abbott se poate încadra la cerințele solicitate pe testele enzimactice.

În punctul său de vedere nr. 9675/04.10.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 39458/04.10.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că, raportat la data de 23.09.2019, la care au fost transmise comunicările privind rezultatul aplicării procedurii, ultima zi în care acesta se putea contesta a fost data de 03.10.2019. SC SRL a transmis, prin email, contestația în data de 03.10.2019, la ora 6:46 PM, în afara orelor de program, implicit după expirarea termenului de depunere a contestației. Chiar dacă, ipotetic, contestația ar fi depusă în termen, ea este tardivă prin prisma obiectului acesteia (contestarea caietului de sarcini).

În urma evaluării propunerilor tehnice primite, comisia de evaluare a respins, ca neconformă, oferta SC SRL, întrucât „Nu este respectată limita superioară a liniarității pentru Trigliceride, TGO/AST (Aspartataminotransferază), TGP/ALT (Alaninaminotransferază), CK (Creatin Kinază), LDH (Lactat dehidrogenază), Fosfatază alcalină, Amilază, Albumină serică, Magneziu seric, Proteine totale serice, ASLO (Antistreptolizină O), FR (Factor reumatoid). La Carbamazepină nu este respectată cerința privind produs gata de utilizare.”

SC SRL contestă primul motiv de respingere, invocând faptul că specificațiile caietului de sarcini au fost restrictive, cea ce reprezintă o contestare a prevederilor caietului de sarcini, postat în SICAP la 06.08.2019 (la 30.08.2019 a fost postat răspunsul

consolidat la solicitările de clarificare - adresa nr. 8122/30.08.2019). Termenul legal în care un operator putea contesta limita superioară de liniaritate stabilită prin caietul de sarcini a fost până la 16.08.2019. Necontestarea în termen a prevederilor caietului de sarcini echivalează cu acceptarea lor.

Referitor la prospectul încărcat în SICAP, ca parte componentă a ofertei SC SRL, contestatoarea consideră că era incident art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare trebuind să solicite clarificări, depunerea prospectului actualizat. Ipoteza conform căreia comisia de evaluare ar fi trebuit să prezume că un ofertant nu a prezentat un document în forma actualizată este absurdă. Ofertantul este răspunzător pentru documentele încărcate în SICAP, de corectitudinea și actualitatea acestora.

Față de aceste considerente, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației SC SRL, ca fiind tardiv introdusă.

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. CN1013811, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 06.08.2019, autoritatea contractantă a inițiat o licitație deschisă în vederea achiziționării de reactivi, cu punere la dispoziție a unui sistem complet de biochimie, contract estimat valoric la 3.250.314,80 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 06.08.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, între care și SC SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă, întrucât nu respectă limita superioară a liniarității, iar Carbamazepina nu respectă cerința „produs gata de utilizare”. Împotriva acestui rezultat, considerat nemulțumitor, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la 30.08.2019, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC SRL. La acest moment, nu pot fi

emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, *Spinosa Costruzioni Generali și Melfi*, C-162/16, EU:C:2016:870,

punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, *Ingsteel și Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, *Vanbreda Risk & Benefits/Comisia*, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, *Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy*, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 292881/23.09.2019, rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 03.10.2019, SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către autoritatea achizitoare a excepției

depășirii termenului legal de contestare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei.

Reclamanta își îndreaptă demersul său împotriva actului de respingere a propriei oferte, despre care a aflat la 23.09.2019. Din copia mesajului e-mail transmis de reclamantă de la adresa romania.licitatii@roche.com către office@cnsr.ro și aprov_obregia@yahoo.com și secretariatobregia@yahoo.com, la 03.10.2019, ora 18:45, reiese că respectiva contestație a fost expediată către Consiliu și autoritatea achizitoare în cele 10 zile acordate de legiuitor, prin art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Întrucât Legea nr. 101/2016 nu cuprinde derogări față de dreptul comun în materie, care o completează în virtutea art. 68 din lege, o comunicare electronică la ora 18:45 este validă juridic. Ca urmare a revizuirii Codului de procedură civilă în decembrie 2018, prin Legea nr. 310/2018, ora comunicării nu mai are relevanță, operante fiind – în ceea ce privește actele de procedură – dispozițiile art. 183 din cod:

Art. 183. – (1) Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare **ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen.** [...]

(3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum și mențiunea datei și **orei primirii faxului sau a e-mail-ului**, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, servesc ca **dovadă a datei depunerii actului** de către partea interesată.

Prin urmare, se va avea în vedere nu data certă dată de serviciul registratură potrivit art. 199 din cod, ci data atestată de aparatul fax sau de calculatorul instanței. În concluzie, în măsura în care data și ora atestate de calculatorul instanței sunt în termen (prin raportare la ora 24 a ultimei zile a termenului), actul de procedură este efectuat în termen, chiar dacă e-mailul a ajuns la instanță după închiderea programului de registratură. Astfel fiind, formularea contestației se situează în interiorul termenului legal, iar excepția de tardivitate este respinsă.

Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei motivelor de respingere a ofertei reclamantei, relevante sunt, în primul rând, prevederile fișei de date a achiziției, pct. IV.4.1 - „Modul de prezentare al propunerii tehnice”: *„Ofertantul are obligatia de a elabora si a prezenta Oferta Tehnica astfel incat sa respecte specificatiile si cerintele precizate in Caietul de Sarcini. Propunerea tehnica va fi insotita de fise tehnice emise de producator/brosuri, marcaj CE, fotografii relevante. Ofertantul va elabora propunerea tehnica în baza cerințelor prezentate în caietul de sarcini.”*

Primul dintre motive vizează încălcarea limitei superioare pentru trigliceride, TGO/AST (aspartataminotransferază), TGP/ALT (alaninaminotransferază), CK (creatin kinază), LDH (lactat dehidrogenază), fosfatază alcalină, amilază, albumină serică, magneziu seric, proteine totale serice, ASLO (antistreptolizină O), FR (factor reumatoid), motiv pe care forul jurisdicțional îl determină a fi întemeiat. Reclamanta recunoaște indirect că produsele sale nu acoperă cerința autorității și pretinde că respectiva cerință este discriminatorie, favorizând producătorul Abbott. Față de această critică, rămâne valabilă observația de mai sus, potrivit căreia, la acest moment, nu pot fi emise obiecții vizavi de prevederile caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Nimic nu a oprit SC SRL să atace limitările din caietul de sarcini în termenul legal, mai cu seamă că, la 30.08.2019, autoritatea a postat în SEAP un răspuns de clarificare în care atenționa potențialii ofertanți asupra obligativității limitelor de liniaritate - adresa nr. 8122/30.08.2019).

În pofida prevederilor clare și obligatorii ale caietului de sarcini, clarificate pe parcurs, SC SRL a înțeles să depună în oferta sa o propunere tehnică conținând specificații tehnice reactive, care fac trimitere la un „insert” atașat, specificații potrivit cărora limitele superioare de liniaritate la anumite analize, astfel cum au fost stabilite de către autoritate, nu sunt atinse.

După cum s-a arătat mai sus, art. 75 din Legea nr. 98/2016 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Raportat la propunerea tehnică a contestatoarei, ea nu respectă cerința impusă de autoritate ca limita superioară pentru trigliceride, TGO/AST (aspartataminotransferază), TGP/ALT (alaninaminotransferază), CK (creatin kinază), LDH (lactat dehidrogenază), fosfatază alcalină, amilază, albumină serică, magneziu seric, proteine totale serice, ASLO (antistreptolizină O) și FR (factor reumatoid) să atingă valorile impuse în caiet. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Prin urmare, societatea a încălcat atât documentația de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini), cât și normele legale precitate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele amintite (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele

inacceptabile și ofertele neconforme), decizia de respingere a ofertei pentru motivul analizat este singura legală. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Chiar și în situația în care autoritatea i-ar fi cerut explicații punctuale despre liniaritate, contestatoarea nu putea profita de interpelarea transmisă de autoritate pentru a încerca să își transforme propunerea tehnică neconformă în una conformă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din legea achizițiilor publice, cât și de prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ (*"autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat"*), separat de textele evocate din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Actuala legislație pe linie de achiziții publice nu permite înlocuirea, ulterioară datei-limită de depunere a ofertelor, a componentelor esențiale ale propunerii tehnice, întrucât ar lăsa loc arbitrarului, s-ar încălca obligația de menținere a ofertei în forma prezentată autorității și ar lipsi de substanță principiul tratamentului egal între ofertanți. O asemenea alterare ar afecta conținutul obligatoriu al ofertei, după cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 alin. (1) din normele de aplicare a legii, mai cu seamă că autoritatea a atras atenția asupra obligativității pragurilor de liniaritate în clarificarea nr. 8122/30.08.2019.

De asemenea, relativ la motivul secund, numai cu încălcarea art. 209 alin. (2) precitat autoritatea ar putea lua în calcul aducerea unui alt prospect din partea contestatoarei, actualizat, creându-i astfel un avantaj față de ceilalți operatori economici participanți la procedură.

Contrar opiniei reclamantei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în

cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului prin care a fost stabilit rezultatul comunicat ofertantei și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va respinge ca nefondată contestația SC SRL nr. 230/03.10.2019, în contradictoriu cu

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC SRL nr. 230/03.10.2019, în contradictoriu cu

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

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

Redactată în patru exemplare, conține treisprezece pagini.