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. (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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 2107/09.04.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13321/09.04.2019, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ..., formulată împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări și măsuri de remediere din data de 02.04.2019, referitor la lotul nr. 2, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului, referitor la lotul nr. 2: admiterea contestației, iar pe cale de consecință, dispunerea măsurilor de remediere ce se impun, astfel încât să fie respectate dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 raspunsul la solicitarea de clarificări și măsuri de remediere din data de 02.04.2019, referitor la lotul nr. 2, prin care autoritatea contractantă a dispus menținerea specificațiilor tehnice din cuprinsul caietului de sarcini, cu excepția uneia dintre acestea și anume cea de la punctul 2 din cuprinsul solicitării de clarificări.

Conform opiniei petentei, cele susținute sunt "întărite" de răspunsul primit din partea autorității contractante, care recunoaște, implicit faptul că, prin solicitarea specificațiilor contestate, se dorește, printre alte,

eliminarea participării sale la această procedură, sub pretextul că, în condițiile în care ar permite accesul la procedură a tuturor agenților economici interesați, ar putea întâmpina din nou probleme de ordin tehnic cu echipamentul livrat de SC ... SRL, precizând că: „Deficientele enumerate mai sus, au fost semnalate verbal și în scris de-a lungul vremii către firma contestatoare...".

Petenta consideră că este mai mult decât evident că aceste afirmații care stau la baza formulării unor specificații restrictive sunt lipsite de relevanță juridică în contextul prezentei proceduri, întrucât, un alt contract dintre SC ... SRL și autoritatea contractantă s-a derulat în bune condiții, nu a fost reziliat pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate și nici nu a fost întocmit vreun certificat constatator negativ, care să o pună în situația de a nu mai putea participa la vreo procedură organizată de autoritatea contractantă. Or, motivația fățișă a autorității contractante, de a insera o serie de specificații ale produsului, în măsură să permită accesul doar a unui singur operator economic, afectează însăși scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuiri contractelor de achiziție publică.

Astfel, subliniază contestatoarea, deși specificațiile tehnice inserate în cuprinsul caietului de sarcini nu precizează un anumit producător sau o anumită origine, din modul în care acestea sunt formulate, și anume a procedeului de lucru al probei, autoritatea contractantă a vizat, în fapt, un anume tip de aparat, furnizat exclusiv de un anumit operator economic existent pe piața din România.

Raportând specificațiile de la fila 12 din caietul de sarcini, unde se solicită ca „reactivii să se afle într-un cartuș unic, compact, ... care determină 300 de probe, ... toate componentele să se afle în interiorul cartușului", la faptul că obiectul contractului de achiziție publică, aferent lotului 2, vizează și punerea la dispoziție a analizorului compatibil cu modalitatea de lucru a acestor probe, petenta arată că aceste cerințe sunt discriminatorii și restrictive și nu reprezintă o caracteristică tehnică propriu zisă a produselor, nu se referă la un standard, omologare sau reglementare tehnică aplicabilă produselor, ci vizează strict modul și caracteristicile în care un anume analizor, furnizat de un anume operator economic efectuează aceste probe, al căror reactivi, sunt compatibili doar cu acest tip de aparat.

Având în vedere că scopul acestei achiziții publice este acela de permite autorității contractante efectuarea unor analize specifice, al căror rezultat, indiferent de modul în care analizorul lucrează aceste probe, este apt să ajute la diagnosticarea unor afecțiuni specifice, contestatoarea consideră că, prin modul de redactare a specificațiilor tehnice, s-a preluat, în fapt, modul de funcționare al analizorului, fără să se țină cont de două aspecte, faptul că aceste specificații sunt inferioare altor tipuri de analizoare și că, prin inserarea și menținerea acestora, sunt încălcate dispozițiile legale, restricționându-se accesul celorlalți operatori economici la procedură, care, deși au produse corespunzătoare funcțional scopului acestei achiziții, nu se încadrează totuși în cerințele

tehnice solicitate, întrucât modul de funcționare al aparatului pus la dispoziție pentru prelucrarea probelor este diferit.

În continuarea expunerii sale, petenta arată că, prin solicitarea de clarificări formulată, a dorit înlocuirea unor cerințe care fac referire la modul de lucru al probei, deci al aparatului, cu cerințe generale, care să aibă în vedere scopul pentru care a fost demarată procedura, precizând că:

1. Prin răspunsul primit în urma solicitării, s-a menținut cerința produsului cartuș unic compact, precum și celorlalte cerințe care decurg din solicitarea unicității cartușului și anume: toate componentele să se afle în interiorul cartușului, sistemul automat de control al calității există în cartușul unic, cu motivația care a stat la baza respingerii solicitării de modificare a acestor specificații rămânând la stadiul de simple afirmații speculative, care au ca unic scop eliminarea altor operatori economici din acest domeniu. Motivele care stau la baza respingerii solicitării sunt lipsite de temei legal, acestea putând avea relevanță, în speță, în condițiile în care s-ar fi ales ca și criteriu de atribuire al contractului „cel mai bun raport calitate-preț" sau „cel mai bun raport calitate cost".

2. Punctul 2 din adresa la solicitarea de clarificări este formulat într-un sens părtinitor. La sintagma *determinarea unui număr minim de 300 de probe* s-a solicitat autorității contractante posibilitatea efectuării unui număr multiplu de 300 de probe, specificație superioară celei solicitate, dar care, în același timp, nu restricționează accesul niciunui operator economic, prevăzându-se, în fapt, un minim de 300 de probe, adică exact numărul optim de probe conform activității ATI.

3. Punctul 4 din răspunsul la solicitarea de clarificări este interpretat în mod eronat, întrucât, prin acceptarea ofertelor care prevăd temperaturi între 02 gr.Celsius-25 gr. Celsius, nu înseamnă că autoritatea contractantă ar avea nevoie de un frigider, așa cum susține, ci dimpotrivă, faptul că stocarea acestora poate avea loc în condiții optime, fără periclitarea rezultatului, chiar și la temperaturi minime mai scăzute decât minima prevăzută în specificații și anume 15 gr. Celsius. Deci orice temperatură externă de stocare, prevăzută între limitele 02 gr. Celsius – 25 gr. Celsius, este corespunzătoare și păstrează produsele în parametri optimi.

4. Ultima solicitare a constat în eliminarea sintagmei de parametri măsurați și parametri calculați (adică a funcției pe care o are analizorul vizat de autoritatea contractantă) și introducerea unei sintagme generale și nerestrictive de parametri determinați de analizor. Astfel, acuratețea unor rezultate asupra cărora nu intervine factorul uman prin calcularea acestora, ci aparatul realizează toate aceste calcule, nu poate fi decât „un plus" în activitatea personalului implicat, dar și a pacientului, care beneficiază de rezultate lipsite de erori.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. 1452/15.04.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 14060/15.04.2019, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, cu următoarele considerente:

Cu privire la motivul nr. 1, în ceea ce privește cerința cartușului unic compact, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat prin răspunsul la solicitările de clarificări și măsuri de remediere, motivat de faptul că, prin folosirea anterioară a unui alt tip de produs, respectiv cel cu două cartușe, au fost observate deficiențe funcționale, de cost și de calitate. Fără a mai enumera motivele precizate în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări și măsuri de remediere, autoritatea contractantă învederează faptul că aceste disfuncționalități constatate la analizoarele care folosesc produsul format din două cartușe pot pune în pericol viața pacienților din cauza lipsei controlului de calitate pentru fiecare probă, fără a mai menționa celelalte motive, inclusiv cele legate de costurile mult mai mari constatate pentru analiza pe fiecare probă.

Cu privire la motivul nr. 2, în ceea ce privește sintagma "determinarea unui număr minim de 300 de probe", autoritatea contractantă precizează că, la nivelul instituției, s-a stabilit ca număr optim de probe pentru fiecare cartuș valoarea de 300 de probe, această cerință fiind calibrată pe activitatea secției ATI, acest număr de probe fiind folosit și anterior prezentei proceduri, societatea contestatoare livrând cartușe cu aceste caracteristici respectiv 300 de probe.

Cu privire la motivul nr. 3, în ceea ce privește stocarea probelor, autoritatea contractantă arată că, în lipsa unui frigider dedicat stocării, nu poate asigura stocarea, atunci când temperatura ambiantă este mai mare decât maximul temperaturii acceptate de către producător. Mai mult prin răspunsul la solicitările de clarificări și măsuri de remediere a fost de acord cu produsele care au o temperatură superioară de păstrare de 25 de grade Celsius.

Cu privire la motivul nr. 4, autoritatea contractantă menționează că, prin această procedură, este vizată obținerea unor parametri măsurați, respectiv a unor informații superioare (parametri specifici) necesare specialiștilor săi pentru tratarea pacienților internați în cadrul institutului. Nu contestă faptul că analizoarele societății contestatoare oferă valori la o serie de analize specifice, dar specializarea instituției și evoluția metodelor de tratament impun, la momentul actual, analiza unor parametri măsurați și a unor parametri calculați în funcție de care pot fi puse diagnostice mai exacte și pot fi identificate mai ușor tratamentele care sunt necesare a fi efectuate.

De asemenea, autoritatea contractantă supune atenției faptul că produsele livrate în prezent de către societatea contestatoare sunt conforme cu produsele solicitate în cadrul unui alt lot din prezenta procedură.

În probațiune, autoritatea contractantă depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 2116/18.04.2019, înregistrată cu nr. 14646/18.04.2019, SC ... SRL transmite „Precizări” la punctul de vedere depus de ..., învederând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele:

1. Referitor la susținerile de la punctul 1 din contestație și la răspunsul oferit de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus, care se prevalează pentru a-și susține opțiunea de a formula specificații tehnice cu referire strictă la un anumit tip de analizor, pe faptul că, pe parcursul activității, analizoarele furnizate de SC ... SRL prezintă disfuncționalități, care pun în pericol viața pacienților, petenta apreciază că motivele reprezintă simple afirmații, fără niciun suport legal, în condițiile în care, niciun moment, pe parcursul derulării relației sale contractuale cu IBC Profesor Doctor George I.M. Georgescu Iași, acesta nu au formulat nicio sesizare în acest sens, nu au denunțat unilateral contractul înainte de finalizarea acestuia și nici nu au emis vreun certificat constatator în acest sens.

În altă ordine de idei și strict pe motive tehnice obiective, contestatoarea susține că analizorul ce se dorește a fi ofertat nu este același model cu cel deținut în prezent de autoritatea contractantă, ci este unul superior, de ultimă generație, care oferă control de calitate permanent pe trei nivele, automat, astfel încât să nu existe vreo eroare umană în rezultatele oferite de acesta, evitându-se punerea în pericol a vieții pacienților, și oferă utilizatorului o viziune clară asupra funcționarii analizorului pentru „... eliminarea deficiențelor funcționare de calitate”. Afirmația privind „costuri mult mai mari constatate pentru analiza pe fiecare probă” nu poate fi luată în vedere, deoarece departajare pe acest lot se va face la prețul de cost pe probă/analiză, folosirea clor două cartușe reducând riscul interferențelor între soluțiile de calibrare/control/deșeuri biologice și electrozii de măsură și permițând includerea în circuitul de măsură al analizorului a unui modul separat de oximetrie care creste fiabilitatea rezultatelor obținute.

2. Referitor la susținerile de la punctul 2 și 3 din contestație și la răspunsul oferit de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus, care nu prezintă nicio motivație pertinentă, în măsură să justifice specificația solicitată, SC ... SRL reiterează aspecte deja prezentate.

4. Referitor la susținerile de la punctul 4 din contestație și la răspunsul oferit de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus, petenta observă că se încearcă, din punct de vedere tehnic, o denaturare clară a specificațiile analizorului oferit de alți participanți la procedură, prevalându-se de explicații pur tehnice, dar fără suport legal, analizorul oferit de SC ... SRL lucrând în parametri net superiori și oferind o paletă largă de informații în favoarea pacientului. În concret, contestatoarea vrea ca parametrii măsurați să fie puși la un loc cu parametrii calculați, deoarece analizorul său are un modul de oximetrie în plus, care măsoară hemoglobina și calculează hematocritul, spre deosebire de analizorul vizat de autoritatea contractantă, care măsoară hematocritul și calculează hemoglobina (nu are modul de cooximetrie). În concluzie, finalitatea dorită de autoritatea contractantă este aceeași la ambele produse, doar că acuratețea rezultatelor este diferită, prin modul de funcționare superior al celui oferit de firma SC ... SRL, cartușul unic regăsindu-se doar la analizorul ....

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

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziția de reactivi pentru secțiile ATI și transfuzii”, a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare ce urmează a fi încheiat este 4.144.634,60 lei, fără TVA, și criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”. Documentația de atribuire a fost atașată anunțului de participare nr. ....

Prin adresa nr. 2087 din 27.03.2019, SC ... SRL a solicitat autorității contractante clarificări și măsuri de remediere cu privire la documentația de atribuire, respectiv la specificațiile tehnice din cuprinsul caietului de sarcini, aferente lotului nr. 2, determinare probă gaze, metaboliți și electroliți din sânge și punerea la dispoziție a analizorului automat compatibil cu probele pe o perioadă de 4 ani, respectiv, „rectificarea documentației de atribuire, caiet de sarcini, în sensul eliminării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, astfel încât acestea să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuiri contractelor de achiziție publică”.

Prin adresa postată în SICAP în data de 02.04.2019, autoritatea contractantă a răspuns solicitării de clarificări.

Împotriva acestui răspuns al autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 1.800,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. 205371897/1 din 09.04.2019, emisă de CEC Bank SA – Sucursala ...), solicitând, referitor la lotul nr. 2: admiterea contestației, iar pe cale de consecință, dispunerea măsurilor de remediere ce se impun, astfel încât să fie respectate dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Văzând că actul împotriva căruia contestatoarea și-a îndreptat demersul său de contestare este răspunsul autorității contractante la clarificarea vizând documentația de atribuire, Consiliul urmează a examina legalitatea acestuia raportat la prevederile legale care reglementează instituția clarificării documentației de atribuire.

Astfel, retine dispozițiile art. 160 din Legea nr. 98/2016:

“(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunţul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabileşte prin anunţul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar şi complet tuturor solicitărilor de clarificare/informaţiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligaţia de a publica răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei, indicată potrivit dispoziţiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective.”

Așa cum se observă din textele citate, raportat la conținutul documentației de atribuire, înainte de etapa depunerii ofertelor, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare. Este evident faptul că modificarea documentației de atribuire nu poate fi cerută pe această cale, operatorul economic fiind ținut la a solicita și având dreptul de a primi numai clarificări sau informaţii suplimentare, modificarea documentației neintrând în categoria informațiilor care să necesite a fi clarificate ori referitor la care sunt necesare informaţii suplimentare. În acest context, Consiliul constată că, în mod eronat, autoarea contestației a urmărit să obțină modificarea documentației în sensul dorit, prin înaintarea către autoritatea contractantă a unei solicitări de clarificări vizând documentația de atribuire.

Pe de altă parte, legiuitorul a stabilit în sarcina autorității contractante următoarele obligații la primirea unei solicitări de clarificare a documentației de atribuire:

- să răspundă în mod clar şi complet;
- să răspundă în termenul-limită stabilit prin anunţul de participare;
- să publice răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei;
- să ia măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective.

Văzând răspunsul autorității contractante din data de 02.04.2019, la demersul SC ... SRL (adresa nr. 2087 din 27.03.2019), Consiliul stabilește că acesta respectă rigorile amintite. De altfel, deși acesta este actul împotriva căruia își îndreaptă demersul de contestare, SC ... SRL nu reclamă nicio încălcare a legii prin elaborarea lui.

Întreaga motivare a contestației înaintate Consiliului constă în critici referitoare la prevederi ale documentației de atribuire, critici pe care Consiliul le reține ca fiind tardiv formulate față de data la care prevederile documentației de atribuire au fost cunoscute societății contestatoare, 14.03.2019, dată la care documentația a fost postată în SICAP, alăturat anunțului de participare, și față de termenul legal stabilit prin dispozițiile Legii nr. 101/2016, în vederea atacării actelor considerate nelegale ale autorității contractante.

Criticarea dispozițiilor documentației de atribuire la 09.04.2019 (data înaintării contestației) reprezintă un demers tardiv, raportat la prevederile exprese ale art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, în măsura în care dorea modificarea documentației de atribuire, autoarea contestației era ținută la a respecta procedura și termenele stabilite prin dispozițiile Legii nr. 101/2016, calea aleasă de aceasta, respectiv solicitarea de modificare adresată autorității contractante printr-o clarificare vizând documentația de atribuire, nefiind destinată obținerii unui astfel de rezultat.

Având în vedere cele expuse, Consiliul reține caracterul nefondat al contestației depuse de SC ... SRL.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.