



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.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile 12 alin. (1) 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 cu nr. 5/2245/26.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 52543/27.11.2020, formulată de către, cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF, atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ..., în calitate de Director General, și convențional de, cu sediul în, împotriva prevederilor documentației de atribuire, din cadrul procedurii de achiziție publică organizată de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii acordului-cadru de furnizare, împărțit pe loturi, având ca obiect „*ECHIPAMENTE MEDICALE (inclusiv instalare, punere în funcțiune)*”, se solicită obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente Lotului nr. 14 „*APARATURĂ LABORATOR*”, cu privire la împărțirea pe loturi și elaborarea specificațiilor tehnice criticate prin contestație, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii în ce privește Lotul nr. 14 al procedurii.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51067/19.11.2020, ... contestă documentația de

atribuire în cazul procedurii de atribuire în cauză, cu privire la Lotul nr. 14, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Făcând o succintă prezentare a situației, contestatorul învederează că, analizând conținutul și specificațiile tehnice aferente fiecăruia dintre loturi, a constatat că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile legale în vigoare privind împărțirea pe loturi a procedurilor de achiziției publice. De asemenea, a constatat că unele specificații tehnice sunt restrictive și conduc către un anumit producător, în condițiile în care pe piață sunt disponibile produse echivalente ce satisfac aceeași nevoie a autorității contractante.

Se detaliază în continuare faptul că, autoritatea contractantă a grupat, în mod nelegal, în cadrul unui singur lot, mai multe aparate ce deserveșc scopuri total diferite și a definit specificațiile tehnice ale produselor solicitate în mod restrictiv, impunând drept cerințe minime obligatorii specificații tehnice caracteristice unor anumiți producători, blocând astfel accesul în procedură.

Cu privire la specificațiile tehnice ale aparatelor solicitate, se arată și faptul că, autoritatea contractantă a mai inițiat două proceduri de achiziție anterioare, în care a înțeles să utilizeze aceeași metodă nelegală de definire a specificațiilor tehnice ale caietului de sarcini.

Deși procedurile anterioare aveau drept obiect achiziționarea reactivilor cu punerea la dispoziție a echipamentelor medicale, ... apreciază că aceste proceduri sunt relevante și în prezenta cauză deoarece în ambele, autoritatea contractantă a înțeles să favorizeze produsele unor anumiți producători - solicitând specificații tehnice care nu permiteau decât ofertarea produselor compatibile cu analizoarele respectivilor producători.

Astfel, prin procedura de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr. (a se vedea în acest sens Dosarul CNSC nr. 2208/C11/2019), autoritatea contractantă a solicitat furnizarea de reactivi, cu punerea la dispoziție a echipamentului, indicând în mod expres, cu denumire de producător și model, echipamentele solicitate pentru utilizarea reactivilor.

Relevant pentru prezenta contestație este că, prin această procedură anterioară, autoritatea contractantă urmărea achiziționarea de reactivi compatibili cu 3 aparate specifice, respectiv două analizoare de coagulare SYSMEX CS2000 și un analizor SYSMEX CA620, toate produse de Siemens, și solicitate, într-o versiune actualizată (model superior), și în prezenta procedură.

Contestatorul învederează că a contestat documentația de atribuire a respectivei proceduri, rezultatul final fiind dispunerea anulării procedurii de către Curtea de Apel Brașov prin Decizia definitivă nr. 24/20.01.2020 ("Hotărârea Curții de Apel Brașov") pronunțată în dosarul nr. 652/64/2019. Se menționează faptul că, pentru a dispune aceasta soluție, Curtea de Apel Brașov a reținut că:

- *"Astfel autoritatea contractantă definește specificațiile aferente reactivilor solicitați prin raportare la caracteristicile specifice funcționale și*

nu de performanță ale reactivilor producătorului Siemens, aceștia fiind reactivii care pot fi utilizați pe echipamentul Clinitek Advantus solicitat”,

- ”deși în caietul de sarcini al procedurii autoritatea contractantă a specificat că orice specificație ce indică spre un anumit producător ar trebui citită cu mențiunea "sau echivalent", această prevedere a caietului de sarcini nu poate fi pusă în aplicare fiind imposibilă ofertarea unor reactivi echivalenți întrucât, după cum s-a arătat mai sus, caracteristicile funcționale ale reactivilor au fost descrise amănunțit, astfel încât nu pot fi ofertați decât reactivii aparținând unui anumit producător.”

Chiar după această soluție definitivă a Curții de Apel Brașov, autoritatea contractantă a inițiat o nouă procedură de atribuire, prin anunțul de participare nr., în care a menținut exact aceleași condiții restrictive și a păstrat, în esență, aceleași referiri la producătorul Siemens la care s-a raportat și în cadrul procedurii inițiate în data de 08.10.2019, singura modificare fiind una exclusiv formală, respectiv eliminarea denumirii producătorului avut în vedere la redactarea documentației, dar specificațiile tehnice prevăzute fiind similare.

.... a contestat și această documentație de atribuire (a se vedea Dosarul CNSC nr. 512/C8/2020) și, ca urmare a constatării imposibilității dispunerii unor măsuri de remediere, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire.

Soluția pronunțată de Curtea de Apel Brașov, precum și decizia autorității contractante de a anula procedura ulterioară, prezintă o relevanță deosebită și în prezenta cauză din moment ce aspectele de nelegalitate criticate în ambele proceduri anterioare privesc tot limitarea ofertei la produsele unor numiți producători (pe fiecare linie de produs în parte) - producătorii Siemens, Roche și Sysmex - pentru aceleași tipuri de analizoare precum cele solicitate în prezenta procedură.

În continuare, contestatorul învederează faptul că, prin toate prevederile procedurii ce face obiectul prezentei contestații (de la modalitatea de alcătuire a lotului până la specificațiile tehnice ale echipamentelor) favorizează tot producătorii Siemens, Roche și Sysmex, pentru același tip de aparate.

Dezbătând nelegalitatea documentației de atribuire, contestatorul aduce următoarele considerații generale cu privire la respectare principiului liberei concurențe în materia achizițiilor publice, arătând faptul că acesta este consacrat chiar în art.1 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia, scopul acestei legi *” îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.”*

Se arată și faptul că, Legea nr. 98/2016 transpune astfel principiile statuate de Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice, potrivit cărora autoritățile contractante nu trebuie să conceapă sau să structureze achizițiile cu scopul restrângerii artificiale a concurenței de exemplu prin favorizarea sau dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici.

Prin urmare, legislația cu privire la achizițiile publice - atât la nivel European, cât și la nivel național - impune autorităților contractante obligația de a se asigura că în cadrul procedurilor de achiziție publică concurența se manifestă în mod liber și nu este denaturată/restricționată în niciun fel. În concret, respectarea acestei obligații presupune că prin acțiunile/inacțiunile sale autoritățile contractante nu trebuie să limiteze concurența în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Tocmai pentru că acțiunea/inacțiunea autorităților poate impacta negativ concurența în cadrul procedurii de achiziție publică, Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE) a emis câteva recomandări către autoritățile contractante pentru a limita riscul limitării concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Cu titlu specific, OCDE recomandă autorităților contractante să stabilească loturile în așa fel încât să motiveze societățile mai mici care nu ar putea depune ofertă pentru tot contractul să participe la licitație. Altfel spus, modul în care sunt stabilite loturile licitației poate restrânge sau spori concurența pe piața licitației publice.

Din perspectivă concurențială, activitatea autorităților contractante intră sub incidența Legii 21/1996 ("Legea Concurenței"). Dispozițiile Legii Concurenței se aplică actelor și faptelor care restrâng, împiedică sau denaturează concurența care sunt săvârșite nu numai de către întreprinderi (operatori economici), ci și de autoritățile și instituțiile administrației publice centrale sau locale, în măsura în care acestea, prin deciziile emise sau prin reglementările adoptate, intervin în operațiuni de piață, influențând direct sau indirect concurența.

Cu titlu specific, articolul 8 din Legea Concurenței prevede că sunt interzise orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale și ale entităților către care acestea își deleagă atribuțiile, care restrâng, împiedică sau denaturează concurența, precum: limitarea libertății comerțului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale; stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea întreprinderilor.

În consecință, obligația autorităților contractante de a respecta legislația concurențială este consacrată atât de legislația achizițiilor publice, cât și de Legea concurenței, conchide contestatorul.

În acest sens, notăm că, în practica sa, Consiliul Concurenței a constatat deja încălcarea articolului 8 din Legea Concurenței de către diverse autorități publice. Cu titlu de exemplu, Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 8 din Legea Concurenței de către Ministerul Sănătății Publice pentru neorganizarea de licitații pentru realizarea anumitor programe de sănătate naționale, înlăturând posibilitatea de manifestare a concurenței.

În aplicarea principiilor de mai sus, în cazul de față, prin modul în care a stabilit loturile autoritatea contractantă a încălcat atât legislația concurențială, cât și legislația în materia achizițiilor publice, afectând concurența pe piața relevantă a procedurii de achiziție publică.

Contestatorul menționează totodată faptul că Procedura de atribuire de față are drept obiect atribuirea unui acord cadru pe 24 de luni, astfel încât libera concurență pe piață este afectată nu numai printr-un singur eveniment, ci pe o perioadă continuă de 24 de luni, timp în care autoritatea contractantă nu mai poate lansa alte licitații cu același obiect.

Referitor la faptul că legislația în materia achizițiilor publice impune reguli de strictă interpretare privind împărțirea pe loturi a procedurilor de atribuire și elaborarea specificațiilor tehnice, ... invocă prevederile art. 50 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră:

„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) în sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.”, ale art. 18 alin.(1) și (3) din aceeași lege:

“(1) în cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) în sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.”, precum și ale art.114 alin.(2) din Lege:

„(2) în sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. ”

Aceste prevederi legale au fost în practică interpretate în mod constant de către CNSC în sensul obligării autorității contractante la a respecta reguli stricte privind împărțirea achiziției pe loturi. Cu titlu de exemplu, în acest sens contestatorul evocă decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 2017/3574, prin care Consiliul a reținut:

“Prin urmare, Consiliul urmează a determina caracterul de similaritate al produselor grupate în cadrul celor 2 loturi încât respectivele grupări să respecte condițiile legale de a îndeplini, în mod cumulativ, rigurile:

- de a avea utilizări identice sau similare;

- de a face parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în domeniu. (...)

Prin urmare, alcătuirea loturilor prin gruparea de produse și echipamente pe considerente de loc de utilizare – ATI și Bloc operator - este eronată, fiind efectuată cu eludarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. aducându-se astfel atingere implicită scopului organizării procedurii de atribuire, dar și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziției publice consacrate de art. 2 din același act normativ, criticile contestatoarei fiind astfel întemeiate."

În strânsă legătură cu prevederile legale în vigoare care reglementează obligația de împărțire pe loturi și criteriile pe care autoritatea contractantă trebuie să le aibă în vedere în acest sens (mai sus redată, în esență), Legea nr. 98/2016 reglementează, de asemenea, și obligația autorităților contractante de a nu îngreuna libera concurență (accesul la procedură) prin modalitatea de redactare a specificațiilor tehnice aferente procedurii.

Totodată, contestatorul afirmă că, potrivit art. 3 alin. [1] lit. rr) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice sunt definite ca reprezentând "cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris. în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante."

Astfel, potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: "Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice NU precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici NU se referă 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."

Față de prevederile legale și practica relevantă expusă mai sus, precum și pentru argumentele pe care le expune în continuare, punctual, în ceea ce privește Lotul nr. 14 al Procedurii, solicită obligarea autorității contractante la divizarea Lotului nr. 14 și la redefinirea integrală a specificațiilor tehnice aferente aparatelor medicale solicitate în cadrul acestuia.

Sub aspectul încălcării grave de către autoritatea contractantă a principiul nediscriminării și al tratamentului egal la definirea specificațiilor aferente echipamentelor solicitate, având ca rezultat specificații tehnice restrictive, nejustificate în raport de necesitățile sale obiective și care au doar efectul împiedicării liberei concurențe, în cadrul Lotului nr. 14 al procedurii intitulat "Aparatură laborator", contestatorul prezintă patru aparate medicale diferite solicitate de către autoritatea contractantă, ce deservește scopuri diferite, după cum urmează:

- poziția 1 – Aparat probe coagulare;
- poziția 2 – Analizor hematologie;

- poziția 3 – Analizor biochimie;
- poziția 4 – Analizor coagulare.

Din simpla citire a specificațiilor tehnice solicitate prin caietul de sarcini în cazul aparatelor de pe pozițiile 1, 2 și 4, reiese că acestea nu reprezintă decât o reluare a specificațiilor aparatelor medicale Sysmex 660. Sysmex XN-1000 și Sysmex CS 2100i ale producătorului Siemens, astfel că modalitatea de elaborare a cerințelor minime obligatorii face posibilă doar ofertarea produselor acestui producător.

Chiar anterior expunerii argumentelor care susțin restrictivitatea cerințelor cu privire la aceste echipamente, contestatorul subliniază că, în practică, în general, caracteristicile analizoarelor urmează anumite principii în funcție de producător, iar detalierea excesivă a principiilor de funcționare ale aparatelor, după cum a procedat autoritatea contractantă, nu fundamentează satisfacerea unor nevoi obiective ale acesteia, ci doar restricționează produsele care ar putea fi oferite exclusiv la cele ale producătorului Siemens.

Se impune și cu această ocazie o ultimă reiterare a scopului procedurii anterioare inițiate în data de 08.10.2019 de autoritate, respectiv de a obține folosința a 3 aparate specifice, respectiv două analizoare de coagulare SYSMEX CS2000 și un analizor SYSMEX CA620, ambele aparținând producătorului Siemens, procedură de altfel anulată de către Curtea de Apel Brașov pentru aceleași motive invocate și în prezenta.

În concret, pentru analizoarele solicitate în prezenta procedură, ... solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă impune anumite restricții nejustificate care favorizează aparatele producătorului Siemens, după cum urmează:

1. În ceea ce privește caracteristicile tehnice pentru Aparat probe coagulare, din analiza specificațiilor caietului de sarcini cu privire la acest analizor se constată că acestea reprezintă o reluare a specificațiilor funcționale ale aparatului Sysmex CA660, și anume:

(i) Referitor la cerința 4: "*canale de citire – minim 6*", contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a urmărit să solicite anumite cerințe de performanță, ci doar a preluat toate specificațiile Sysmex CA660. Astfel, deși mai sunt producători care au un număr de peste 6 canale, Sysmex CA660 are fix 6 asemenea canale de citire, specificația tehnică fiind "croită" pentru a acomoda ofertarea acestui produs.

Numărul de canale fiind irelevant pentru necesitățile autorității contractante deoarece acesta trebuie coroborat cu viteza de lucru a analizorului și cu numărul de cuvete/poziții de reacție ce pot fi citite simultan, reiese faptul că, cerința de performanță urmărită de poate fi atinsă cu un număr mult mai mic de canale, de către aparate care au o viteză de lucru superioară și utilizează o modalitate de citire simultană a mai multor cuvete care asigură același rezultat.

Pentru a exemplifica, ... menționează că un analizor cu 2 canale de citire poate raporta 150 PT/ora în timp ce Sysmex CA660 poate raporta

cca. 60 PT/ora deși are 6 canale (așa cum solicita autoritatea contractantă în mod nejustificat).

Se susține că această cerință, deși ar putea fi îndeplinită punctual și de alți producători decât Siemens, coroborată cu celelalte cerințe restrictive conduce la restricționarea ofertării doar la aparatul mai sus indicat.

(ii) Referitor la cerința 11: *"Analizorul trebuie să permită memorarea a minim 4 curbe de calibrare; curbele de calibrare trebuie să fie efectuate în minim 5 puncte pentru INR și Fibrinogen"*, se susține că Siemens este singurul producător care (1) calibrează INR (cu materialul PT multicalibrator) și (2) realizează această calibrare în cele 5 puncte menționate expres în cerință, INR reprezentând valoarea care derivă din numărul de secunde măsurate pentru testul PT.

Or, această cerință reflectă o caracteristică funcțională a unui anumit produs - în acest caz Sysmex CA660 - și nu o cerință de performanță care ar urma să satisfacă o necesitate obiectivă a autorității contractante. Mai mult, prin solicitarea unei caracteristici funcționale specifice unui anumit produs este în mod obiectiv imposibilă ofertarea unei soluții echivalente.

Pe piață există multiple alte soluții (chiar mai performante decât Sysmex CA660) care folosesc altă metodă pentru efectuarea curbelor de calibrare, precizează contestatorul. În acest sens că toți ceilalți producători calibrează testul PT (folosind o valoare ISI cât mai apropiată de 1) realizând astfel, corelarea calibrării acestuia cu valoarea INR. Această metodă de calibrare nu influențează însă rezultatul final sau performanța aparatelor acestora, necesitatea obiectivă a autorității contractante fiind pe deplin asigurată în acest mod.

Pentru motivele mai sus expuse, ... apreciază că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acesteia, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

2. În ceea ce privește caracteristicile tehnice pentru Analizorul de hematologie, și în cazul acestui aparat, au fost copiate specificațiile tehnice ale analizorului Sysmex XN1000. Astfel:

(i) Referitor cerințelor:

7: *"(...) % macro trombocite (...) LFR, MFR, HFR, IRF, Ret-He"*;

8: *"Parametri pentru cercetare din sânge: RBC-He(echivalentul de hemoglobina al eritrocitului), RBCO (eritrocite măsurate optic), RPI (indice de producție reticulocitară), FRC (eritrocite fragmentate) #, FRC%, MicroR (procent demicrocite), MacroR (procent de macrocite), HFLC #(limfocite cu fluorescență crescută), HFLC%"*;

9: *"Parametri de diagnostic din lichide biologice: nr. leucocite WBC-BF, nr. eritrocite RBC-BF, mononucleare MN-BF % și #, polimorfonucleare PMN -BF % și #, număr total de celule nucleate TC-BF"*;

10: *"Parametri de cercetare din lichide biologice: Celule cu fluorescență crescută-BF#, Celule cu fluorescență crescută -BF%, Neutrofile-BF#,*

Neutrofile-BF%, *Limfocite-BF#*, *Limfocite-BF%*, *Monocite-BF#*, *Monocite-BF%*, *Eozinofile-BF#*, *Eoziofile-BF%*", contestatorul precizează:

Parametrul - Ret-He (solicitat în cerința nr. 7) - este un parametru ce face referire la hemoglobina din reticulocite și care poate fi determinat și de analizoare gen Mindray, însă aceste analizoare nu îndeplinesc celelalte condiții minime obligatorii, care elimină, prin efectul cumulativ, alte analizoare decât cele Sysmex. De altfel, chiar denumirea folosită în descrierea tehnică este denumirea comercială folosită de Sysmex.

Totodată, în ceea ce privește parametri enumerați la cerințele 8-10, notăm că orice unitate medicală raportează (în mod uzual) un minim 21 de parametri de diagnostic pentru proba de hematologie.

Cerințele caietului de sarcini în ceea ce privește parametrii solicitați a fi raportați din proba de hematologie sunt excesiv (și, prin urmare, disproporționat) de detaliate și fac referire la un număr foarte mare de parametri.

Astfel, autoritatea contractantă face referire nu numai la parametrii de diagnostic (42 solicitați) ci și la parametrii de cercetare (23 solicitați), parametri pe care nu îi va putea folosi oricum în diagnosticul pacientului, nefiind validați ca parametri de diagnostic.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă solicită în mod expres parametri de cercetare ca „*Celule cu fluorescența crescută-BF#*, *Celule cu fluorescența crescută - BF%*, *Neutrofile-BF#*, *Neutrofile-BF%*, *Limfocite-BF#*, *Limfocite-BF%*, *Monocite-BF#*, *Monocite-BF%*, *Eozinofile-BF#*, *Eoziofile-BF%*", *RBC-He*". Toți acești parametri sunt specifici, în mod cumulativ, doar echipamentelor produse de producătorului Sysmex.

Or, din moment ce autoritatea contractantă oricum nu poate utiliza parametrii de cercetare solicitați, este nejustificată limitarea ofertării la un singur echipament, în condițiile în care există pe piață și alte echipamente care pot satisface această cerință.

Chiar dacă, prin absurd, autoritatea contractantă ar fi în măsură să justifice o asemenea blocare a concurenței, aceasta ar trebui oricum limitată doar la ce este strict necesar- respective un aparat - prin divizarea achiziției în loturi corespunzătoare.

(ii) Referitor cerinței 11 " *Apreciere cantitativa a mesajelor de avertizare patologice suspecte, cu posibilitate de modificare a pragului de afișare a acestora (blasti/limfocite anormale, deviere la stânga, aglutinare eritrocite, turbiditate/interferenta Hgb, deficiența de fier*", contestatorul afirmă că, dintre toate mesajele enumerate, deficiența de fier este unul specific Sysmex, care, fiind solicitat (din nou, fără o justificare obiectivă), elimină orice posibilitate de a oferta alt aparat decât cel expres solicitat.

(iii) Cu privire la cerința 19 – "Liniaritate:

- NRBC#: 0- 20 x103/pL
- NRBC%: 0 - 600/100 WBC
- WBC: 0 - 440 x 103/p.L
- RBC: 0 - 8,60 x 106/pL
- HGB: 0 - 26g/dL,

- HCT: 0 - 75%
- PLT: 0 - 5 000 x 10³/pL
- RET%: 0-30%
- RET#: 0,0000 - 0,7200 x 10⁶ /pL",

valorile solicitate de autoritatea contractantă sunt copiate mot-a-mot din broșura Sysmex. Or, aceste valori nu reflectă un standard de performanță, ci doar valorile față de care operează echipamentul Sysmex.

În consecință, și această cerință elimină, în mod nejustificat, opțiunea de ofertare a altor produse decât cel în mod specific indicat de autoritatea contractantă.

(iv) În ceea ce privește cerința 25: "*Posibilitate de calibrare automata utilizând calibrator specific și trasabil la metodele de referință pentru următorii parametri din sânge: număr eritrocite, număr leucocite, hemoglobina, hematocrit, număr trombocite, reticulocite%*", și aceasta impune o caracteristică funcțională a unui produs determinat, care nu reflectă o necesitate obiectivă a autorității contractante.

Astfel, doar produsul Sysmex calibrează și reticulocitele. Această este o caracteristică constructivă a Sysmex care determină reticulocitele măsurând prin impedanță, tehnologie ce necesită calibrare. Restul producătorilor determină reticulocitele utilizând flow citometria (numărarea optică a celulelor), tehnologie care nu necesita calibrare.

Prin urmare, necesitatea de utiliza un calibrator, precum s-a solicitat în caietul de sarcini, este doar o necesitate constructive specifică tehnologiei utilizate de Sysmex și nu reflectă îndeplinirea unui standard de calitate/unei cerințe de performanță.

Sintetizând cele mai sus expuse, autoritatea contractantă a impus drept cerințe minime obligatorii caracteristici funcționale, constructive, ale unui anumit produs determinat de pe piață, caracteristici care nu răspund unei necesități obiective a acestuia ci au doar efectul eliminării oricăror alte produse, blocând nejustificat accesul la procedură, apreciază contestatorul.

3. Cu privire la caracteristicile tehnice pentru Analizorul de coagulare, și în cazul acestuia, au fost copiate specificațiile tehnice ale analizorului Sysmex CS2100i. Astfel:

(i) În ceea ce privește cerința 5: "*Principii de masurare pentru fiecare canal: cromogenice, imunologice, de agregare și de coagulare*", obligativitatea funcționării aparatelor după toate cele 4 principii de măsurare pentru fiecare canal (în mod cumulativ) - cromogenice, imunologice, de agregare și de coagulare - este disproporționată față de scopul urmărit și totodată conduce la favorizarea nejustificată a unui singur producător, susține contestatorul.

Astfel, singurele aparate care folosesc pe aceeași unitate hardware toate cele 4 principii de măsurare sunt aparatele Siemens (a se vedea specificațiile aparatului Sysmex CS-2100i).

Aspectul esențial care indică o favorizare a producătorului Siemens este că principiul care face diferența între producători și care îl face pe

Siemens unicul posibil ofertant este principiul agregării, implementat doar de acest producător.

Or, în măsura în care necesitatea autorității contractante este să lucreze aceste teste de agregometrie, aceasta ar fi trebuit să formuleze cerința în acest sens, pe piață fiind disponibile soluții pentru a răspunde acestei cerințe. Spre exemplu, alți producători ar putea îndeplini cerința prin lucrarea testelor agregometrie de pe alte analizoare separate de cele de coagulare, aparate pe care alți ofertanți le-ar putea oferi separat.

(ii) În ceea ce privește cerințele:

12: "Sa folosească cupe de reacție de unica folosință, cu capacitate mare de depozitare la bord, pentru determinările coagulometrice, imunologice și cromogenice, precum și cupe prevăzute cu bare magnetice necesare investigării funcțiilor de agregare plachetară",

22: "Sa permită efectuarea testelor de agregare plachetară",

26: "(...) ADP, Epinefrina, Acid Arahidonic, Ristocetina, Colagen",

din nou, doar producătorul Siemens are caracteristică constructivă solicitată prin cerința 12 - funcția de agregare plachetară - în aparatele pe care le comercializează, după cum se observă din anexele la prezenta.

Această caracteristică funcțională este reluată și în cerințele 22, prin care se solicită efectuarea testelor de agregare plachetară, precum și în cerința 26, în care sunt solicitate testele de collagen, care sunt teste de agregare plachetară.

Contestatorul reiterează că aceste caracteristici constructive - un produs unic prin care se realizează și testele de agregare plachetară împreună cu testele coagulometrice - nu reflectă un standard de calitate sau de performanță, ci reflectă doar modalitatea fiecărui producător de a ajunge la un anumit rezultat - rezultatul reprezentând necesitatea obiectivă a autorității contractante. Prin urmare, și această cerință are drept unic scop eliminarea ofertării oricărui alt produs decât cel indicat de Autoritatea contractantă, produs de Siemens.

(iii) În ceea ce privește cerința 24: "Sa aibă capacitatea de a folosi simultan mai multe loturi de reactivi, calibratori și controale", contestatorul apreciază că și această cerință impusă de autoritatea contractantă se impune a fi eliminată sau, cel puțin, modificată, pentru că, din punct de vedere practic, niciun utilizator nu încarcă în mod simultan mai mult de 2 loturi din aceeași soluție.

Condiția de a folosi simultan multiple loturi de reactivi nu face decât să limiteze o serie de producători, fără însă ca autoritatea contractantă să obțină vreun folos practic. Astfel, suprapunerea a două loturi la bordul unui analizor apare când ultima sticlă dintr-un lot nu acoperă necesarul de teste pentru ziua de lucru și trebuie încărcată încă o sticlă din alt lot (simultan cu prima la bord). Odată terminată sticlă din primul lot, fiind disponibilă rezerva din al doilea lot, nu mai este necesară folosirea de loturi diferite.

Prin urmare, această cerință este excesivă și nu răspunde unei necesități reale a autorității contractante. Astfel, având în vedere că

autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității și dispozițiile art. 155 și 156 din Legea nr. 98/2016 la elaborarea acestei cerințe, ... solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire fie prin eliminarea condiției ca analizorul să folosească simultan multiple loturi de reactivi, calibratori și controale, fie prin modificarea acesteia în sensul solicitării posibilității folosirii simultan a 2 loturi.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul solicită constatarea faptului că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității la elaborarea specificațiilor tehnice aferente Lotului nr. 14, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016. Ca urmare a constatării acestor încălcări ale legislației achizițiilor publice, se solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire aferente acestui lot prin redefinirea specificațiilor tehnice prin raportare la cerințe de performanță și/sau funcționale obiective, raportate la necesitățile sale reale, documentate.

În acest context, contestatorul reiterează și faptul că, deși autoritatea contractantă a specificat, cu titlu general în caietul de sarcini al procedurii că: *"Nota : Acolo unde sunt menționate produse de o anumita origine, sursa, producție, un procedeu special, o marca de fabrica sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, se citește "sau echivalent". Aceste specificații tehnice care indica o anumita origine, sursa, producție, un procedeu special, o marca de fabrica sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și nu au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse"*, această prevedere a caietului de sarcini este lipsită de conținut, fiind imposibilă ofertarea unei soluții echivalente, după cum a reținut în mod judicios și Curtea de Apel Brașov în dosarul mai sus referit.

Totodată, ... apreciază că autoritatea contractantă a încălcat grav principiile proporționalității și egalității de tratament atunci când atât a stabilit atât componența, cât și specificațiile funcționale aferente acestui lot, precum și prevederile art. 155 și 156 din Legea nr. 98/2016 utilizând o modalitate nepermisă de definire a acestor specificații tehnice.

Evocând considerentul (74) al Directivei nr. 24/2014, contestatorul arată că principiile enunțate în acesta au fost preluate în articolele 18 și 42 din Directivă, articole care au fost în mod constant interpretate de Curtea Europeană de justiție, cu valoare de izvor de drept, în sensul că principiul proporționalității obligă autoritatea contractantă să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe, principiilor tratamentului egal și nediscriminării.

Cu titlu exemplificativ, ... redă interpretarea dată de Curte, într-o cauză având drept obiect chiar atribuirea unui contract prin care se urmărea achiziționarea de produse medicale, respectiv cauza C-413/17, în care a statuat că:

"Articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice. în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe."

Notabilă este și jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție în ceea ce privește aplicabilitatea principiului proporționalității în cazul special al achizițiilor în domeniul sănătății, Curtea statuând că, deși în acest domeniu, statele membre au o marjă mai mare de apreciere, blocajele impuse liberei circulații a produselor și serviciilor nu pot depăși limitele a ceea ce este necesar și adecvat pentru atingerea obiectivelor urmărite. Edificatoare în acest sens, sunt considerentele Curții din cauza C-296/15:

" 82. Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în domeniul sănătății publice, trebuie să se țină seama de faptul că sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul FUE și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins. Întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă de apreciere (a se vedea în special Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 51, Hotărârea din 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes și alții, C-171/07 și C-172/07, EU:C:2009:316, punctul 19, Hotărârea din 21 iunie 2012, Susisalo și alții, C-84/11, EU:C:2012:374, punctul 28, Hotărârea din 5 decembrie 2013, Venturini și alții, C-159/12-C-161/12, EU:C:2013:791, punctul 59, și Hotărârea din 19 octombrie 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, punctul 30].

83. Rezultă însă tot din jurisprudența Curții că o reglementare care este de natură să restrângă o libertate fundamentală garantată prin Tratatul FUE, cum este libera circulație a mărfurilor, poate fi justificată în mod valabil numai dacă este de natură să asigure realizarea obiectivului legitim urmărit și nu depășește ceea ce este necesar pentru ca acesta să fie atins (a se vedea în acest sens, în domeniul sănătății publice, Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 48, și Hotărârea din 9 decembrie 2010, Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, punctul 34)."

Rezultă astfel din jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție că, inclusiv în cazul achizițiilor publice în domeniul sănătății, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire.

4. Sub aspectul încălcării grave a principiului liberei concurențe în materia achizițiilor publice la alcătuirea componentei Lotului nr. 14, autoritatea contractantă nu s-a limitat la împiedicarea și îngrădirea concurenței prin realizarea unei descrieri excesive a specificațiilor tehnice ale aparatelor medicale, în detalii irelevante pentru necesitățile sale obiective, detalii care fac practic imposibilă ofertarea unei soluții echivalente, ci înțelege să realizeze și un lot global pentru achiziționarea a patru aparate medicale distincte, neputând urmări alt scop decât acela al blocării accesului la procedură.

În acest sens, în primul rând contestatorul apreciază că modalitatea de alcătuire a Lotului nr. 14 este nelegală și restrânge concurența prin faptul autoritatea contractantă a stabilit specificații tehnice care restricționează ofertarea pentru trei din totalul de patru poziții ale Lotului 14, favorizând produse care aparțin unor anumiți producători - în condițiile în care piața este mult mai vastă.

Totodată, contestatorul subliniază că produsele în mod excesiv de detaliat descrise de autoritatea contractantă și care conduc spre echipamente unice ale producătorilor Sysmex, Roche și Siemens, nici măcar nu se află în portofoliul obișnuit al distribuitorilor care activează pe piață, fiind restricționată nejustificat elaborarea unei oferte unice. Astfel, documentația de atribuire pare să fi fost elaborată după o ofertă deja preconstituită, într-o manieră de natură să excludă concurența, și nu după criterii obiective, raportate la necesități reale.

Prin urmare, se restricționează astfel nu numai ofertarea pentru aceste poziții individuale din cadrul Lotului 14, dar și pentru întreg Lotul 14, rezultând o restrângere nelegală a liberei concurențe și încălcarea flagrantă a prevederilor legale mai sus expuse.

Astfel, cu toate că dreptul de a decide împărțirea pe loturi aparține autorității contractante, legea nu permite exercitarea discreționară a acestui drept ci impune justificarea temeinică a deciziei de a nu împărți achiziția pe loturi.

În acest sens, în exercitarea acestui drept, autoritatea contractantă este întotdeauna ținută de obligația imperativă de a se asigura că, în cadrul procedurilor de achiziție publică, concurența se manifestă în mod liber și nu este denaturată/restricționată în niciun fel. Prin urmare, în procesul de constituire a loturilor, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că deciziile sale privind alcătuirea acestora nu sunt de natură a limita concurența.

Deși toate cele patru aparate solicitate în cadrul Lotului 14 par a avea o componentă similară - toate analizează o probă de sânge - contestatorul

precizează că acestea nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte trei. Astfel, aparatele solicitate sunt pe deplin independente și autonome - chiar dacă toate analizează probe de sânge, fiecare identifică caracteristici diferite ale acestora.

Pe cale de consecință, achiziționarea separată - prin loturi distincte pentru fiecare aparat medical solicitat în cadrul Lotului 14 - nu ar produce nicio repercusiune asupra eficienței actului medical și activității obișnuite a Spitalului, atât timp cât, din perspectiva autorității contractante, obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur operator economic, pentru o valoare considerabilă, numărul de contracte pe care aceasta le încheie (fie pentru un lot global, fie pentru mai multe loturi) neprezentând nicio relevanță.

Totodată, notabil este și faptul că prin modul de grupare a aparatelor medicale într-un singur lot, autoritatea contractantă a încălcat și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, în această situație fiind certă obținerea unor preturi unitare mult mai mari decât în situația în care fiecare aparat medical ar fi solicitat în cadrul unui lot distinct, fapt ce ar permite participarea mai multor ofertanți, lărgind astfel piața și favorizând concurența.

Astfel, operatorii economici interesați care nu vor oferta întreaga gamă de aparate medicale solicitate prin acest lot vor fi excluși, fie prin descurajarea de a participa la procedură, fie prin respingerea ofertelor acestora ca neconforme, opinează contestatorul.

Concluzionând, față de cele mai sus menționate, ... solicită constatarea faptului că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, al tratamentului egal și al nediscriminării la elaborarea componentei și specificațiilor tehnice aferente Lotului nr. 14., precum și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire aferente acestui lot prin divizarea Lotului 14 în patru loturi distincte și prin redefinirea specificațiilor tehnice prin raportare la cerințe de performanță și/sau funcționale obiective, raportate la necesitățile sale reale, documentate.

Prin adresa nr. 35790/03.12.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 53331/04.12.2020, autoritatea contractantă a formulat „Punct de vedere” referitor la contestația depusă de, prin care precizează următoarele:

Referitor la punctele 2,3,4,5,27 din contestație, sub aspectul criticilor legate de neîmpărțirea în mai multe loturi a aparatelor de la Lotul nr. 14, autoritatea contractantă precizează că a inclus în configurația lotului cele patru tipuri de aparate ținând cont de legislația în vigoare, respectiv art.11 din Legea 98 din 2016 precum și de faptul ca acestea vor fi instalate în cadrul laboratorului de analize medicale, și nu în cadrul secției ATI și Bloc operator.

Întrucât echipamentele din componenta lotului nr. 14 fac parte din aceeași categorie de echipamente, utilizate în cadrul unei singure secții,

autoritatea contractantă considera ca nu a îngădit niciun drept al operatorilor economici, ținând seama de posibilitatea tuturor operatorilor de a participa la procedură individual sau prin asociere cu alți operatori economici.

Referitor la divizarea lotului nr. 14, pretinsă de societatea contestatoare, autoritatea contractantă menționează ca nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi.

Laboratorul a avut în decursul anilor numeroase aparate cu tehnologii și producători diversificați și în urma utilizării lor timp îndelungat, autoritatea contractantă afirmă că a putut găsi varianta optimă, care să răspundă tuturor criteriilor de calitate și eficiență, necesare unui laborator clinic din cadrul unui spital județean. În urma utilizării lor în diverse cazuri patologice excepționale, aceasta a putut să ofere cele mai consistente rezultate, ducând la rezolvarea cu succes a cazurilor respective.

Autoritatea contractantă susține că are în utilizare/a avut în utilizare tehnologii de ultimă generație, motiv pentru care aceasta dorește să mențină calitatea serviciilor oferite și urmărește ca tehnologia aleasă să fie cel puțin la fel de bună ca cea aflată deja în uz. Având în vedere contextul pandemic, aceasta nu-și permite ca și spital să accepte tehnologii inferioare celor deja aflate pe piață.

Caietul de sarcini stabilește criteriile tehnice minime necesare și nu îngădește participarea, fiind posibilă asocierea participanților. Mai mult de atât, există mai multe criterii de atribuire: preț, garanție, livrare.

Referitor la punctele 6, 7 ce privește Dosarul CNSC nr. 2208/C11/2019, acesta are ca și soluționare Decizia CNSC 46272/2208/C11/13.19.2019, în care CNSC respinge contestația ca nefondată.

Referitor la punctele 8, 9, ... a câștigat procesul la Curtea de Apel Brașov prin Decizia Curții de Apel Brașov nr. 24/20.01.2020 , în condițiile în care nu a depus împluternicirea și nu a fost reprezentat în instanță de departamentul juridic.

Referitor la pct. 13-33, Autoritatea contractantă considera ca a respectat legislația achizițiilor publice și nu a încălcat principiile enunțate de contestator.

Este reiterat faptul că echipamentele din componenta lotului fac parte din aceiași categorie de echipamente, utilizate în cadrul unei singure secții, context în care autoritatea contractantă consideră că nu a îngădit niciun drept al operatorilor economici, ținând seama de posibilitatea tuturor operatorilor de a participa la procedură individual sau prin asociere cu alți operatori economici.

Referitor la pct. 34- 37, autoritatea semnalează o informație eronată, în sensul că toate produsele invocate de contestatar ca aparținând producătorului Siemens, printre care și Sysmex XN1000, care este

produs de compania SYSMEX și nu de compania SIEMENS, nefiind oferite de un singur producător, existând minim doi dacă nu mai mulți, în piață.

Referitor la pct. 39- 43, Referitor la cerința 4, "*canale de citire minim 6*" autoritatea contractantă solicită un sistem de coagulare cu minim 6 canale de citire, conform celor 3 principii de măsurare menționate în caietul de sarcini: coagulometrice, cromogenice (colorimetrice), imunologice în vederea realizării tipurilor de teste specificate în caiet (timp de protrombina PT/INR, timp tromboplastina parțial activat APTT, anticoagulant lupus, D- Dimer, Fibrinogen prin metoda Clauss, Fibrinogen derivat, antitrombina III (AT III), heparina, timp de trombina (TT), factorul VII, factorul VIII, Proteina C, Factor von Willebrand). Se precizează că cele 6 canale îndeplinesc funcții de citire diferite, împărțite pe cele 3 principii de măsurare, două canale de citire menționate de contestator neputând satisface cerințele menționate în caietul de sarcini.

Referitor la pct. 44-47, privind cerința 11, "*analizorul trebuie să permită memorarea a minim 4 curbe de calibrare; curbele de calibrare trebuie să fie efectuate în minim 5 puncte pt. INR și Fbg*", autoritatea contractantă afirmă că cerința privitoare la necesitatea calibrării INR reprezintă o caracteristică de performanță a analizorului, prin acesta metoda obținându-se rezultate de o mai mare acuratețe și precizie decât prin folosirea valorii ISI pentru corelarea calibrării testului PT cu valoarea INR.

În susținerea acesteia, autoritatea contractantă a atașat articolul din literatura de specialitate: "*Prin utilizarea plasmelor certificate pentru verificarea INR si/sau calibrarea sistemelor se anticipează că laboratoarele clinice vor raporta nu numai INR mai precise, ci vor îmbunătăți și compatibilitatea de la laborator la laborator , ducând la îmbunătățiri în monitorizarea terapiei cu anti-vitamina K și , în cele din urma, a rezultatele pacienților*" (conform anexa " Procedures for validation of INR and local calibration of PT/INR systems; Approved guideline", atașat prezentului răspuns).

Nu numai analizoarele Sysmex folosesc metoda calibrării INR, în piață existând mai multe analizoare de acest tip (ex. analizorul automat Thrombolyzer- a se consulta prospect 771150 – BE PT HI, atașat prezentului răspuns).

Referitor la pct. 48, în ce privește Analizorul de hematologie, autoritatea contractantă susține că nu au fost copiate specificațiile tehnice ale analizorului Sysmex XN 1000, în ceea ce privește cerințele 7,8,9,10 (...), precizând ca toți parametrii solicitați sunt utili în susținerea unui diagnostic precis al pacienților internați în spitalul, în mod special în diagnosticul diferențial al anemiilor și leucemiilor.

Referitor la pct. 49, parametrul Ret-He este în uz de multă vreme, fiind inclus în ghidurile de diagnostic pentru diferențierea tipurilor de deficit de fier (funcțional sau nu), în mod special pentru pacienții aflați în procedura de hemodializă.

Referitor la pct. 50-55, Parametri din sânge periferic precum și din lichide biologice în număr cât mai mare, semnalati de către un analizor de hematologie, crește acuratețea diagnosticului diferențial al pacienților internați în spitalul nostru.

În mod special, un număr extins de parametri de diagnostic sau de cercetare din lichidele biologice (număr eritrocite, număr leucocite, diferențierea leucocitelor în 5 populații celulare) permite un diagnostic diferențial precis, de exemplu între pleureziile de natura bacteriana și cele de natura virala, pentru a stabili un tratament adecvat (administrare sau nu de antibiotic).

Alături de parametrii de diagnostic, aparatul trebuie să furnizeze și o serie de parametri de cercetare, care, chiar dacă nu pot fi utilizați direct de către clinician pentru stabilirea unui diagnostic, pot furniza informații importante pentru laborator de natura să determine examinarea mai în amănunt a probei respectiv prin examinarea frotiului din sânge periferic, potrivit argumentației autorității contractante.

Referitor la pct. 56, privind cerința 11 "*Apreciere cantitativa a mesajelor de avertizare (...)*", autoritatea contractantă susține că mesajele de avertizare pentru diferite tipuri de patologii sunt extrem de utile atât laboratorului cât și clinicianului în procesul de diagnosticare corectă a pacientului, diversitatea acestora constituind un plus pentru orice analizor.

Referitor la pct. 57, 58, privind cerința 19 "*liniaritate (...)*", autoritatea contractantă invocă precizările din caietul de sarcini, potrivit cărora spitalul dorește un analizor care să ofere un diagnostic precis și care în acest sens să ofere o liniaritate crescută pentru parametri menționați, astfel încât rezultatele obținute pe acest tip de aparat să fie de încredere pentru un palier cât mai extins de valori.

Referitor la pct. 59-62, privind cerința 25 "*Posibilitate de calibrare automata (...)*", reticulocitele se determină prin citometrie în flux cu fluorescența, nicidecum prin impedanță, tehnica menționată ca aparținând doar producătorului Sysmex, și care ar necesita calibrare, așa cum este menționat eronat de către contestator.

Referitor la pct. 64-67, privind cerința 5 "*principii de masurare pt. fiecare canal: cromogenice, imunologice, de agregare și de coagulare*", autoritatea contractantă susține că intenționează să achiziționeze un sistem ce dispune de toate aceste principii de masurare pe o singură platformă din următoarele considerente:

- programarea simultană a testelor de rutină și a celor de agregare conduce la scurtarea timpului de operare;
- spațiul redus din laborator;
- achiziționarea a 2 analizoare presupune cheltuieli suplimentare nejustificate;
- mentenanță redusă; costurile soluțiilor de spălare, de întreținere sunt reduse în cazul folosirii unui singur analizor;

- reducerea cheltuielilor prin întocmirea unui singur contract de service postgaranție;

Referitor la pct. 68-71, privind cerința 24 *"Să aibă capacitatea de a folosi simultan mai multe loturi de reactivi, calibratori și controale"*, autoritatea contractantă precizează că intenționează să achiziționeze un analizor pentru deservirea secțiilor cu regim de urgențe, unde adresabilitatea este mare, volumul de lucru ridicat, se lucrează în flux continuu motiv pentru care este necesară utilizarea mai multor loturi de reactivi ce pot fi calibrați/controlați cu un singur set de calibrator/control, ceea ce conduce la reducerea semnificativă a cheltuielilor. Mai multe loturi de reactivi la bord înseamnă viteză de lucru sporită și totodată simplificarea procesării probelor de către operator.

Concluzionând, potrivit celor mai sus prezentate, autoritatea contractantă consideră contestația depusă de ca fiind nefondată.

Suplimentar, autoritatea contractantă solicită Consiliului anularea procedurii pentru loturile contestate, în cazul în care se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 5/2261/18.12.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 56414/18.12.2020, ... a transmis „Concluzii scrise” prin care solicită admiterea contestației pe fondul confirmării criticilor din contestație de către autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere.

În concret, față de apărările invocate de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, solicităm Consiliului să rețină următoarele:

I. Aspecte de nelegalitate care sunt confirmate prin punctul de vedere al autorității contractante, punctual, pentru fiecare cerință criticată.

Preliminar, contestatorul semnalează faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns direct criticilor formulate, ci a înțeles să extragă din context anumite pasaje din contestație, față de care a dat răspunsuri parțiale, care nu adresează esența criticilor, probabil într-o încercare de a disimula nelegalitatea documentației de atribuire.

I.1. Cu privire la echipamentele de coagulare:

I.1.1. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica din paragrafele 34 – 37 din contestație:

Afirmația autorității contractante prin care arată că echipamentele de coagulare ale căror specificații tehnice restrictive au fost contestate de subscrisa *„nu sunt oferite de un singur producător, sunt minim doi dacă nu mai mulți, în piață”* este considerată o încercare de inducere în eroare a Consiliului, fiind cunoscut și de notorietate faptul că echipamentele de coagulare Sysmex 660 și Sysmex CS 2100i sunt echipamente medicale produse exclusiv de producătorul Siemens.

Or, aceste echipamente de coagulare având configurații constructive specifice unui singur producător - și anume Siemens - sunt oferite de doi furnizori diferiți pe piața concurențială. Cu toate acestea, faptul că există doi furnizori ale echipamentelor Siemens nu poate demonstra și asigura libera concurență în ceea ce privește Lotul 14 al Procedurii, având în

vedere că cei doi furnizori vând exact aceleași produse ale Siemens - fiind, de altfel, singurele echipamente de coagulare care îndeplinesc toate cerințele minime obligatorii ale caietului de sarcini și care pot fi oferite cu succes în Procedură.

Încercarea autorității contractante de a demonstra că, prin deciziile sale nelegale de a construi caietul de sarcini astfel încât acesta să conducă exclusiv la ofertarea unor echipamente alese de aceasta în prealabil, a asigurat și stimulat libera concurență în Procedură, astfel cum prevederile legale în materie îi impun, nu evidențiază decât înțelegerea complet greșită de către aceasta a conceptului de liberă concurență, accesul în Procedură în ceea ce privește Lotul 14 fiind blocat și restricționat la doar doi furnizori existenți pe piață ai produselor Siemens, dintr-o piață mult mai vastă de echipamente de coagulare de ultimă generație.

De altfel, respectarea principiilor nediscriminării și asigurării liberei concurențe nu poate fi evaluată doar față de numărul de potențiali ofertanți (doi ofertanți fiind oricum un număr foarte scăzut), ci față de restricțiile impuse nejustificat printr-o cerință disproporționată. În alte cuvinte, dacă o cerință împiedică nejustificat accesul la procedură chiar și unui singur operator economic, trebuie constatată încălcarea acestor principii.

I.1.2. Cu privire apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 39- 43 din contestație, din apărările formulate de autoritatea contractantă pentru a combate criticile subscrise referitoare la cerința minimă obligatorie „*canale de citire minim 6*” rezultă necesitatea obiectivă a Spitalului de a realiza un anumit tip de teste. Această necesitate poate fi satisfăcută prin diferite moduri, iar nu exclusiv prin cel descris deosebit de detaliat în caietul de sarcini aferent Lotului 14 și susținut în continuare prin punctul de vedere de către autoritatea contractantă.

Pentru claritate, configurația modului de citire al unui analizor de coagulare poate să asigure nu doar o viteză de lucru superioară cerinței, ci chiar și un panel de teste cu o componentă echivalentă și chiar superioară, din punct de vedere calitativ și tehnic, cerințelor caietului de sarcini, incluzând astfel teste care deservească același obiectiv - formularea facilă a unui diagnostic și scop terapeutic. Or, autoritatea contractantă nici măcar nu a luat în considerare acceptarea unor astfel de teste, fiind decisă, chiar prealabil lansării Procedurii, să solicite prin caietul de sarcini și să permită exclusiv ofertarea echipamentelor Siemens.

Autoritatea contractantă perseverează în aceeași conduită nelegală, demonstrată și prin modul de definire a specificațiilor tehnice solicitate, și pretinde în punctul de vedere că o citire pe două canale nu poate satisface „*cerințele menționate în caietul de sarcini*”. Această afirmație reprezintă o nouă evidențiere a poziției autorității contractante conform căreia necesar a fi îndeplinite sunt strict cerințele - restrictive - impuse prin caietul de sarcini, iar nu necesitățile obiective ale Spitalului. În acest sens, autoritatea contractantă detaliază, și prin punctul de vedere, tehnologii

specifice unui anumit producător în loc să definească nevoile specifice ale Spitalului, astfel cum prevăd dispozițiile legale.

O conduită legală a autorității contractante ar presupune definirea nevoilor sale în mod clar pentru a permite operatorilor economici interesați să ofere echipamente diferite ce implementează soluții tehnice diferite, însă toate acestea apte să asigure satisfacerea nevoilor expuse în documentația de atribuire. Or, adoptând comportamentul - nelegal - al autorității contractante de a detalia, cu fiecare ocazie, o tehnologie specifică, devine imposibilă misiunea celorlalți operatori economici interesați, cu excepția Siemens, de a găsi soluții reale și eficiente pentru satisfacerea unei nevoi vag și incomplet definite în caietul de sarcini.

.... nu contestă susținerile autorității contractante conform cărora cele 6 canale îndeplinesc funcții de citire diferite potrivit celor 3 principii de măsurare detaliate de aceasta în punctul de vedere. Însă, aceste susțineri sunt lipsite de relevanță în contextul în care, în fapt, nevoia Spitalului este de a realiza un anumit tip de teste într-un interval prestabilit de timp (teste/oră).

1.1.3. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 44- 47 din contestație, se apreciază ca tendențios modul în care autoritatea contractantă susține în punctul de vedere că " Nu numai analizoarele Sysmex folosesc metoda calibrării INR, în piață existând mai multe analizoare de acest tip", oferind drept exemplu analizorul automat Thrombolyzer și afirmând îndeplinirea punctuală a cerinței și de către acest analizor.

Citind doar această cerință și făcând abstracție de restul caietului de sarcini, analizorul prezentat cu titlu exemplificativ de autoritatea contractantă este conform și ar putea fi oferit cu succes în Procedură.

Totuși, pentru ca o ofertă tehnică să fie conformă, aceasta trebuie să demonstreze îndeplinirea tuturor cerințelor impuse prin documentația de atribuire. Astfel, din simpla citire a caietului de sarcini în ansamblul său, reiese fără echivoc că autoritatea contractantă a ales echipamentele Siemens și abia apoi a definit documentația de atribuire în deplină concordanță cu specificațiile tehnice ale echipamentelor expuse anterior.

Or, analizorul Thrombolyzer - deși este conform, punctual, acestei cerințe, după cum susține autoritatea contractantă în punctul său de vedere - nu poate satisface cerințele integrale ale caietului de sarcini, întrucât acesta nu îndeplinește cerința referitoare la numărul de canale, nu prezintă agregometrie și nu este echipat cu ecran touchscreen.

1.1.4. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 64- 67 din contestație:

Autoritatea contractantă încearcă să justifice caracterul restrictiv al cerinței criticate prin expunerea unei presupuse nevoi de optimizare a activității desfășurate în Spital, însă, această necesitate poate fi satisfăcută și în alt mod, cum ar fi prin dotarea laboratorului cu un echipament de coagulare - care execută parametrii cromogeni, coagulometrici și imunologici din probe de plasmă - și un echipament de agregare

plachetară - care execută parametrii de agregometrie din probe de sânge integral. Astfel, din punctul de vedere al tipului de probă analizat, fuziunea celor două tipuri de analizoare într-unul singur nu aduce niciun beneficiu real autorității contractante.

Irelevanța fuziunii celor două analizoare este susținută și prin faptul că testele de coagulare și cele de agregare din aceeași probă nu pot fi, de regulă, programate în același timp, cu excepția situației în care se recoltează două vacutainere separate pentru același pacient. Or, recoltarea dublă pentru fiecare pacient anulează declarația speculativă a autorității contractante că astfel reduce cheltuielile și scurtează timpul de operare.

Pentru claritate, contestatorul precizează că încorporarea funcției de agregare plachetară în cadrul analizorului de coagulare nu reduce timpul de operare, având în vedere că acest analizor nu este dotat și cu o centrifugă care să efectueze centrifugarea la bord a probelor. Mai mult, acest fapt poate reprezenta unul dintre motivele pentru care alți producători nu au adoptat soluția tehnică utilizată de Siemens.

1.1.5. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 68 - 71 din contestație:

Fără reiterarea considerentele expuse în secțiunea 1.4., contestatorul menționează că argumentele sale sunt valabile și de natură a combate, în mod corespunzător, și aceste apărări ale autorității contractante care se rezumă la justificarea cerințelor minime obligatorii restrictive exclusiv prin intenția sa de achiziționare a unui sistem complex care să efectueze atât teste uzuale de coagulare, cât și teste speciale de agregare plachetară, fundamentând această decizie pe aceleași avantaje, doar în aparență exclusive, expuse anterior.

1.1.6. Cu privire la apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 72 - 74 din contestație, contestatorul susține că apărările formulate de Autoritatea contractantă nu pot combate criticile aduse de acesta, din moment ce între explicațiile autorității contractante și criticile din contestație nu există nicio legătură, acestea îndeplinind doar scopul de inducere în eroare a Consiliului, după cum se arăta în continuare.

Autoritatea contractantă încearcă să justifice cerința criticată - *respectiv capacitatea de a folosi simultan mai multe loturi de reactivi, calibratori și controale* - susținând că are nevoie de această specificație tehnică pentru reducerea cheltuielilor și deservirea secțiilor cu regim de urgențe unde volumul de lucru este ridicat și, astfel, ar fi necesară utilizarea mai multor loturi de reactivi ce pot fi calibrați/controlați cu un singur set de calibrator/control. Totuși, viteza de lucru a unui analizor nu poate fi influențată de numărul de loturi din același reactiv aflat la bord, iar timpul necesar pentru afișarea rezultatelor depinde de două elemente (1) volumul de încărcare cu probe și (2) numărul total de teste programate.

Astfel, numărul de loturi aflate simultan la bord din același reactiv nu influențează și nu reduce, în nicio situație, costurile, deoarece acestea sunt generate exclusiv de numărul de flacoane de reactiv consumate, indiferent de lot Prin urmare, creșterea costurilor este provocată de calibrările dese

corelate cu numărul mare de loturi ale aceleiași reactiv aflat la bord. De aceea, pentru a garanta costuri minime pentru autoritatea contractantă, este recomandată calibrarea și utilizarea un singur lot de reactiv până la epuizarea acestuia.

În legătură cu afirmațiile repetate ale autorității contractante referitoare la reducerea cheltuielilor și eficiența utilizării banilor publici, se impune să notăm că, în orice procedură de achiziție publică ce are ca obiect achiziționarea de reactivi, se regăsesc cerințe minime obligatorii clare ce impun menținerea loturilor de reactivi, calibratori și controale pentru o perioadă de timp cât mai extinsă, rațiunea acestei cerințe fiind tocmai eliminarea eventualelor costuri suplimentare.

Pentru claritate, menționăm că nu numărul de loturi din același reactiv aflat la bord este factorul care influențează volumul de lucru, ci numărul de flacoane de reactivi, tradus ulterior în teste prelucrate, aflate simultan la bord. Astfel, fiecare laborator ce are drept obiectiv eficientizarea costurilor trebuie să recurgă, cu prioritate, la eficientizarea folosirii loturilor diferite de reactivi.

1.2. În ceea ce privește Analizorul de hematologie.

1.2.1. Legat de apărările formulate pentru critica expusă în paragraful 48 din contestație, contestatorul afirmă că, deși autoritatea contractantă invocă utilitatea parametrilor solicitați prin caietul de sarcini, aceasta nu răspunde criticilor adresate de subscrisa, nefiind de natură a combate faptul că parametrii solicitați au fost pur și simplu copiați din broșura tehnică a analizorului Sysmex XN1000. nu contestă utilitatea acestor reactivi, ci se îndreaptă împotriva faptului că numeroși parametri solicitați sunt identificați în caietul de sarcini prin denumirile lor comerciale, creând confuzie și împiedicând ofertarea unor soluții echivalente.

Astfel, dacă autoritatea contractantă ar fi putut combate criticile adresate de subscrisa, ar fi indicat în mod concret necesitățile sale obiective și ar fi anexat lista parametrilor pe care îi raportează în urma analizelor, dovedind, în acest mod, o conduită transparentă. Or, această omisiune dovedește incapacitatea autorității contractante de a-și dovedi susținerile tendențioase prin care încearcă să păstreze aparența de legalitate a documentației de atribuire.

1.2.2. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica expusă în paragraful 49 din contestație, fără a relua criticile expuse în contestație, ... reiterează că parametrul Ret-He (solicitat prin caietul de sarcini] este un parametru ce face referire la hemoglobina din reticulocite și care poate fi determinat și de analizoare gen Mindray - fiind regăsit în panelul de teste al acestuia cu denumirea de RHE - însă aceste analizoare nu îndeplinesc celelalte condiții minime obligatorii, care elimină, prin efectul cumulativ, alte analizoare decât cele Sysmex.

Or, autoritatea contractantă încearcă să justifice solicitarea acestui parametru prin utilitatea sa în diferențierea tipurilor de deficit de fier, însă, în același stil de conduită nelegală evidențiată în contextul altor apărări, aceasta omite să menționeze faptul că, în realitate, pentru determinarea

tipului de deficit de fier sunt necesare o serie de analize medicale, iar nu doar rezultate obținute în urma prelucrării unor probe de către un analizor de hematologie.

Astfel, este lesne de observat că autoritatea contractantă nu a specificat o eventuală nevoie a acesteia de determinare a conținutului de hemoglobină din reticulocit, ci a înțeles să solicite direct parametrul specific Sysmex pentru a asigura ofertarea cu succes doar a acestui echipament medical.

1.2.3. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 50- 55 din contestație, contestatorul afirmă faptul că criticile sale cu privire la imposibilitatea obiectivă a autorității contractante de a furniza o justificare pertinentă privind blocarea concurenței cauzată prin impunerea acestei cerințe restrictive au fost confirmată prin apărările formulate de aceasta.

Astfel, justificarea autorității contractante - conform căreia un număr extins de parametri de diagnostic sau de cercetare din lichidele biologice are însemnătate clinică, facilitând formularea unui diagnostic sau stabilirea unui posibil tratament cu antibiotice - este nefondată, având în vedere că printre parametrii solicitați de aceasta se regăsesc și parametri de cercetare, care nu pot fi utilizați cu succes în demersurile medicale expuse anterior din moment ce nu sunt validați ca parametri de diagnostic.

Reluarea de către autoritatea contractantă în punctul de vedere a unei caracteristici unice specifice unor parametri de cercetare (care sunt diferiți de parametri de diagnostic) - respectiv diferențierea leucocitelor în 5 populații celulare, această distincție putând fi realizată, în practică, exclusiv de către producătorul Sysmex - trădează conduita nelegală a acesteia de favorizare a unui singur producător și blocare totală a accesului în Procedură.

1.2.4. Cu privire la apărările formulate pentru critica expusă în paragraful 56 din contestație, apărările formulate de autoritatea contractantă privitoare la cerința criticată - *respectiv aprecierea cantitativa a mesajelor de avertizare patologice suspecte, cu posibilitate de modificare a pragului de afișare a acestora (blasti/limfocite anormale, deviere la stânga, aglutinare eritrocite, turbiditate/interferenta Hgb, deficiență de fier)* - evidențiază, cu încă o ocazie, caracterul restrictiv al cerinței criticate în favoarea producătorului Sysmex în ceea ce privește impunerea unor detalii de fabricație fără nicio însemnătate clinică interpretabilă de către un analizor de hematologie.

Pentru claritate, contestatorul precizează că niciun analizor de hematologie nu are tehnologia necesară măsurării fierului pentru a putea emite o avertizare pertinentă asupra deficienței de fier. De aceea, un analizor de hematologie este apt să emită cel mult o presupunere (și nicidecum o avertizare precisă) fundamentată pe măsurarea unei cantități scăzute de HGB care, însă, nu se aplică în cazul pacienților care suferă de talasemie.

Astfel, detalierea atât de specifică a tipului de mesaje emise de analizorul solicitat reflectă doar scopul de îngrădire a liberei concurențe și imposibilitatea participării în Procedură a altor producători care au dezvoltat, în stil propriu, tipurile de mesaje de avertizare emise de analizoarele de hematologie ale acestora.

1.2.5. În ceea ce privește apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 57- 58 din contestație, ... nu am contestat și înțelegem pe deplin nevoia autorității contractante de a dispune de un panel de teste cu liniaritate crescută, cât mai bună, care să deservească activitatea Spitalului. Totuși, contestatorul afirmă că nu poate găsi o justificare obiectivă - și nici însăși autoritatea contractantă nu a fost capabilă să o furnizeze prin punctul de vedere - pentru copierea efectivă și solicitarea unei liniarități preluate integral din broșura tehnică și specificațiile analizorului Sysmex. Or, micile variații ale valorilor prezentate nu modifică în mod semnificativ și nici nu alterează acuratețea rezultatelor, autoritatea contractantă uzitând și această cerință criticată doar pentru a-și asigura rezultatul urmărit, respectiv excluderea concurenței și ofertarea analizorului Sysmex.

1.2.6. Cu privire la apărările formulate pentru critica expusă în paragrafele 59- 62 din contestație, contestatorul reiterează că cerința criticată impune o caracteristică funcțională a unui produs determinat, care nu reflectă o necesitate obiectivă a Autorității contractante - doar produsul Sysmex calibrează și reticulocitele, după cum rezultă din broșura XN-CAL Sysmex, anexată prezentei.

Sintetizând cele mai sus expuse, autoritatea contractantă a impus drept cerințe minime obligatorii caracteristici funcționale, constructive, ale unui anumit produs determinat de pe piață, caracteristici care nu răspund unei necesități obiective a acesteia, ci au doar efectul eliminării oricăror alte produse, blocând nejustificat accesul în Procedură.

II. În ceea ce privește apărările formulate privind încălcarea gravă a principiului liberei concurențe la alcătuirea componentei Lotului nr. 14, cu titlu preliminar, contestatorul afirmă că apărările autorității contractante sunt vădit contradictorii, încercând, pe de-o parte, să mențină aparența de legalitate a documentației de atribuire și confirmând, pe de altă parte, predilecția evidentă a acesteia pentru ofertarea și obținerea echipamentelor Siemens și Sysmex în cadrul Lotului 14 al Procedurii cu motivarea că *"a avut în decursul anilor numeroase aparate cu tehnologii și producători diversificați și în urma utilizării lor timp îndelungat am putut găsi varianta optimă, care să răspundă tuturor criteriilor de calitate și eficientă, necesare unui laborator clinic din cadrul unui spital județean."*

Astfel, apărările autorității contractante relevă credința - total eronată - a acesteia că Spitalul este îndreptățit să blocheze concurența într-o procedură de achiziție publică prin solicitarea unor echipamente ce aparțin unor anumiți producători, invocând, în sprijinul acestei conduite, calitatea serviciilor oferite în trecut de partenerii săi. Această conduită este specifică unui spital privat, capabil să își aleagă partenerii în activitatea

profesională conform criteriilor de performanță pe care și le stabilește în mod individual. Dacă am admite că această conduită este legală și într-o procedură de achiziție publică lansată de un spital public (astfel cum autoritatea contractantă consideră), atunci încălcarea tuturor principiilor ce impun respectarea liberei concurențe în astfel de proceduri ar fi flagrantă și totală.

Or, procedurile de achiziție publică impun respectarea liberei concurențe și construirea acestora astfel încât participarea IMM-urilor să fie permisă și stimulată, nefiind permisă alegerea prealabilă a furnizorului unor echipamente și servicii - fapt ce denaturează și restrânge concurența - pe baza unor criterii subiective stabilite de anumite persoane care ocupă funcții de conducere pentru o perioadă de timp.

Astfel, în mod tendențios încearcă autoritatea contractantă să își fundamenteze și mascheze decizia vădit nelegală - de includere a patru echipamente medicale distincte, care nu sunt interconectate între ele, fiind pe deplin independente și autonome și îndeplinind funcții diferite, într-un singur lot - pe art. 11 din Legea nr. 98/2016 și pe faptul că toate cele patru vor fi instalate în cadrul aceluiași laborator de analize medicale, considerent de alcătuire a unui lot expres interzis prin practica CNSC.

Contestatorul învederează că art. 11 din Legea nr. 98/2016 face referire la interzicerea divizării unui contract prin atribuirea unor contracte multiple cu același obiect în scopul eludării prevederilor legale și nicidecum la împărțirea pe loturi a unei proceduri de achiziție publică, cele două demersuri fiind total distincte și fără legătură între ele, fapt susținut și prin prevederile legale ce impun justificarea temeinică a deciziei de a nu împărți achiziția pe loturi.

În acest context, ... reiterează din practicile Consiliului, în care s-a reținut că: *" alcătuirea loturilor prin gruparea de produse și echipamente pe considerente de loc de utilizare - ATI și Bloc operator - este eronată, fiind efectuată cu eludarea dispozițiilor art. 18 alin. C3) și art. 141 alin. f2) din Legea nr. 98/2016. aducându-se astfel atingere implicită scopului organizării procedurii de atribuire, dar și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziției publice consacrate de art. 2 din același act normativ".*

Contestatorul consideră deja consacrat faptul că este interzisă tocmai alcătuirea unui lot pe considerentul că echipamentele solicitate în cadrul acelui lot se vor regăsi în același loc de utilizare, fiind total lipsită de relevanță secția concretă din spital care va fi dotată cu acele echipamente medicale (contrar interpretării tendențioase a Autorității contractante) și, de asemenea, irelevant dacă echipamentele vor fi instalate la ATI sau în laboratorul de analize medicale sau în orice altă secție a Spitalului.

În același sens, autoritatea contractantă se apără susținând că *"nu a îngrădit niciun drept al operatorilor economici, ținând seama de posibilitatea tuturor operatorilor de a participa la procedură individual sau prin asociere cu alți operatori economici."* Totuși, această apărare nu poate fi admisă, întrucât decizia participării în asociere într-o procedură de

achiziție publică este la latitudinea operatorilor economici care se asociază și nu poate fi impusă, în fapt, de autoritatea contractantă prin solicitarea mai multor echipamente independente, cu roluri distincte, în cadrul aceluiasi lot.

Apărarea autorității contractante conform căreia divizarea Lotului 14 nu este permisă de SEAP într-o procedură deja publicată este doar o încercare a acesteia de a fișa o conduită rezonabilă, manifestându-și intenția luării unor măsuri de remediere, însă, această declarație este în contradicție totală cu susținerile sale anterioare conform cărora alcătuirea Lotului 14 este legală, favorizează concurența și, deci, respectă principiile ce guvernează procedurile de achiziție publică.

Față de cele mai sus menționate, precum și pentru toate motivele expuse pe larg în contestație, ... solicită reținerea temeiniciei criticilor sale cu privire la nelegalitatea documentației de atribuire aferente Lotului 14 al Procedurii, solicitând admiterea contestației.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „*ECHIPAMENTE MEDICALE (inclusiv instalare, punere în funcțiune)*”, cod CPV, împărțit pe loturi, prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr.

Valoarea totală estimată a acordului-cadru de furnizare este de ... RON, fără TVA, iar valoarea estimată pentru Lotul nr. 14 „*APARATURĂ LABORATOR*”, contestat în cauză, este de ... RON, fără TVA, criteriul de atribuire ales fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că critică documentația de atribuire pentru procedura antemenționată, aferentă Lotului nr. 14.

Analizând criticile formulate de, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire pentru lotul 14, autoarea contestației apreciind că autoritatea contractantă a grupat, în mod nelegal, în cadrul unui singur lot, mai multe aparate ce deservește scopuri total diferite și a definit specificațiile tehnice ale produselor solicitate în mod restrictiv, impunând drept cerințe minime obligatorii specificații tehnice caracteristice unor anumiți producători, restricționând accesul la procedura de atribuire pentru lotul respectiv.

Procedând la soluționarea criticilor formulate de contestator, prin raportare la prevederile documentației de atribuire, la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și la susținerile părților, Consiliul constată caracterul întemeiat al unora dintre acestea, având în vedere considerațiile reținute în cele ce urmează.

Astfel, în ceea ce privește criticile referitoare la modul de alcătuire a lotului nr. 14, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

Potrivit documentației de atribuire, obiectul achiziției pentru lotul nr. 14 – Aparatură Laborator este constituit de achiziția unui număr de 4 echipamente medicale, după cum urmează:

- Aparat probe coagulare;
- Analizor Hematologie
- Analizor Biochimie;
- Analizor Coagulare;

În soluționare, Consiliul reține ca fiind incidente următoarele prevederi legale referitoare la modul în care se face împărțirea pe loturi:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: „*lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului*”;

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate (...). (3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare; b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”;

- art. 50 din Legea nr.98/2016 : „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”.

- art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției. (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”;

- art. 17 din HG nr. 395/2016: „(1) Autoritatea contractantă alege procedura de atribuire în funcție de următoarele aspecte: a) valoarea estimată a achiziției; b) complexitatea contractului/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit; c) îndeplinirea condițiilor specifice de aplicare a anumitor proceduri de atribuire. (2) În aplicarea art. 11 alin. (2) din Lege, autoritatea contractantă are obligația ca, la alegerea procedurii de atribuire, să se raporteze la valoarea estimată a

produselor, serviciilor și lucrărilor care sunt considerate similare în condițiile de la alin. (1)”.

Din normele legale pre citate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valoarea estimată a tuturor achizițiilor cu același obiect sau destinații de utilizare identică sau similară, date în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție.

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

Prin urmare, Consiliul urmează a determina caracterul de similaritate al produselor grupate în cadrul lotului 14, încât să respecte condițiile legale de a îndeplini, în mod cumulativ, rigorigile:

- de a avea utilizări identice sau similare;
- de a face parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în domeniu, rigorigi care nu includ criterii de natura argumentelor invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 53331/04.12.2020, precum destinația/amplasarea comună a produselor în cadrul aceleiași secții (laboratorul de analize medicale) sau satisfacerea necesității utilizării unei tehnologii de ultimă generație, argumente care ar putea conduce la concluzia eronată că, pentru autoritatea contractantă, ar fi benefic să introducă în cadrul unei singure proceduri de atribuire întreg programul anual de achiziții, fără a fi nici măcar divizat în loturi, încât să fie realizată o uniformizare, compatibilizare, integrare în ritmul general al unui singur antreprenor, să nu se înregistreze probleme de livrare sau de garanție cu alți furnizori etc.

Din analiza componenței lotului 14 care face obiectul prezentei contestații, Consiliul reține că, deși echipamentele solicitate sunt din aceeași categorie respectiv aparatură de laborator, ele sunt produse de sine stătătoare, independente unul de altul, care nu sunt interconectate în vederea funcționării, putând funcționa independent unele față de altele. Este lipsit de relevanță faptul că echipamentele vor fi instalate într-un

spațiu comun al aceleiași departament, acesta neputând constitui un argument pentru includerea lor în cadrul aceleiași lot, câtă vreme aceste echipamente nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte trei.

În aceste condiții, justificările autorității contractante de includere a mai multor tipuri de produse/echipamente în cadrul unui singur lot pe considerentul „loc de utilizare” nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele/echipamentele incluse în cadrul unui lot trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate proiectului.

Nici faptul că societatea contestatoare poate să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici sau să subcontracteze nu poate fi reținut în soluționare deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, conform căruia subcontractant este *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București în Decizia civilă **nr. 7264** pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. **8396/2/2018**, respectiv: *„Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei”*.

În acest context, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare susținerile contestatorului, exprimate în cuprinsul contestației nr. 52543/27.11.2020 potrivit căroră *„achiziționarea separată - prin loturi distincte pentru fiecare aparat medical solicitat în cadrul Lotului 14 - nu ar produce nicio repercusiune asupra eficienței actului medical și activității obișnuite a Spitalului, atât timp cât, din perspectiva Autorității Contractante, obiectivul final al Procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur operator economic, pentru o valoare considerabilă, numărul de contracte pe care aceasta le încheie (fie pentru un lot global, fie pentru mai multe loturi) ne reprezentând nicio relevanță”*.

Nu în ultimul rând este important de precizat și punctul de vedere elaborat de AUTORITATEA PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI, în calitate de operator al SICAP, care, la solicitarea adresată de Consiliu prin adresa

nr. 46165/C7/2196/22.10.2020, a transmis adresa nr. 16301/27.10.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 46905/27.10.2020, în cuprinsul căreia a precizat următoarele:

„Referitor la adresa dumneavoastră nr. 46165/C7/2196/22.10.2020 înregistrată la A.D.R. cu nr. 16232 din 23.10.2020 vă comunicăm că, din punct de vedere tehnic, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, în starea ÎN DEFINIRE a documentației, înainte de publicarea acesteia în SEAP.

În acest sens vă informăm că, după publicarea acesteia, sistemul nu permite efectuarea modificărilor privind împărțirea pe loturi, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective.”

Având în vedere statutul Consiliului, care potrivit structurii sale organizatorice, este un organism de remediere a neregulilor sesizate de operatorii economici, care garantează respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor de achiziții, raportat de cele reținute, prin prisma dispozițiilor art. 26 alin. (2) – (3) din Legea nr. 101/2016, se impune obligarea autorității contractante la remedierea întregii documentații de atribuire a lotului 14, măsură care ar avea drept consecință: reorganizarea loturilor de produse; stabilirea noilor valori estimate ale loturilor; stabilirea criteriilor de calificare și a valorilor garanțiilor de participare în raport de noile valori estimate ale loturilor; publicarea anunțului de tip erată și stabilirea de noi termene limită de depunere a ofertelor etc., situație ce echivalează efectiv cu o nouă inițiere a procedurii de atribuire, aspecte care atrag incidența dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră *„În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire”,* Consiliul va dispune anularea lotului 14 al procedurii de atribuire.

În ceea ce privește criticile referitoare la faptul că autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice ale produselor solicitate în mod restrictiv, Consiliul are în vedere prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră *„Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”* și cele ale art. 156 alin. (2) din același act normative conform căroră *„specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă 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”* și constată încălcarea acestor prevederi legale de către autoritatea contractantă întrucât specificațiile tehnice criticate de contestator sunt caracteristice unui număr restrâns de echipamente, nefiind asigurată concurența efectivă între operatorii economici.

Astfel, Consiliul constată că în ceea ce privește specificațiile tehnice prevăzute pentru Aparat probe coagulare, respectiv de la punctul 4. „canale de citire: minim 6 canale”, punctul 11. „Analizorul trebuie să permită memorarea a minim 4 curbe de calibrare: curbele de calibrare trebuie să fie efectuate în minim 5 puncte pentru INR și Fibrinogen” acestea sunt caracteristice unui singur echipament și anume Sysmex CA660, aspect ce nu a fost infirmat de autoritatea contractantă.

Cu privire la susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 53331/04.12.2020, potrivit căroră „Nu numai analizoarele Sysmex folosesc metoda calibrării INR, în piața existând mai multe analizoare de acest tip (ex. analizorul automat Thrombolyzer)”, Consiliul constată neconcludența faptului că anumite specificații tehnice sunt îndeplinite și de echipamente produse de alți producători, în condițiile în care doar un singur echipament îndeplinește toate cerințele din caietul de sarcini, așa cum rezultă, în mod clar, din link-ul https://cdn0.scrvt.com/39b415fb07de4d9656c7b516d8e2d907/1800000001712785/054d0ee4c21b/Global_Sysmex_CA-600_Systems_Technical_Specification_Sheet_1800000001712785.pdf.

În ceea ce privește specificațiile tehnice impuse pentru Analizorul de hematologie, Consiliul constată că acestea sunt proprii echipamentului Sysmex XN1000, iar cele stabilite pentru Analizorul de coagulare sunt caracteristice echipamentului Sysmex CS 2100i, așa cum rezultă din parcurgerea link-urilor <https://www.sysmex.com/us/en/Brochures/XN-Series%20Compact%20Automation%20Brochure%20MKT-10-1175%20Rev4.pdf>

respectiv https://www.sysmex.se/index.php?eID=product_pdfgenerator&productUid=553&languageIso=undefined&productUrl=https://www.sysmex.se/products/product-singleview/cs-2100i-553.html&technicalDataUids=3148,3149,3150,3151,3152,3153,6589&productName=CS-2100i, aspect ce nu au fost infirmate de autoritatea contractantă.

Consiliul are în vedere că în măsura în care autoritatea contractantă a urmărit achiziționarea unor echipamente cu specificațiile tehnice indicate în caietul de sarcini pentru lotul 14, era mai adecvată utilizarea unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, nefiind indicată demararea unei proceduri competitive.

Sub acest aspect, este avut în vedere că legislația în materie nu statuează vreo interdicție autorităților contractante în a organiza proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractelor de achiziții publice/acordurilor-cadru, în condițiile legale [art. 68 lit. f), coroborat cu art. 104 din Legea nr. 98/2016].

Însă, odată demarată procedura competitivă de licitație deschisă accelerată, cum este cea din prezenta cauză, ... nu poate să asigure Siemens sau distribuitorilor acestora o poziție privilegiată, prin

intermediul unor specificații tehnice pe care le-a stabilit, întrucât ar nesocoti principiul accesului neîngrădit, care stă la baza procedurii de atribuire aleasă. Prin derogare, pentru a se încadra în limitele legii, o procedură care să fie deschisă unei sfere extrem de restrânse de operatori economici trebuie să dispună de o justificare detaliată, riguroasă și obiectivă a circumstanțelor care au determinat restrângerea competiției, cu accent pe argumentele pentru care nu pot fi acceptate specificațiile tehnice comune sau regăsite pe alte tipuri de echipamente în domeniu.

Or, se constată că în niciun înscris depus de autoritate la dosarul cauzei nu este identificată o asemenea justificare detaliată, riguroasă și obiectivă care să stea la baza organizării licitației doar pentru Siemens sau distribuitorii acesteia.

Chiar dacă autoritatea contractantă nu a indicat în mod explicit tipul echipamentelor ce urmează a fi achiziționate, din modul de redactare al anumitor specificații tehnice solicitate pentru aparatele ce fac obiectul lotului 14, indicate de autoarea contestației și dovedite prin studierea broșurilor tehnice aparținând echipamentelor Sysmex CA660, Sysmex XN1000 și Sysmex CS 2100i, rezultă că acestea sunt preluate identic din broșurile amintite.

Prin urmare, Consiliul constată că se impune eliminarea specificațiilor tehnice criticate de contestator, care, în fapt, reprezintă caracteristici funcționale ale respectivelor echipamente și nu cerințe de performanță menite să satisfacă necesități obiective ale autorității contractante, fiind încălcate prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că în același sens s-a pronunțat și Curtea de apel Brașov care, în cuprinsul Deciziei nr. 24/R/20.01.2020, a reținut că „(...) Instanța constată că în descrierea specificațiilor tehnice aferente produselor solicitate în cadrul loturilor 18, 19, 20, 43, 44 și 45 ce fac obiectul prezentei plângeri, autoritatea contractantă trebuia să respecte dispozițiile art.156 alin.2 și 3 din Legea nr.98/2016, potrivit cărora:

(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă 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.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent".

Prin urmare, ofertarea nu poate fi limitată la un anumit produs sau producător decât în situații de excepție, în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului.

În același sens sunt și dispozițiile art. 42 alin. 4 din Directiva 24/2014. Prevederile art.155 alin.6 din Legea nr.98/2016 dispun în sensul că „specificatiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Totodată, instanța are în vedere decizia pronunțată de CJUE în cauza C-413/17 prin care s-a apreciat că articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a

Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că **nu impun autorității contractante**, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, **ci impun ca specificațiile tehnice, în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității**. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe

Prin urmare, instanța trebuie să stabilească dacă prin specificațiile tehnice impuse de autoritatea contractantă pentru loturile contestate se încalcă sau nu principiile egalității de tratament și proporționalității.

Cu privire la definirea specificațiilor aferente Lotului nr. 18, autoritatea contractantă solicită "reactivi compatibili cu analizorul semiautomat Clinitek Advantus", fiind stabilită drept cerință minimă obligatorie punerea la dispoziție a echipamentului indicat pentru utilizarea reactivilor.

Astfel, autoritatea contractantă definește specificațiile aferente reactivilor solicitați prin raportare la caracteristicile specifice funcționale și nu de performanță ale reactivilor producătorului Siemens, aceștia fiind reactivii care pot fi utilizați pe echipamentul Clinitek Advantus solicitat

Curtea constată că reactivii solicitați în cadrul acestui lot sunt descriși în mod exhaustiv în ceea ce privește compoziția lor, fapt ce nu permite ofertarea unor reactivi echivalenți, datorită specificațiilor tehnice restrictive

Lăsând la o parte faptul că autoritatea contractantă nu a depus întâmpinare în prezenta cauza prin care sa-și prezinte apărările față de aspectele invocate prin plângere, instanța constată că nici în cuprinsul punctului de vedere pe care 1-l-a înaintat către CNSC autoritatea contractantă nu a prezentat argumente care să conducă la concluzia că operatorii economici ar putea oferta și alte produse, în afara celor ale producătorului Siemens, care întrunesc aceleași caracteristici tehnice, funcționale.

În acest sens, petenta a arătat cu titlu de exemplu că specificațiile reactivului "strip pt. examen sumar de urina", ale reactivului „Bilirubina: metoda cu 2.4% dicloranilină diazonium" cuprind detalii irelevante pentru necesitățile obiective ale autorității, detalii care fac practic imposibilă ofertarea unei soluții echivalente . În schimb, autoritatea contractantă nu a adus nici un argument contrar acestor afirmații

Aceeași situație se regăsește și în ceea ce privește loturile 19, 20, 43. 44 și 45 în cazul cărora se solicită "REACTIVI COMPATIBILI CU ANALIZOARELE AUTOMATE DE HEMATOLOGIE SYMEX XN" (pt. lotul nr.19), "REACTIVI ȘI CONSUMABILE COMPATIBILE CU ANALIZOARELE SYMEX CS2000 SI CA620"1 (pt. lotul nr.20), "REACTIVI SI CONSUMABILE COMPATIBILE CU ANALIZORUL COBAS INTEGRA 400PLUS si COBAS" (pt. lotul nr.43), "REACTIVI SI CONSUMABILE COMPATIBILI CU ANALIZORUL COBAS PRO - MODULUL C503" (pt. lotul nr.44), "REACTIVI SI CONSUMABILE COMPATIBILI CU ANALIZORUL COBAS 6000 - MODULUL E601"(pt. lotul nr.45)

În cazul tuturor acestor loturi, autoritatea contractantă indică expres echipamentele dorite și în același timp definește specificațiile aferente reactivilor solicitați prin raportare la caracteristicile specifice funcționale (și nu de performanță) ale reactivilor unui anumit producător, aceștia fiind singurii reactivi care pot fi utilizați pe echipamentele solicitate

Această concluzie se desprinde din probatoriul administrat în cauză, având în vedere că autoritatea contractantă nu a depus înscrisuri și nu a propus probe în sens contrar celor afirmate de petenta

Deși în caietul de sarcini al procedurii autoritatea contractantă a specificat că orice specificație ce indică spre un anumit producător ar trebui citită cu mențiunea "sau echivalent", această prevedere a caietului de sarcini nu poate fi pusă în aplicare, fiind imposibilă ofertarea unor reactivi echivalenți, întrucât, după cum s-a arătat mai sus, caracteristicile funcționale ale reactivilor au fost descrise amănunțit, astfel încât nu pot fi ofertați decât reactivii aparținând unui anumit producător.

Referitor la argumentul CNSC privind gradul de mulțumire al autorității contractante, gradul de acoperire a necesității sale și obișnuința personalului cu metodele de lucru, instanța reține că aceste aspecte nu pot justifica, în mod legal, limitarea ofertării în cadrul unui contract de achiziție publică, cu încălcarea prevederilor art. 155 alin 6 din Legea nr.98/2016. Astfel, obișnuința personalului cu utilizarea unui anumit produs și satisfacția autorității contractante față de rezultatele respectivului produs nu pot justifica stabilirea unor specificații funcționale care

determină ofertarea limitativă doar a acelui produs, ignorând principiile egalității de tratament și proporționalității.

În plus, instanța reține că au fost depuse ofertele pentru toate loturile ce fac obiectul prezentei proceduri, iar pentru loturile contestate în această cauză au fost depuse oferte unice, ceea ce denotă imposibilitatea altor operatori economici de a oferi produsele având specificațiile descrise exhaustiv în documentația de atribuire pentru loturile respective .

(...)

Față de considerentele mai sus expuse, constatând că plângerea formulată de petenta este întemeiată, în temeiul art. 34 alin.(1) lit.d din Legea nr. 101/2016, instanța va dispune anularea procedurii de achiziție publică pentru atribuirea acordului cadru "Reactivi și consumabile de laborator" în ceea ce privește loturile nr. 18, 19, 20, 43, 44 și 45, ținând seama că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere a aspectelor de nelegalitate din documentația de atribuire, întrucât pentru toate loturile contestate au fost depuse oferte."

Sunt relevante de redat și considerentele Directivei 24/2014 și jurisprudența CJUE precizate de autoarea contestației, respectiv:

"De asemenea, notăm că, potrivit considerentului (74) al Directivei 24/2014:

„(74) Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor.

Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință.(...)." (N.n. Subl.n)

Principiile enunțate în acest considerent au fost preluate în articolele 18 și 42 din Directiva 24/2014, articole care au fost în mod constant interpretate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cu valoare de izvor de drept, în sensul că principiul proporționalității obligă autoritatea contractantă să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe, principiilor tratamentului egal și nediscriminării. În acest sens, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire.

Cu titlu exemplificativ redăm mai jos interpretarea dată de Curte recent, într-o cauză având drept obiect chiar atribuirea unui contract prin care se urmărea achiziționarea de produse medicale, respectiv cauza C-413/17, în care a statuat că:

"Articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe."

Pentru a reține această soluție, Curtea a interpretat dispozițiile de drept european astfel:

"35 în plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici. (...)

37 Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate. (...)

41 De asemenea, este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite." (N.n. Subl. N]

Nu în ultimul rând notăm și jurisprudența constantă a Curții Europene de justiție în ceea ce privește aplicabilitatea principiului proporționalității în cazul special al achizițiilor în domeniul sănătății, Curtea statuând că, deși în acest domeniu, statele membre au o marjă mai mare de apreciere, blocajele impuse liberei circulații a produselor și serviciilor nu pot depăși limitele a ceea ce este necesar și adecvat pentru atingerea obiectivelor urmărite. Notăm, în acest sens, considerentele Curții din cauza C296/15:

"82 Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în domeniul sănătății publice, trebuie să se țină seama de faptul că sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul FUE și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins, întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă de apreciere (a se vedea în special Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 51, Hotărârea din 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes și alții, C-171/07 și C-172/07, EU:C:2009:316, punctul 19, Hotărârea din 21 iunie 2012, Susisalo și alții, C-84/11, EU:C:2012:374, punctul 28, Hotărârea din 5 decembrie 2013, Venturini și alții, C-159/12-C-161/12, EU:C:2013:791, punctul 59, și Hotărârea din 19 octombrie 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, punctul 30).

83 Rezultă însă tot din jurisprudența Curții că o reglementare care este de natură să restrângă o libertate fundamentală garantată prin Tratatul FUE, cum este libera circulație a mărfurilor, poate fi justificată în mod valabil numai dacă este de natură să asigure realizarea obiectivului legitim urmărit și nu depășește ceea ce este necesar pentru ca acesta să fie atins (a se vedea în acest sens, în domeniul sănătății publice, Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 48, și Hotărârea din 9 decembrie 2010, Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, punctul 34)."

Rezultă astfel din jurisprudența constantă a CJUE că, inclusiv în cazul achizițiilor publice în domeniul sănătății, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire."

Astfel rezultă faptul că caietul de sarcini pentru lotul 14 este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică anumite cerințe tehnice, permise de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte.

Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum sunt specificațiile preluate de la Siemens, în cauza de față.

În acest fel a fost restrâns numărul operatorilor economici care pot participa la procedură, fapt rezultat din cuprinsul declarației de participare la procedură din care rezultă că un singur ofertant a depus ofertă pentru lotul 14.

Or, așa cum s-a evidențiat, dacă autoritatea ar fi justificat în mod obiectiv, cu argumente tehnice solide, excluderea celorlalte soluții constructive, cu accent pe argumentele pentru care nu pot fi acceptate specificațiile tehnice comune sau regăsite pe alte tipuri de echipamente în domeniu, soarta prezentului litigiu putea fi alta.

Astfel, Consiliul apreciază că unica posibilitate de finalizare legală a procedurii este anularea procedurii de atribuire pentru lotul respectiv.

Luând act de ansamblul considerentelor expuse, Consiliul are în vedere că, dată fiind specificitatea contractului de furnizare, importanța acestuia și rezultatele așteptate de la derularea contractului, astfel cum a susținut în punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă nu a depus diligențele necesare întocmirii unei documentații care să țină seama de toate aspectele pe care le implică contractul în cauză.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează procedura de atribuire pentru lotul 14.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către, reprezentată convențional de, cu sediul în, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, cu sediul în și anulează procedura de atribuire pentru lotul 14.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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