CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ..
Data: ..

Prin contestația nr. 304/19.02.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6610/20.02.2020, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2329/12.02.2020 pentru lotul 73, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect "Reactivi de laborator", LOT 73, - Reactivi compatibili cu flow-citometrul FACS CANTO II, cod CPV 33696500-0 – Reactivi de laborator (Rev.2), s-a solicitat:

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

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

- Să constate împrejurarea că, autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări subscrisei în ceea ce privește corespondența propunerii noastre tehnice cu cerințele caietului de sarcini;

- Să constate că argumentele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei noastre tehnice, astfel cum ne-au fost comunicate prin adresa cu nr. 2329/12.02.2020, sunt diferite de solicitările caietului de sarcini, respectiv documentației de atribuire a procedurii și, mai mult decât atât nu sunt veridice și sunt menite să favorizeze ofertantul .., ofertant care a livrat în anul 2019 flow-citometru FACS Canto II, cel pentru care se intenționează achiziția de reactivi prin procedura cu nr. CN1016837/15.11.2019;

- Să dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității contractante la anularea în parte a comunicării nr. 2329 din 12.02.2020 precum și a raportului procedurii nepublicat în SICAP prin care oferta subscrisei a fost respinsă ca neconformă și la reluarea evaluării acesteia în conformitate cu cele reținute prin decizia pe care o veţi pronunța;

-Să oblige autoritatea contractantă să declare oferta noastră ca fiind conformă iar evaluarea acesteia să se realizeze în conformitate cu dispoziţiile legale aplicabile procedurilor de achiziție publică".

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL atacă adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2329/12.02.2020 pentru lotul 73 – Reactivi compatibili cu flow – citometrul FACS CANTO II, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, potrivit căreia oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, motivat de faptul că produsul ofertat pentru poziția 8, Soluție de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrca în BD FACS CANTO II este incompatibil cu produsul ofertat la poziția 3, Tuburi pentru determinarea numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrica in BD FACS Canto II, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Raportat la motivul de respingere al ofertei sale, contestatorul supune atenției că în caietul de sarcini nu se regăsește cerința dovedirii compatibilității între poziția 8 și poziția 3, ci doar compatibilitatea poziției 8 cu citometrul FACS CANTO II.

Față de acest aspect precizează că, în cadrul ofertei, a depus declarația din partea producătorului care atestă compatibilitatea dintre produsele ofertate la pozițiile 8 (Excellyse Easy -cod ED7066) și 3 (BD Trucount Tubes), cât și compatibilitatea soluției de liza cu sistemul pe care autoritatea contractantă lucrează, respectiv FACS Canto II, precum și un acord-cadru, nr. 2887/28.11.2017, în vigoare, pe care compania sa îl desfășoară pentru o perioad[de 36 de luni împreună cu un alt spital din ....., cu același domeniu de activitate cu al autorității contractante în cauză, anume Institutul Național de Boli Infecțioase Prof. Dr. Matei Balș, contract în care sunt incluse aceste 2 produse.

Având în vedere existența declarației de la producător ce atestă compatibilitatea dintre cele 2 produse, dar și cu modelul echipamentului deținut de autoritatea contractantă, precum și faptul că există instituții publice de același profil ce utilizează această combinație de produse în diagnostic, pe același flow-citomteru, FACS CANTO II, contestatorul apreciază nefondată decizia de respingere a ofertei sale, în contextul în care nu au existat nici solicitări de clarificări care puteau duce la lămurirea unor ipoteze.

În ceea ce privește afirmația comisiei de evaluare din comunicarea rezultatului procedurii, conform căreia între produsele BD FACS Lysing solution (10x), 100 ml (Catalog No.349202), recomandat de producătorul tuburilor Trucount si Excellyse Easy (Cat No.ED7066) ofertat de ....., există diferențe de compoziţie chimică (a se vedea ambalajul produselor) fără a se face precizări privind compatibilitatea cu produsul BD Trucount Tubes în cadrul insertului tehnic a produsului Exceyse Easy. În acest insert tehnic se face referire exclusiv la compatibilitatea cu produsele Exbio de tip KOMBITEST, contestatorul precizează că producătorul BD Bioscience, care produce BD Trucount tubes cod 340334, recomandă în insertul tehnic al acestui produs soluția de liza producţie proprie BD FACS Lysing solution (10X), 100 ml (Catalog No.349202), însă această recomandare nu exclude varianta utilizării și altor branduri de soluţie de liza (10x),100 ml compatibile.

Prin urmare, este evident că în situația în care alți producători, în speţă Exbio, au realizat studii ce vizează compatibilitatea produselor din portofoliul lor cu produse ce aparțin unui alt brand, în speță BD Bioscience, și le recomadă pentru a putea fi folosite împreună în vederea realizării de analize, acesta recomandă soluţia de liza Excellyse Easy, (10x), 100 ml pentru a fi folosită cu produsul BD Trucount tubes cod 340334 pe instrumentul FACS Canto II, iar producătorul BD Bioscience, recomandă propria soluție de liza, BD FACS Lysing solution (10X), 100 ml (Catalog No.349202) ml pentru a fi folosită cu produsul BD Trucount tubes cod 340334 pe instrumentul FACS Canto II.

Referitor la afirmația comisiei de evaluare din comunicarea rezultatului procedurii, conform căreia între cele 2 soluții de liza, respectiv BD FACS Lysing solution cod 349202 și Excellyse easy cod ED7066, există diferențe de compoziție chimică care se văd pe ambalajul produsului, contestatorul supune atenției că în caietul de sarcini nu s-a solicitat o astfel de cerință, ci s-a solicitat soluție de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II -Soluţie de liza a hematiilor, concentraţie 10X, diluabilă cu apă distilată pentru utilizare, care să fie compatibilă cu testele TBNK și TCD4-CD8 în analiza flow- citometrică de tip liza fără spălare pe flow-citometrul pe BD FACSCanto II.

Raportat la această cerință, contestatorul apreciază că produsul ofertat întrunește cerințele caietului de sarcini, aspect care reiese în mod evident din oferta sa tehnică, indicând, în acest sens, mai multe pagini din cuprinsul acesteia.

În justificarea deciziei de respingere, contestatorul arată că autoritatea contractantă indică un cod, un brand și un anume produs, cu care compară produsul ofertat în cadrul procedurii, pe baza unor specificații nesolicitate în caietul de sarcini, respectiv compoziția chimică, fiind evident însă că cele două soluții de liza BD și Exbio au compoziție diferită, dar ambele pot fi utilizate cu tuburi Trucount în analiza flow-citometrică pe Facs Canto II, obținându-se rezultate echivalente identice, cu valoare în diagnostic.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante din comunicarea rezultatului procedurii, conform căreia în insertul produsului Excellyse Easy Cod ED7066 nu se face referire la compatibilitatea acestuia cu tuburile Trucount, cod 340334, însă se face referire la compatibilitea cu trusele Exbio de tip KOMBITEST, contestatorul precizează că a ofertat în cadrul pozițiilor 1 și 2 ale acestui lot două astfel de truse Exbio Kombitest, respectiv KOMBITESTCD3 FITC /CD4 PE-Cy7 /CD8 APC-Cy7 /CD16+CD56 PE /CD19 APC /CD45 PerCP-Cy5.5, Cod: ED7075 pentru poziţia 1 și KOMBITESTCD3 FITC/ CD8 PE/CD45 PerCP/CD4 APC, Cod:ED7045 pentru poziţia 2. Mai mult decât atât, în cadrul poziţiei 1, pe lângă produsul KOMBITESTCD3 FITC /CD4 PE-Cy7 /CD8 APC-Cy7 /CD16+CD56 PE /CD19 APC /CD45 PerCP-Cy5.5, Cod: ED7075, a mai ofertat și BD Trucount Tubes, Cod:340334 pentru a satisface integral solicitările caietului de sarcini pentru această poziţie.

Prin urmare, contestatorul învederează că trusele KOMBITEST sunt compatibile cu tuburile Trucount cod 340334, așa cum rezultă din propunerea sa tehnică, pagina 114,119,121,129, dar și din contractul cu alt spital de Boli Infecțioase. Mai mult, Excellyse Easy cod ED7066 este compatibilă cu trusele KOMBITEST, după cum constată și autoritatea contractantă în insertul tehnic al produsului și afirmă în adresa cu nr 2329/12.02.2020.

În acest context, în opinia contestatorului, dacă trusele KOMBITEST sunt compatibile cu Trucount Tubes cod 340334 și Excellyse Easy cod ED7066 este compatibil cu KOMBITEST, rezultă că toate sunt compatibile între ele.

Referitor la justificările autorității contractante care au condus, printre altele, la descalificarea ofertei, contestatorul precizează că echipamentul pentru care se dorec produsele care fac obiectul prezentei proceduri, este un sistem deschis, pe care se poate lucra fără probleme cu reactivi produși de alte companii, nu doar cu reactivi produși de Becton Dickinson (BDBIosciences), producătorul echipamentului menționat și furnizat de …. Or, pe piața din România există numeroase alte companii producătoare de reactivi dedicați citometriei în flux care și-au optimizat produsele din portofoliu pe acest echipament, contestatorul oferind exemple în acest sens.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită Consiliului constatarea faptului că, pe de o parte, autoritatea contractantă nu a întreprins minime diligențe în a se edifica asupra faptului că propunerea sa tehnică corespunde cerințelor stabilite prin documentația de

atribuire, iar, pe de altă parte, că produsele ofertate sunt compatibile între ele, dar și cu flow-citometrul de care dispune autoritatea contractantă.

Mai menționează că a furnizat în cadrul ofertei, pe lângă inserturile tehnice ale reactivilor și declarații semnate, ștampilate ale producătorului reactivilor ofertați, care atestă, o dată în plus, compatibilitatea produselor cu acest echipament dobândit de autoritatea contractantă printr-o altă procedură de achiziție publică, cu un cod CPV diferit de prezenta, tocmai pentru a veni în sprijinul achizitoarei.

De asemenea, inserturile tehnice ale produselor ofertate au fost furnizate în cadrul propunerii tehnice pentru a dovedi corespondența dintre specificațiile tehnice solicitate în caietul de sarcini și cele ofertate, iar, în aceste inserturi emise de producători, se regăsește, de asemenea, menționat că reactivii ofertați au fost optimizați pe citometrul FACS CANTO II și dețin marca IVD acolo unde s-a solicitat prin caietul de sarcini compatibilitatea cu FACS CANTO II.

Totodată, s-au furnizat în cadrul propunerii tehnice și declarațiile de conformitate CE/IVD conform Directivei 98/79, aferente produselor ofertate, sens în care contestatorul solicită Consiliului să constate că oferta sa nu conduce la "*Pierderea mărcii IVD a testelor realizate cu produsele ofertate*", așa cum afirmă, în manieră nefondată și abuzivă, autoritatea contractantă cu scopul de a descalifica, fără temei, oferta sa.

De remarcat este și faptul că autoritatea contractantă a derulat, începând din data de 11.06.2014 până la 28.12.2019 contracte cadru cu societatea sa pentru aceleași produse ce fac obiectul prezentei proceduri, produse ce au fost utilizate cu succes pe citometrul BD FACS Calibur, produs de acelaşi producător cu cel al echipamentului FACS Canto II, dobândit de către autoritatea contractantă printr-o altă procedura față de cea în cauza și care face obiectul unui alt contract, oferind și servicii de service post garanţie pentru citometrul BD FACS Calibur.

Contestatorul apreciază nefondată, abuzivă și netemeinică susținerea autorității contractante referitoare la "*Deteriorarea fizică a flow-citometrului BD FACS Canto II*", întrucât există multe instituții în Romania, care folosesc flow-citometrul BD FACS Canto II și lucrează cu aceiași reactivi ofertați de societatea sa, ceea ce semnifică faptul că nu deţin un flow-citometru deteriorate fizic din cauza utilizării altor reactivi față de cei produşi de către compania BD Biosciences și distribuit de către compania Novaintermed, aceeași care a livrat flow-citometrul FACS Canto II autorității contractante, printr-un alt contract ce face obiectul unei alte proceduri față de prezenta. Mai mult, însăși autoritatea contractantă a lucrat anterior cu aceste produse, fără a avea un flow-citometru produs de compania BD Biosciences și furnizat de către compania Novaintermed SRL deteriorat, ci, mai mult decât atât, obținând rezultate excelente, așa cum a dovedit-o programul de control extern de calitate.

Având în vedere cele expuse, contestatorul susține că un alt citometru BD, dar model diferit Canto II/ vs. Calibur nu s-ar putea deteriora fizic prin utilizarea acelorași reactivi.

În măsura în care furnizorul echipamentului deschis condiționează autoritatea contractantă să achiziționeze exclusiv reactivii distribuiți de el, constituind din aceasta o clauză a garanției echipamentului, deși pe piață există mai multe tipuri de reactivi compatibili cu echipamentul și care sunt utilizați de către alte instituții publice cu succes pe același model de echipament, în opinia contestatorului, reprezintă o formă de șantaj și contravine principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, întrucât va exista o singură ofertă acceptată în mod eronat ca și conformă, fără a exista o competiție a ofertelor financiare.

Mai mult decât atât, o asemenea clauză a garanției echipamentului achiziționat printr-un contract independent de procedura în cauză, împiedică atribuirea contractului de reactivi aferent anunțului de participare CN1016837/15.11.2019, altor operatori economici cu excepția companiei …, înțelegând astfel că procedura de reactivi a fost publicată și formulată special pentru a fi atribuită acestei societăți, obligând autoritatea contractantă să descalifice din procedură ceilalți operatori economici cu produse echivalente și fără îndoială compatibile cu sistemul BD FACS CANTO II.

În cazul în care, în mod total nelegal, compania … refuză asigurarea serviciilor de service pe parcursul celor 6 ani de garanție aferentă flow-citometrului BD FACS CANTO II, așa cum și-a asumat printr-un contract diferit de procedura în cauză, contestatorul susține că pe piață există și alte companii capabile să întreprindă proceduri de service pentru flow-citometre, în speță societatea sa având capacitatea de a întreprinde servicii de service și mentenanță chiar pe modelul de echipament BD FACS Canto II.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației, anularea adresei nr. 2329/12.02.2020, a raportului procedurii de atribuire precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 3249/28.02.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 7948/28.02.2020, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulată de …, ca nefondată.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă, cu detalierea specificațiilor din caietul de sarcini, arată că, în urma analizării celor două oferte depuse pentru lotul 73, comisia de evaluare a concluzionat că nu este necesar a se solicita clarificări, întrucât din documentele depuse de ofertantul contestator, la pagina 6 din documentul electronic denumit "1pdf" anexat contestației, cu titlu de Anexa 1 (pagina de gardă), extrasă din insertul tehnic al produsului BD TruCount Tubes, catalog No. 340334, și denumită de contestatar "5", iar de producător "3", sunt precizate 9 materiale și reactivi necesare și

nefurnizate împreună cu produsul. Între acestea, unele sunt indicate cu denumire comercială și număr de catalog al producătorului Becton Dickson (BD), altele sunt indicate cu denumire generică, iar altele sunt indicate cu denumire comercială și număr de catalog Bd, făcându-se și precizarea explicită că acele produse pot fi înlocuite și cu alte produse echivalente.

Raportat la oferta prezentată de contestator, autoritatea contractantă susține că soluția de liză a hematiilor solicitată în caietul de sarcini la punctul nr. 8, nu se regăsește între ultimele (cu posibilitatea de înlocuire cu produse echivalente), ci între primele (fără posibilitatea de înlocuire cu produsele echivalente), așa cum în mod eronat apreciază contestatorul.

Potrivit autorității contractante, ceea ce omite contestatorul să precizeze în contestație este volumul de activitate de service (manoperă și piese de schimb) pe care îl reclamă utilizarea reactivilor de subtituție pe intrumente de tip Flow-citometru produse de BD, inclusiv costurile aferente acestor activități de service. Aceasta se întâmplă chiar în condițiile în care, la pagina 13 din contestație, se face referire la autorizarea societății de a presta activități de service pentru instrumentele BD, și la faptul că … a prestat activități de service pentru spital.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că această omisiune de natură a vicia profund atât oferta, cât și contestația acestui operator economic.

Referitor la licitațiile anterioare, de reactivi pentru flow-citometrul FACSCalibur, la care contestatorul face referire în contestație, autoritatea contractantă precizează că nu a inclus tuburi TruCount, astfel că argumentele precizate de contestator, referindu-se la contractele cadru consecutive acelor licitații, sunt lipsite de fond.

Or, licitația de față pentru reactivi pentru analizatorul de tip flow-citometru FACS Canto II, pentru care se solicită în premieră tuburi TruCount, soluția de liza a hematiilor este inclusă în actuala licitație, dar și în cele anterioare, produsul ofertat de contestator nefiind acceptat de producătorul tuburilor TruCount și al flow-citometrului FACS Canto II, ca echivalent pentru liza hematiilor în utilizarea tuburilor TruCount.

În opinia autorității contractante, compatibilitatea declarată de producătorul ExBio, cu instrumentele produse de BD nu poate să substituie lipsa declarării acestei compatibilități din partea producătorului BD, dar mai ales nu poate să justifice riscul de compromitere a contractului de garanție de 6 ani a instrumentului pentru care se achiziționează reactivii, flow-citomteru FACS Canto II, echipament nou, recepționat de spital în anul 2019.

Referitor la flow-citometrul menționat de contestator, autoritatea arată că acesta face obiectul unui alt contract, fără legătură cu prezenta cauză.

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

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

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

Nemulțumit de adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2329/12.02.2020, pentru lotul 73 - Reactivi compatibili cu flow-citometrul FACS Canto II, cod CPV 33696500-0 – Reactivi de laborator (Rev.2), SC ..... SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Cu titlu preliminar, anterior analizării temeiniciei susținerilor din contestație, Consiliul remarcă, din conținutul dosarului achiziției pus la dispoziție de autoritatea contractantă, că, exceptând anexa la adresa de comunicare a rezultatului procedurii, intitulată „Răspuns la ofertele tehnice pentru lotul 73", semnată doar de un membru al comisiei de evaluare, dr. Grațiela Tardei, niciun alt înscris întocmit în etapa de evaluare a ofertelor primite, respectiv procese-verbale/raportul procedurii, nu conține explicații privitoare la motivele respingerii ofertei contestatorului, asumate de toți membrii comisiei de evaluare abilitată pentru atribuirea acordului-cadru în cauză, deși, conform dispozițiilor art. 216 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cel puțin raportul procedurii de atribuire trebuia să cuprindă, printre altele, și aceste informații.

Trecând peste acest aspect și prezumând că motivele din anexa actului atacat, intitulată „Răspuns la ofertele tehnice pentru lotul 73", sunt însușite de comisia de evaluare, rezultă că motivele comunicate contestatorului, care au stat la baza aprecierii neconforme a ofertei acestuia, pentru lotul 73, au fost următoarele:

<Produsul ofertat pentru poziția 8, Soluție de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrică în BD FACSCanto II, este incompatibil cu produsul ofertat la poziția 3, Tuburi pentru determinare a numărului absolut de celule prin analiza flow-citometrica în BD FACSCanto II.

La pagina 11 (redenumită de mâna =6=) a ofertei tehnice prezentate de ..... (identică și cu pagina 74 și respectiv denumită de mana =45=), punctul 6 din insertul tehnic al produsului BD Trucount™ Tubes, specifică următoarele:

"Reagents and Materials Required but Not Provided:

- *BD FACSComp™ Beads ....*
- *BD FACSLysing solution ((10x) 100 mL (Catalog No. 349202)...."*

Între produsele BD FACSLysing solution (10X), 100 mL (Catalog No. 349202), recomandat de producătorul tuburilor Trucount și Excellyse Easy (Cat. No. ED7066) ofertat de ....., există diferențe de compoziție chimică (a se vedea ambalajul produselor), fără a se face precizări privind compatibilitatea cu produsul BD Trucount™ Tubes în cadrul insertului tehnic al produsului Excellyse Easy. În acest insert tehnic, al produsului Excellyse Easy, se face referire exclusiv la compatibilitatea cu produsele Exbio de tip KOMBITEST (a se vedea punctul 1. Intended purpose din insertul tehnic a I produsului Excellyse Easy, pag 165 a ofertei tehnice, redenumită prin scriere de mână"=72=")

Este important să facem și următoarele precizări în sprijinul soluției de descalificare a ofertei prezentate de .....:

1. Analizorul pentru care achiziționam reactivii în prezenta procedură de achiziție publica, flow-citometrul BD FACSCanto II, este nou, în perioada de garanție de 6 ani, asigurată de distribuitorul flow-citometrului, Novaintermed, firma care a prezentat oferta de reactivi complet compatibili.

2. Asumarea unor compatibilități bazate pe declarații pe proprie răspundere din partea unor producători diferiți de producătorul flow-citometrului BD FACSCanto II va conduce la:

a. Pierderea mărcii IVD a testelor realizate cu produsele achiziționate de la alți producători, prin nerespectarea recomandărilor producătorului produsului de la poziția 3;

b. Deteriorarea fizice a flow-citometrului BD FACSCanto II;

c. Pierderea garanției pentru flow-citometrului BD FACSCanto II, recent achiziționat prin procedura publică>.

Prin caietul de sarcini, pentru lotul 73, autoritatea contractantă a urmărit achiziția de REACTIVI COMPATIBILI CU FLOW-CITOMETRUL FACS CANTO II, solicitând, printre altele:

……	*……*
3. Tuburi pentru determinare a numarului absolut de celule prin analiza flow-citometrica in BD FACSCanto II	*Tuburi de tip Falcon cu fund rotund, din polistiren, 12x75 mm, volum 5 ml, cu capac, continand bile in numar cunoscut securizate la fundul tubului cu rozeta metalica inoxidabila, compatibile cu marcajul sangelui cu reactivii din trusa TCD4-CD8 in 4 culori, si cu achizitia si analiza flow-citometrica in BD FACSCanto II*
…..	*….*
8. Solutie de liza a eritrocitelor pentru analiza flow-citometrica in BD FACSCanto II	*Solutie de liza a hematiilor, concentratie 10X, diluabila cu apa distilata pentru utilizare, care sa fie compatibila cu testele TBNK si TCD4-CD8 in analiza flow-citometrica de tip liza fără spalare pe flow-citometrul pe BD FACSCanto II*

De asemenea, prin același caiet de sarcini, autoritatea contractantă a precizat, referitor la „oferta tehnică”:

„Ofertanții pot depune oferta pentru unul sau mai multe loturi.

Caracteristicile tehnice impuse de caietul de sarcini vor fi respectate cu strictețe. Propunerea tehnică va trebui să conțină cel puțin informațiile referitoare la: Denumirea produsului; Producător/ Țara de Origine; Unitatea de măsură; Cantitate; Concentrație; Prețul unitar; Prețul total al lotului (fără TVA); T.V.A., etc..

Se va prezenta in mod obligatoriu fișa cu date de securitate tradusă în limba română.

Nerespectarea cerințelor din caietul de sarcini atrage după sine descalificarea ofertei ca neconformă”.

Se mai constată, totodată, că potrivit fișei de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a stabilit următoarele: „*Propunerea tehnică va fi elaborată astfel încât să furnizeze toate informațiile cu privire la caracteristicile tehnice ale produselor ofertate. Având în vedere modalitatea de desfășurare a procedurii, operatorul economic trebuie să ia toate măsurile astfel încât propunerea tehnică și elementele propunerii financiare, să fie primite și înregistrate de către operatorul SEAP până la data și ora limita de depunere/postare a ofertelor*”.

Astfel, o primă concluzie care se desprinde este aceea că cerințele stabilite de autoritatea contractantă în documentația de atribuire nu au

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

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

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

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

Potrivit dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016, printre responsabilitățile statuate de legiuitor în sarcina comisiilor de evaluare stă și elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor.

Interesul oricărei autorități contractante este de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea specificaţiilor tehnice prin solicitări de clarificări temeinice şi nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor. În consecință, în aprecierea Consiliului, potrivit prevederilor legislative și potrivit principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, autorităţile contractante au obligaţia ca prin solicitări de clarificări să se asigure asupra îndeplinirii/neîndeplinirii specificațiilor tehnice de către operatorii economici participanţi la procedura și să accepte toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă, bineînțeles, cu respectarea limitelor impuse de dispozițiile legii care reglementează instituția clarificărilor.

Este de notorietate că evaluarea ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică reprezintă o activitate complexă a comisiei de evaluare care este ținută la a se edifica pe deplin, atât ca urmare a analizării ofertelor, cât și ca urmare a eventualelor solicitări de clarificări cerute autoarelor acestora, asupra caracterului admisibil al ofertelor, respectiv asupra modului în care acestea răspund întru-totul necesităților de achiziție ale autorității contractante, așa cum sunt descrise în documentația de atribuire. Evaluarea ofertelor nu este un proces formal, în care, eventual, comisia de evaluare constată existența ofertelor, fără a face o analiză temeinică a conținutului lor, limitându-se la a face presupuneri față de conținutul neexplicit al acestora.

În condițiile în care prin documentele achiziției nu s-au impus cerințe exprese privind modul de demonstrare al compatibilității între produsele ofertate, rezultă că ofertanții erau liberi să certifice posibilitatea utilizării împreună a acestora prin orice mijloc de probă considerat suficient, în cazul de față fiind identificată Declarația din 04.12.2019, dată de producătorul soluției de liza Exbio, regăsită în propunerea tehnică a contestatorului (pagina 156 din dosarul achiziției), conform căreia acesta își asumă că produsul cat. no. EDT7066 Excellyse Easy este compatibil cu citometrul BD FACSCanto II.

Cât privește compatibilitatea soluției de liza Exbio cu tuburile TruCount, Consiliul constată că informațiile din ofertă nu certifică indubitabil, dar nici nu elimină această ipoteză, iar comisia de evaluare nu era în măsură să stabilească drept validă niciuna dintre aceste două posibilități, câtă vreme o concluzie fermă în acest sens putea fi trasă doar după clarificarea situației cu ofertantul în discuție, în considerarea dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016 potrivit cărora *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale și de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte…”*.

Celelalte precizări din cuprinsul actului atacat vizând pierderea garanției din partea producătorului analizorului pentru care se cumpără acești reactivi, nu vor fi reținute în soluționare, deoarece, câtă vreme nu au fost impuse condiții exprese prin documentația de atribuire, vizavi de aceste aspecte, nici Consiliul nu poate ține seama de ele în verificarea legalității desfășurării procesului de evaluare contestat, verificare care se raportează exclusiv la regulile stabilite de autoritatea contractantă și dispozițiile legale incidente. Pentru eliminarea acestor situații, autoritatea era ținută să stabilească prin documentația de atribuire o cerință expresă referitoare la cum anume să se probeze compatibilitatea produselor ofertate cu flow-citometrului BD FACSCanto II, în caz contrar, neputându-se adăuga cerințe suplimentare celor rămase definitive și obligatoriu de respectat atât de către ofertanți, cât și de autoritatea contractantă, precum și de organismele de control.

Dacă ar fi fost constrânsă în mod obiectiv să obțină reactivii doar de la un anumit producător, autoritatea contractantă era ținută să aplice o altă procedură de achiziție, nu pe cea de licitație deschisă, care

este o procedură competitivă deschisă tuturor operatorilor economici interesați.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 2173/11.02.2020, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului pentru lotul 73, precum și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei indicate cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând constatarea conformității ofertei depusă, pentru lotul 73, de SC ..... SRL, deoarece stabilirea ofertelor conforme/admisibile este atribuția comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. k) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în procedura de achiziție publică și atacate prin contestație.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 2173/11.02.2020, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului pentru lotul 73, precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei indicate cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind constatarea conformității ofertei depusă, pentru lotul 73, de SC ..... SRL

Obligatorie.

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

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

...

....