CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... – director general, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de reactivi și materiale consumabile de coagulare/analiza urinei, lotul 2 - reactivi și materiale consumabile pentru analiza urinei, cod CPV 33696500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 15.10....., organizată de ....., cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat să se ia act de utilizarea în mod impropriu a acordului-cadru, de restrângerea accesului la licitație, modificarea/eliminarea unor specificații tehnice din cadrul documentației de atribuire sau anularea procedurii în situația în care remedierea nu este posibilă.

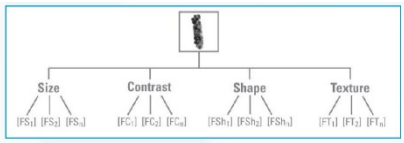
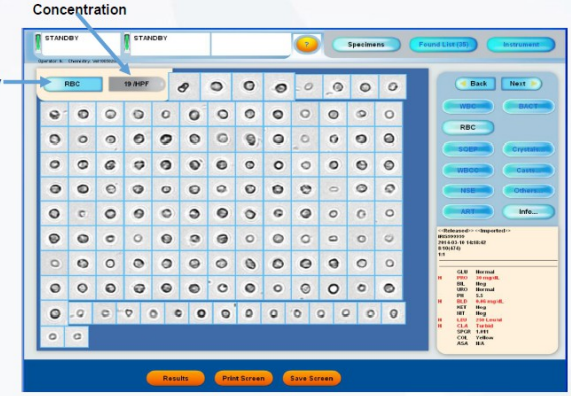
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

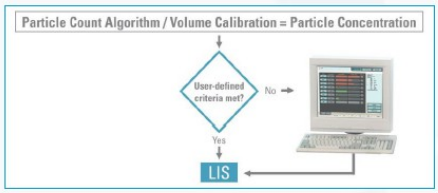
Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ..... SA reclamă anumite specificații tehnice cuprinse în caietul de sarcini aferent procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, lotul 2, pe care le consideră restrictive, învederând în motivare că

respectivele specificații aparțin unui singur furnizor. Modelele de analizoare solicitate de autoritate sunt produse de Beckman Coulter și comercializate de ... SA, conform tabelului comparativ următor:

Nr. crt.	**Caracteristici analizor solicitate prin caietul de sarcini**	**Caracteristici aferente marca Beckman Coulter conform brosurii si manualului de utilizare prezentate in Anexa**
	Analizoare automate sumar urinar	
2.	Sa foloseasca principiul de analiza a sumarului de urina pe stripuri si masurarea densitatii, culorii si a turbiditatii.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Measurement Methods** • **Test Strip** — Dual wavelength reflectance (blood – single wavelength) • **Specific Gravity** — Refractive index • **Color** — Three- wavelength reflectance with compensation pad • **Clarity** — Scattered to transmitted light ratio
4.	Numarul minim de parametri: 13 pe fiecare analizor.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelormarca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
5.	Principiul de masurare: fotometrie reflectanta, minim 3 lungimi de unda pentru o masuratoare.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: Three- wavelength reflectance with compensation pad
6.	Viteza de lucru: minim 200 probe/h	**Sample Throughput** Up to 240 samples per hour
7.	Posibilitatea de detectare a interferentelor (minim acid ascorbic, culoare)	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: • Color and ascorbic acid interference detection.
8.	Posibilitatea de incarcare a cel putin 300 de strip-uri simultan pe fiecare analizor.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Test Strip Capacity** 1 to 300 test strips
9.	Posibilitatea de incarcare a cel putin 60 probe simultan pe fiecare analizor.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Sample Capacity** 210 samples with continuous feed
12.	Posibilitatea raportarii controlului de calitate prin curbe Levey-Jennings.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **iChemVELOCITY Statistics** • Each type/lot specific report contains the control identifier, report time stamp, lot number, and expiration date. • Chemistry QC chart indicates when chemistry strip lot changes occurred. • Chemistry QC chart does not display SD, Mean, and Target lines. • The next section is the Levey-Jennings chart (L-J chart), which lasts indefinitely for the current lot number. All previous QC and patient results are subject to a first-in, first-out basis after 10,000 patient and QC records are reached. • Below the L-J chart is a list of each point on the chart with its status. Printing this list on the same date every month will provide the laboratory with complete documentation of QC activity.

<table>
<tr><td>13.</td><td>Posibilitatea sistemului de a permite utilizatorului calibrarea periodica a analizoarelor (in functie de recomandarile producatorului).</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
<table>
<tr><td></td><td colspan="4">CalChek rack</td></tr>
<tr><td></td><td>Pos</td><td>Contents</td><td>Value</td><td>Bar-code</td></tr>
<tr><td></td><td>1</td><td>Specific Gravity CalChek solution</td><td>1.002+/-0.003</td><td>Yes</td></tr>
<tr><td></td><td>2</td><td>Specific Gravity CalChek solution</td><td>1.030+/-0.005</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>3</td><td>Specific Gravity CalChek solution</td><td>1.060+/-0.005</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>4</td><td>Color CalChek solution</td><td>Colorless</td><td>Yes</td></tr>
<tr><td></td><td>5</td><td>Color CalChek solution</td><td>Straw</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>6</td><td>Color CalChek solution</td><td>Normal yellow</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>7</td><td>Color CalChek solution</td><td>Normal amber</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>8</td><td>Clarity CalChek solution</td><td>Slightly cloudy</td><td>Yes</td></tr>
<tr><td></td><td>9</td><td>Clarity CalChek solution</td><td>Cloudy</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>10</td><td>Clarity CalChek solution</td><td>Turbid</td><td>No</td></tr>
<tr><td></td><td>4</td><td colspan="3">Load the Calibration rack on the iChemVELOCITY sampler.</td></tr>
</table></td></tr>
<tr><td>15.</td><td>Analizoarele sa ofere posibilitatea urmaririi in timp real a trasabilitatii consumabilelor.</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
<table>
<tr><td></td><td>Access to view the consumables window to monitor and track consumable usage (traceability) or to identify the lot numbers for chemistry strips and chemistry QC.</td></tr>
</table></td></tr>
<tr><td>16.</td><td>Sa foloseasca volume mici de proba- 2-3 ml.</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
Specimen Volume Min volume: 2.0 mL</td></tr>
<tr><td>17.</td><td>Posibilitatea de stocare a pana la 10000 rezultate pe fiecare analizor.</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
Data Storage 10,000 results</td></tr>
<tr><td>18.</td><td>Cititor de coduri de bare intern pentru identificarea automata a probelor pe fiecare analizor.</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
<table>
<tr><td>Step</td><td>Action</td></tr>
<tr><td>1</td><td>Load barcoded samples into a patient rack with the barcode showing through the opening of the rack as shown below:
</td></tr>
<tr><td>2</td><td>Verify the system is in Standby.</td></tr>
<tr><td>3</td><td>Place the rack on the iChemVELOCITY sampler area with the barcodes facing the instrument, and the rack positioned to the back of the sampler area.</td></tr>
</table></td></tr>
<tr><td>19.</td><td>Interfata bidirectionala pe fiecare analizor.</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:
• Bi-directional LIS connectivity.</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="2">Analizor automat sediment urinar</td></tr>
<tr><td>2.</td><td>Analizor pentru citirea automata a sedimentului urinar cu incarcare</td><td>Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:</td></tr>
</table>

	continua.	**iQ® Automated Urine Microscopy Systems** **Particles Identified by Auto Particle Recognition (APR™)**: RBC, WBC, Bacteria, Hyaline Casts, Pathological Casts, Crystals, Squamous Epithelial Cells, Non-Squamous Epithelial Cells, Yeast, WBC Clumps, Sperm and Mucus **Specimen Processing**: Barcode or keyboard entry of ID; 60-specimen walk away capability; 10-tube rack system with continuous feed
3.	Principiul de lucru: identificarea automata a celulelor prin imagine digitala.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: • Digital images provide urine particle morphology—not scattergrams. Select the topic "Microscopic Particle Identification."
4.	Posibilitatea de a clasifica particulele prin recunoastere automata a acestora dupa criterii multiple(marime, contrast, textura si forma).	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **3 Feature Extraction (Inputs)**  • Each isolated particle is analyzed for specific features (size, contrast, shape, and texture)
5.	Posibilitatea de clasificare automata a particlulelor pe minim 12 categorii principale.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: • Proprietary software auto-classifies and quantifies 12 urine particles, further subclassification of 27 particles, if desired.
7.	Posibilitatea operatorului de a vizulaiza elementele pe display (si chiar de tipari imaginile vizualizate).	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: Specific particle screen Concentration gory  **Verifying Results in Yellow** **NOTE:** Once a category has been opened for review, the particle range indicator will no longer be yellow from the specimen screen • Reclassify when it will be clinically significant • Use the **Back** and **Next** buttons Back Next to continue reviewing particles classified in yellow for the sample being reviewed • Once all particles and grading are verified, select the **Accept** button to release and print the sample results.
8.	Posibilitatea de raportare cantitativa a rezultatelor pe fiecare categorie de particule raportat la	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:

	volumul de proba analizat.	5 Quantitative Result Reporting  • Particle concentration is calculated using the number of images and the volume analyzed (REF: Run Equivalency Factor)
9.	Sa indice posibilitatea unei infectii urinare prin evaluarea cumulativa a unor parametri determinati.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: • Consolidated urine chemistry and microscopy results plus bacteriuria checklist.
10.	Sa ofere utilizatorului posibilitatea ulterioara de a analiza (la nevoie) si alte lichide corporale (sinovial, LCR, pleural, pericardial etc).	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: CSF samples are to have a minimum of 1:5 dilution Serous Fluids (e.g. Peritoneal, Pericardial, etc..) need to have a minimum of 1:20 dilution
12.	Posibilitatea utilizatorului de a exporta si stoca pe medii externe (inclusiv stick USB) a rezultatelor pacientilor (sumar urinar si poze miscoscopice).	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Found List Screen** — From the Found List, you can edit specimen results, re-report specimen results, print, or transmit. Select the sample to open the Specimen Screen to view the chemistry and microscopic results.
13.	Posibilitatea de a defini mai multi utilizatori cu drepturi diferite de acces.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **OBJECTIVES** At the completion of this module, be able to: • Create a new user • Delete users **Why Is It Important?** By creating privileges, you will help decide the levels of security access for those working with you based on their laboratory responsibilities.
15.	Posibilitatea peratorului de a folosi diferiti factori de dilutie, functie de densitatea probei.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Dilution** Diluting a microscopic sample may be required before processi recommended that dilutions be performed on grossly bloody, he specimens (in order to avoid clogging the specimen filter), and s In order to use the dilution factors entered in the setup, a secon code 128 must be used. An example of the dilution factors scre
18.	Viteza de lucru: minim 100 probe/h.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Sample Throughput** • iQSPRINT 101 samples per hour
19.	Cititor de coduri de bare intern pentru identificarea automata a	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza:

	probelor.	2 | Barcode Readers | Located inside the instrument facing the pipetting station. The barcode scanner reads the sample barcodes and will query the LIS or the instrument PC for sample programming to either skip/run based on sample requirements.
20.	Sa foloseasca volum mic de proba- 2-3 ml.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Specimen Volume** Min. volume: 2.0 mL of un-spun urine; aspiration volume: approx 1.0
21.	Tipul de proba: urina necentrifugata.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: • Do NOT centrifuge urine specimens
25.	Capacitate de stocare pana la 10000 rezultate.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Data Storage** Onboard storage of up to 10,000 patient results
26.	Interfata bidirectionala.	Aceasta specificatie tehnica are corespondent in documentatia tehnica a echipamentelor marca Beckman Coulter, dupa cum urmeaza: **Interface** Bi-Directional with host query

Autoritatea a elaborat specificațiile tehnice ale analizoarelor cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, neputându-se asigura o concurență reală și efectivă în cadrul procedurii de atribuire. În concret, autoritatea și-a definit „necesitatea” prin stabilirea unui număr foarte mare de specificații, cu valori minimale, funcționalități și caracteristici constructive, care pot fi îndeplinite cumulativ doar de echipamentele unui singur producător, deși pe piața de profil există numeroase alte echipamente care, în fapt, produc rezultate similare sau chiar superioare. Prin faptul că a impus un număr foarte mare de specificații tehnice minimale, se exclude posibilitatea operatorilor economici de a furniza echipamente echivalente sau superioare din punct de vedere calitativ și clinic, care conduc la satisfacerea aceleiași necesități, dar care nu îndeplinesc toate specificațiile din caietul de sarcini.

Autoritatea intenționează să achiziționeze analizoare produse de Beckman Coulter, singurul care are în portofoliul de produse echipamentele care îndeplinesc în mod cumulativ toate cerințele stabilite în caietul de sarcini. Fiecare producător își configurează echipamentul prin stabilirea unor parametri de funcționare diferiți, care nu afectează performanța finală a produsului. Foarte multe dintre specificațiile tehnice stabilite de autoritate nu prezintă relevanță clinică, ci sunt caracteristici constructive care, în mod evident, diferă de la un producător la altul.

În subsidiar, în măsura în care Consiliul apreciază că este necesară stabilirea unor parametri tehnici pentru analizoarele respective, contestatoarea solicită obligarea autorității la stabilirea unor specificații tehnice principiale, care îi definesc necesitatea, fără

a îi fi permisă stabilirea unui număr ridicat de cerințe care restrâng nejustificat concurența.

Din analiza întregului material probator, se constată faptul că o serie de specificații tehnice din caietul de sarcini sunt identice cu cele ale produselor marca Beckman Coulter. Prin impunerea unor specificații tehnice proprii produsului aparținând producătorului Beckman Coulter, această concluzie rezultând din redactarea aproape identică a specificațiilor din caietul de sarcini cu cele ale produsului indicat, autoritatea contractantă a favorizat în mod evident producătorul și furnizorii acestuia.

Prin modul în care autoritatea a înțeles să deruleze licitația a nesocotit și scopul legislației specifice, de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici.

În punctul său de vedere nr. A24989/24.09..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 38835/24.09....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că Agenția Națională pentru Achiziții Publice a efectuat controlul de calitate și regularitate al documentației de atribuire aferente procedurii de atribuire, inclusiv a caietului de sarcini/documentației descriptive și a clauzelor contractuale, înainte de transmiterea spre publicare a anunțului de participare și a emis un aviz conform necondiționat, neconstatând abateri cu privire la aspectele de calitate și/sau regularitate cuprinse în listele de verificare, ce privesc documentația de atribuire aferente acestei proceduri de atribuire, inclusiv a caietului de sarcini și a clauzelor contractuale.

În documentația de atribuire nu există o cerință conform căreia „aparatele să fie puse la dispoziția autorității în baza unei chirii lunare, valoarea acesteia urmând a fi evidențiată distinct în propunerea financiară ce va fi atașată”.

Dacă se raportează „specificațiile tehnice” la „reactivi”, se dorește achiziția la pachet de reactivi și materiale consumabile pentru diferite analize, cu punerea la dispoziție a analizoarelor în folosință gratuită, ca urmare a faptului că nu se cunosc specificațiile tehnice ale reactivilor și materialelor consumabile pentru analize și că acestea sunt diferite în funcție de analizoarele care se folosesc. În fapt, procedura de lucru care s-a evitat a se aplica era aceea în care operatorii economici puneau la dispoziția autorității, printr-un contract de comodat, analizoarele și, ulterior, se achiziționau reactivii și materialele consumabile de la același operator economic. În condițiile în care tipurile de analize și performanța analizoarelor sunt în continuă creștere, s-a decis achiziția de reactivi și materiale consumabile, la pachet cu punerea în folosință gratuită a analizoarelor, printr-o procedură concurențială.

Dacă se raportează „specificațiile tehnice” la „aparate” (analizoarele), conform art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „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.” În condițiile în care documentația de atribuire a fost verificată de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice, primind acceptul pentru publicarea anunțului de participare, procedura de achiziție respectă prevederile legale în materie de achiziții publice.

Valoarea reactivilor și a materialelor consumabile este în concordanță cu performanța analizelor și modalitatea de gestionare a acestora, dată de performanța analizoarelor. Astfel, cu cât analizoarele sunt mai performante, putându-se gestiona mai bine și mai ușor informațiile, crește calitatea analizelor medicale și implicit a actului medical, pe fondul utilizării unor reactivi și materiale sanitare cu caracteristici de performanță ridicate.

Solicitarea contestatoarei constând în „modificarea/eliminarea specificațiilor tehnice din cadrul documentației de atribuire publicată, aceasta având ca efect favorizarea/eliminarea anumitor operatori economici” nu are menirea de a produce efecte. Nu există un interes al autorității în a favoriza sau elimina anumiți operatori economici, ci numai în a se achiziționa servicii și echipamente medicale la un nivel de performanță ridicat, de ultimă generație.

În demersul spitalului de a iniția o negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pe considerentul că în România există un singur operator economic acreditat de producător care să efectueze mentenanța unui anumit tip de echipament medical, Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis un punct de vedere prin care a interzis aplicarea respectivei proceduri, pe considerentul că în Europa mai sunt firme acreditate să efectueze mentenanța acelui tip de echipament medical și, ca atare, pot participa la procedura de atribuire concurențială, prin licitație deschisă, unicitatea acreditării unui operator economic în România nefiind suficientă, ca justificare, pentru aplicarea negocierii. Altfel spus, chiar dacă în România există un singur distribuitor al unui echipament sau un singur prestator al serviciului, autoritatea va proceda la inițierea unei proceduri concurențiale, pe considerentul că există, în alte țări, operatori economici acreditați de aceiași producători de echipamente, pentru furnizare de produse sau prestare de servicii, care pot participa la procedura de atribuire.

Mergând pe raționamentul contestatoarei, că numai un operator economic din România poate livra produsul, autoritatea supune atenției faptul că anunțul de participare a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, la procedura de atribuire putând

participa, cum susține și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, orice operator economic din Europa și nu numai.

Autoritatea a întocmit specificațiile tehnice din caietul de sarcini având la bază două variante de analizoare, de ultimă generație, de la doi producători diferiți, după cum urmează:

- Beckman Coulter, cu produsul Iricell 2000, constituit din două componente IQ 200 Elite - analizor automat pentru sedimente și iChem Velocity - analizor automat pentru biochimie urinară;

- Sysmex, cu produsul UC-3500 - analizor complet automat de chimie urinară, în combinație cu UD-10 - sistem automat pentru analiza digitală imagine și UF-4000/UF-5000 - sistem automat pentru analiza sedimentului urinar.

În orice variantă s-ar proceda, anumiți producători cu operatorii economici distribuitori autorizați sunt defavorizați, având în vedere următoarele:

- pentru echipamente medicale cu un nivel al performanței ridicat se alocă fonduri financiare pe măsura performanței acestora;

- în situația în care se optează pentru un echipament performant (situația de față) este „defavorizat" producătorul echipamentului mai puțin performant (și distribuitorul), inferior calitativ. În fapt, acesta nu poate participa la procedură pentru că echipamentul nu răspunde cerințelor de calitate și performanță ale autorității contractante;

- în situația ipotetică în care se reduce nivelul performanței echipamentului, dar se menține nivelul fondurilor alocate, este favorizat operatorul economic cu un echipament inferior calitativ, pentru că va oferta un preț mai mic, pe măsura performanței inferioare a echipamentului, fiind defavorizați producătorii (și distribuitorii) de echipamente performante;

- în situația în care se renunță la specificații tehnice ale analizoarelor și se solicită „analizoare compatibile cu reactivii ofertați", astfel cum dorește contestatoarea, există mai multe variante în estimarea valorii contractului:

  - la nivelul minim, situație în care sunt avantajați producătorii echipamentelor cu performanță redusă și dezavantajați cei ce oferă echipamente cu performanță ridicată, prețul acestora din urmă fiind peste valoarea estimată;

  - la nivelul maxim, situație în care sunt avantajați producătorii echipamentelor cu performanță ridicată și dezavantajați cei ce oferă echipamente cu performanță redusă, prețul acestora din urmă fiind nejustificat de scăzut;

  - la nivelul mediu, situație în care sunt avantajați producătorii echipamentelor cu performanță redusă, care pot să oferteze chiar peste prețul normal de furnizare al

echipamentului acestora, dar să se încadreze în valoarea fondurilor alocate și dezavantajați cei ce oferă echipamente cu performanță ridicată, prețul acestora din urmă fiind peste valoarea estimată.

În mod eronat, contestatoarea susține că „autoritatea contractantă și-a definit necesitatea prin stabilirea unui număr foarte mare de specificații tehnice, cu valori minimale, funcționalități și caracteristici constructive, care pot fi îndeplinite cumulativ doar de echipamentele unui singur producător, deși pe piața de profil există numeroase alte echipamente care, în fapt, produc rezultate similare sau chiar superioare”.

Legislația în materie de achiziții publice nu stabilește un prag al numărului de caracteristici tehnice pe care autoritatea contractantă are dreptul să le folosească. În situația de față, cerințele minimale pentru analizoarele automate de sumar urină sunt date de 19 caracteristici, iar cele ale analizoarelor automate de sediment urinar sunt date de 26 caracteristici. Dintre cele 19 caracteristici sunt contestate 16, iar dintre cele 26 sunt contestate 17, aspect ce denotă nivelul de performanță scăzută al analizoarelor ce se vrea a fi puse la dispoziția autorității de către contestatoare.

Legislația în materie de achiziții publice permite ofertarea unui produs cu caracteristici tehnice superioare celui descris în caietul de sarcini, însemnând că toți producătorii de analizoare cu caracteristici superioare celor solicitate pot participa la procedura de atribuire.

Necesitatea autorității de a avea la dispoziție analizoare de ultimă generație și de a efectua analize medicale la cel mai înalt nivel calitativ derivă din justificările prezentate în anexa nr. 1.

De ce sunt contestabile cerințele conform cărora autoritatea contractantă dorește analizoare performante care să aibă o viteză de lucru de minim 200 probe pe oră sau posibilitatea de încărcare a cel puțin 300 de strip-uri simultan pe fiecare analizor sau posibilitatea de a procesa probe în urgență etc., ceea ce înseamnă mai mulți pacienți tratați, în condițiile în care ..... este spital de urgență și alocă fonduri pentru performanța analizelor medicale necesare pacienților?

Există, pe piața de profil, două tipuri de analizoare, producători diferiți, la același nivel de performanță, de ultimă generație. Fiind doi producători cu analizoare de ultimă generație, care îndeplinesc cerințele de performanță solicitate, este asigurată concurența efectivă în procedura de atribuire.

Nu există nicio prevedere legală pentru autoritate care să o oblige să renunțe la nivelul de performanță al echipamentelor pe considerentul că trebuie să participe și operatori economici cu echipamente inferioare din punct de vedere calitativ.

Autoritatea consideră că măsura anulării procedurii de atribuire nu se justifică. Dacă exista temei legal pentru anulare, contestatoarea trebuia să o solicite cu prioritate. Dar, în prima fază, încearcă să obțină de la Consiliu eliminarea cerințelor de performanță ale analizoarelor, să poată participa la procedură cu un echipament net inferior celui solicitat, care va utiliza reactivi și materiale consumabile sub nivelul de calitate al celor utilizați de analizoarele solicitate.

Conform precizărilor de mai sus, nu se justifică modificarea specificațiilor tehnice ale analizoarelor urinei, performanța acestora fiind corelată cu nivelul de calitate al analizelor medicale și, implicit, cu calitatea reactivilor și a materialelor consumabile pe care le folosesc și care fac obiectul viitorului acord-cadru de furnizare.

Modificarea specificațiilor tehnice creează un real avantaj SC ..... SA, care va oferta reactivi și materiale consumabile pentru un produs cu nivel de performanță inferior celui solicitat.

Autoritatea a mai derulat și finalizat o procedură de atribuire, cu obiect similar (furnizare de materiale de biochimie și de hematologie, pentru efectuarea de diferite analize medicale), cu punerea la dispoziție a unor analizoare de biochimie și hematologie, anunț de participare nr. 177863/08.08.2017 și anunț de atribuire nr. 185480/06.01.....

Pe baza raționamentelor expuse, autoritatea solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de reactivi și materiale consumabile pentru diferite analize medicale, divizate în două loturi, estimate valoric la 27.889.500 lei, fără TVA. Achiziția reactivilor și a materialele consumabile dorite a fost conjugată cu obligația furnizorilor de a pune la dispoziția autorității, „prin contract de comodat”, pe o perioadă de 4 ani, sistemul de analizoare medicale pe care se vor utiliza reactivii și consumabilele. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că o serie de cerințe impuse de autoritate prin caietul de sarcini pentru lotul 2 sunt restrictive și contravin dispozițiilor legale, SC ..... SA a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

În temeiul art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, SC ..... SA a constituit o cauțiune în cuantum de 11.000 lei, dovedită prin

recipisa de consemnare nr. 204896494/1/....., emisă de CEC Bank SA, Unitatea Bucur Obor, cu detalierea: „CAUTIUNE 2%PT CONTESTATIE LOT 2, ANUNT PARTICIPARE ...../06.08.18”. Recipisa de consemnare, anexată contestației, a fost înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr. 642/18.09.....

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele 23 de pagini ale caietului de sarcini al licitației, unitatea spitalicească a prevăzut, între altele, specificațiile tehnice ale echipamentelor medicale pe care dorește să le obțină, fiind impuse și următoarele specificații pentru lotul 2 (reactivi și materiale consumabile pentru analiza urinei):

a) pentru analizoarele automate de sumar urinar

2. Sa foloseasca principiul de analiza a sumarului de urina pe stripuri si masurarea densitatii, culorii si a turbiditatii.

4. Numarul minim de parametri: 13 pe fiecare analizor.

5. Principiul de masurare: fotometrie reflectanta, minim 3 lungimi de unda pentru o masuratoare.

6. Viteza de lucru: minim 200 probe/h.

7. Posibilitatea de detectare a interferentelor (minim acid ascorbic, culoare)

8. Posibilitatea de incarcare a cel putin 300 de strip-uri simultan pe fiecare analizor.

9. Posibilitatea de incarcare a cel putin 60 probe simultan pe fiecare analizor.

12. Posibilitatea raportarii controlului de calitate prin curbe Levey-Jennings.

13. Posibilitatea sistemului de a permite utilizatorului calibrarea periodica a analizoarelor (in functie de recomandarile producatorului).

15. Analizoarele sa ofere posibilitatea urmaririi in timp real a trasabilitatii consumabilelor.

16. Sa foloseasca volume mici de proba- 2-3 ml.

17. Posibilitatea de stocare a pana la 10000 rezultate pe fiecare analizor.

18. Cititor de coduri de bare intern pentru identificarea automata a probelor pe fiecare analizor.

19. Interfata bidirectionala pe fiecare analizor.

b) pentru analizorul automat de sediment urinar

2. Analizor pentru citirea automata a sedimentului urinar cu incarcare continua.

3. Principiul de lucru: identificarea automata a celulelor prin imagine digitala.

4. Posibilitatea de a clasifica particulele prin recunoastere automata a acestora dupa criterii multiple(marime, contrast, textura si forma).

5. Posibilitatea de clasificare automata a particlulelor pe minim 12 categorii principale.

7. Posibilitatea operatorului de a vizulaiza elementele pe display (si chiar de tipari imaginile vizualizate).

8. Posibilitatea de raportare cantitativa a rezultatelor pe fiecare categorie de particule raportat la volumul de proba analizat.

9. Sa indice posibilitatea unei infectii urinare prin evaluarea cumulativa a unor parametri determinati.

10. Sa ofere utilizatorului posibilitatea ulterioara de a analiza (la nevoie) si alte lichide corporale (sinovial, LCR, pleural, pericardial etc).

12. Posibilitatea utilizatorului de a exporta si stoca pe medii externe (inclusiv stick USB) a rezultatelor pacientilor (sumar urinar si poze miscoscopice).

13. Posibilitatea de a defini mai multi utilizatori cu drepturi diferite de acces.

15. Posibilitatea peratorului de a folosi diferiti factori de dilutie, functie de densitatea probei.

18. Viteza de lucru: minim 100 probe/h.

19. Cititor de coduri de bare intern pentru identificarea automata a probelor.

20. Sa foloseasca volum mic de proba- 2-3 ml.

21. Tipul de proba: urina necentrifugata.

25. Capacitate de stocare pana la 10000 rezultate.
26. Interfata bidirectionala,

pe care SC ..... SA le apreciază ca fiind proprii modelelor de analizoare produse de Beckman Coulter, însemnând că autoritatea contractantă favorizează acest producător, cu încălcarea principiului tratamentului egal și cu restricționarea concurenței. Autoritatea exclude posibilitatea operatorilor economici de a furniza echipamente echivalente sau superioare din punct de vedere calitativ și clinic, care asigură satisfacerea aceleiași necesități. Autoritatea nu are dreptul de a stabili discreționar specificațiile tehnice, astfel încât intenția reală să fie de a achiziționa un anumit model de produs. În speță, autoritatea intenționează să achiziționeze analizoare produse de Beckman Coulter, singurul care are în portofoliu echipamentele care îndeplinesc în mod cumulativ toate cerințele stabilite în caietul de sarcini.

În esență, reclamanta se plânge că spitalul pârât a elaborat caietul astfel încât să poată achiziționa doar produsele aparținând Beckman Coulter, cu îngrădirea accesului la procedură al celorlalți operatori economici, inclusiv a SC ..... SA, care este distribuitor autorizat al produselor Siemens Healthcare Diagnostics Products GmbH.

Relativ la apărarea spitalului în sensul că Agenția Națională de Achiziții Publice a verificat în prealabil publicării documentația de atribuire și a emis aviz conform necondiționat, Consiliul observă că, între documentele puse la dispoziție de spital, nu se regăsește niciun aviz emis de la respectiva Agenție. Pe de altă parte, nu s-a făcut dovada că, prin invocatul aviz, Agenția Națională de Achiziții Publice s-a pronunțat asupra contestației SC ..... SA sau asupra criticilor pe care aceasta le cuprinde. Mai mult, avizul Agenției nu îngrădește dreptul persoanelor vătămate de a supune jurisdicției Consiliului actele care îi vatămă și nici atribuția legală a Consiliului de a examina și soluționa contestația, chiar și în dezacord cu opinia reieșită din avizul administrativ.

Însăși Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/ acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii dispune, la art. 23, că *„[a]vizul conform al ANAP nu afectează caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate și al măsurilor dispuse de Consiliu/instanța competentă în legătură cu procedurile de atribuire conform prevederilor Legii nr. 101/2016*”. Este recunoscută *in terminis* posibilitatea Consiliului sau a instanței de a se îndepărta de opinia exprimată de Agenție în aviz:

Art. 25. - (1) ANAP are obligația de a solicita în instanță, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, constatarea nulității absolute a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în cadrul căreia ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar

autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP; ANAP are calitate procesuală activă în litigiile privind constatarea nulității absolute a acestor contracte.

(2) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar **din deciziile pronunțate rezultă invalidarea în tot a constatărilor din avizul conform** condiționat respectiv, ANAP nu va ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta nefiind lovit de nulitate absolută pe motivul prevăzut la art. 14 alin. (8).

(3) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar **din deciziile pronunțate rezultă doar o invalidare parțială a constatărilor din avizul conform** condiționat respectiv, ANAP are obligația de a ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta fiind lovit de nulitate absolută cu privire la **constatările din avizul conform ce nu au fost invalidate** sau nu au făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată.

(4) ANAP va analiza decizia Consiliului sau a instanței de judecată pronunțată conform prevederilor alin. (2) și (3) și va decide dacă **din considerentele acesteia rezultă o invalidare totală sau parțială a constatărilor din avizul conform** condiționat emis, urmând a stabili dacă va ataca sau nu contractul potrivit prevederilor alin. (1) sau alin. (3).

Prin urmare, un aviz emis de Agenția Națională de Achiziții Publice nu are forță probatorie supremă în soluționarea contestației SC ..... SA și nici autoritate de lucru judecat în fața Consiliului, context în care apărarea găsită de autoritatea achizitoare nu poate fi validată drept motiv de respingere a contestației aflate pe rol.

Strategia națională în domeniul achizițiilor publice, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 901/2015 a consemnat că, „*o problemă specifică referitoare la regularitate este aceea de a detecta specificațiile tehnice orientate. Acest risc este în principal legat de un număr de sectoare cum ar fi IT sau de proceduri care implică o parte semnificativă de echipamente. Este recunoscut faptul că identificarea unor specificații fraudate poate fi destul de dificil de realizat, deoarece necesită o cunoaștere aprofundată a pieței în domeniul respectiv. Prin urmare, elementul principal de control în această privință rămâne piața în sine, prin mecanismul de contestații*.”

Intrând în cercetarea fondului cauzei, atenția organului administrativ-jurisdicțional este atrasă asupra faptului că ..... nu doar că nu combate acuzația că a preluat specificații tehnice aparținând unui anumit echipament, produs de Beckman Coulter, ci și recunoaște expres că a întocmit specificațiile tehnice din caietul de sarcini având la bază două variante de analizoare, de ultimă generație, de la doi producători diferiți, după cum urmează:

- Beckman Coulter, cu produsul Iricell 2000, constituit din două componente IQ200 Elite - analizor automat pentru sedimente și iChem Velocity - analizor automat pentru biochimie urinară;

- Sysmex, cu produsul UC-3500 - analizor complet automat de chimie urinară, în combinație cu UD-10 - sistem automat pentru analiza digitală imagine și UF-4000/UF-5000 - sistem automat pentru analiza sedimentului urinar.

În fapt, suntem în prezența unei veritabile mărturisiri din partea spitalului, asumată prin semnătura reprezentantului legal al său, care confirmă preluarea de specificații care particularizează produsele supuse licitării la cele fabricate de Beckman Coulter sau de Sysmex.

Potrivit Codului de procedură civilă, care se aplică în temeiul art. 68 din Legea nr. 101/2016, dar și al art. 20 alin. (1) din aceeași lege (Consiliul are dreptul de a solicita lămuriri părților, de a administra orice mijloace de probă permise de lege, din rândul cărora face parte și mărturisirea):

Art. 348. - (1) Constituie mărturisire recunoașterea de către una dintre părți, **din proprie inițiativă** sau în cadrul procedurii interogatoriului, **a unui fapt pe care partea adversă își întemeiază pretenția** sau, după caz, apărarea.

(2) Mărturisirea este judiciară sau extrajudiciară.

Art. 349. - (1) Mărturisirea judiciară **face deplină dovadă împotriva aceluia care a făcut-o**, fie personal, fie prin mandatar cu procură specială.

(2) Mărturisirea judiciară nu poate fi divizată împotriva autorului decât în cazurile când cuprinde fapte distincte și care nu au legătură între ele.

(3) De asemenea, **mărturisirea judiciară nu poate fi nici revocată**, afară numai dacă se face dovada că a fost urmarea unei erori de fapt scuzabile.

(4) Mărturisirea judiciară nu produce efecte dacă a fost făcută de o persoană lipsită de discernământ sau dacă duce la pierderea unui drept de care cel care face recunoașterea nu poate dispune.

Din parcurgerea tabelului care formează anexa nr. 2 (la punctul de vedere), fără număr și dată de înregistrare, fără numele emitentului și fără vreo semnătură de însușire/abrobare a lui, reiese că doar două modele de echipamente pot satisface cerințele aflate în dispută, respectiv cele fabricate de Beckman Coulter sau de Sysmex. Așadar, se confirmă obiecția reclamantei că licitația deschisă este direcționată către anumite firme, între care și Beckman Coulter.

Prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., spitalul beneficiar a inițiat o procedură de licitație deschisă, care, prin definiție, presupune dreptul oricărui operator economic de a depune ofertă (art. 71 din Legea nr. 98/2016), nu doar Beckman Coulter, Sysmex sau distribuitorii acestora.

Art. 155 alin. (6) din legea achizițiilor prescrie că 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, după cum judicios a remarcat și SC ..... SA.

Din parcurgerea volumului de documente transmise de autoritate Consiliului, acesta din urmă constată absența oricărei justificări obiective a restrângerii accesului la licitație doar la produsele aparținând Beckman Coulter sau Sysmex, prin preluarea în caietul de sarcini a unor parametri aparținând acestora, în detrimentul oricăror alte analizoare de biochimie urinară și de analizoare de sediment urinar, cum sunt cele fabricate de Siemens Healthcare Diagnostics Products GmbH, pe care dorește să le furnizeze reclamanta.

..... nu poate să asigure Beckman Coulter, Sysmex sau distribuitorilor acestora o poziție privilegiată, prin intermediul specificațiilor tehnice pe care le-a stabilit, întrucât ar nesocoti principiul accesului neîngrădit, care stă la baza procedurii de licitație deschisă. Prin derogare, pentru a se încadra în limitele legii, o licitație 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, quod non. 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 Beckman Coulter, Sysmex sau distribuitorii acestora. Nici în strategia de contractate nr. A23237/ 03.07..... și nici în alt document asumat prin semnătură de un responsabil al spitalului achizitor nu se explică de ce echipamentele celorlalți operatori economici de pe piața de profil nu corespund necesităților obiective ale spitalului, necesități care nu pot fi de ordin abstract și nici formulate la modul că se doresc analizoare de ultimă generație.

Desigur, determinarea oportunității unei anumite achiziții intră în atribuțiile beneficiarului – unitate spitalicească, căruia legislația în vigoare pe linie de achiziții publice îi atribuie statutul de autoritate contractantă, încadrată la art. 4 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Aceeași legislație nu statuează vreo interdicție pentru spitalele clinice regionale de urgență în a organiza proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractelor de achiziții publice/acordurilor-cadru, dacă situația este de asemenea natură [art. 68 lit. f), coroborat cu art. 104 din Legea nr. 98/2016], autoritatea contractantă fiind responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile [art. 1 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016].

După cum s-a punctat mai sus, unitatea achizitoare nu a argumentat (nici măcar succint) atât de iure, cât și de facto opțiunea sa de a cumpăra doar analizoarele Beckman Coulter sau Sysmex, din specificațiile cărora s-a inspirat la elaborarea caietului. Din cauze care nu au fost relevate Consiliului, ... nu și-a asumat răspunderea în stabilirea caracteristicilor echipamentelor care corespund propriilor necesități, cu excluderea gamei de analizoare aparținând altor producători (de ce nu se încadrează în necesitățile proprii definite de către beneficiarul achizitor). Regimul investiției publice într-un anumit tip de echipamente de analiză este exclusiv o problemă de oportunitate, de politică sanitară pe care spitalul în care funcționează laboratorul de analize este îndreptățit să o adopte în funcție de interesele superioare ale populației pe care le servește.

În privința specificațiilor tehnice, legislația achizițiilor publice cuprinde reglementări detaliate, care pornesc de la dreptul autorității contractante de a își asigura, prin intermediul achiziției, propriile necesități, pe care autoritatea este suverană a le stabili și în funcție de care impune anumite specificații, independent de eventuala opoziție a operatorilor economici.

Specificațiile tehnice sunt definite de Legea nr. 98/2016 ca fiind „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*”, iar, potrivit art. 35 alin. (10) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, „caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, *astfel încât să corespundă necesității autorității contractante*”. Caracteristicile de ordin tehnic pot să vizeze inclusiv tipurile de funcționalități și rezultate pe care le asigură echipamentele medicale de analiză urinară.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță/calitate, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității [art. 2 din normele precitate].

Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2004 din 12 decembrie 2016, a reținut că necesitatea sau oportunitatea unei anumite achiziții este stabilită de fiecare autoritate contractantă, în funcție de necesitățile obiective și particularitățile comunicate de compartimentele din cadrul său. Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură

tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității. Elocvente sunt și:

– decizia nr. 1280/CA din 3 decembrie 2008, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal:

Specificațiile tehnice se definesc astfel încât să corespundă, atunci când este posibil, necesităților/exigențelor oricărui utilizator, inclusiv ale persoanelor cu dizabilități. Specificațiile trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Prin caietul de sarcini autoritatea a impus, pentru subsistemul automat de control acces, dimensiuni fixe ale pilonului telescopic, respectiv înălțime 500 mm și diametru 200 mm. Contestatoarea a solicitat clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns arătând că dimensiunile pilonului trebuie să respecte întocmai prevederile caietului de sarcini.

Nici contestatoarea și nici Consiliul nu au arătat cum dimensiunea fixă a diametrului pilonului afectează accesul egal al participanților la procedură, în ce fel constituie o măsură restrictivă și de ce n-ar putea toți participanții să depună oferte adecvate acestei cerințe. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a justificat temeinic o atare prevedere.

În speță, greșit au fost aplicate dispozițiile art. 35 alin. (5) din ordonanță, cerințele autorității fiind impuse de necesitatea integrării noilor lucrări în zona centrului istoric al municipiului și pe amplasamentul pilonilor culisanți existenți. Prin urmare, instanța apreciază că prevederile caietului de sarcini nu afectează accesul egal al operatorilor la procedură.

– decizia nr. 843 din 16 octombrie 2009, Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 2762 din 11 decembrie 2008 (autoritatea este singura în măsură să decidă asupra nevoilor sale și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici), nr. 285 din 2 februarie 2009 (prin faptul că autoritatea a descris produsul care corespunde necesităților sale nu s-au încălcat prevederile ordonanței) și nr. 3094 din 12 iulie 2013 (impunerea caracteristicilor tehnice ale echipamentelor supuse achiziției reprezintă o chestiune de oportunitate, față de care autoritatea are o marjă largă de apreciere. Actul autorității se bucură de prezumția de legalitate și, cât timp nu s-au adus probe din care să rezulte că cerințele impuse sunt vădit nejustificate, instanța nu le poate modifica), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 2279/CA/2011-R din 10 noiembrie 2011 (necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă), Curtea de Apel Oradea, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal.

Cenzurarea sau modificarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 155 alin. (6) – „*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 cea a art. 156 alin. (2) din lege – „*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*".

În speță, seria de caracteristici contestate, reproduse la pag. 12 și 13 de mai sus, reprezintă specificații tehnice cu rol în acoperirea necesităților Spitalului Universitar de Urgență Militar Central „Dr. Carol Davila", singurul decident și responsabil de gama de analize medicale care urmează a se efectua la nivelul propriului laborator. Însă, după cum s-a constatat, în actele care au stat la baza inițierii licitației, autoritatea nu a justificat în detaliu motivele pentru care a impus setul de cerințe în discuție, justificare pe care Consiliul să o poată verifica din perspectivele pertinenței și credibilității, în raport cu circumstanțele obiective de la nivelul nevoilor spitalului.

Nu poate fi tăgăduit că, nu doar în cazul analizelor urologice, rezultatul trebuie să acopere o sferă cât mai mare de parametri/ determinări, acestea fiind doar unul dintre elementele calculului de oportunitate, însă reducerea drastică a echipamentelor eligibile la licitație și, implicit, a accesului operatorilor economici, trebuie susținută de justificări și recomandări din partea unor specialiști ai spitalului sau ai forurilor medicale. Această ipoteză, a justificării temeinice, ar permite concluzia că spitalul achizitor nu acționează cu rea-credință, pentru a denatura concurența sau pentru a discrimina produsele altor companii din sectorul medical.

Impunerea unui număr cât mai mare de determinări se încadrează în marja de specificații tehnice la care este îndrituită unitatea achizitoare, alături de alte specificații. Totuși, cerințele, îndeobște dacă au drept efect îngustarea severă a plajei de potențiali furnizori, pentru a fi acceptate, trebuie să beneficieze de un fundament medical credibil, detaliat pe potrivă și asumat de responsabilii autorității contractante. Altminteri se consideră că, prin specificațiile sale tehnice, achiziția are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici (este direcționată), ceea ce contravine imperativului art. 155 alin. (6) precitat.

Trebuie amintit că, potrivit articolului 2 din Directiva 2004/18, care prevede principiile de atribuire a contractelor, autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței. Aceste principii au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare. Astfel, articolul 23 alineatul (2) și alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/18 și ultima teză a considerentului (29) al acestei directive subliniază că specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței în ceea ce privește lansarea procedurilor de achiziții publice, că acestea trebuie să fie suficient de exacte pentru ca ofertanții să poată determina obiectul contractului și pentru ca autoritățile contractante să poată atribui contractul și că trebuie menționate în mod clar, astfel încât toți ofertanții să știe la ce se referă criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Articolul 23 alineatul (6) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în special în lumina acestor considerații. - Hotărârea Curții Europene de Justiție din 10 mai 2012, cauza C-368/10, Comisia Europeană împotriva Regatului Țărilor de Jos, pct. 62. Aceeași directivă prevedea și că: *„Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită exercitarea concurenței în domeniul achizițiilor publice. În acest scop, trebuie să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea de soluții tehnice. Prin urmare, pe de o parte, specificațiile tehnice trebuie să poată fi stabilite în termeni de performanță și cerințe funcționale, și, pe de altă parte, în cazul în care se face trimitere la standardul european – sau, dacă un astfel de standard nu există, la standardul național – autoritățile contractante trebuie să ia în considerare și ofertele bazate pe alte soluții echivalente*."

„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." – stabilește și ultima directivă privind achizițiile publice, din 2014, mergând pe linia de gândire a celei precedente.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), că „*unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer Rundfunk și alții [C- 337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C- 538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurența cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat*".

Directiva 89/665 are drept obiectiv să asigure aplicarea efectivă a normelor privind atribuirea contractelor de achiziții publice, garantând existența în toate statele membre a unor căi de atac eficiente și rapide. Prin modificarea introdusă prin Directiva 2007/66, legiuitorul Uniunii a intenționat să îmbunătățească eficiența acestor proceduri prin consolidarea garanțiilor de transparență și de nediscriminare. Din această perspectivă, acesta a introdus, la articolul 2d din Directiva 89/665, sancțiuni menite să fie eficace și descurajante, astfel încât să garanteze o protecție jurisdicțională efectivă a ofertanților potențiali și a operatorilor economici prejudiciați și să combată cazurile cele mai grave de

nerespectare a dreptului în domeniul achizițiilor publice, și anume atribuirea directă ilegală a contractelor de achiziții publice. – a se vedea Hotărârea din 11 septembrie 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punctul 43).

Problema ridicată de contestatoare este una atât „de principiu", cât și cu implicații practice, concrete, respectiv dacă o autoritate contractantă poate impune prin caietul de sarcini o anumită tehnologie sau un anumit produs, în detrimentul celorlalte tehnologii sau produse, eventual nu atât de moderne, însă cu performanțe care i-ar acoperi la fel de bine necesitățile. Problema, delicată mai mult prin consecințele sale greu de anticipat și depășit, comportă în primul rând o discuție la nivel micro, pe elemente componente ale obiectului achiziției, care, în mod indispensabil, trebuie să transpună necesitățile obiective ale entității achizitoare. Ar fi și absurd ca acesteia să i se refuze dobândirea unui produs avansat tehnologic, dacă doar el îi satisface toate necesitățile, mai cu seamă că ne situăm pe un tărâm constant up-datat, al medicinii umane, unde alinierea la progresul tehnologic poate fi determinant în supraviețuire.

Întrucât autoritatea contractantă nu a prezentat Consiliului documente și argumente relevante care să îi acorde dreptul de a interzice acceptarea de echipamente diferite, însă corespunzătoare nevoilor sale, prin limitarea în dezbatere, autoritatea a încălcat în mod grav și prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) - principiile nediscriminării și tratamentului egal. 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 echipamentele Beckman Coulter și Sysmex, în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Spus altfel, caietul de sarcini este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică anumite soluții tehnice, permise de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte. Desigur, după cum s-a evidențiat, dacă autoritatea ar fi justificat în mod obiectiv, cu argumente tehnice solide, excluderea celorlalte soluții constructive, soarta prezentului litigiu putea fi alta. Dincolo de exprimarea de la art. 156 alin. (2) din legea achizițiilor publice, redat mai sus, specificațiile tehnice pot conduce către un anumit producător și indirect, adică fără a prelua denumirea lui.

Nu trebuie scăpat din vedere că, luând în considerare, printre altele, valoarea ridicată a acordului-cadru și piața de nișă pentru obiectul licitației, aceasta din urmă poate genera un interes în obținerea acordului-cadru din partea întreprinderilor situate într-un alt stat membru (interes transfrontalier), unele dintre ele producătoare de analizoare recente și performante, dar cu alte

caracteristici. Valoarea acordului-cadru ce face obiectul licitației atinge pragul de aplicare a directivelor prin care legiuitorul comunitar a reglementat domeniul achizițiilor publice, iar acordul respectiv intră, așadar, în domeniul de aplicare al acestor directive, autoritatea fiind obligată să respecte și principiile generale ale dreptului european. Aceste principii nu pot fi indiferente autorității contractante, cu precădere în atribuirea unui acord-cadru de 5.500.000 lei, fără TVA, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecințele fiind deosebit de grave, repercusiunile putând depăși chiar spațiul național. Deschiderea procedurilor de atribuire pentru alți potențiali ofertanți poate asigura autorităților contractante mai multe oferte (și, astfel, mai multe opțiuni referitoare atât la calitate, cât și la preț) și ar trebui să încurajeze operatorii interesați de atribuire să fie mai economici și mai eficienți.

Încălcarea regulilor de elaborare a specificațiilor tehnice, cum s-a constatat mai sus, este calificată de legiuitor în categoria contravențiilor [art. 224 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016], sancționabilă de persoane împuternicite în acest scop de Curtea de Conturi a României cu amendă de la 5.000 la 30.000 lei.

Raportat la ansamblul celor reținute în paginile de mai sus, trebuie să se răspundă la contestația SC ..... SA în sensul admiterii capătului de cerere de anulare a licitației pentru lotul 2 - reactivi și materiale consumabile pentru analiza urinei, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, întrucât nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire (nu se poate dispune autorității elaborarea altui caiet de sarcini – care să nu aducă atingere prevederilor legale în vigoare – sau justificarea ex post a actualelor specificații tehnice). Vizavi de celelalte capete de cerere, raportat la soluția pronunțată anterior, ele urmează a fi respinse ca rămase fără obiect.

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

Admite, în parte, contestația SC ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., și anulează procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare reactivi și materiale consumabile pentru analiza urinei (lotul 2), cod CPV 33696500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 15.10.....

Respinge, ca rămase fără obiect, celelalte capete de cerere din contestație.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și patru de pagini.