



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. 2168/C3/2375

Data: 02.12.2019

Prin contestația nr. 5/2977/05.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 44861/06.11.2019, înaintată de SRL, cu sediul social în București, str., nr....., sector, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului București sub nr....., având CUI, reprezentată legal prin Director General, și convențional de, cu sediul procesual ales în, formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str....., nr. 3-5, județul, în procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect "Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preatalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator", inițiată prin anunțul de participare nr. CN1016286, publicat în SEAP la 26.10.2019, s-a solicitat:

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

Prin contestația nr. 5/2977/05.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 44861/06.11.2019, înaintată de SRL, formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de SPITALUL JUDEȚEAN DE URGENȚĂ, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect "Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preatalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator", s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea invocă nelegalitatea documentației de atribuire, criticând următoarele:

- modalitatea specială de atribuire a acordului-cadru a fost utilizată impropriu.

În acest sens, contestatoarea arată că, potrivit anunțului de participare și fișei de date a achiziției, obiectul contractului ce urmează a se atribui are o durată de derulare de 48 de luni care permite autorității contractante să beneficieze de Linia Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator, fără să dobândească proprietatea acesteia.

Pentru a beneficia de aceste echipamente medicale, aceasta a înțeles să inițieze o procedură de atribuire a unui acord-cadru, estimând că va atribui: „între 1 și 12 contracte subsecvente/an. Frecvența acestora va fi stabilită în funcție de necesitățile autorității contractante și de existența resurselor financiare alocate cu această destinație”.

În opinia contestatoarei, acordul-cadru este reglementat, atât la nivel european, cât și în legislația națională, ca modalitate specială de atribuire a contractului de achiziție publică.

În acest sens, arată că, la data de 10.10.2018, ANAP a publicat Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru, prin care a înștiințat autoritățile, printre altele, că nu este oportun a fi aplicat acordul-cadru în următoarele situații: „... pentru achiziția de lucrări, servicii și produse a căror cantitate și frecvență este redată de categoria de cheltuieli din care este decontată, având în vedere că utilizarea acestei categorii are un caracter clar, precis și limitat determinat de autorizările bugetare, în cauză; Exemple: autobuze, autoutilitare, echipamente și aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate ...”.

Or, Linia Automată de Prelucrare, Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator (Linia automată), reprezintă un „echipament/aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate”, astfel încât aceasta nu ar putea fi achiziționată prin intermediul unui acord cadru deoarece, prin această metodă de achiziție, se denaturează abuziv libera concurență.

Pentru motivele expuse mai sus, contestatoarea apreciază că modalitatea de atribuire a fost impropriu utilizată, de către autoritatea contractantă, iar acest viciu nu poate fi remediat decât prin anularea procedurii.

- din prevederile documentației de atribuire, nu poate fi clar determinat prețul contractului.

În acest sens, se susține că nu sunt prevăzute minime informații din care ar putea fi determinat prețul „în regim de plată per analiză”, iar prețul unei analize reprezintă o valoare absolută constantă doar în condițiile în care autoritatea contractantă lucrează toate testele licitate în cantitățile solicitate.

Totodată, arată că, în caietul de sarcini:

- nu se face referire la o rată a repetărilor unor teste în conformitate cu profilul spitalului;

- nu se face referire la unitatea de măsură ce va fi folosită în cadrul comenzilor lansate către furnizor;
- nu se face nicio referire la o eventuală procedură de regularizare care să mențină un echilibru între numărul de kituri consumate și numărul de teste/analize plătite;
- nu sunt prevăzute informații cu privire la modul de comandă către furnizor și unitatea de măsură folosită (teste, kit-uri, etc.); peste tot se face referire la un grafic de livrare al produselor, dar acesta este dependent de ritmul de lucru al autorității și ar trebui să fie corelat cu asumarea unor obligații și din partea acesteia;
- nu există informații cu privire la gestionarea și managementul stocurilor, aceste informații fiind esențiale pentru determinarea prețului contractului;
- nu sunt prevăzute minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei.
- încălcarea principiului proporționalității la definirea specificațiilor caietului de sarcini, rezultând specificații tehnice disproporționate și restrictive.

În susținerea acestui aspect, contestatoarea invocă Decizia Curții Europene de Justiție din cauza C-413/17.

În concret, contestatoarea indică următoarele cerințe, care, în opinia sa, sunt disproporționate și restrictive:

- "Linia trebuie să fie de tip deschis. Ofertantul câștigător nu va avea dreptul să perceapă niciun fel de taxă sau să ridice niciun fel de excepție/interdicție de conectare ulterioară a analizatoarelor de la diferiți producători, pe diferite domenii atâta vreme cât linia este pusă la dispoziția achizitorului în regim de plată per analiză efectuată", contestatoarea consideră că, prin această cerință, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a atașa la linie, ulterior, analizoare concurente, fără ca furnizorii acestora să aibă vreo cheltuială cu linia, deci, pe cheltuiala furnizorului din actuala procedură, această cerință inducând ideea că ofertantul declarat câștigător va avea și câștig de cauză ulterior, într-o posibilă extindere.

Opinia contestatoarei, în acest sens, este că cerința ar fi abuzivă, iar în contextul în care s-ar aprecia că a fost utilizat, în mod legal, acordul-cadru, ca modalitate specială de atribuire, natura acestuia este să oblige autoritatea contractantă la achiziționarea produselor ce fac obiectul acestuia doar de la operatorii economici semnatori ai acordului-cadru;

- "Pentru eliminarea cheltuielilor cu tuburi de eșantionare și a timpului necesar eșantionării, sistemul trebuie să ofere posibilitatea efectuării tuturor analizelor direct din tuburi primare, echilibrând volumul de lucru între analizoarele conectate", susține că este disproporționată, deoarece modalitatea în care se echilibrează lucrul sau modul în care se pipetează nu influențează rezultatul. Există soluții care eficientizează cheltuielile în moduri diferite (ex. împărțirea probei în analizator cu eliberarea rapidă a tubului pentru alt analizor), astfel încât impunerea unei anumite tehnologii pentru echilibrarea volumului de lucru este nejustificată și, prin urmare, disproporționată și restrictivă;

- "Pentru asigurarea unui flux adecvat de lucru și back-up, sistemul de automatizare trebuie să conțină 2 centrifugi cu refrigerare, cu o capacitate cumulată de minim 150 de probe. Încărcarea și descărcarea probelor se face automat, fără intervenția operatorului, putându-se gestiona și probe urgente. Sistemul să aibă funcție de auto-echilibrare. Să fie posibilă programarea duratei ciclului de încărcare a unui lot de probe, a vitezei de centrifugare între 2000-4000 rpm și a timpului de centrifugare 5-15 min", contestatoarea o apreciază ca fiind una restrictivă și ambiguă, care nu reflectă nicio necesitate obiectivă a autorității contractante;

- "Soft integrat de management", în opinia contestatoarei, această cerință nu urmărește satisfacerea unei necesități obiective, ci reprezintă un exces de descriere a specificațiilor funcționale, de natură a restricționa nejustificat participarea la procedură;

- "Sistemul trebuie să permită încărcările automate și de la distanță de programe informatice, prospecte, documentație și fișiere privind testările", este apreciată ca fiind restrictivă, având în vedere faptul că autoritatea contractantă solicită ca suportul tehnic și științific să fie asigurat de către furnizor, iar reprezentanții furnizorului să petreacă 8 ore/zi în laborator în primele luni, și să fie prezenți în locație la 3 ore de la solicitare;

- "Având în vedere faptul că repartiția probelor nu este uniformă pe parcursul zilei, existând vârf între orele 10-13, precum și capacitatea actuală de lucru a laboratorului (2 aparate a 800 teste fotometrice/oră plus 2 aparate a 400 teste fotometrice/oră și un aparat de imunologie de 200 teste/oră), pentru asigurarea cel puțin a acestei capacități, a back-upului, a situațiilor în care un aparat se defectează sau este în revizie periodică, precum și pentru eficientizarea sistemului, sistemul complet automat pentru determinarea testelor de biochimie și imunologie să conțină: sistem integrat de imuno-chimie cu ioni – 1 aparat (min. 800 teste fotometrice/oră, respectiv min. 200 teste/oră) plus sistem de biochimie cu ioni – 2 aparate identice a min. 800 teste fotometrice/oră sau sistem de biochimie cu ioni – 3 aparate identice a min. 800 teste fotometrice/oră plus un aparat de imunologie a min. 200 teste/oră", contestatoarea susține că autoritatea stabilește cerințe disproporționate față de necesitățile sale obiective, impunând o anumită configurație fixă a echipamentelor medicale ce formează Linia automată. Or, sistemul poate fi configurat cu mai multe analizoare de imunologie sau cu mai puține analizoare de chimie, dacă rata de procesare a acestora satisface atât nevoia de procesare a testelor cât și restricțiile de spațiu.

- "... încă unui modul de biochimie sau imunologie sau înlocuirea cu module de capacitate mai mare (care să funcționeze cu aceiași reactivi ca și cele existente) fără a aduce modificări adiționale la sistemul propriu zis de automatizare (ex. prelungirea liniei). Se va demonstra această posibilitate pe planul spațiului. Dacă se va dovedi că această configurație nu satisface cerințele laboratorului, în sensul existenței unei diferențe semnificative între capacitatea reală de lucru a aparatelor și cea teoretică declarată, furnizorul va efectua aceste upgraduri fără costuri suplimentare pentru laborator", menționează că este disproporționată, prin faptul că

face referire la modificări ce pot fi costisitoare, fără ca aceste costuri să poată fi anticipate la formularea ofertei financiare;

- „sistem integrat de imuno-chimie cu ioni – 1 aparat (min. 800 teste fotometrice/oră, respectiv min. 200 teste/oră), plus sistem de biochimie cu ioni – 2 aparate identice a min 800 teste fotometrice/oră sau sistem de biochimie cu ioni – 3 aparate identice a min. 800 teste fotometrice/oră plus un aparat de imunologie a min. 200 teste/oră”, opinia contestatoarei este că autoritatea contractantă ar fi trebuit să definească nevoile de procesare a unui număr de pacienți, în condițiile folosirii liniei și nu individual, pe fiecare analizor cu un număr prestabilit de analizoare, astfel încât ofertanții să poată propună configurațiile proprii, formate din unul sau mai multe echipamente pentru satisfacerea necesităților obiectiv definite în caietul de sarcini;

- „sistem integrat de imuno - chimie cu ioni plus 2 aparate de biochimie cu ioni, identice între ele, 3 aparate de biochimie cu ioni, identice între ele plus 1 aparat de imunologie”, este cerință disproporționată și restrictivă, contestatoarea raportându-se la restricțiile impuse cu privire la componența, configurația și soluțiile constructive ale Liniei automate;

- „Capacitate stocare a reactivilor și controalelor la bordul aparatului, la temperatura indicată de producător. Păstrarea la bordul aparatelor de biochimie, în caruselul de refrigerare a controalelor cu posibilitatea programării rulării acestora în mod automat, fără intervenția/prezența operatorului, astfel încât să se respecte prevederile Ordinului nr. 1301/2007 privind rularea controalelor interne de calitate la interval de 8 ore. Posibilitatea introducerii controlului în modul stat rulare imediată și înregistrare în mod QC, pentru respectarea programului de control/8 ore”, este criticată prin prisma prevederilor Ordinului nr. 1301/2007 în ceea ce privește rularea controalelor interne de calitate la interval de 8 ore care sunt respectate și de alte soluții care nu impun păstrarea la bord;

- „Reactivi, controale și calibratori, gata de utilizare (pentru a evita erorile de reconstituire și cheltuielile ocazionate cu achiziționarea și etalonarea pipetelor), marcați cu cod de bară bidimensional”, contestatoarea precizează că, personalul din laborator nu este unul neavizat și își asumă niște responsabilități în utilizarea instrumentelor (fie că sunt analizoare sau pipete cu care să prepare soluții, dacă este cazul), astfel încât erorile de reconstituire ar trebui să fie eliminate dacă laboratorul funcționează la standardele impuse de autoritățile din România, iar în acest context, cerința este disproporționată și restrictivă, prin impunerea unei modalități de asigurare a stabilității la bord a reactivilor solicitați prin caietul de sarcini;

- „Monitorizare permanentă a statusului testelor și a probelor în lista de lucru. Înregistrarea etapelor de întreținere a analizorului prin software, cu posibilitate de printare (...) Posibilitatea de monitorizare și diagnoză la distanță (prin internet) cu posibilitatea de configurări și intervenții tehnice preventive garantând funcționarea continuă a aparatului”, întrucât se solicită ca suportul tehnic să fie asigurat de către furnizor, solicitarea monitorizării și a diagnozei de la distanță este o cerință excesivă;

- încălcarea principiului proporționalității, la definirea condițiilor minime aplicabile ofertelor alternative ce pot fi depuse în procedură.

În acest sens, contestatoarea precizează că, deși e oportună și legală intenția autorității contractante de a permite depunerea de oferte alternative, modalitatea în care aceasta a înțeles să condiționeze ofertele alternative este de natură să invalideze acest demers, făcându-l, cel puțin, dificil, dacă nu imposibil.

Pentru toate aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestor condiții restrictive privind depunerea de oferte alternative, întrucât, în realitate, nu poate fi ofertată o soluție alternativă, deoarece nu se încadrează în condițiile minime stabilite.

În replică, prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46012/12.11.2019, autoritatea contractantă a depus la dosarul cauzei punctul de vedere referitor la contestația promovată de către SRL, prin care solicită respingerea ei, ca nefondată și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Cu privire la modalitatea de atribuire, prin acord-cadru, în opinia autorității contractante, susținerile contestatoarei sunt nefondate. Acordul-cadru este potrivit să se atribuiască în situația în care autoritatea contractantă nu deține informații certe cu privire la cantitatea totală ce urmează să fie achiziționată, condiția esențială fiind ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia.

Așadar, în opinia autorității contractante, condiția esențială, pentru încheierea unui acord-cadru, este reprezentată de împrejurarea că, la momentul demarării procedurii de achiziție, aceasta nu cunoaște, cu exactitate, cantitatea totală de produse/lucrări/servicii ce urmează a fi achiziționate. Raportat la imposibilitatea determinării cantităților, este cert că acordul-cadru reprezintă singura modalitate legală în care se putea achiziționa acest tip de produse. Autoritatea precizează că nu achiziționează "echipamente și aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate", ci produsul achiziționat este analiza medicală, linia de producție fiind furnizată cu titlu accesoriu și exclusiv pe perioada de valabilitate a acordului cadru.

Mai precizează autoritatea contractantă că este lipsită de relevanță anticiparea perioadei în care se va utiliza linia automată de prelucrare a analizelor, însă ceea ce prezintă relevanță este posibilitatea de cunoaștere a numărului exact de analize medicale ce urmează a fi efectuat în perioada de valabilitate a contractului, lucru care, în mod evident, nu poate fi determinat cu exactitate, ci doar estimat, de unde și necesitatea de încheiere a unui acord-cadru și nu a unui contract de achiziție publică.

Cu privire la determinarea prețului contractului, precizează că prețul total se va determina prin înmulțirea prețului unitar ofertat, cu cantitățile estimate de autoritatea contractantă, pentru fiecare tip de analiză specifică. În acest sens, în cuprinsul caietului de sarcini se regăsesc

instrucțiuni clare pentru ofertanți, și anume: "Se va calcula costul/analiza incluzând toți reactivii și consumabilele necesare, în funcție de regimul de lucru menționat și se va factura lunar numărul de teste consumate, inclusiv pentru repetări, calibrări, controale. Se va face calculul costurilor/pachet de analize pe o perioadă de 4 ani".

În opinia autorității, contrar susținerilor contestatoarei, modalitatea de ofertare a prețului este prevăzută în cuprinsul documentației de atribuire. În plus, contestatoarea nu indică niciun motiv de nelegalitate a prevederilor documentației, sub acest aspect.

Referitor la specificațiile tehnice din caietul de sarcini, autoritatea contractantă precizează că a întocmit documentația de atribuire în așa fel încât să asigure un acces cât mai larg operatorilor economici de pe piață, cerințele caietului de sarcini și specificațiile tehnice fiind întocmite în așa fel încât participarea la procedura să nu fie restricționată.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă contraargumentele sale față de cerințele contestate:

- „Linia trebuie să fie de tip deschis. Ofertantul câștigător nu va avea dreptul să perceapă niciun fel de taxă sau să ridice niciun fel de excepție/interdicție de conectare ulterioară a analizoarelor de la diferiți producători, pe diferite domenii atâta vreme cât linia este pusă la dispoziția achizitorului în regim de plată per analiză efectuată”, se învederează că această critică a rămas fără obiect întrucât a fost remediată prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 24041/b/11.11.2019, publicat în sistemul electronic în data de 11.11.2019, ora 11:50, fiind reformulată astfel: „Linia trebuie să fie de tip deschis, să permită conectarea ulterioară a analizoarelor de la diferiți producători, pe diferite domenii. Ofertanții vor depune o listă cu analizoarele care se pot conecta la linie”;

- „Pentru eliminarea cheltuielilor cu tuburi de eșantionare și a timpului necesar eșantionării, sistemul trebuie să ofere posibilitatea efectuării tuturor analizelor direct din tuburi primare, echilibrând volumul de lucru între analizoarele conectate”, autoritatea contractantă precizează faptul că această cerință a fost menținută prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 24041/b/11.11.2019, cu următoarea argumentare: „Se menține cerința de efectuare a analizelor din tuburile primare, aceasta însemnând eliminarea cheltuielilor cu tuburile de eșantionare și reducerea volumului reziduurilor solide infecțioase, a căror neutralizare este însoțită de costuri. De altfel, această cerință este acceptată de ofertant atunci când este vorba că, în cazul defectării liniei, aparatele să poată prelucra individual tuburi primare de recoltare”;

- „Pentru asigurarea unui flux adecvat de lucru și back-up, sistemul de automatizare trebuie să conțină 2 centrifugi cu refrigerare, cu o capacitate cumulată de minim 150 de probe. Încărcarea și descărcarea probelor se face automat, fără intervenția operatorului, putându-se gestiona și probe urgente. Sistemul să aibă funcție de auto-echilibrare. Să fie posibilă programarea duratei ciclului de încărcare a unui lot de probe, a vitezei de centrifugare între 2000–4000 rpm și a timpului de centrifugare 5-15 min.”, autoritatea contractantă arată că dorește o îmbunătățire a întregului flux

de lucru, în care timpul de eliberare al rezultatului este doar o componentă, pe lângă standardizarea procesului care duce spre eficientizare. În acest sens, este necesară definirea unui număr minim de tuburi ce pot fi centrifugate deodată pentru a asigura o capacitate de procesare adecvată în cazul sosirii unui număr ridicat de probe, în același timp, indiferent de standardele diferite de centrifugare în funcție de testele solicitate (coagulare, serologie, serologie specială);

- "Soft integrat de management", autoritatea susține că obiecția este neîntemeiată, având în vedere faptul că sistemul automat include analizoare, centrifugi, module de preanalitic și postanalitic și un sistem de transport, și menționează că, soluția software de management se dorește a fi un element cât mai complet, care să integreze cât mai multe unități de diagnostic din laborator. Cerința are ca principal scop asigurarea că furnizorul are capacitatea de a furniza, pe lângă linia de automatizare, și o soluție IT care să guverneze ansamblul tehnic propriu zis. Sistemul trebuie să furnizeze aceste informații atât pentru probele de rutină, cât și pentru cele prelucrate în urgență. Un soft de management, capabil să integreze sub aceeași umbrelă/management cât mai multe aparate, reprezintă un deziderat și un avantaj evident pentru managementul unui laborator clinic de diagnostic modern;

- "Sistemul trebuie să permită încărcările automate și de la distanță de programe informatice, prospecte, documentație și fișiere privind testările", autoritatea contractantă arată că dorește automatizarea activității din laborator în toate (sau cât mai multe) din aspectele ei. Standardele moderne ale laboratorului clinic de diagnostic includ această capacitate de încărcare de la distanță de programe informatice, prospecte, documentație și fișiere privind testările. Prin această cerință, se dorește minimizarea intervenției umane în realizarea unor pași care pot fi ușor automatizați. De asemenea, prin încărcarea automată de la distanță, operatorul va avea tot timpul ultima versiune de aplicație/inser/ fișă valori, fără să mai încarce manual aceste date, astfel se reduce la minimum riscul de eroare umană asociat cu introducerea manuală de date;

- "Având în vedere faptul că repartiția probelor nu este uniformă pe parcursul zilei, existând vârf între orele 10-13, precum și capacitatea actuală de lucru a laboratorului (2 aparate a 800 teste fotometrice/oră plus 2 aparate a 400 teste fotometrice/oră și un aparat de imunologie de 200 teste/oră), pentru asigurarea cel puțin a acestei capacități, a back-upului, a situațiilor în care un aparat se defectează sau este în revizie periodică, precum și pentru eficientizarea sistemului, sistemul complet automat pentru determinarea testelor de biochimie și imunologie să conțină: sistem integrat de imuno-chimie cu ioni – 1 aparat (min. 800 teste fotometrice/oră, respectiv min. 200 teste/oră) plus sistem de biochimie cu ioni – 2 aparate identice a min. 800 teste fotometrice/oră sau sistem de biochimie cu ioni – 3 aparate identice a min. 800 teste fotometrice/oră plus un aparat de imunologie a min. 200 teste/oră", autoritatea precizează că, obiecția este nefondată și formulată cu rea-intenție, afirmându-se că se impune "o anumită configurație fixă" când se oferă posibilitatea de alegere între 2 configurații, tocmai pentru a oferi flexibilitate în oferirea soluției

tehnice. Componenta și configurația liniei, în ceea ce privește numărul și tipul de analizoare, este în strânsă legătură cu necesitatea îndeplinirii standardelor de performanță care includ: un număr total minim de teste pe oră de procesat, existența obligatorie a unui back-up și distribuirea corectă a tipurilor de teste pe fiecare modul în parte. Se are în vedere și faptul că aparatele necesită revizii periodice, ceea ce înseamnă scoaterea lor din funcție, sau pot suferi defecțiuni a căror remediere poate dura uneori zile sau săptămâni, fapt care poate fi certificat prin experiența laboratorului. În aceste condiții, ținând cont de profilul de urgență al spitalului, nu poate fi acceptată configurarea liniei cu 2 aparate, aceasta presupunând că, în anumite situații, ar fi funcțional un singur aparat;

- "... încă unui modul de biochimie sau imunologie sau înlocuirea cu module de capacitate mai mare (care să funcționeze cu aceiași reactivi ca și cele existente) fără a aduce modificări adiționale la sistemul propriu zis de automatizare (ex. prelungirea liniei). Se va demonstra această posibilitate pe planul spațiului. Dacă se va dovedi că această configurație nu satisface cerințele laboratorului, în sensul existenței unei diferențe semnificative între capacitatea reală de lucru a aparatelor și cea teoretică declarată, furnizorul va efectua aceste upgraduri fără costuri suplimentare pentru laborator", precizează că, în caietul de sarcini, se menționează clar că, dacă se va dovedi că această configurație nu satisface cerințele laboratorului, în sensul existenței unei diferențe semnificative, între capacitatea reală de lucru a aparatelor și cea teoretică declarată, furnizorul va efectua aceste upgraduri, fără costuri suplimentare pentru laborator. Cerința urmărește asigurarea autorității contractante de buna credință a ofertanților, în sensul declarării capacității de lucru reale a aparatelor. În concluzie, dacă declararea capacității de lucru a aparatelor este reală și satisface cerința din caietul de sarcini, ofertantul nu se va afla sub incidența acestei cerințe, deci contestarea ei este inutilă;

- "sistem integrat de imuno-chimie cu ioni – 1 aparat (min. 800 teste fotometrice/oră, respectiv min. 200 teste/ oră) plus sistem de biochimie cu ioni – 2 aparate identice a min 800 teste fotometrice/oră sau sistem de biochimie cu ioni – 3 aparate identice a min. 800 teste fotometrice/oră plus un aparat de imunologie a min. 200 teste/oră", precizează că a fost menținută prin răspunsul nr. 24041/b/11.11.2019, respingând cererea de modificare, adresată de un operator economic, cu următoarea argumentație: "Nu se pot accepta 2 aparate cu 600 teste/oră deoarece aceasta reduce capacitatea de lucru la 1/2 din cea solicitată, iar în cazul nefuncționării unui aparat, la 1/4. Având în vedere că, între orele 11-13, în laborator sosesc 450-500 probe, considerând o medie de numai 5 teste/tub se ajunge la necesitatea solicitată";

- "sistem integrat de imuno - chimie cu ioni plus 2 aparate de biochimie cu ioni, identice între ele ... 3 aparate de biochimie cu ioni, identice între ele plus 1 aparat de imunologie", precizează că, și această cerință, a fost menținută prin răspunsul nr. 24041/b/11.11.2019, respingând propunerea de modificare adresată de un operator economic cu argumentația de mai sus;

- "Capacitate stocare a reactivilor și controalelor la bordul aparatului, la temperatura indicată de producător. Păstrarea la bordul aparatelor de biochimie, în caruselul de refrigerare a controalelor cu posibilitatea programării rulării acestora în mod automat, fără intervenția/prezența operatorului, astfel încât să se respecte prevederile Ordinului nr. 1301/2007 privind rularea controalelor interne de calitate la interval de 8 ore. Posibilitatea introducerii controlului în modul stat rulare imediată și înregistrare în mod QC, pentru respectarea programului de control/8 ore", autoritatea contractantă menționează că, stocarea controalelor la bordul aparatului este o caracteristică modernă pe care o au mai mulți producători la aparatele de ultimă generație. Autoritatea contractantă dorește atingerea celor mai înalte standarde de performanță iar această capacitate de stocare aduce cu sine multe avantaje printre care: ușurarea lucrului pentru operator, creșterea eficienței prin rularea automată și programată a controalelor, fără intervenție umană, reducerea timpului de procesare a probelor, reducerea riscului de erori etc;

- "Reactivi, controale și calibratori, gata de utilizare (pentru a evita erorile de reconstituire și cheltuielile ocazionate cu achiziționarea și etalonarea pipetelor), marcați cu cod de bară bidimensional", precizează că, reactivii, calibratorii și controalele gata de utilizare aduc, în mod clar și dovedit, beneficii reale utilizatorului. Printre acestea ar fi: minimizarea riscului de erori umane, scăderea timpului de eliberare al rezultatelor, evitarea de costuri suplimentare prin consumabile adiționale - pipete etalonate, vârfuri de pipetare, recipiente, etc, variabilitate de la un flacon la altul (erori de reconstituire);

- "Monitorizare permanentă a statusului testelor și a probelor în lista de lucru. Înregistrarea etapelor de întreținere a analizorului prin software, cu posibilitatea de printare ... Posibilitatea de monitorizare și diagnoză la distanță (prin internet) cu posibilitatea de configurări și intervenții tehnice preventive garantând funcționarea continuă a aparatului", menționează că, monitorizarea și diagnoza, la distanță, prezintă multe avantaje pentru utilizator, deoarece permite accesul rapid și în timp real al inginerilor de service pentru anumite reparații sau ajustări care ar fi necesare. De asemenea, scopul acestei monitorizări este și unul preventiv, în sensul în care sistemele moderne de monitorizare și diagnoză au capacitatea de a colecta date primite de la aparat și de a elabora algoritmi de calcul al riscurilor de apariție a unor defecțiuni și de a interveni înainte ca acestea să apară și să perturbe activitatea în laborator. În opinia autorității contractante, accentul se pune pe prevenții și nu pe intervenție, așa cum argumentează contestatoarea și că această soluție este caracteristică mai multor producători, cerința nefiind exclusivă și restrictivă.

Cu privire la condițiile minime aplicabile ofertelor alternative, arată că, în conformitate cu prevederile art. 162 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, dacă se permite sau se solicită depunerea de oferte alternative are obligația de a preciza în documentele achiziției cerințele minime obligatorii pe care acestea trebuie să le respecte și orice alte cerințe specifice pentru prezentarea ofertelor alternative. Autoritatea contractantă a ales această opțiune pentru a putea extinde gama de analize ce se doresc a fi executate

fără a condiționa efectuarea lor pe linia automată, având în vedere că aparatele conectabile la linia automată nu pot executa o parte dintre ele. În ceea ce privește „reactivul N-pro BNP” pe care contestatoarea îl folosește drept exemplu, susține că nu a solicitat un anume reactiv, ci a solicitat posibilitatea efectuării respectivului test. În principiu, orice reactiv este specific unor aparate, respectiv aparatelor producătorului respectiv, după cum și reactivii distribuiți de contestatoare sunt specifici unor aparate.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că și această critică este nefondată, întrucât condițiile impuse pentru ofertele alternative nu sunt restrictive, iar exemplul furnizat de contestatoare permite chiar ofertarea de variante alternative, fie prin alte aparate, fie prin externalizarea lor.

Prin adresa nr. 5/2996/20.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47552/21.11.2019, contestatoarea a transmis la dosarul cauzei note scrise, față de punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care reiterează criticile din cadrul contestației, solicitând Consiliului să constate că apărările invocate de aceasta confirmă temeinicia criticilor sale și, pe cale de consecință, să fie admisă contestația.

În altă ordine de idei, contestatoarea apreciază că critica privind "Linia trebuie să fie de tip deschis. Ofertantul câștigător nu va avea dreptul să perceapă niciun fel de taxă sau să ridice niciun fel de excepție/interdicție de conectare ulterioară a analizatoarelor de la diferiți producători, pe diferite domenii atâta vreme cât linia este pusă la dispoziția achizitorului în regim de plată per analiză efectuată" nu rămâne fără obiect, ca urmare a clarificărilor postate de autoritate în SEAP în data de 11.11.2019, deoarece, prin reformularea cerinței, aceasta nu a fost și remediată.

O astfel de reformulare oferă autorității contractante posibilitatea de a respinge o ofertă în favoarea alteia, în mod discriminatoriu, fără a defini, din start, ce criterii ar sta la baza alegerii. În concret, solicitarea de includere a unei "liste cu analizatoarele care se pot conecta la linie" lasă loc arbitrariului în evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă rezervându-și un drept discreționar, de a alege ofertele în funcție de conținutul acestei liste, fără a putea fi măcar intuite criteriile de evaluare pe care le-ar putea aplica.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect "Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator", ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1016286 din 26.10.2019 și a documentației de atribuire.

Împotriva documentației de atribuire întocmite de, în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL, prin reprezentant

convențional, a promovat prezenta contestație, solicitând, în principal, anularea procedurii, iar în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că este posibilă remedierea abaterilor de la legalitate invocate în contestație, modificarea documentației de atribuire, în sensul alinierii acesteia la prevederile legale aplicabile.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a depus recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de lei, emisă de CEC Bank-Sucursala, în data de 05.11.2019, sub nr./1.

Analizând critica contestatoarei privind lipsa informațiilor referitoare la determinarea prețului contractului, Consiliul constată temeinicia ei. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere existența următoarelor informații în cadrul documentației de atribuire:

În fișa de date:

- cap. IV.4.2) *Modul de prezentare al propunerii financiare:* „3. Propunerea financiară va fi exprimată ferm în lei, va conține formularul de ofertă, anexele la formularul de ofertă și detalierea fiecărui element de cost ofertat, conform clasificării/defalcării din caietul de sarcini (...);

În caietul de sarcini:

- „se va calcula costul/analiza incluzând toți reactivii și consumabilele necesare, în funcție de regimul de lucru menționat și se va factura lunar numărul de teste consumate, inclusiv pentru repetări, calibrări, controale. Se va face calculul costurilor/pachet de analize pe o perioadă de 4 ani”;

- listele cu tipurile de analize biochimie, în număr de 80 și cele de imunologie, în număr de 66, cu cantități estimate, pentru fiecare tip de analiză, pe lună, an și pe 4 ani.

Luând în considerare aspectele prezentate, Consiliul constată că nu există informații legate de determinarea prețului contractului (reactivi și consumabile necesare în funcție de tipul de analiză), nu sunt cunoscute, cu exactitate, cantitățile de analize medicale ce urmează a fi efectuate. Prin urmare, Consiliul constată temeinicia criticii contestatoarei.

Cât privește utilizarea acordului-cadru, pentru această procedură, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă este interesată să efectueze o anumită cantitate de analize medicale cu echipamentele pe care le solicită, în comodat, care să permită, totodată, și conectarea la echipamentele deținute, la acest moment.

Mai mult, potrivit documentației de atribuire și clarificărilor la aceasta, autoritatea contractantă nu achiziționează „echipamente și aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate”, ci consumabile pentru analize medicale, linia de producție fiind furnizată cu titlu accesoriu.

Cu toate acestea, potrivit documentației de atribuire, a precizat:

- cap. II.1.1) *Obiectul achiziției:* „Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator”;

- cap. II.1.2) *COD CPV principal:* 38434500-1 analizoare biochimice (Rev. 2);

- cap. II.1.3) *Tipul contractului:* „furnizare/închiriere”;

- cap. II.1.4) *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*: „Închiriere fără opțiune de cumpărare, în regim de plată pentru analizele efectuate ...”;

- cap. II.2.4) *Descrierea achiziției publice*: „Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preatanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator – conform documentației de atribuire și specificației tehnice”;

- cap. IV.1.3) *Informații privind un acord-cadru*: acord cu un singur operator; durata - 48 luni; frecvența și valoarea contractelor ce vor fi atribuite: între 1 și 12 contracte subsecvente/an. Frecvența acestora va fi stabilită în funcție de necesitățile autorității contractante și de existența resurselor financiare alocate cu această destinație. Venituri proprii din diverse surse. Valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent: 4.231.109,86 lei, fără TVA.

Totodată, Consiliul are în vedere și următoarele clauze contractuale din acordul-cadru și contractul subsecvent:

din acordul-cadru:

- art. 2.2: „Contractele ce urmează a fi atribuite au ca obiect furnizarea produselor din anexa nr. la prezentul acord-cadru și după caz, prestarea serviciilor accesorii furnizării produselor, în condițiile convenite în prezentul acord”;

- art. 7.1: „Promitentul-furnizor se obligă ca produsele furnizate să respecte cel puțin calitatea prevăzută în propunerea tehnică, anexă la prezentul acord-cadru”;

- art. 7.2: „Promitentul-furnizor se obligă să furnizeze produsele astfel cum au fost prevăzute în acordul – cadru, ori de câte ori autoritatea solicită acest lucru”;

- art. 8.1: „Promitentul-achizitor se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termenul convenit, respectiv în termen de 60 de zile de primirea facturii fiscale, cu condiția recepției prealabile a produselor ce fac obiectul facturii fiscale. Plățile în valută se vor efectua prin respectarea prevederilor legale”;

din contractul subsecvent:

- art. 2 lit. d): „d. produse - echipamentele, mașinile, utilajele, orice alte bunuri, cuprinse în anexa/anexele la prezentul contract, pe care furnizorul se obligă, prin contract, să le furnizeze achizitorului”;

- art. 4.1: „Furnizorul se obligă să închirieze fără opțiune de cumpărare, în regim de plată pentru analizele efectuate, Linia Automata de Prelucrare Preatanalitica, Analitica și Postanalitica a probelor biologice in Laborator descrisă în caietul de sarcini, asigurând toți reactivii și toate consumabilele, calibratorii necesare pentru analizele descrise în caietul de sarcini aferente pe toată durata contractuală. Montarea, punerea în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor de analiză, inclusiv furnizarea piesele de schimb, sunt în sarcina furnizorului pe toată durata contractuală. Aparatele de analiză vor fi dotate cu contoare care să asigure evidența automată a numărului de analize de fiecare tip efectuate în fiecare lună”;

- art. 4.2: „Achizitorul se obligă să plătească furnizorului prețul convenit pentru îndeplinirea contractului de furnizare „Linie Automata de

Prelucrare Preanalitica, Analitica și Postanalitica a probelor biologice în Laborator”, cod CPV 38434500-1”;

- art. 8.1: „Furnizorul se obligă să închirieze fără opțiune de cumpărare, în regim de plată pentru analizele efectuate, Linia Automata de Prelucrare Preanalitica, Analitica și Postanalitica a probelor biologice în Laborator descrisă în caietul de sarcini, asigurând toți reactivii și toate consumabilele, calibratorii necesare pentru analizele descrise în caietul de sarcini aferente pe toată durata contractuală. Montarea, punerea în funcțiune, mentenanța și service-ul aparatelor de analiză, inclusiv furnizarea piesele de schimb, sunt în sarcina furnizorului pe toată durata contractuală. Aparatele de analiză vor fi dotate cu contoare care să asigure evidența automată a numărului de analize de fiecare tip efectuate în fiecare lună”;

precum și cererea de clarificări:

„deși titlul procedurii este de închiriere, nicăieri în documentația de atribuire nu se solicită ofertarea unei chirii lunare pentru darea în folosință a echipamentelor solicitate. Așa cum reiese din informațiile furnizate în documentația de atribuire vă rugăm să confirmați că obiectul contractului este de furnizare de produse (reactivi, consumabile etc) cu punere la dispoziție cu titlu gratuit (comodat) a liniei de automatizare și echipamentelor pe care se vor utiliza aceste produse pentru efectuarea analizelor” la care autoritatea contractantă a răspuns „Nu confirmăm acceptiunea ofertantului. Obiectul și natura acordului-cadru și a contractelor subsecvente sunt corect descrise în documentația de atribuire. Se pune la dispoziție, contra-cost, în chirie, nu comodat, linia automată cu toate componentele acesteia descrise în caietul de sarcini și cu toate consumabilele necesare pentru realizarea analizelor indicate. Modul de stabilire și de plată al chiriei, nu este lunar, în sumă forfetară, ci este variabil în funcție de numărul de analize efectuate în luna respectivă și tipul de analize, obținut prin înmulțirea numărului de analize efectuate de fiecare tip, cu prețul unitar ofertat pentru analiză și apoi făcând totalul general al analizelor efectuate în această lună”.

În fapt, necesitatea obiectivă a autorității contractante (reactivi pentru laborator analize medicale) nu concordă cu obiectul achiziției (pretins a fi un comodat gratuit al echipamentelor pentru analize medicale). Conform art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, contractul de achiziție publică este contract cu titlu oneros.

Or, acordul-cadru, ca instrument în achiziții publice, este definit potrivit art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, ca fiind acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere.

Mai mult, acordul-cadru este potrivit să se atribuie în situația în care autoritatea contractantă nu deține informații certe cu privire la cantitatea totală ce urmează să fie achiziționată, condiția esențială fiind ca

necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat, cu precizie, momentul apariției nevoii și anvergura acesteia.

Concordant și cu opinia exprimată de reglementatorul din domeniu, ANAP, prin *Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru*, publicată pe site-ul propriu, la data de 10.10.2018, Consiliul consideră că autoritatea contractantă utilizează abuziv regulile de încheiere a unui acord-cadru, în detrimentul unei concurențe bazate pe reguli de atribuire transparentă a unui contract de achiziție publică. Totodată, această conduită încalcă și prevederile art. 107 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența”.

Coroborând informațiile de mai sus, existente în diferite secțiuni ale documentației de atribuire și ale anunțului de participare, cu apărările din punctul de vedere la contestație, Consiliul constată că se impune, în primul rând, o definire clară a obiectului contractului, urmată, implicit, de o stabilire a modalității de achiziție (prin contract ori acord-cadru, în funcție de necesitatea sa). O eventuală înlăturare/modificare cel puțin a acestora ar trebui să conducă la stabilirea unui obiect cert al achiziției și la reguli de furnizare concordante cu nevoia efectivă de achiziție. Or, o astfel de măsură, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, ar fi contrară principiilor de transparență și proporționalitate din domeniu, întrucât ar conduce la inconveniente majore, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți.

Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, Consiliul consideră întemeiată solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii, fiind imposibilă remedierea ei, întrucât regulile de publicitate și de ofertare/derulare a unei licitații deschise pentru atribuirea (dar și derularea) unui contract de achiziție publică diferă de cele stabilite pentru încheierea (derularea) unui acord-cadru.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul va reține și incidența următoarelor dispoziții:

- art. 154 din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”;

- art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016: „Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a

asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”.

Cât privește solicitarea, subsecventă, de modificare a specificațiilor tehnice, Consiliul constată că, prin anularea procedurii, sunt rămase fără obiect.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) litera c) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula procedura de atribuire, pentru imposibilitatea remedierii ei: *Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: [...] c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.*

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu și anulează procedura de atribuire, pentru imposibilitatea remedierii ei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.