

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nedată și fără număr de înregistrare, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., înaintată de, cu sediul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, atribut fiscal RO, reprezentată legal prin administrator Iulian Păsărică și convențional prin, cu sediul în, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire și răspunsului la solicitarea de clarificări aferente procedurii de atribuire, elaborate de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

- în principal, admiterea contestației, cu consecința:

- obligării autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire, în sensul de a permite și ofertarea, pentru lotul 1, a unor reactivi și consumabile compatibile cu un analizor diferit decât cel specificat în documentația de atribuire, ce urmează a fi pus la dispoziția autorității contractante cu titlu gratuit și care furnizează aceleași analize de biochimie menționate în caietul de sarcini și la aceleași standarde de calitate;

- anulării adresei de răspuns la clarificări nr.;

- în subsidiar, admiterea contestației, cu consecința anulării procedurii de atribuire pentru lotul 1, în situația în care nu va fi posibilă adoptarea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire.

Prin Încheierea nr. din, Consiliul a admis, cererea, cuprinsă în contestația sa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., de suspendare a procedurii amintite.

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Autoarea contestației susține că prezenta contestație este întemeiată și trebuie admisă, pentru următoarele motive:

I.1. Solicitarea de reactivi și consumabile compatibile cu analizorul, este nelegală având în vedere faptul că aceste specificații încalcă în mod flagrant dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b), art. 7 alin. (2), art. 155 alin. (1), precum și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Aceasta arată că prin intermediul acestora sunt introduse obstacole nejustificate, de natură să restrângă concurența între operatorii economici, nepermițându-se oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire, arătând următoarele:

1.1 Autoritatea contractantă nu deține în proprietate un analizor Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă nu a desfășurat, de la data de și până la data prezentei contestații, nicio procedură de achiziție publică în baza căreia să fi achiziționat/ cumpărat un analizor de sânge

Totodată menționează că autoritatea contractantă a refuzat să răspundă la întrebarea nr. 2 din solicitarea de clarificări transmisă de contestatoare la data de, rezultând, în mod clar, că există argumente puternice pentru a se susține că autoritatea contractantă nu deține în proprietate un analizor, pentru care, în acest moment, dorește să achiziționeze reactivi și consumabile compatibile.

1.2. În condițiile în care autoritatea contractantă nu are în proprietate un analizor, nu există niciun fel de justificare obiectivă cu privire la solicitarea exclusivă a unor reactivi și consumabile compatibile cu acest analizor și la refuzul acesteia de a accepta reactivi și consumabile aferente unui analizor echivalent, decât dacă dorește favorizarea unui anumit producător/distribuitor, care deține produse ce satisfac cerința respectivă.

Contestatoarea susține că dacă analizorul nu se află în proprietatea autorității contractante, ci i-a fost pus la dispoziție cu titlu gratuit sau în altă modalitate de către un alt operator economic, este evident că nu există nicio justificare pentru care nu ar putea fi acceptați și reactivii și consumabilele compatibile cu un alt analizor echivalent, ce ar fi pus la dispoziția autorității contractante cu titlu gratuit.

Aceasta mai susține că autoritatea contractantă nu are dreptul de a favoriza, în mod nelegal, un anumit operator economic, care i-ar fi pus la dispoziție cu titlu gratuit analizorul, în detrimentul altor operatori economici, care pot pune ei înșiși la dispoziția autorității contractante, cu titlu gratuit, un analizor echivalent cu privire la care se pot oferta reactivii și consumabilele aferente, care realizează aceleași analize de sânge și la aceleași standarde de calitate.

1.3. Lotul 1 vizează achiziția de reactivi de sânge și consumabile pentru analizor. Or, pe piață există disponibile o multitudine de analizoare echivalente, împreună cu reactivii și consumabilele aferente acestora, a căror acceptare ar permite autorității contractante să îndeplinească obiectivul urmărit prin procedura de atribuire, precum și necesitatea respectării principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității între necesitate și cerința tehnică, precum și dezideratul asigurării unei eficiente utilizări a fondurilor publice.

Autoarea contestației precizează că solicitarea strict a reactivilor și consumabilelor compatibile cu analizorul, în condițiile în care autoritatea contractantă nu deține în proprietate un astfel de analizor, face ca obiectul procedurii/specificațiile contestate să fie restrictive și nelegale, fiind de natură a deturna scopul procedurii și a favoriza, în mod vădit, un anumit operator economic.

I.2. Adresa de răspuns la clarificări nr. este nelegală și trebuie anulată, pentru următoarele argumente:

I.2.1 Autoritatea contractantă nu a răspuns, în mod complet, la solicitarea de clarificări, încălcând astfel principiul transparenței, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și dispozițiile art. 103 alin. (2) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

I.2.2 Justificările aduse de autoritatea contractantă prin adresa nr. în sensul refuzului de a accepta ofertarea unor reactivi și consumabile compatibile cu un alt analizor echivalent, ce va fi pus la dispoziție gratuit, sunt nefondate.

Aceasta arată că nu a solicitat autorității contractante înlocuirea analizorului, existent în acest moment.

Mai arată că analiza solicitării de clarificări transmise prin SEAP la data de, conduce la concluzia că a solicitat autorității contractante, să accepte ofertarea pentru lotul nr. 1 și a unor reactivi compatibili cu un alt analizor echivalent (.....), ce va fi pus la dispoziție în mod gratuit, reactivi care furnizează aceleași analize de biochimie menționate în caietul de sarcini și la aceleași standarde de calitate.

În plus, susține că sunt nefondate și nu pot fi primite susținerile autorității contractante, din răspunsul la clarificări, legate de faptul că menținerea acreditării ar împiedica acceptarea de noi analizoare, cum este cel echivalent propus de contestatoare.

Contestatoarea arată că acreditarea se face anual și nu este, în niciun caz, condiționată de folosirea aceluiasi analizor până la următoarea acreditare.

Prin ipoteză, aceasta susține că analizoarele se pot defecta sau pot fi distruse, fără ca acreditarea să împiedice dobândirea prin cumpărare sau cu titlu gratuit a unui alt analizor și folosirea acestuia în analize.

I.2.3 Și în cazul adresei de răspuns la clarificări nr. sunt pe deplin aplicabile criticile menționate la pct. I.1.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ... a transmis punct de vedere, solicitând respingerea contestației formulate de

Autoritatea contractantă arată următoarele:

- documentația de atribuire asigură accesul în egală măsură, fără restricții, tuturor participanților la procedura simplificată de achiziție a

reactivilor și consumabilelor, iar specificațiile tehnice stabilite prin documentația de atribuire definesc caracteristicile solicitate privind produsele care fac obiectul achiziției;

- vizita comisiei de evaluare efectuată de (.....) pentru acreditarea laboratorului de analize medicale se desfășoară în luna ianuarie a fiecărui an, fiind luate în considerare procedurile operaționale elaborate de spital în baza determinărilor biochimice efectuate pe analizoarele din dotare. Pentru menținerea acreditării, spitalul are obligația implementării și respectării procedurilor pe toată perioada de valabilitate de un an a acreditării de către

- propunerea contestatoarei cu privire la schimbarea de fiecare dată atât a reactivilor, cât și a analizoarelor (chiar cu titlu gratuit) din dotarea laboratorului de analize medicale în funcție de oferta participanților la procedura de achiziție, presupune elaborarea unor noi proceduri operaționale în baza determinărilor biochimice efectuate pentru fiecare parametru în parte pe noile analizoare, o nouă instruire a personalului de specialitate din cadrul Laboratorului și ulterior reluarea întregului proces de acreditare a laboratorului.

Totodată arată că utilizarea unui alt analizor, după obținerea acreditării, ar pune autoritatea contractantă în imposibilitatea efectuării analizelor medicale de laborator solicitate de pacienți pentru o perioadă de două - trei luni.

Obligativitatea efectuării controlului extern, respectiv participarea laboratorului de analize medicale la comparări inter laboratoare pentru anul 2021 este făcută cu analizorul din dotare, astfel că o schimbare a aparaturii în momentul de față ar presupune cel puțin două participări suplimentare în decursul acestui an, însoțite de costurile aferente.

Precizează că rezultatele bune obținute de laborator la controlul extern sunt consecința compatibilității complete între analizorul din dotare și reactivii utilizați de acesta.

În prezent, arată că se află în plin proces de acreditare ciclul al II-lea, activitatea sa fiind monitorizată atât de, cât și de în ceea ce privește implementarea procedurilor aplicate în mod curent în toate compartimentele și laboratoarele din structura spitalului pentru asigurarea unor servicii medicale pacienților la cele mai înalte standarde de calitate.

În opinia sa, documentația de atribuire nu are un caracter restrictiv, nu a fost emisă în scopul de a favoriza, în mod nelegal și nejustificat, un anumit produs, un anumit reactiv de pe piață.

Prin adresa nedată și fără număr de înregistrare, înregistrată la Consiliu cu nr., ... a transmis răspuns la punctul de vedere, solicitând respingerea apărărilor autorității contractante și admiterea contestației.

Cu titlu prealabil, contestatoarea precizează că își menține în totalitate criticile invocate prin contestație.

Arată că apărările invocate de către autoritatea contractantă sunt nefondate și nu fac decât să confirme justetea criticilor din cadrul contestației, întrucât:

1. Contrar susținerilor autorității contractante, nu există nicio reglementare/procedură/regulament care să impună reluarea procedurii de acreditare, în cazul în care autoritatea contractantă ar accepta și un analizor echivalent (altul decât analizorul), pus la dispoziție cu titlu gratuit împreună cu reactivii și consumabilele aferente acestuia.

Totodată, menționează că, contrar susținerilor acesteia, nu există nicio reglementare/procedură/regulament care să determine retragerea acreditării, în cazul în care, pe durata unui ciclu de acreditare, autoritatea contractantă ar accepta și ar utiliza un analizor echivalent (altul decât analizorul), pus la dispoziție cu titlu gratuit, împreună cu reactivii și consumabilele aferente acestuia.

Mai arată că procedurile de acreditare/reacreditare sunt detaliate în următoarele documente disponibile pe site-ul www.....ro.

2. Acreditarea nu a fost impusă ca și cerință specifică prin caietul de sarcini și/sau prin documentația de atribuire în general.

3. Necesitatea instruirii personalului propriu și a elaborării de noi proceduri operaționale, pandemia COVID-19 și suportarea unor eventuale costuri suplimentare legate de controlul extern și orice alte costuri care ar putea fi atrase de acceptarea și a unui analizor echivalent nu justifică în niciun caz încălcarea de către autoritatea contractantă a principiilor nediscriminării, tratamentului egal și transparenței și restricționarea gravă a concurenței prin favorizarea evidentă a unui anumit produs (analizorul și reactivii/consumabilele aferente acestuia) și a operatorului economic care le comercializează.

4. Dacă, prin absurd, ar fi luate în considerare susținerile autorității contractante legate de costurile implicate de acreditarea și/sau de costurile legate de controlul extern, contestatoarea susține că esențial este faptul că acestea nu sunt în niciun caz fabuloase, așa cum încearcă să le prezinte autoritatea contractantă.

De asemenea, arată că costurile legate de reînnoirea acreditării sunt prevăzute pe site-ul www.....ro

5. Prin acceptarea unui analizor echivalent, împreună cu reactivii și consumabilele compatibile cu acesta, autoritatea contractantă ar încuraja concurența între operatorii economici și ar asigura astfel o eficientă utilizare a fondurilor publice.

Contestatoarea susține că eventuala acceptare de către aceasta a solicitării transmise pe calea solicitării de clarificări, de a accepta un analizor echivalent, pus la dispoziție cu titlu gratuit, la care se adaugă

reactivii și consumabilele aferente acestuia ce ar urma a fi achiziționați, nu ar însemna, în niciun caz, "*favorizarea SC*".

Totodată, susține că prin respingerea solicitării, conturată prin adresa de răspuns la clarificări nr., autoritatea contractantă determină și menține o restricționare nelegală a concurenței, întrucât favorizează, în mod nejustificat, reactivii și consumabilele compatibile cu analizorul, pe care nu îl deține în proprietate și, implicit, pe operatorul economic care le comercializează.

6. Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a răspuns în niciun fel criticii cu privire la faptul că nu a răspuns, în mod complet, la solicitarea de clarificări, încălcându-se astfel principiul transparenței, aspect care valorează o recunoaștere în sine a corectitudinii acestei critici și a contestației în întregul său.

Prin e-mailul transmis în data de, înregistrat la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis documente din dosarul achiziției, respectiv: contractul de comodat nr. ce confirmă modalitatea de deținere a *analizorului automat de biochimie și turbidimetrie model*, producător, contractul de comodat nr. ce confirmă modalitatea de deținere a *cititorului VSH automat, model*, producător, strategia de contractare.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedură simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare, având codul de identificare din data de, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de lei, fără TVA.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, aferentă lotului 1, Consiliul constată că, ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de, în data de, prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei.

Analizând obiectul lotului 1, Consiliul reține că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unor reactivi și consumabile compatibile cu analizorul automat

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă deține în prezent, în comodat, „Analizor automat de biochimie și turbidimetrie

model, producător", conform contractului de comodat nr., pe o durată de 36 luni.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu specificațiile tehnice, caracteristicile de natură tehnică care să permită fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și 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.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, 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 contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antementionate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că necesitatea autorității contractante o reprezintă reactivii și consumabilele compatibile cu analizorul pe care îl deține, și nu un nou analizor, echivalent, pentru care să achiziționeze, inclusiv, reactivi și consumabile compatibile cu acesta.

Potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, regula instituită de legiuitor este ca specificațiile tehnice să nu precizeze „(...) un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic” și nici să nu se refere la „(...) mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o produc-ție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”; excepția de la această regulă fiind, potrivit alin. (3) al aceleiași norme juridice, situația excepțională în care „(...) nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)”; în această situație excepțională, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) urmând a fi însoțită de cuvintele „sau echivalent”.

Din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a enumerat specificațiile tehnice aferente reactivilor și consumabilelor care urmează a fi achiziționate, precizând, în mod expres, faptul că acestea trebuie să fie „compatibile cu analizorul automat".

Având în vedere necesitatea autorității contractante astfel cum a fost detaliată în cadrul documentației de atribuire, Consiliul apreciază că formularea specificațiilor tehnice din caietul de sarcini nu este în contradicție cu prevederile art. 156 alin. (2) din lege, mai sus iterate, și nici cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora

specificațiile tehnice 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” deoarece nu a solicitat furnizarea unor consumabile produse de un anumit fabricant, ci a precizat, în mod explicit, că acceptă reactivi și consumabile compatibili cu analizorul pe care îl deține, societatea contestatoare având deplina libertate să ofere orice consumabil compatibil cu analizorul deținut, indiferent de fabricantul acestuia.

Consiliul reține că cerințele criticate prin contestația ce face obiectul prezentei au fost determinate de analizorul aflat în dotarea spitalului, care funcționează cu aceste tipuri de consumabile.

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă are în dotare analizor, adecvat spațiului din incinta sa, nu poate fi considerată restrictivă solicitarea consumabilelor necesare funcționării acestuia, doar din perspectiva că un potențial ofertant ar putea pune la dispoziția autorității contractante un alt tip de analizor, echivalent, fie el și cu titlu gratuit.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul acceptării de reactivi și consumabile împreună cu un alt tip de analizor, echivalent celui deținut de autoritatea contractantă, Consiliul o va respinge, ca nefondată, deoarece caracteristicile și performanțele analizorului aflat în dotarea autorității contractante nu fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Prin urmare, Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru intenția de a achiziționa reactivii și consumabilele necesare utilizării analizorului deținut și nici nu o poate obliga să achiziționeze un alt analizor, câtă vreme cel aflat în dotarea sa corespunde necesităților sale specifice, iar achiziționarea unor consumabile compatibile (prin urmare echivalente cu cel deținut) se încadrează în situația prevăzută la art. 156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia „stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele sau echivalent”.

Consiliul are în vedere că stabilirea necesităților este atributul exclusiv al autorității contractante și nicăieri în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a impune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune un operator economic care apreciază că aceasta este

necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce sau comercializează produsul solicitat.

Altfel spus, scopul organizării prezentei proceduri de atribuire este achiziționarea unor reactivi și consumabile compatibile cu analizorul deținut care, la rândul lor, corespund necesității autorității contractante, și nu comercializarea anumitor analizoare din portofoliul operatorului economic contestator.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează; opțiunea modificării cerințelor documentației de atribuire reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Astfel, contestatorul avea obligația de a proba caracterul restrictiv al reactivilor și consumabilelor ce se dorește a fi achiziționate, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 C.p.civ, potrivit cărora: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, fiecare parte litigantă având obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea care formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece nu administrează probele care să convingă Consiliul.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să probeze caracterul restrictiv al produselor ce se dorește a fi achiziționate prin procedura de atribuire în analiză.

Or, contestatoarea nu a depus la dosarul cauzei, până la data emiterii prezentei, nicio probă în sprijinul susținerilor sale.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept invocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de în contradictoriu cu

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane

vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....