



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30089/28.07.2020, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în, formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea acordului - cadru având ca obiect „Închirieri aparate laborator II” – lot 8 - Coagulare, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- în principal, modificarea documentației de atribuire în sensul alinierii acesteia la prevederile legale aplicabile, conform celor mai jos arătate;
- în subsidiar, în măsura în care nu mai este posibilă remedierea abaterilor de la legalitate, anularea procedurii în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30089/28.07.2020, SC ...SRL în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire, pe care le consideră nelegale.

Contestatoarea, menționează că autoritatea contractată a inițiat anterior o serie de proceduri cu același obiect, dintre care cea mai relevantă este cea inițiată prin anunțul de participare nr. ... ("Închiriere Linie Automată de prelucrare preanalitică, analitică și postanalitică a probelor biologice în laborator").

Împotriva prevederilor documentației de atribuire aferente acestei proceduri anterioare, contestatoarea a formulat contestația ce a format

obiectul dosarului nr. 2375/2019, pe care Consiliul a admis-o și ca urmare a căreia a dispus anularea procedurii de atribuire prin Decizia nr. din data de 02.12.2019, pentru motivul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu, motiv invocat și în prezenta contestație.

Decizia Consiliului a confirmat întocmai susținerile contestatoarei, respectiv faptul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu, aceasta fiind menținută și de Curtea de Apel, care a reținut prin Decizia nr. 64/23.01.2020 pronunțată în dosarul nr. ... că:

„...autoritatea contractantă a utilizat abuziv regulile de închiriere a unui acord-cadru câtă vreme închirierea Liniei automate (aparaturilor de laborator) la utilizarea acordului-cadru, publicată de ANAP, autoritatea putând să prevadă durata de folosire a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, astfel încât nu este realizată cerința esențială ca necesitatea să se realizeze ad-hoc.”

“(...) stabilirea prețului conform documentației de atribuire nu ține cont de indisponibilizarea pe o perioadă mare a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, în condițiile în care acordul-cadru nu garantează achiziționarea unui număr de analize care să conducă la recuperarea cheltuielilor cu această resursă și la obținerea unui profit rezonabil.”

Astfel, prezenta procedură reprezintă o reluare a procesului de achiziție anterior, reluare în cadrul căreia autoritatea contractantă ar fi trebuit să remedieze aspectele de nelegalitate sesizate și sancționate de Consiliu și de instanța de judecată.

Cu toate acestea, conform prevederilor documentației de atribuire, pe de-o parte, autoritatea contractantă propune și de această dată modalitatea acordului-cadru, iar pe de altă parte prevederile procedurii (în special în ceea ce privește condițiile de stabilire a prețului/chiriei și facturarea) rămân netransparente și restrictive, fiind de natură a bloca nejustificat accesul la procedură.

Contestatoarea invocă faptul că documentația de atribuire prezintă două vicii de legalitate, respectiv: prețul acordului cadru și al contractelor subsecvente sunt, în mod obiectiv, imposibil de determinat iar modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu.

În cuprinsul caietului de sarcini/documentației de atribuire nu sunt prevăzute minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei, în contextul în care obiectul procedurii este reprezentat de “închirieri aparate de laborator”.

Astfel, potrivit prevederilor fișei de date:

“Propunerea financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

1) Formularul de propunere financiară - Centralizatorul de prețuri, Formularul de ofertă și grafic de livrare (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat”.

Totodată, potrivit caietului de sarcini al procedurii: *„Toate cheltuielile legate de întreținerea aparatelor vor fi incluse în preț/analiza”.*

Or, în documentația de atribuire nu sunt prevăzute minime informații din care ar putea fi determinat acest preț *”în regim de plată/preț per analiză”*, determinarea unui preț fundamentat fiind în mod obiectiv imposibilă.

Prețul unei analiz,e așa cum solicită autoritatea contractantă (incluzând costurile din calibrări, controale, soluții diverse, consumabile ale sistemului/stației de purificare a apei/imprimante de coduri de bare etc.] reprezintă o valoare absolută constantă doar în condițiile în care autoritatea contractantă lucrează toate testele licitate în exact cantitățile solicitate, fapt care nu se întâmplă în practică.

Mai mult, în caietul de sarcini:

- nu se face referire la o rată a repetărilor unor teste în conformitate cu profilul spitalului, ci doar la posibilitatea facturării acestora ca și teste;
- nu se face referire la unitatea de măsură ce va fi folosită în comenzile lansate către furnizor;
- nu se face nici o 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 a produselor, dar acesta este dependent de ritmul de lucru al autorității contractante 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, din nou, esențiale pentru determinarea prețului contractului;
- nu sunt prevăzute minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei, fiind, deci, neclar în ce constă prețul contractului;
- modalitatea de comandă și livrare a produselor nu este clară, lăsând loc arbitrariului în evaluarea ofertei și implementarea contractelor.

Autoritatea contractantă solicită asumarea unor prețuri fără a pune la dispoziție toate informațiile necesare determinării temeinice a acestora și mai ales, fără a-și asuma obligații corelative minime cu privire la gestionarea produselor solicitate (chiar și fără a-și asuma obligații de a contracta cantități minime).

Or, prin toate formularele și documentele, pe care fiecare ofertant are obligația să le prezinte în cadrul actualei proceduri, în eventualitatea în care ar fi puse la dispoziție, în mod transparent, toate datele necesare, se poate face dovada concordanței dintre numărul de kituri de produse oferite și numărul de analize (pe fiecare tip de test) solicitate în condițiile de lucru ale laboratorului. Astfel, în cadrul ofertei financiare se poate face dovada

că totalul obținut din preț unitar/analiza X și număr analize este egal cu totalul obținut din preț unitar/kit X și număr de kituri - acesta fiind de fapt unitatea de măsură care ar trebui să stea la baza fundamentării valorii achiziției și, implicit a ofertei.

Totuși, deși aceste critici au fost ridicate și într-o procedură anterioară anulată de Consiliu și a cărei anulare a fost menținută de Curtea de Apel Cluj, autoritatea contractantă nu prevede niciun reper cuantificabil pentru determinarea prețului contractului.

Mai mult, autoritatea contractantă introduce în sarcina ofertanților și alte costuri suplimentare, la rândul lor imposibil de determinat.

Astfel, prin caietul de sarcini al procedurii, pentru fiecare lot în parte, precum și prin clauzele contractuale (art. 7.6 - 7.11 din modelul de Acord cadru, respectiv 8.5 - 8.10 din modelul de Contract Subsecvent) propuse se impune suportarea de către furnizor a următoarelor tipuri de cheltuieli:

- (i) toate cheltuielile legate de transportul și instalarea aparatelor;
- (ii) cheltuielile cu întreținerea aparatelor conform cărții tehnice/service pe toată perioada derulării contractului;
- (iii) calibrarea aparatelor la intervale de 6 luni și după fiecare intervenție service;
- (iv) intervenția de service în maxim 3 ore de la anunțare telefonică, în caz de defecțiune;
- (v) punerea la dispoziție, pentru folosința, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi)
- (vi) înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori.

Or, prin această modalitate de formulare a prevederilor documentației de atribuire, se solicită asumarea unui cost/analiză constant din partea furnizorilor, fără nicio obligație din partea autorității contractante și totodată fără a cuantifica împrejurarea extrem de importantă că, în urma procedurii, ar avea loc indisponibilizarea pe o perioadă de 48 de luni a unor echipamente medicale de înaltă tehnologie și complexitate și asumarea unor costuri semnificative aferente transportului, instalării, întreținerii și reparațiilor acestor echipamente medicale.

Mai mult, pe lângă faptul că prețul astfel prevăzut este constant și, față de prevederile actuale a documentației de atribuire, disproporționat față de obligațiile asumate de autoritatea contractantă, acesta este totodată imprevizibil, având în vedere că nu pot fi în mod obiectiv determinați factorii de referință pe baza căruia s-ar determina un asemenea preț.

În raport de aceste neclarități de mai sus, la data de 23.07.2020, contestatoarea a depus solicitarea de clarificări vizând, în principal, criticile de mai sus, respectiv modul de stabilire a prețului și modul de facturare.

Aceasta a solicitat autorității contractante:

- (i) Clarificări concrete cu privire la
 - modalitatea în care se va factura chiria echipamentelor ce vor face obiectul contractului,

- modalitatea în care se vor reflecta cheltuielile din caietul de sarcini și din art. 7.6 -7.11 din Modelul de Acord cadru, respectiv 8.5-8.10 din Modelul de Contract Subsecvent în prețul unitar ofertat sau, după caz, în chiria ofertată, cu solicitarea subsidiară de a elimina clauzele contractuale prin care este impusă suportarea acestor cheltuieli de către furnizor, respectiv cerințele corespundente acestora din caietul de sarcini al procedurii, pentru fiecare lot în parte.

(ii) Furnizarea unor informații minime pentru a putea determina prețurile unitare al acordului cadru, pentru a respecta cerința referitoare la elementele propunerii financiare/ la costul per analiză și totodată, indicarea numărului de analize pe fiecare tip de test solicitate în condițiile concrete de lucru ale laboratorului.

Mai mult, în raport de această solicitare, contestatoarea a și oferit autorității contractante trei modalități distincte de efectuarea a comenzilor și a facturării, prin adoptarea cărora autoritatea contractantă ar fi putut clarifica aceste aspecte, dar care, au rămas fără răspuns.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea învederează că modalitatea netransparentă de elaborare a documentației de atribuire conduce la imposibilitatea elaborării unei oferte financiare pertinente - nefiind definite elementele necesare determinării cantităților efectiv utilizate - și chiar creează riscul depunerii unor oferte neuniforme, imposibil de evaluat - prin neclaritatea prețului contractului, respectiv chirie sau factură pentru consumabile.

Or, după cum în mod constant a reținut în jurisprudența sa atât Consiliul , cât și instanțele naționale și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, *"atât principiile egalității de tratament și nediscriminării, cât și principiul transparenței care decurge din acestea implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză"*.

Prin urmare, având în vedere că menținerea neclarităților mai sus indicate este de natură să aducă gravă atingere principiilor nediscriminării, transparenței și proporționalității, se impune obligarea autorității contractante la clarificarea documentației de atribuire, cu respectarea principiilor aplicabile atribuirii contractelor de achiziție publică.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu.

Potrivit anunțului de participare și fișei de date a achiziției, obiectul contractului ce urmează a se atribui este "închirieri aparate laborator II", pentru o perioadă de 48 de luni.

Astfel, raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 98/2016 rezultă că autoritatea contractantă intenționează să închirieze o serie de aparate de laborator, urmând să beneficieze de acestea pentru o perioadă de 48 de luni, fără a dobândi proprietatea asupra acestora.

Pentru a beneficia de acest sistem de echipamente medicale de complexitate deosebită, autoritatea contractantă a înțeles să inițieze o procedură de atribuire a unui acord cadru, estimând că va atribui "între 1 și 12 contracte sub/an. Frecvența acestora va fi stabilită în funcție de necesitățile autorității contractante și de existența resurselor financiare alocate cu această destinație".

Contestatoarea subliniază în acest context că acordul cadru este reglementat atât la nivel european, cât și în legislația națională ca fiind o modalitate specială de atribuire a contractului de achiziție publică. Totodată potrivit art. 107 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 *"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"*, iar, potrivit 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"*.

Datorită constatării utilizării improprie a acordului cadru în practică, ANAP a publicat în 10.10.2018, Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru, înștiințând autoritățile contractante că:

- "Indiferent de forma adoptată, acordul-cadru este potrivit să se atribue 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.

- De asemenea, utilizarea acordului cadru nu trebuie să fie raportată la lipsa/inexistența aprobării bugetare, respectiv a sursei de finanțare, invocând ideea conform căreia doar contractul subsecvent reprezintă angajamentul legal, deoarece conduce către o denaturare a pieței de profil angajând astfel operatorii economici în acțiunea de concentrare a resurselor în satisfacerea nevoilor AC/EC fără asigurarea posibilității de recuperare a acestora și a unui profit rezonabil într-o perioadă de timp clar definită prin frecvența contractelor subsecvente. În consecință, este important de subliniat faptul că lipsa sursei de finanțare nu reprezintă o justificare "per se" pentru aplicarea acestei modalități speciale de atribuire a contractului."

- "Se consideră că nu este oportun a fi aplicat acordul-cadru în următoarele situații:

- atunci când sunt cunoscute elementele cantitative ale achiziției, chiar dacă, cantitățile se achiziționează succesiv, prin comenzi repetate în baza aceluiași contract sau în contracte separate;

- pentru realizarea de investiții noi, care prin natura lor, sunt expresie a unor proiecte cu un scop clar definit și rezultat unic; obiectul achiziției este unul complex sau necesită personalizare sau schimbări ale liniei de producție, a metodelor și metodologiilor de realizare, în astfel de cazuri operatorul economic putând cunoaște dacă intrarea într-o astfel de relație contractuală este sau nu profitabilă numai în funcție de cantitate:

- 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 (ex: dispozitive medicale pentru diagnostic in vitro, dispozitive medicale electro-mecanice, dispozitive medicale pentru imagistică medicală, dispozitive medicale pentru diagnostic și radioterapie etc), tramvaie, troleibuze, vagoane de metrou, vagoane de tren ș.a.

- pentru acele categorii de servicii specifice a căror recurență este dată de obiectivele pe care trebuie să le îndeplinească raportate la suprafețe fixe și sau nr. de posturi. - Exemple: servicii de curățenie, servicii de pază și securitate etc”

Raportând criteriile mai sus menționate la situația de fapt aplicabilă în cauză, rezultă următoarele:

(i) Cele 3 aparate automate solicitate în cadrul lotului contestat reprezintă *"echipamente/aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate"*, astfel încât acestea nu ar putea fi achiziționate - cu atât mai puțin prin închiriere - prin intermediul unui acord cadru deoarece prin această metodă de achiziție se denaturează abuziv libera concurență.

(ii) Autoritatea contractantă solicită închirierea unor echipamente medicale de înaltă tehnologie și complexitate a căror configurare și menținere presupune costuri semnificative pentru ofertanți, în condițiile în care plata chiriei sau a prețului testelor folosite ar urma a se realiza în cadrul unui acord cadru, respectiv exclusiv în funcție de necesitățile autorității contractante și, mai mult, după cum autoritatea contractantă notează în fișa de date, în funcție de disponibilitățile bugetare ale acesteia.

Astfel, este de natura acordului cadru faptul că acesta nu creează obligații în sarcina autorității contractante de a achiziționa produsele ce fac obiectul acordului cadru. Or, în cazul procedurii de față, autoritatea contractantă solicită indisponibilizarea, pentru o perioadă de 48 de luni, într-un spațiu deținut de aceasta a unor aparate, respectiv a unor echipamente medicale integrate într-un sistem complex, în condițiile inexistenței niciunui reper privind obținerea amortizării acestuia, neputând fi în niciun mod obligată autoritatea contractantă să achiziționeze măcar un număr minim de analize/teste/kit-uri.

Or, această manieră de a structura achiziția se încadrează în scenariul identificat de ANAP potrivit căruia utilizarea acordului cadru în mod impropriu *"conduce către o denaturare a pieței de profil angajând astfel operatorii economici în acțiunea de concentrare a resurselor în satisfacerea nevoilor AC/EC fără asigurarea posibilității de recuperare a acestora și a unui profit rezonabil într-o perioadă de timp clar definită prin frecvența contractelor subsecvente"*.

Or, scopul achizițiilor publice îl reprezintă asigurarea respectării *"principiilor Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), mai exact libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, precum și principiile care derivă din acestea, cum ar fi egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența"*. Astfel, achizițiile publice trebuie să servească la asigurarea unei piețe sănătoase și la promovarea liberei concurențe, nu la asumarea de către operatorii economici a unor obligații netransparente și încurajarea riscului speculativ sau a politicii de dumping.

(iii) Este cel puțin evident că autoritatea contractantă poate prevedea că va utiliza aparatele de laborator pentru cel puțin cele 48 de luni pentru care a determinat necesarul de teste și că aceasta deține inclusiv necesarul de analize estimat pentru această perioadă.

Din moment ce autoritatea contractantă își cunoaște necesitatea în limite rezonabile este abuzivă solicitarea de a indisponibiliza o serie de aparate de laborator de complexitatea celor solicitate, pentru 48 de luni, fără a crea în sarcina autorității contractante nicio obligație privind cantități minime de achiziționat.

De altfel, așa cum a reținut Curtea de Apel Cluj în dosarul privind procedura anterioară identică cu actuala, „...autoritatea contractantă a utilizat abuziv regulile de închiriere a unui acord-cadru câtă vreme închirierea Liniei automate (aparatelor de laborator - n.n.) la utilizarea acordului-cadru, publicată de ANAP, autoritatea putând să prevadă durata de folosire a acestui echipament medical de înaltă tehnologie și complexitate, astfel încât nu este realizată cerința esențială ca necesitatea să se realizeze ad-hoc.”

Pentru toate argumentele mai sus expuse, contestatoarea apreciază că modalitatea de atribuire a acordului cadru a fost impropriu utilizată de autoritatea contractantă, motiv pentru care solicită anularea procedurii.

Autoritatea contractantă a transmis o copie a dosarului achiziției cu adresa de înaintare nr. 22257/30.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 31286/03.08.2020, precum și punctul de vedere nr. 22548/31.07.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 31319/03.08.2020, cu privire la contestația formulată de către SC ...SRL.

Autoritatea contractantă menționează că autoarea contestației a formulat o solicitare de clarificări la data de 23.07.2020 la care i-a răspuns la data de 29.07.2020 în sensul că nu pot fi acceptate solicitările de modificare a modului de facturare și că toate cheltuielile legate de întreținerea aparatelor vor fi incluse în prețul/analiza, întrucât aceste cheltuieli nu pot fi cuantificate decât de ofertanți.

Costul chiriei, dependent de costul aparatelor și condiții particulare fiecărui ofertant, va fi inclus tot în prețul/analiză.

Autoritatea contractantă menționează că a inițiat anterior, după cum arată și contestatoarea, o serie de alte proceduri similare sau asemănătoare pentru Laborator analize medicale. Astfel, înaintea procedurii inițiate cu anunțul de participare nr. CN1016286/26.10.2019 de "Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator", despre care face vorbire Medist, a existat o procedură similară cu cea de față - închiriere aparate laborator.

De fapt, anterior procedurii privind Linia automată, autoritatea contractantă a organizat o procedură similară cu cea de față, de închiriere de aparate laborator cu anunț de participare 164873/09.12.2015, care s-a derulat fără probleme, fiind câștigată chiar de aceeași contestatoare MEDIST, iar pe toată durata de desfășurare a acordului cadru nu au existat probleme sau neclarități invocate de Medist.

Autoritatea contractantă invocă netemeinicia contestației, prin lipsa autorității/ puterii de lucru judecat a deciziei CNSC nr. ... din dosar CNSC

nr. ... definitivă prin Decizia Curții de Apel Cluj nr. 64/23.01.2020 pronunțată în dosar nr.

Contestatoarea invocă drept temei a contestației formulate și hotărârile mai sus menționate, însă aceste două hotărâri nu au putere de lucru judecat (înțeleasă ca mijloc de probă), deoarece obiectul contestației în acele dosare îl reprezenta o procedură ce avea un obiect distinct de actuala procedură.

Procedura contestată în dosarul invocat nr. ... era de "închiriere linie automată de prelucrare preanalitică, analitică și postanalitică a probelor biologice în laborator". Așadar, fosta procedură viza un întreg sistem automat, spre deosebire de actuala procedură care vizează o simplă închiriere de aparate de laborator, în care valoarea procedurii și respectiv a loturilor s-a stabilit în funcție de un număr de analize estimat a se efectua în cei 4 ani de valabilitate a acordului cadru.

Cu privire la noțiunea de putere de lucru judecat, autoritatea contractantă invocă Decizia nr. 1777 din 25 iunie 2015 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, prin care Curtea a hotărât că între excepția autorității de lucru judecat și puterea de lucru judecat, există o distincție clară. Astfel, condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică) ce oprește repetarea judecării, iar puterea, prezumția de lucru judecat, impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În speță, înalta Curte a reținut că, în mod corect instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecării, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Astfel, în cuprinsul dispozitivului Deciziei Curții de Apel Cluj se reține că, "deși obiectul achiziției este *„închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator”* în schimb prin apărarea formulată în fața CNSC autoritatea contractantă a susținut că produsul ce face obiectul propriu-zis al acordului - cadru este *analiza medicală și nu Linia automată, care se pune la dispoziție cu titlu de închiriere.*"

Chestiunea litigioasă ce face obiectul prezentului dosar nu a mai fost odată dezlegată, deoarece obiectul procedurii contestației din dosar 2375/2019 este diferit de obiectul procedurii de achiziție ce constituie obiectul prezentului dosar.

Referitor la critica privind prețul acordului cadru și al contractelor subsecvente, contestatoarea nu indică niciun temei legal încălcat sau incident. Contestatoarea invocă o hotărâre a Curții Europene de Justiție, care nu reprezintă un temei care să susțină punctul de vedere al contestatoarei.

Din parcurgerea documentației de atribuire nr. 18952/07.07.2020, rezultă neechivoc formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis, neechivoc în anunțul de participare și în caietul de sarcini.

La analiza acestei critici se subliniază faptul că obiectul achiziției, care este în mod clar stipulat de închiriere, deoarece în concret furnizorii vor pune la dispoziția și custodia Spitalului aparatele de analize medicale. Chestiunea care nu s-a înțeles în situația litigioasă anterioară sau care poate nu a fost suficient explicată este că, obiectul contractului îl reprezintă închirierea aparatelor de laborator, iar costul estimat al cantității estimate de analize îl reprezintă MODALITATEA DE STABILIRE A PREȚULUI CHIRIEI.

Așadar, obiectul propriu-zis al acordului - cadru este punerea la dispoziție cu titlu de închiriere a aparatelor de laborator în scopul efectuării de analize medicale, iar modalitatea de stabilire și de plată a chiriei nu este lunar, în sumă forfetară, ci este variabilă în funcție de analizele efectuate în luna respectivă și tipul de analize, obținut prin înmulțirea numărului de analize efectuate pe fiecare tip, cu prețul unitar ofertat pentru analiză și apoi făcând totalul general al analizelor efectuate în luna respectivă.

Modalitatea de stabilire a prețului chiriei se regăsește și în cuprinsul caietului de sarcini unde sunt instrucțiuni clare pentru ofertanți privitoare la modalitatea de formare a prețului contractului astfel: "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 controale, calibrări, repetări. Se va face calculul costurilor/pachet de analize pe o perioadă de 4 ani".

Din strategia de contractare nr. 18953/07.07.2020 rezultă că estimarea valorii s-a efectuat potrivit referatului de necesitate și oportunitate emis de Laboratorul de analize medicale -Laborator central din cadrul Spitalului pe baza unor cantități minime și maxime estimate de analize.

Este inserat și un tabel pentru toate loturile, cu rubricile: denumire lot, Denumire produs, UM, preț unitar estimat, cantitate minimă contract subsecvent, cantitate maximă contract subsecvent, valoare max. contract subsecvent, cantitate minimă acord cadru, cantitate maximă acord cadru și valoare maximă acord cadru. Astfel, în tabelul anexat caietului de sarcini, este prezentată lista analizelor, ce fac obiectul contractului, cu indicarea clară a cantităților estimate atât pe perioada totală a acordului cadru (4 ani) cât și pe perioade mai scurte, 1 an, respectiv 1 lună.

Potrivit prevederilor codului civil, prețul unui contract poate să fie determinat sau determinabil. Nimic nu împiedică autoritatea contractantă să stabilească valori estimate. Conform art. 166 Cod civil, vânzarea făcută pe un preț care nu a fost determinat în contract este valabilă dacă părțile au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi determinat ulterior, dar nu mai târziu de data plății și care nu necesită un nou acord de voință al părților.

Astfel, autoritatea contractantă a calculat valoarea estimată a achiziției și a decis modalitatea de atribuire a acordului cadru deoarece pe o durată de 4 ani nu se putea stabili o valoare exactă a numărului de analize ce urmează a fi efectuat în cadrul Spitalului.

De asemenea, în răspunsul la clarificări autoritatea contractantă i-a transmis contestatoarei în mod clar cum puteau fi acceptate solicitările de modificare a modului de facturare, și cum toate cheltuielile legate de întreținerea aparatelor urmează a fi incluse în prețul/analiză, întrucât

aceste cheltuieli nu pot fi cuantificate decât de ofertanți. Costul chiriei, dependent de costul aparatelor și condiții particulare fiecărui ofertant, urmează a fi inclus tot în preț/analiză. Așadar, ofertanții vor trebui să prevadă un preț unitar pentru fiecare tip de analiză din caietul de sarcini.

Cu privire la critica referitoare la modalitatea de atribuire a contractului (acordul cadru) aleasă, autoritatea contractantă menționează că condiția esențială pentru modalitatea de atribuire a acordului cadru o reprezintă tocmai împrеjurarea că la momentul demarării procedurii de achiziție, autoritatea contractantă nu cunoaște cu exactitate cantitatea totală de produse/lucrări/servicii ce urmează a fi achiziționate.

Modalitatea de stabilire a prețului chiriei o reprezintă cantitatea estimată de analize ce urmează a fi efectuate, obiectul închirierii fiind aparatura de laborator.

La încheierea unui acord-cadru nu se poate stabili o valoare exactă a numărului de analize ce urmează a fi efectuat într-un an într-un spital județean, și cu atât mai puțin s-ar putea stabili un număr de analize pe o durată de 4 ani.

Raportat la imposibilitatea determinării cantităților de produse, este cert că acordul cadru reprezintă singura posibilitate legală în care petenta putea achiziționa acest tip de produse, de închiriere de aparate de laborator pentru testare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 31898/05.08.2020, SC ...SRL formulează concluzii scrise la punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă precizând că în cadrul procedurii și înainte de formularea contestației, a transmis autorității contractante o solicitare de clarificări, în vederea înlăturării viciilor procedurii.

Mai mult, sub aspectul modalității neclare și netransparente de determinare a prețului, contestația a propus nu mai puțin de 3 variante pe care autoritatea contractantă ar fi putut să le adopte pentru înlăturarea viciilor procedurii.

În schimb, răspunsul din partea autorității contractante a fost simplu, nemotivat și nejustificat *"Nu se acceptă niciuna din propunerile prezentate."*

În plus, autoritatea contractantă a comunicat acest răspuns nemotivat la cererea de clarificare cu aproape o săptămână după împlinirea termenului legal de formulare a contestației.

Autoritatea contractantă menționează că Decizia CNSC nr. menținută prin Decizia Curții de Apel ... nr. 64/23.01.2020 nu are putere de lucru judecat deoarece are un obiect distinct de prezenta Procedură.

Contestația subliniază, în primul rând, că nu a invocat aceste două decizii cu intenția de a activa efectul negativ sau pozitiv al autorității de lucru judecat.

Prezenta procedură reprezintă în esență o reluare a procedurii de achiziție anterioare, reluare în cadrul căreia autoritatea contractantă ar fi trebuit să remedieze aspectele de nelegalitate sesizate și sancționate de Consiliu și de instanța de judecată.

Autoritatea contractantă ar fi trebuit să se conformeze deciziilor de mai sus și, pe de-o parte, să nu mai apeleze în mod nelegal la modalitatea

acordului-cadru, iar pe de altă parte să indice o chirie determinată sau, cel puțin, determinabilă.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă propune și de această dată modalitatea improprie de atribuire a unui acord-cadru, iar pe de altă parte prevederile procedurii - în special în ceea ce privește condițiile de stabilire a prețului/chiriei - rămân netransparente și restrictive, fiind de natură a bloca nejustificat accesul la procedură.

Ca atare, soluția corectă care urmează a fi pronunțată de Consiliu în prezentul dosar (sau, în subsidiar, de instanța de judecată) este mai mult decât evidentă.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă afirmă în mod eronat, pe de-o parte, că SC ...SRL nu a invocat nicio normă legală încălcată și, pe de altă parte neagă forța juridică a jurisprudenței CJUE.

Hotărârile CJUE invocate pe calea contestației nu fac altceva decât să consacre principiile existente și la nivelul legislației naționale și confirmă, astfel, temeinicia contestației.

De asemenea, contestatoarea reiterează faptul că procedura face referire în mod impropriu la modalitatea specială de atribuire a acordului-cadru.

Astfel, această modalitate specială are în vedere situația în care necesitatea autorității se formează ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia (a se vedea Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru emisă de ANAPJ).

Or, în situația de față necesitatea autorității contractante este clară, și anume de a avea folosința aparatelor de laborator solicitate pe o perioadă de 48 de luni în vederea efectuării analizelor medicale decurgând din activitatea curentă a autorității contractante.

Maniera de utilizare echipamentelor medicale are un caracter clar, precis și limitat, determinat de autorizările bugetare în cauză, precum și un caracter continuu, ca modalitate de desfășurare a activității curente a autorității contractante.

Totodată, având în vedere faptul că echipamentele medicale reprezintă aparatură de înaltă tehnologie și complexitate a căror configurare și menținere presupune costuri semnificative pentru ofertanți, nu se poate stabili că plata chiriei sau a prețului testelor folosite ar urma a se realiza în cadrul unui acord-cadru, respectiv exclusiv în funcție de necesitățile autorității contractante.

Așa cum au confirmat ANAP, precum și Consiliul și Curtea de Apel Cluj prin deciziile invocate, utilizarea acordului-cadru în această situație este improprie și ar conduce către o denaturare a pieței de profil angajând astfel operatorii economici în acțiunea de concentrare a resurselor în satisfacerea nevoilor AC/EC fără asigurarea posibilității de recuperare a acestora și a unui profit rezonabil.

De asemenea, contestatoarea subliniază că nu există minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei, în contextul în care obiectul procedurii este reprezentat chiar de "închirieri aparate de laborator".

Pe lângă prevederile neclare ale fișei de date și ale caietului de sarcini, nici clarificările transmise (tardiv) de autoritatea contractantă nu

oferă, în mod real și efectiv, factori de referință apți să facă nivelul chiriei cel puțin determinabil, dacă nu determinat:

După cum se menționează în specificațiile aparatelor, toate cheltuielile legate de întreținerea aparatelor vor fi incluse în preț/analiza, întrucât aceste cheltuieli nu pot fi cuantificate decât de ofertanți. Costul chiriei, dependent de costul aparatelor și condiții particulare fiecărui ofertant, va fi inclus tot în preț/analiza (autoritatea contractantă prin răspunsul nr. 22072/29.07.2020).

Or, în contextul în care, pe de-o parte, autoritatea însăși susține că nu se poate stabili o valoare exactă a numărului de analize ce urmează a fi efectuat într-un an, cum ar putea fi stabilit un nivel rezonabil al chiriei de către un terț (ofertantul), care are cu atât mai puține indicii sau informații despre organizarea, desfășurarea și previzionarea activității autorității contractante însăși.

Prin maniera de stabilire a chiriei unor astfel de aparate prin raportare la fiecare analiză efectuată, autoritatea contractantă încalcă orice formă de proporționalitate, transparență și predictibilitate, ajungându-se ca ofertanții (i) să suporte total riscul contractului, (ii) iar riscul să fie, de altfel, imposibil de determinat.

Din perspectivă pur civilă, Codul civil stabilește că locațiunea/închirierea are ca obiect folosința unui bun pentru o anumită perioadă. Cu alte cuvinte, însăși filosofia contractului de locațiune este aceea că locatarul este cel care își asumă atât beneficiile, cât și riscurile folosinței bunurilor închiriate (în funcție, printre altele, și de frecvența cu care utilizează bunul într-o unitate de timp).

Față de lipsa oricărui factor concret de referință oferit de autoritatea contractantă pentru unitatea de timp relevantă și în raport de prevederile legale incidente, inclusiv având în vedere exigențele impuse prin hotărârile CJUE:

- preț/analiza contractului nu este formulat în mod clar, precis și neechivoc;
- documentația de atribuire nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să îi înțeleagă conținutul exact;
- documentația de atribuire nu permite ofertanților să o interpreteze în același mod;
- nu există, în realitate, niciun criteriu prin care autoritatea contractantă să verifice efectiv dacă ofertele corespund criteriilor care guvernează contractul.

Prin urmare, având în vedere că menținerea neclarităților mai sus indicate este de natură să aducă gravă atingere principiilor nediscriminării, transparenței și proporționalității, se impune obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, cu respectarea principiilor aplicabile atribuirii contractelor de achiziție publică, sau, în subsidiar, anularea procedurii, în măsura în care măsurile de remediere nu sunt posibile.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea acordului - cadru având ca obiect „Închirieri aparate laborator II”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr., valoarea estimată a acordului-cadru fiind de 10.683.302,40 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație împotriva prevederilor acesteia SC ...SRL, solicitând, în principal, modificarea documentației de atribuire în sensul alinierii acesteia la prevederile legale aplicabile, conform celor mai jos arătate, și în subsidiar, în măsura în care nu mai este posibilă remedierea abaterilor de la legalitate, anularea procedurii în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

După depunerea contestației, societatea contestatoare a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 14.934 lei, prin recipisa de consemnare nr./1/28.07.2020, emisă de CEC Bank.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Pe fondul contestației, contestatoarea arată că între părți a mai fost soluționat un litigiu, în condițiile în care autoritatea contractată a inițiat anterior o serie de proceduri cu același obiect, dintre care cea mai relevantă este cea inițiată prin anunțul de participare nr. CN1016286/26.10.2019 ("Închiriere Linie Automată de prelucrare preanalitică, analitică și postanalitică a probelor biologice în laborator"). Astfel, împotriva prevederilor documentației de atribuire aferente acestei proceduri a formulat contestația ce a format obiectul dosarului nr. 2375/2019, pe care Consiliul a admis-o și a dispus anularea procedurii de atribuire prin Decizia nr. ... din data de 02.12.2019, pentru motivul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu. Decizia Consiliului a confirmat întocmai susținerile contestatoarei, respectiv faptul că modalitatea specială de atribuire a acordului cadru a fost utilizată impropriu, aceasta fiind menținută și de Curtea de Apel Cluj.

Înainte de a trece la analiza fondului contestației, Consiliul trebuie să analizeze în ce măsură decizia Consiliului pronunțată în cauza menționată are autoritate de lucru judecat în prezenta cauză, să verifice în ce măsură autoritatea a pus în aplicare respectiva decizie, respectiv să verifice în ce măsură documentația de atribuire este identică.

Pentru a exista autoritate de lucru judecat pe chestiunile trașate de Consiliu și de instanță.

Verificând documentația de atribuire a vechii proceduri, publicată în SEAP cu nr./26.10.2019, aceasta are ca obiect "Închiriere Linie Automată de Prelucrare Preanalitică, Analitică și Postanalitică a probelor biologice în Laborator". Spre deosebire de această procedură, cea în analiză are ca obiect aparate individuale, lotul criticat de contestatoare fiind clar determinat, respectiv lotul 8, Coagulare, care cuprinde specificații tehnice și reglementări specifice. În prima contestație s-a contestat

documentația de atribuire, în ansamblul său, în cea de față se contestă doar lotul 8. Deci, deși ambele proceduri au ca obiect aparate de laborator, acesta nu este identic, după cum nici contestația nu este identică.

Este adevărat că unele critici din contestație sunt identice, dar probatoriul, atât al contestatoarei, cât și al autorității contractante este diferit, situația de fapt expusă este, de asemenea diferită, un aspect ce poate schimba total datele speței fiind și solicitarea de clarificări a contestatoarei și răspunsul aferent formulat de autoritatea contractantă, acte la care contestatoarea face referire, or toate actele emise în procedură trebuie analizate în contextul acestei proceduri, și nu prin referire strictă la vechea procedură. Bineînțeles că analiza Consiliului va avea în vedere și considerațiile Curții de apel și cele reținute în decizia anterioară, urmând a aprecia, în concret, în ce măsură sunt opozabile speței de față.

Consiliul reține că în contestația anterioară, al cărui conținut este reprodus în decizia nr. ... din data de 02.12.2019, criticile considerate de contestatoare ca fiind restrictive sunt menționate la paginile 3-6, referindu-se la specificațiile tehnice, critici care nu se regăsesc în contestația în analiză.

Elementele comune celor două contestații sunt cele referitoare la utilizarea improprie a acordului-cadru ca modalitate de atribuire, prin prisma Notificării ANAP din 10.10.2020, și cele referitoare la lipsa unor informații referitoare la modul de determinare a prețului ofertei, argumentele contestatoarei fiind diferite, în cea mai mare parte, de cele reținute de Consiliu.

Astfel, dacă analiza Consiliului a avut în vedere modelul de acord-cadru și contract subsecvent, este de observat că în actuala documentație modelele respective au suferit modificări. Totodată, autoritatea contractantă, spre deosebire de vechea procedură, a emis o serie de răspunsuri la solicitările de clarificări ale contestatoarei, referitoare la modul de facturare, aspecte ce vor fi analizate de Consiliu în prezenta decizie.

Față de cele de mai sus, rezultă că nu există autoritate de lucru judecat, nefiind același obiect și aceeași cauză, și, chiar dacă unele aspecte sunt comune celor două contestații, există elemente de unicitate care pot conduce la o altă soluție. Mai este de observat și faptul că obiectul lotului 8, atacat cu contestație, se referă la aparatură pentru determinarea analizelor de COAGULARE, or în procedura anterioară nu există astfel de aparatură, ci de Imunologie și Biochimie, specificațiile tehnice fiind, prin urmare, diferite. Pe de altă parte, Consiliul este obligat să analizeze cauza în concret, în baza susținerilor și apărărilor părților, a actelor depuse la dosar, și nu să preia, *tale qule*, decizia anterioară, refuzând părților accesul la justiție și dreptul la un proces echitabil.

Consiliul reține că societatea contestatoare și-a structurat contestația după cum urmează:

La pct. I, sunt cuprinse considerații cu privire la istoricul procedurii, analizat mai sus,

La pct. II sunt cuprinse aspecte referitoare la nelegalitatea procedurii, fiind structurat pe două subpuncte, II.1 vizând imposibilitatea determinării, în mod obiectiv, a prețului acordului cadru, iar II.2 referindu-se la

modalitatea de atribuire a acordului cadru, considerată improprie de către contestatoarele.

Consiliul va începe analiza sa pornind de la subpunctul II.2, respectiv verificarea legalității alegerii acordului cadru ca modalitate de atribuire a contractului, deoarece eventuala concluzie a alegerii greșite a procedurii ar avea ca efect anularea acesteia, făcând inutilă orice altă analiză.

Contrar susținerilor contestatoarei, în decizia anterioară a Consiliului nu s-a concluzionat că autoritatea nu ar avea dreptul să utilizeze acordul cadru pentru acest gen de procedură.

Astfel, citatul relevant și complet are următorul conținut: „*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 (Notă: clauzele documentației menționate la pag. 13 a deciziei anterioare) 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”.

Deci, Consiliul a concluzionat în decizia sa că autoritatea contractantă trebuie să își identifice necesitatea, și abia apoi să stabilească modalitatea de contractare, respectiv contract sau acord cadru. Nu există în cuprinsul motivării nicio referire la aspecte de nelegalitate referitoare la alegerea acordului-cadru, ca modalitate de contractare, referirile Consiliului fiind exclusiv la caracterul obscur și confuz al documentației de atribuire, pe de o parte, autoritatea declarând că dorește închirierea unor aparate, iar pe de altă parte, 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. De altfel, acesta este și argumentul reținut de instanța de judecată în decizia sa, aceasta reținând că „în speță, se pune problema determinării naturii juridice a contractului, ținând cont de apărările autorității contractante, statuările CNSC fiind în coordonatele art. 9 alin. (2) din Codul de procedură civilă, aplicabil conform normei de trimitere de la art. 68 din Legea nr. 101/2016”. Astfel, Consiliul a

observat, în mod corect, că însăși autoritatea contractantă a fost ezitantă în ceea ce privește obiectul contractului, neexistând, însă, în decizia sa, niciun raționament din care să rezulte că autoritatea nu are dreptul să aleagă ca modalitate de atribuire, semnarea unui acord-cadru. Dimpotrivă, decizia menționează expres că în funcție de propriile necesități, respectiv ***o definire clară a obiectului contractului, autoritatea contractantă poate stabili actul pe care urmează să îl încheie, respectiv contract ori acord-cadru, în funcție de necesitatea sa.*** Decizia Consiliului se referă strict la procedura anulată, considerațiile din conținutul său și din conținutul deciziei instanței fiind prin raportare la apărările și susținerile părților. În speța de față apărările autorității sunt altele, în sensul că există o chirie determinabilă pentru echipamente, stabilită în funcție de numărul de analize efectuate, aspect care va fi analizat, în cele ce urmează, la analiza punctului II.1 din contestație, apărările autorității întemeindu-se pe dispozițiile codului civil care reglementează materia contractului de locațiune.

Consiliul constată că societatea contestatoare a realizat o motivare amplă în contestația depusă, bazându-se, în special, pe motive de oportunitate, stabilite în Notificarea ANAP din 10.10.2018.

După cum se poate observa, Notificarea ANAP, act cu caracter de recomandare, se axează pe aspecte de oportunitate, la pct. 34, pag. 8 din contestația depusă, paragraful 3 din textul citat, menționându-se: „**Se consideră a nu fi oportun a fi aplicat acordul cadru în următoarele situații...**”. Rezultă, astfel, că textul este unul de recomandare, punând în discuție aspecte de oportunitate, autoritatea contractantă având drept de apreciere cu privire la aceste aspecte. Consiliul, potrivit art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, ***examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat***, aspectele de oportunitate urmând a fi analizate doar cu caracter excepțional, atunci când autoritatea publică, cu exces de putere, ia măsuri care duc la încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertățile cetățenilor.

În acest sens, s-a pronunțat recent Curtea de apel Cluj, care, în decizia sa nr. 398/12.05.2020, pronunțată în dosarul nr. 224/33/2020, a reținut următoarele: „*În ceea ce privește inadmisibilitatea petitului de anulare a procedurii de atribuire în raport de opțiunea autorității contractante pentru un anumit obiect al achiziției din perspectiva formei contractuale, a duratei contractului și a modului de stabilire a tarifului, curtea reține că această inadmisibilitate a fost luată în discuție din perspectiva dreptului de apreciere recunoscut autorității în etapa de planificare/pregătire a procedurii de atribuire și a limitelor în care controlul realizat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor se poate realiza.*

În ceea ce privește oportunitatea, Curtea reține că aceasta vizează conformitatea actului administrativ cu necesitățile în continuă transformare ale societății, aceasta intrând în conținutul dreptului de apreciere al autorității publice. Ca regulă, actul administrativ emis în exercitarea unei puteri de apreciere pe care o are autoritatea publică nu poate fi anulat de instanța de contencios administrativ.

Cu titlu de excepție însă, în ipoteza în care dreptul de apreciere se manifestă cu exces de putere, aspectul oportunității devine parte a legalității, cerință de valabilitate a actului administrativ, astfel că instanța este îndreptățită să analizeze și acest aspect, fără a i se putea opune încălcarea principiului separației puterilor în stat.

În susținerea acestei concluzii sunt chiar dispozițiile art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, care definesc excesul de putere ca fiind exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertățile cetățenilor.

După cum a arătat Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia nr. 3359/30.05.2005 pronunțată de Secția de contencios administrativ și fiscal, acceptarea excesului de putere fără nici un control al activității administrației este nepermisă într-un stat de drept care, potrivit art. 1 alin. 4 din Constituția României, revizuită, se organizează nu doar potrivit principiului separației puterilor (legislativă, executivă și judecătorească), dar și al celui al echilibrului acestora în cadrul democrației constituționale. Instanța supremă a mai arătat, în Decizia nr. 3165/21.06.2012 pronunțată de Secția de contencios administrativ și fiscal, că art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004 oferă o consacrare normativă a atribuției instanței de a examina conduita autorităților publice inclusiv din perspectiva modului de exercitare a puterii discreționare și încadrării în limitele marjei de apreciere conferite de lege, răspunzând imperativului menținerii unui echilibru rezonabil între interesul public și drepturile subiective sau interesele legitime private ce pot fi lezate prin actele administrative.

În ceea ce privește materia specială dedusă judecății, Curtea reține că dispozițiile art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 stipulează că, cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat. Or, după cum se observă, legiuitorul nu a înțeles ca în această materie specială să reglementeze o derogare de la prevederile dreptului comun

Or, reținând aceste dispoziții legale și considerații jurisprudențiale, Curtea constată că s-a apreciat în mod corect de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor că în etapa de planificare a achiziției, stabilirea tipului procedurii de atribuire ce urmează a fi desfășurată revine exclusiv autorității contractante, atribuțiile Consiliului vizând exclusiv etapa de organizare a procedurii de la momentul publicării în SEAP a anunțului până la momentul atribuirii contractului.

Ca atare, dacă alegerea unei proceduri de atribuire a unui acord-cadru în baza Legii nr. 98/2016 este realizată cu respectarea dispozițiilor legale, Consiliul nu este în măsură să dispună anularea respectivei proceduri pentru argumente de oportunitate vizând alegerea unei anumite proceduri, câtă vreme această alegere este în marja de apreciere a autorității contractante.

Referitor la criticile aduse la pct. C și D din contestație, curtea reține că acestea au fost calificate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor ca fiind tot aspecte care țin de oportunitate, aceste concluzii ale Consiliului nefiind contestate în plângerea dedusă judecății.

Or, această modalitate de redactare a plângerii determină prezenta instanță să constate caracterul neîntemeiat al celorlalte susțineri ale petentei din perspectiva acestor critici, întrucât, în măsura în care în cauză nu se pot înlătura concluziile din hotărârea contestată privitoare la împrejurarea că aceste condiții privitoare la stabilirea unui tarif mediu și la cantitățile minime și maxime sunt aspecte de oportunitate și economicitate, nu se poate proceda la analiza acestora ca fiind aspecte care să vizeze legalitatea derulării procedurii de atribuire.

De altfel, după cum a arătat și Consiliul în mod temeinic, **documentația de atribuire conține cantități minime și maxime, care sunt cuantificabile, astfel că operatorii au toate elementele necesare pentru a-și stabili tarifele, în documentație neputându-se remarca erori sau abateri de la prevederile Ordinului ANRSC nr. 109/2007, iar tariful mediu, care este de altfel unic pentru fiecare activitate, este o prevedere favorabilă operatorilor economici interesați.**

Mai mult, în mod corect s-a concluzionat în decizia atacată că, deși argumentele expuse de petentă ar putea să pară pertinente din punct de vedere economic în ceea ce privește propria situație, acest aspect nu prezintă relevanță în prezenta cauză, întrucât analiza pe care atât Consiliul, cât și instanța sunt chemate să o realizeze vizează aspecte de nelegalitate privitoare la derularea procedurii de atribuire, iar nu situația specială în care se află unul dintre operatorii economici ofertanți și măsura în care acesta ar putea fi avantajat din punct de vedere economic prin derularea unui anumit tip de procedură”.

Consiliul va respinge ca inadmisibile susținerile contestatoarei referitoare la anularea procedurii pe aspecte ce țin de oportunitatea alegerii acordului-cadru ca modalitate de atribuire, având în vedere că rolul său nu este acela de a verifica aspecte de oportunitate, ci de legalitate a procedurii, **analiza sa urmând a se axa exclusiv pe aspecte de legalitate, precum și cu privire la încadrarea prezentului acord cadru în dispozițiile legale ce reglementează această modalitate de atribuire.** Mutatis mutandis, speța aflată în analiza Consiliului conține o serie de aspecte similare celei citate mai sus.

În ceea ce privește alegerea acordului cadru ca și modalitate de atribuire, contestatoarea invocă dispozițiile art. 107 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 și art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Verificând conținutul prevederilor respective, Consiliul reține că acestea au următorul conținut:

- Art. 107 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 „ (1) 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.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă:

a) nu are dreptul de a încheia acorduri-cadru cu o durată mai mare de 4 ani decât în cazuri excepționale și pe care le poate justifica în special prin obiectul specific al contractelor subsecvente ce urmează să fie atribuite în baza acordului-cadru respectiv;

b) nu are dreptul de a atribui contracte subsecvente care au ca obiect prestații de altă natură decât cele stabilite prin acordul- cadru;

c) nu are dreptul de a încheia acorduri-cadru pe baza cărora se pot atribui contracte subsecvente de tipuri sau natură diferite unele față de altele;

d) are dreptul de a încheia contracte subsecvente numai cu operatorul/operatorii economic/economici semnatar/semnatari al/ai acordului-cadru și numai pe baza regulilor și condițiilor prevăzute în respectivul acord;

e) nu are dreptul de a atribui contracte subsecvente în numele și pentru o altă autoritate contractantă care nu este parte în acordul-cadru respectiv decât în cazul în care are calitatea de unitate de achiziție centralizată;

f) are obligația de a impune criterii minime de calificare care să se raporteze cel mult la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit pe durata acordului-cadru sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp;

(3) Autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contracte subsecvente numai în perioada de valabilitate a acordului-cadru.

(4) Durata contractelor subsecvente încheiate în conformitate cu alin. (3) poate depăși durata de valabilitate a acordului-cadru”.

-art. 50 din Legea nr. 98/2016: (1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul

exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul [alin. \(1\)](#), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”.

Consiliul reține că motivarea realizată de contestatoare nu se bazează pe respectivele prevederi, nedovedind incidența în cauză a textelor respective, ci aceasta arată că nu ne aflăm în situația în care autoritatea contractantă ar intenționa „să achiziționeze produse, servicii, lucrări cu caracter de repetabilitate/recurență, fără a exista, însă, 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”.

Consiliul reține că în documentația de atribuire sunt date o serie de analize pe baza cărora trebuie întocmită oferta și numărul estimat de teste, fără a se putea, însă, spune că acesta unul fix. Este clar că tipul de servicii prestat către populație de autoritatea contractantă este unul specific, neputându-se stabili, cu maximă acuratețe, câte analize se efectuează într-un an. Obiectul procedurii este unul complex, pentru lotul 8, atacat cu prezenta contestație, acesta constând în **punerea la dispoziție a 3 aparate** care să execute cel puțin următorii parametri: PT (Timpul de protrombină -INR), APTT (Timp de tromboplastină parțială activat) și Fibrinogen, **cu asigurarea accesoriilor necesare funcționării (calculator, imprimantă, monitor touch-screen, imprimantă), cu toate consumabilele aferente, respectiv reactivi pentru cele 3 tipuri de analize, clorură de calciu, plasme de control, plasme de calibrare, kit-uri etc, în cantități suficiente în funcție de consumul specific al aparatelor oferite, plus întreținere, service și calibrare.** Oferta se realizează pentru numărul de analize solicitat în caietul de sarcini, dar acesta nu poate fi unul fix, fiind imposibil de previzionat numărul de analize necesar pentru cei 4 ani de acord cadru. Astfel, necesitatea autorității contractante are caracter de repetabilitate, se formează ad-hoc, în funcție de numărul de bolnavi internați și de necesarul de analize, încadrându-se perfect în textul invocat de contestatoare, neputându-se semna un contract pe o cantitate fixă de analize, din moment ce acest lucru este imposibil de estimat cu precizie. Pe de altă parte, Consiliul reține că există clauze contractuale care permit actualizarea prețului contractelor, ținând seama de evoluția pieței și de modificări legislative, respectiv art. 5 din modelul de acord-cadru, rezultând de aici că operatorii sunt protejați în fața eventualelor fluctuații de prețuri, acordul- cadru fiind echilibrat sub acest aspect.

Astfel, din documentația de atribuire și din clarificări rezultă că aparatele ce vor fi puse la dispoziția autorității contractante vor efectua un număr estimativ de analize, și nu unul fix, în funcție de necesitățile ad-hoc ale autorității contractante. Contextul actual nu poate fi, în niciun caz, vătămător pentru contestatoare, din moment ce medicamentele anticoagulante se folosesc uzual, în funcție de afecțiuni, pentru pacienții cardiaci, pulmonari, neurologici, oncologici, COVID 19 etc. Nu se poate porni

de la premisa, puțin probabilă, a uni necesar mic de analize de coagulare, din moment ce necesarul momentului este unul deosebit.

Este surprinzătoare contestația formulată, din moment ce **societatea contestatoare este unul dintre furnizorii spitalului pentru acest gen de produse, având încheiate cu autoritatea contractantă două acorduri-cadru, care au expirat în luna decembrie 2019, de la acel moment aceasta semnând contracte în urma negocierilor fără publicarea unui anunț, în condițiile în care nu se poate desfășura o procedură de atribuire până la semnarea contractului.** Astfel, dacă această documentație de atribuire, prin care ar putea câștiga un acord cadru pe 4 ani, era atât de defavorabilă operatorilor economici, cum explică contestatoarea apetența pentru contractele încheiate prin negociere, care este motivul pentru care acestea sunt mai favorabile? Și acordurile cadru executate aveau ca obiect închirierea unor aparate de analize, practica relațiilor contractuale dintre părți fiind aceea că societatea contestatoare dorește continuarea acestor raporturi, dovadă fiind și faptul că loturile pentru care a furnizat, deja, aparatele, nu sunt atacate cu contestație, obiectul contestației vizând doar lotul 8 - Coagulare.

În realitate, contestatoarea nu a dovedit vreo vătămare sau vreo încălcare a legii prin alegerea acordului cadru ca modalitate de atribuire, convingerea Consiliului fiind aceea că este singura posibilă, neputându-se face o apreciere a necesarului de analize astfel încât să se semneze un contract cu un preț ferm. Că vor fi semnate între 1 și 12 contracte subsecvente/an, în funcție de necesitățile autorității contractante și de existența resurselor financiare alocate cu această destinație, o astfel de prevedere nu o poate vătăma pe contestatoare, ci dimpotrivă, acest lucru face mai previzibilă cantitatea imediat următoare. Lipsa resurselor pentru aceste analize nu poate fi acceptată, din moment ce stabilirea rezultatelor acestor analize este vitală pentru orice pacient, existând afecțiuni în care acestea se realizează zilnic, pentru dozarea corespunzătoare a anticoagulantelor.

Față de cele constatate, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica contestatoarei referitoare la alegerea acordului-cadru ca modalitate de atribuire, nefiind dovedită nici nelegalitatea acestia, nici abuzul de drept sau vătămarea contestatoarei.

În ceea ce privește subpunctul II.1 din contestație, vizând imposibilitatea determinării, în mod obiectiv, a prețului acordului cadru, contestatoarea arată că în cuprinsul caietului de sarcini/documentației de atribuire nu sunt prevăzute minime informații cu privire la modul de plată/facturare al chiriei, în contextul în care obiectul procedurii este reprezentat de "închirieri aparate de laborator".

În decizia anterioară, Consiliul a reținut 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”.

Astfel, Consiliul reține că în decizia sa anterioară, nu a existat o analiză referitoare la prevederile aparatelor de analiză COAGULARE. Deci, nu există considerații referitoare la acest tip de aparate, neexistând, astfel, în documentația anterioară specificații tehnice referitoare la aceste aparate și reactivii aferenți, care să fi fost analizate de Consiliu, analiza anterioară având în vedere specificațiile tehnice pentru imunologie și biochimie.

Contestatoarea citează mai multe prevederi din fișa de date și din caietul de sarcini, concluzionând că în documentația de atribuire nu sunt prevăzute minime informații din care ar putea fi determinat acest preț *”în regim de plată/preț per analiză”*, determinarea unui preț fundamentat fiind în mod obiectiv imposibilă, arătând că prețul unei analize așa cum solicită autoritatea contractantă (incluzând costurile din calibrări, controale, soluții diverse, consumabile ale sistemului/stației de purificare a apei/imprimante de coduri de bare etc.) reprezintă o valoare absolută, constantă **doar în condițiile în care autoritatea contractantă lucrează toate testele licitate în exact cantitățile solicitate, fapt care nu se întâmplă în practică.**

Consiliul consideră un astfel de argument lipsit de orice relevanță, prețul unei analize neputând fi lăsată la dispoziția hazardului. Nicăieri într-o procedură publică nu se poate accepta existența unui preț nelimitat.

Consiliul nu identifică vreo încălcare a vreunei dispoziții legale în conținutul prevederilor documentației citate de contestatoare, respectiv:

Din fișa de date:

”Propunerea financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

1) Formularul de propunere financiară - Centralizatorul de prețuri, Formularul de ofertă și grafic de livrare (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat”.

Din caietul de sarcini: „Toate cheltuielile legate de întreținerea aparatelor vor fi incluse în preț/analiza”.

Este cert că fiecare ofertant, deținând un anumit aparat, știe care sunt consumurile specifice ale acestuia, tipul de kit folosit, tipul de reactivi și substanțele aferente, prin urmare, va ști și cum să își întocmească propunerea financiară, luând în considerare toate costurile.

În ceea ce privește criticile concrete formulate de contestatoare, cu privire la omisiunile caietului de sarcini, Consiliul reține că cele mai multe sunt speculative, pornind de la prezumția unei proaste gestiuni a consumabilelor de către spital, aspect care nu poate fi luat în considerare, existând un risc în orice contract. Dacă societatea contestatoare pornește de la premisa că autoritatea va utiliza neeconomic kiturile și reactivii, mărin, în fapt, costurile analizelor, are instrumente contractuale specifice, acestea neputând fi reglate de documentația de atribuire, ci în etapa de executare a contractului. Nicio documentație nu poate să prevadă, în amănunt, ce se va întâmpla pe durata executării contractului, respectiv dacă autoritatea sau contestatorul vor abuza de drepturile lor din contract. Pe de altă parte, contestatoarea, în cadrul ofertei, poate să propună ea propriile metode de regularizare a consumurilor cu numărul de analize. Dacă regula menționată de contestatoare este aceea că repetarea unor teste înseamnă că acestea se facturează ca o nouă analiză, înseamnă că o analiză ratată este o analiză care se va plăti locatorului, din moment ce ea a fost efectuată, cu consumabilele aferente.

Pe de altă parte, Consiliul reține că documentația de atribuire are prevederi care permit monitorizarea consumurilor, din facilitățile aparatului, respectiv:

- „să aibă cititor de cod de bare încorporat pentru probe și reactivi;
- să fie dotat cu sistem de detecție de nivel pentru probe și reactivi;
- să fie dotat cu sistem de detecție de cheag pentru probe
- să fie dotat cu sistem de detecție pentru plasme hemolizate, icterice și lipemice și să respingă probele neconforme;
- să poată fi integrat în sistemul informatic al laboratorului în mod de comunicare bidirecțională;
- să fie dotat cu program de urmărire a controlului intern;
- să fie dotat cu cu program de contorizare a numărului de probe lucrate și a consumurilor de reactivi.”

Astfel, dacă autoritatea utilizează inadecvat reactivii, cantitatea utilizată fiind mult mai mare decât cea măsurată de sistemele de monitorizare, ofertanții au modalități specifice răspunderii contractuale, documentațiile de atribuire neputând să prevadă orice abuz.

Este cert că oferta se realizează pe consumurile specifice aparatului, și nu pe cantități ce vor fi, ipotetic, risipite de autoritate, orice documentație fiind realizată în ideea unei gestiuni economice și eficiente a fondurilor publice. Dacă societatea contestatoare are experiența unor abuzuri de interpretare a contractelor din partea autorității contractante, atunci nu se explică apetența acesteia pentru contracte semnate prin negociere fără publicare, contracte având, în mare, aceleași clauze, lipsind acele elemente considerate omisiuni din această documentație.

Chiar contestatoarea susține că prin toate formularele și documentele, pe care fiecare ofertant are obligația să le prezinte în cadrul actualei proceduri, se poate face dovada concordanței dintre numărul de kituri de produse oferite și numărul de analize (pe fiecare tip de test) solicitate în condițiile de lucru ale laboratorului.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă introduce în sarcina ofertanților și alte costuri suplimentare, la rândul lor imposibil de determinat, respectiv prin caietul de sarcini al procedurii, pentru fiecare lot în parte, precum și prin clauzele contractuale (art. 7.6 - 7.11 din modelul de Acord cadru, respectiv 8.5 - 8.10 din modelul de Contract Subsecvent) propuse:

- (i) toate cheltuielile legate de transportul și instalarea aparatelor;
- (ii) cheltuielile cu întreținerea aparatelor conform cărții tehnice/service pe toată perioada derulării contractului;
- (iii) calibrarea aparatelor la intervale de 6 luni și după fiecare intervenție service;
- (iv) intervenția de service în maxim 3 ore de la anunțare telefonică, în caz de defecțiune;
- (v) punerea la dispoziție, pentru folosință, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi),
- (vi) înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori”.

Consiliul reține că respectivele dispoziții sunt prevăzute în modelul de acord cadru, deci nu în faza de ofertare, guvernând modul de desfășurare a relațiilor contractuale dintre părți. Ele trebuie interpretate în sensul că ulterior semnării acordului cadru nu se pot adăuga alte costuri, provenite din evenimentele de mai sus, și nu în sensul în care contestatoarea nu are dreptul de a-și include în ofertă costurile de mentenanță.

În faza elaborării ofertelor se aplică regulile prevăzute în fișa de date și în caietul de sarcini, respectiv:

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

„Propunerea Financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

1) Formularul de Propunere Financiară – Centralizatorul de preturi, Formularul de oferta și grafic de livrare (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat.

Totodată, intră în obligația ofertanților să demonstreze, la prima cerere scrisă a comisiei de evaluare, faptul că au prevăzut în cadrul ofertei resurse financiare suficiente pentru a îndeplini toate activitățile ce trebuie întreprinse de aceștia pentru a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile în cadrul contractului.

Propunerea financiară are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către

autoritatea/entitatea contractantă și asumată de ofertant. Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 alin. (10) din Anexa la H.G. nr. 395/2016/ art. 140 alin. (9) din Anexa la H.G. nr. 394/2016, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare. Prin erori aritmetice în sensul acestor dispoziții se înțeleg inclusiv următoarele

situații: a) în cazul unei discrepante între prețul unitar și prețul total, va fi luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat în mod corespunzător; b) dacă există o discrepanță între litere și cifre, trebuie va fi luată în considerare valoarea exprimată în litere, iar valoarea exprimată în cifre va fi corectată corespunzător.

În vederea comparării unitare a ofertelor, se solicită ca toate preturile să fie exprimate în cifre cu cel mult două zecimale. **Niciun fel de cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante”.**

Deci, și această documentație este în acord cu legislația națională în materia achizițiilor publice, care stabilește că ofertanții trebuie să își includă în ofertele depuse toate costurile, documentația prevăzând expres faptul că ofertanții trebuie să dovedească oricând autorității că au prevăzut în cadrul ofertei resurse financiare suficiente pentru a îndeplini toate activitățile ce trebuie întreprinse de aceștia pentru a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile în cadrul contractului. Prevederile contractuale considerate dezechilibrate de contestatoare sunt în deplin acord cu prevederile fișei de date citate, acestea fiind ferme în sensul că ulterior depunerii ofertelor nu se pot formula „**cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante”.** Deci, prevederile fișei de date sunt clare și în acord cu legislația națională, în sensul că în etapa realizării ofertelor, ofertanții trebuie să își prevadă orice costuri, iar în etapa executării contractului, în afara ajustărilor de preț dictate de condiții pieței și de apariția unor noi norme legale, situații prevăzute expres în documentație, nu pot fi adăugate noi costuri, nici de transport și instalare a aparatelor, nici cu cheltuielile cu întreținerea aparatelor conform cărții tehnice/service pe toată perioada derulării contractului, nici cu calibrarea aparatelor la intervale de 6 luni și după fiecare intervenție service, nici cu intervenția de service în caz de defecțiune, nici cu punerea la dispoziție, pentru folosința, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediata pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți reactivi), nici cu înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori.

Astfel, Consiliul concluzionează că toate aceste costuri trebuie avute în vedere de operator la întocmirea propunerii sale financiare. Nicăieri în documentație nu se susține că în prețul analizei se includ doar consumabilele și atât, ci dimpotrivă, că se includ toate costurile, inclusiv o chirie. Pe de altă parte, este echilibrat a introduce în documentație punerea la dispoziție, pentru folosința, a unui aparat echivalent în cazul în care defecțiunea nu poate fi remediată pe loc, pe perioada nefuncționării aparatului (incluzând și reactivii necesari, dacă acest aparat utilizează alți

reactivi) și înlocuirea aparatului, dacă acesta suferă într-un an 6 defecțiuni sau o defecțiune repetată de 3 ori, necesitatea autorității contractante primând. Ar fi contrar interesului public introducerea unor prevederi contrare celor citate, respectiv neînlocuirea aparatului defect, în condițiile în care inexistența/nefuncționarea la parametri normali a acestor aparate poate avea consecințe grave asupra vieții pacienților. Consiliul nu identifică vreun dezechilibru în ceea ce privește respectivele clauze, ele fiind perfect justificate, mai cu seamă că autoritatea a solicitat introducerea costurilor necesare în preț, mai puțin defectarea aparatului fără culpa autorității.

De altfel, Consiliul reține că regulile respective sunt unele corecte, derivând din art. 1786 C. civ., care reglementează obligațiile principale ale locatorului. Astfel, locatorul este ținut, **chiar fără vreo stipulație expresă:**

- a) să predea locatarului bunul dat în locațiune;
- b) să mențină bunul în stare corespunzătoare de folosință pe toată durata locațiunii;
- c) să asigure locatarului liniștită și utila folosință a bunului pe tot timpul locațiunii.

Deci, chiar și în conformitate cu dreptul comun, în situația în care nu existau astfel de clauze, obligația predării bunurilor și menținerii acestuia în stare de folosință sunt obligații în sarcina locatorului, pretenția contestatoarei de a înlătura respectivele clauze, care acționează de drept, fiind contrară interesului public.

Consiliul mai reține ca fiind relevante și următoarele dispoziții ale codului civil:

-Art. 1787 -Predarea bunului- „Locatorul este obligat să predea bunul împreună cu toate accesoriile sale în stare corespunzătoare utilizării acestuia”.

-Art. 1788- Sarcina reparațiilor - „(1) Locatorul este obligat să efectueze toate reparațiile care sunt necesare pentru a menține bunul în stare corespunzătoare de întrebuințare pe toată durata locațiunii, conform destinației stabilite potrivit art. 1799.

(2) Sunt în sarcina locatarului reparațiile locative, a căror necesitate rezultă din folosința obișnuită a bunului.

(3) Dacă, după încheierea contractului, se ivește nevoia unor reparații care sunt în sarcina locatorului, iar acesta din urmă, deși încunoștințat, nu începe să ia de îndată măsurile necesare, reparațiile pot fi făcute de locatar. În acest caz, locatorul este dator să plătească, în afara sumelor avansate de locatar, dobânzi socotite de la data efectuării cheltuielilor.

(4) În caz de urgență, locatarul îl poate înștiința pe locator și după începerea reparațiilor, dobânzile la sumele avansate neputând curge decât de la data înștiințării”.

-Art. 1789 -Asigurarea folosinței - „Locatorul este obligat să întreprindă tot ceea ce este necesar pentru a asigura în mod constant locatarului folosința liniștită și utilă a bunului, fiind dator să se abțină de la orice fapt care ar împiedica, diminua sau stânjeni o asemenea folosință”.

Față de aceste dispoziții legale, Consiliul reține că inserarea în modelul de acord-cadru a respectivelor clauze nu încalcă echilibrul contractual, ci dimpotrivă, sunt în acord cu regulile specifice acestui tip de contract.

În acest sens, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect atunci când a refuzat propunerile de modificare a documentației din solicitările de clarificări formulate de contestatoare prin adresa din 23.07.2020, neexistând vreo dispoziție legală care să interzică introducerea chiriei analizelor. Dimpotrivă, în practică se întâlnește deseori o astfel de abordare, de pildă, pentru utilajele de construcții, prețul chiriei poate fi fix, pe oră, sau pe cantitate de lucrări, cum ar fi, de pildă, închirierea autocamioanelor pentru transportul molozului, în care se stabilește un preț lei/ tonă/ km, chiria fiind, astfel, variabilă, în funcție de necesități.

Consiliul reține ca relevante susținerile autorității contractante potrivit cărora prevederile codului civil stabilesc faptul că prețul unui contract poate să fie determinat sau determinabil. Astfel, nimic nu împiedică autoritatea contractantă să stabilească valori estimate. Astfel, conform art. 1661 Cod civil (aplicabil, conform art. 1780 cod civil și locațiunii), vânzarea făcută pe un preț care nu a fost determinat în contract este valabilă dacă părțile au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi determinat ulterior, dar nu mai târziu de data plății și care nu necesită un nou acord de voință al părților. Prin urmare, stabilirea prețului chiriei prin raportare la numărul de analize lucrat, nu încalcă dispoziții ale legii.

Dimpotrivă, stabilirea unui preț fix al analizei are avantaje evidente și în decontările în relațiile cu Casa Națională de Asigurări de Sănătate, neputându-se admite ideea că într-o lună, analiza este mai scumpă, iar în luna următoare mai ieftină, ca urmare a influenței chiriei fixe a aparatelor.

Prin urmare, inexistența unei chirii fixe, ci a uneia variabile, în funcție de numărul de analize lucrat, nu reprezintă o noutate în peisajul juridic românesc, ci dimpotrivă, dispozițiile legale aplicabile permit o asemenea abordare.

Cu privire la susținerile contestatoarei conform cărora ar fi necesară furnizarea unor informații minime pentru a putea determina prețurile unitare al acordului cadru, pentru a respecta cerința referitoare la elementele propunerii financiare/ la costul per analiză și, totodată indicarea numărului de analize pe fiecare tip de test solicitat, în condițiile concrete de lucru ale laboratorului, Consiliul reține că atât în documentația de atribuire, cât și în răspunsul la clarificări, se menționează următoarele: „Se va întocmi un tabel cu calculul necesarului de reactivi, controale, calibratori, solutii de spalare, consumabile pe o perioada de 4 ani:

Produce (Reactivi, Contr oale, Calibratori, Solutii)	Forma de amb	Pret/kit	Nr teste / kit	Nr teste pacienti anual	Nr teste calibratori 3 aparate	Nr teste contr oale 3 aparate	Nr teste total anual	Cant produs necesara / test in regim de lucru mentio nat	Cost / test	Cant produs necesara anual	Cost anual	Cant produs necesara / 4 ani	Cost 4 ani
---	--------------	----------	----------------	-------------------------	--------------------------------	----------------------------------	----------------------	---	-------------	----------------------------	------------	------------------------------	------------

Se va calcula costul/analiză incluzând toți reactivii și consumabilele necesare, în funcție de regimul de lucru menționat și se va factura lunar numărul de analize efectuate, inclusiv controale, calibrări, repetări
Se va face calculul costurilor / pachet de analize pe o perioada de 4 ani pentru numărul total de teste consumate (rezultate plus controale, calibrări)

Test	Total teste/4 ani
PT	348.912
APTT	308.784
FIBrinogen	74.576

Prin urmare, informațiile oferite de autoritatea contractantă sunt detaliate și suficiente în ceea ce privește modul de întocmire a propunerii financiare, nefiind fondate susținerile contestatoarei referitoare la imposibilitatea obiectivă de determinare a prețului acordului cadru. În măsura în care autoritatea contractantă ar fi indicat tipul de reactivi și cantitatea, atunci aceasta ar fi trimis spre un anumit aparat, producător sau procedeu tehnic, aspect care ar fi restricționat concurența.

Această modalitate de atribuire folosită de autoritatea contractantă, respectiv închirierea unor analizoare cu reactivii aferenți a apărut tocmai ca urmare a numeroaselor contestații determinate de solicitarea unor reactivi aferenți unor aparate individual determinate, prin indicarea mărcii, operatorii economici plângându-se că se încalcă libera concurență, contestații acceptate, de multe ori, de Consiliu și de instanțe. Prin urmare, practica autorităților contractante s-a reorientat, solicitând operatorilor să vină cu propriile analizoare. Că această manieră de lucru este eficientă, rezultă și din faptul că însăși societatea contestatoare a semnat cu autoritatea contractantă mai multe contracte de acest gen, ultimul chiar în luna iulie a acestui an (nr. 18575/03.07.2020), semnând și executând, de asemenea, și două acorduri cadru, după cum a demonstrat autoritatea contractantă prin transmiterea acestora prin e-mail a actelor respective, înregistrate la Consiliu cu nr. 32054 și 32058, ambele din data de 06.08.2020.

Astfel, Consiliul reține că societatea contestatoare nu a făcut dovada încălcării vreunei norme din legislația achizițiilor publice sau a altor legi, după cum nu a făcut dovada vreunei vătămări ca urmare a stabilirii acestei modalități de determinare a prețului ofertei.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

În ceea ce privește cheltuielile de judecată solicitate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că la dosarul cauzei nu a fost depusă nicio dovadă a efectuării acestora, nefiind, de asemenea, precizat cuantumul acestora. Potrivit art. 452 din Codul de procedură civilă, partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei. Având în vedere lipsa dovezilor respective, Consiliul

va respinge solicitarea autorității contractante de acordare a cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În temeiul art. 452 din Codul de procedură civilă, respinge cererea autorității contractante de acordare a cheltuielilor de judecată.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 29 (douăzeci și nouă) pagini.