



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. 2039/C9/2167, 2169

Data: 13.11.2019

Prin contestația nr. 512956/14.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41046/15.10.2019, depusă de rind procedura de licitație deschisă, online, organizată de în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii unui *Acord-cadru de furnizare reactivi de laborator*, cod CPV 33696500-0 *Reactivi de laborator* (Rev. 2), contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la ducerea la îndeplinire a măsurilor dispuse prin Decizia Consiliului nr. 653/C9/ 432,433,439 din 24.04.2019, astfel cum aceasta a fost menținută prin Decizia nr. 551/R din data de 18.06.2019, a Curții de Apel Târgu Mureș, și prin Decizia Consiliului nr. 1569/C9/1657,1660/12.09.2019; anularea actului emis de autoritatea contractantă sub denumirea "Erată" și publicat în SEAP în data de 02.10.2019, sub aspectele criticate în cuprinsul contestației; în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, 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. 98/2006.

Prin contestația nr. 244/14.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 41049/15.10.2019, depusă de, cu punctul de lucru la privind aceeași procedură de licitație deschisă online, organizată de contestatoarea a solicitat modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării cerințelor stabilite în cadrul acesteia pe care le consideră nelegale întrucât au ca efect restricționarea nepermisă a concurenței prin indicarea fără echivoc a unor particularități și parametri tehnici specifici

unui anumit producător, iar ca măsură prealabilă, a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2167/2019 și 2169/2019 au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii, din contestația SC a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. 1589/ C9/2169 din 17.10.2019.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SC critică documentația de atribuire și "Erata" publicată în SEAP în data de 02.10.2019.

Prin contestația nr. 512956/14.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 41046/15.10.2019, ... amintește că, prin Decizia nr. 2271/C2/2282/13.08.2018, Consiliul a admis criticile sale și a dispus anularea procedurii de atribuire inițiate de autoritatea contractantă, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1001809/29.06.2018.

Ulterior a fost inițiată o nouă procedură prin anunțul de participare nr. CN1009479/05.03.2019. Autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire a acestei proceduri în condițiile în care procedura anterioară a fost anulată pentru că specificațiile tehnice ale caietului de sarcini permiteau doar ofertarea produselor deși pe piață existau multe alte produse echivalente. Analizând documentația a constatat că, din nou, autoritatea contractantă a limitat ofertarea doar la produsele

Prin Decizia Consiliului nr. 653/C9/432, 433, 439/24.04.2019, Consiliu a admis contestația și a dispus obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire.

Nemulțumită de soluția stabilită de Consiliu, autoritatea contractantă a formulat plângerea nr. Ad13107/22.05.2019, înregistrată la Curtea de Apel Târgu Mureș sub nr. 129/43/2019/24.05.2019, prin care a solicitat instanței să dispună schimbarea în parte a respectivei decizii, inclusiv sub aspectul restrictivității cerințelor caietului de sarcini.

Prin Decizia nr. 551/R/18.06.2019, Curtea a menținut dispozițiile Consiliului cu privire la specificațiile tehnice stabilite, astfel încât, pe de o parte, să nu restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici, iar pe de altă parte, să acopere necesitățile sale.

Ca urmare a deciziei Curții de Apel, autoritatea contractantă a procedat la publicarea în SEAP, în data de 09.08.2019, a caietului de sarcini modificat urmare a deciziei Consiliului.

Procedând la analiza cerințelor stabilite prin caietul de sarcini modificat, a constatat că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia Consiliului, respectiv nu a modificat cerințele caietului de sarcini astfel încât acesta să nu restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici.

În consecință, a formulat contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 32050/19.08.2019, arătând că, și în noua versiune a caietului de sarcini, specificațiile tehnice conduc în continuare către un unic producător, respectiv

Prin Decizia Consiliului nr. 1569/C9/1657,1660/12.09.2019, Consiliul a admis, în parte, contestația sa și pe a celei formulate de Roche România SRL și a dispus obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire "în sensul celor prevăzute în motivare".

Ca urmare a celor prezentate mai sus, autoritatea contractantă a publicat în data de 02.10.2019 documentul intitulat Erată, prin care aceasta declară că înțelege să "modifice specificațiile tehnice astfel cum a decis Consiliul".

Analizând respectiva Erată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a extras din Decizia Consiliului măsurile dispuse cu privire la contestația la care a adăugat una dintre cele 46 de specificații criticate, menționată cu titlu exemplificativ de Curtea de Apel Târgu Mureș și citată de Consiliu la pag. 9 din a doua decizie.

Practic, autoritatea contractantă dorește să implementeze doar măsurile de remediere cu privire la cerințele restrictive care au fost analizate punctual de către Consiliu și nu a dispus nicio măsură pentru ducerea la îndeplinire a obligațiilor stabilite de Consiliu prin admiterea contestației.

Contestatoarea subliniază că, prin decizia sa, Curtea de Apel Târgu Mureș a menținut dispozițiile primei decizii a Consiliului, în ceea ce privește specificațiile tehnice ale echipamentelor solicitate, dispozițiile în cauză au autoritate de lucru judecat.

Apreciază că nu a fost dusă la îndeplinire decizia Consiliului.

De altfel, nici Consiliul, nici instanța de judecată nu se puteau substitui achizitoarei în elaborarea specificațiilor caietului de sarcini, ci doar cu respectarea limitelor rolului activ, au dispus remedierea specificațiilor.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a dispus nicio măsură de remediere, cu o unică excepție – poziția 11 din Erată, cu privire la 35 din 36 cerințe a căror restrictivitate a fost contestată și admisă cu autoritate de lucru judecat.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă nu a dus la îndeplinire măsurile obligatorii dispuse prin prima decizie a Consiliului.

Măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă la punctele 1-10 din Erată publicată în data de 02.10.2019 nu înlătură restrictivitatea cerințelor criticate.

Contestatoarea enumeră aspectele cu privire la măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă, astfel:

- prin punctul 4 din Erată, remedierea dispusă de autoritate nu face decât să impună ofertarea în limita împachetărilor de reactivi specifici așa cum se solicitase inițial în caietul de sarcini, fiind evidentă trimiterea circulară tot la cerințele de împachetare din documentația de atribuire;
- prin remedierea dispusă prin punctul 5 din Erată, nu se aduce o remediere documentației de atribuire, astfel autoritatea contractantă doar a modificat formularea "frecvența calibrării" în "stabilitatea calibrării", însă a menținut toate valorile transpuse din prospectele Siemens. Nici alăturarea sintagmei "sau echivalent" nu reprezintă o remediere pentru simplul motiv că nu se poate stabili o echivalență față de un interval de timp deja bine stabilit;
- cu privire la măsurile de remediere dispuse prin punctul 9 din Erată, autoritatea contractantă ar reprezenta măsură de remediere doar adăugarea sintagmei "sau echivalent", fără să specifice care este varianta echivalentă acceptată, din moment ce acest test este unul cu specificitate în cazurile de sepsis, iar autoritatea deja a solicitat și testul Procalcitonin, (utilizat în imunologie pentru cazurile de suspiciune de sepsis);
- cu privire la remediile de la punctul 10 din Erată, nici în acest caz sintagma "sau echivalent" nu are efect practic din moment ce nu există echivalență în imunologie pentru acest test; testarea HER2 este specifică patologiei canceroase a sânului și, în cazul imunologice, ea folosește doar ca precursor al testării pentru pozitivitatea HER2 prin metode anatomo-patologice. În cazul testelor imunologice, numai feră acest test care nu are echivalent în acest domeniu al imunologiei.

Față de cele de mai sus, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a implementat în mod corespunzător cea de-a doua decizie a Consiliului nici sub aspectul remedierii cerințelor mai sus menționate.

În concluzie, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire și reluarea acesteia, după derularea unei proceduri de consultare a pieței și definirea corespunzătoare a necesităților sale obiective.

Prin cea de-a doua contestație formulată în cadrul procedurii, nr. 244/14.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 41049/15.10.2019, ... arată că, la data de 05.03.2019, autoritatea contractantă a publicat în SICAP sub nr. CN1009479 anunțul de participare prin care a adus la cunoștință operatorilor economici interesați organizarea procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea acordului cadru având ca obiect furnizarea reactivi de laborator.

Având în vedere prevederile restrictive ale documentației care favorizau produsele unui singur producător au fost formulate mai multe contestații de către contestatoare și alți agenți economici. Prin Decizia Consiliului nr. 653/C9/432,439/24.04.2019, s-a decis admiterea

contestațiilor și obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini astfel încât să nu fie restricționată participarea operatorilor economici la procedură. Nemulțumită de soluția stabilită de Consiliu, autoritatea contractantă a formulat plângere la Curtea de Apel Târgu Mureș, în cadrul dosarului nr. 129/43/2019, prin Decizia nr. 551/R/18.06.2019, Curtea a admis plângerea exclusiv pe aspectul legat de obligarea autorității contractante la achiziționarea sistemului pneumatic de transport probe biologice, menținând celelalte dispoziții ale deciziei atacate.

La data de 09.08.2019, autoritatea contractantă a publicat în SEAP o versiune corectată a caietului de sarcini și a fixat totodată un nou termen pentru depunerea ofertelor, respectiv 09.09.2019.

Analizând prevederile acestui nou document, contestatoarea susține că a constatat că majoritatea specificațiilor restrictive care o împiedică să participe la această procedură au fost menținute și că, practic, doar un distribuitor al produselor Siemens poate îndeplini simultan toate cerințele impuse de ...

Ulterior, ... a depus o altă contestație, soluționată prin Decizia Consiliului nr. 1569/C9/1657,1660/12.09.2019, prin care Consiliul a decis admiterea contestațiilor și obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini astfel încât să nu fie restricționată participarea operatorilor economici la procedură.

În acet sens, autoritatea contractantă a depus în SICAP, în data de 02.10.2019, o Erată prin care aduce modificări caietului de sarcini în sensul modificării unora dintre specificațiile tehnice solicitate inițial.

Din analiza noii forme a caietului de sarcini, contestatoarea consideră că nu au fost eliminate specificațiile restrictive care, cumulativ, permit doar distribuitorului produselor să participe la procedură.

Pentru o corectă și completă expunere a situației de fapt, contestatoarea dorește să învedereze și împrejurarea că procedura de atribuire este în fapt identică în multe aspecte majore cu o procedură lansată anul trecut de ei contestată și prin Decizia Consiliului nr. 2271/C2/2382/ 13.08.2018 a fost anulată.

Noul caiet de sarcini, publicat în septembrie 2019, este a patra formă a documentației prin care autoritatea contractantă dorește să implementeze această nouă soluție de laborator, contestatoarea constatând că, în continuare, nu este încurajată o concurență liberă între jucătorii de pe piață, care să permită spitalului să beneficieze de cea mai avantajoasă ofertă.

Pe fond, contestatoarea susține că documentația de atribuire conține în continuare specificații proprii produselor aparținând producătorului Siemens (atât pentru analizoare, cât și pentru reactivii aferenți), care nu sunt esențiale pentru satisfacerea în condiții optime a solicitărilor de analize de laborator și aspecte conexe ale spitalului.

Această concluzie, rezultă din multitudinea de similitudini între specificațiile cerute prin caietul de sarcini și conținutul materialelor descriptive (prospecte) pentru produsele producătorului respectiv.

Conduita autorității contractante este de natură a favoriza producătorul Siemens și distribuitorii acestuia și este în contradicție cu prevederile legale incidente în materie, respectiv art. 50 alin. (1) și (2) și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea redă din decizia Curții de Apel Târgu Mureș și din deciziile Consilului și afirmă că, deși autoritatea contractantă a modificat unele prevederi restrictive din caietul de sarcini, prin erata transmisă în data de 02.10.2019, se mențin o serie de specificații tehnice restrictive, transmise în cadrul contestației anterioare, care permit doar distribuitorului Siemens participarea la această procedură.

Or, din analiza noii forme a caietului de sarcini, rezultă în mod clar că, prin includerea încrucișată a mai multor cerințe, se elimină o serie de soluții oferite de marii jucători de pe piață, rezultând din nou că tehnologia Siemens este singura care îndeplinește cumulativ toate cerințele și ca atare distribuitorii acestui producător sunt favorizați în această procedură.

Contestatoarea enumeră câteva dintre aspectele pe care le consideră relevante în sensul redactării necorespunzătoare a specificațiilor tehnice.

Prin adresa nr. Ad/30578/29.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 43853/30.10.2019, ... a transmis punct de vedere referitor la contestațiile ... solicitând respingerea acestora ca netemeinice și nelegale.

Autoritatea contractantă prezintă modul de derulare a procedurii în cauză și arată, în ce privește criticile formulate de ... că acestea sunt neîntemeiate, având în vedere că a adoptat măsurile de remediere dispuse de Consiliu și Curtea de Apel Târgu Mureș.

De asemenea, arată că și-a îndeplinit obligațiile stabilite de prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, definind prin specificațiile tehnice reactivii ce se doresc a fi achiziționați, precum și linia automată de prelucrare preanalitică, analitică și postanalitică a probelor.

Totodată, autoritatea contractantă susține că a respectat prevederile art. 156 din același act normativ, incluzând mențiunea "sau echivalent" ce permite operatorilor economici să participe în procedură și să demonstreze echivalența produselor oferite.

Aceste echipamente urmează a fi folosite de autoritatea contractantă pentru realizarea unor teste specifice, în urma cărora trebuie să obțină rezultatele necesare pentru a putea diagnostica corect pacienții. Astfel, unele teste solicitate sunt destul de specifice tehnic și nu pot fi modificate pentru ca spitalul să poată efectua în interesul pacienților testele necesare în diagnosticare.

Autoritatea contractantă afirmă că este singura care poate să stabilească necesitatea concretă pe care o are, această cerință fiind una de oportunitate și nu de legalitate care nu poate fi supusă cenzurii operatorilor economici care aleg să participe la procedură și nici Consilului

sau instanței, sens în care solicită Consiliului să respingă aceste critici ca nelegale.

De asemenea, arată că toate specificațiile tehnice au fost elaborate cu respectarea principiului transparenței, a nediscriminării și a tratamentului egal, conform art. 2 din Legea nr. 98/2016 și respectă prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, autoritatea contractantă înțelege să formuleze aceleași apărări ca în cazul contestației ...A, cu privire la măsurile de remediere adoptate ca urmare a deciziilor invocate.

În ceea ce privește specificația tehnică privind formele împachetare ale controlorilor și calibratorilor, respectiv "flacon de maxim 3 ml sau 5 ml", acestea sunt valori maxime, nu fixe, fiind acceptate împachetări cu mai puțini ml.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei referitoare la "Tipul măsurătorii: bicromatică/monocromatică" nu sunt însoțite de sintagma "sau echivalent", autoritatea contractantă arată că această specificație tehnică oferă deja două variante alternative. Astfel, solicită respingerea acestui capăt de cerere ca tardiv formulat. Această specificație tehnică a existat în documentația de atribuire anterior publicării eratei ca urmare a celei de-a doua decizii a Consiliului, astfel că nu este o modificare nouă a documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă solicită respingerea criticilor de nelegalitate ca nefondate, precizând că:

- în ceea ce privește specificația tehnică vizând testul LBP, aceasta a fost modificată prin erata publicată la data de 02.10.2019, fiind inserată mențiunea "sau echivalent", care permite oricărui ofertant care oferă un astfel de test să oferteze acel test, dovedind cu luarea în considerare a prevederilor legale din Legea nr. 98/2016 echivalența produsului oferat;

- în ceea ce privește specificația tehnică privind testul HER 2, acesta a fost modificată prin erata publicată la data de 02.10.2019, fiind inserată mențiunea "sau echivalent", care permite oricărui ofertant care oferă un astfel de test să oferteze acel test, dovedind cu luarea în considerare a prevederilor legale din Legea nr. 98/2016 echivalența produsului oferat.

Având în vedere critica contestatoarei "chiar dacă autoritatea contractantă a modificat unele dintre prevederile restrictive din caietul de sarcini prin erata transmisă în 02.10.2019, constatăm că se mențin o serie de specificații tehnice restrictive, transmise în cadrul contestației anterioare, care permit doar distribuitorului participarea la această procedură", autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca tardiv formulată și netemeinică. Contestatoarea formulează critici de legalitate privind specificațiile tehnice, exemplificate într-un tabel, care au fost susținute în contestația anterioară, după cum aceasta recunoaște, nefiind admise de Consiliu.

Mai mult, autoritatea contractantă solicită respingerea ca tardiv formulate a criticilor de nelegalitate a documentației de atribuire, evidențiate de tabelul din cuprinsul contestației, având în vedere faptul

că acestea existau în documentația de atribuire anterior publicării eratei și trebuiau contestate în termenul legal de 10 zile și nu ulterior pe calea acestei contestații.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că a redactat documentația de atribuire, în termeni clari care să permită corecta și completa informare a operatorilor economici, cât și într-un mod nerestrictiv, care să permită participarea operatorilor economici în procedură, dar, totodată, să satisfacă necesitățile sale.

Totodată, arată că a adoptat două rânduri de măsuri de remediere ca urmare a deciziilor Curții de Apel Târgu Mureș și a deciziilor Consiliului, eliminând condițiile restrictive din documentația de atribuire și introducând sintagma "sau echivalent" care permite ofertanților să participe la procedură ofertând produse echivalente, cu demonstrarea echivalenței în condițiile legii.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestațiilor, având în vedere că specificațiile tehnice din documentația de atribuire sunt legale, nerestricționând concurența și respectă principiile achizițiilor publice.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 44259/01.11.2019.

..... a depus note scrise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 45120/06.11.2019.

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

..... a inițiat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare reactivi de laborator, cod CPV 33696500-0 *Reactivi de laborator (Rev. 2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1009479/ 28.02.2019. Din informațiile anunțului de participare, se reține că valoarea estimată a acordului-cadru este situată în intervalul 979.463,84 lei – 11.752.281,30 lei, criteriul de atribuire este "cel mai bun raport calitate-preț", iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită prin anunțul de tip erată EN1011745/14.08.2019 pentru 09.09.2019, ora 15⁰⁰.

... au investit Consiliul cu soluționarea contestațiilor care formează obiectul prezentelor cauze.

.... a constituit cauțiunea în sumă de 39.175,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 205790783/1 din 08.10.2019, eliberată de CEC Bank SA, Sucursala Victoria.

.. a constituit cauțiunea în sumă de 39.175,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 205808345/1 din 16.10.2019, eliberată de CEC Bank SA, Sucursala Victoria.

Trecând la analiza celor două contestații, Consiliul constată că acestea sunt îndreptate împotriva măsurilor de remediere dispuse de

autoritatea contractantă prin erata publicată în SEAP în data de 02.10.2019, apreciindu-se că nu au fost puse în aplicare deciziile anterioare ale Consiliului și decizia instanței în privința specificațiilor tehnice care, aplicate în mod cumulat, conduc la achiziționarea echipamentelor de la un singur producător.

În cadrul procedurii, Consiliul a pronunțat două decizii (nr. 653/C9/432, 433, 439 din 24.04.2019 și 1569/C9/1657, 1660 din 12.09.2019), în care a obligat autoritatea contractantă la modificarea specificațiilor tehnice, astfel încât să se asigure o concurență reală și participarea cât mai multor operatori economici la procedură.

În decizia nr. 1569/C9/1657, 1660 din 12.09.2019, Consiliul a reținut, între altele:

Într-adevăr, nici Consiliul, în decizia sa anterioară, și nici instanța de judecată, nu au indicat autoritățile contractante care sunt acele specificații tehnice pe care este obligată să le modifice, lăsând la latitudinea achizitoarei posibilitatea modificării lor, astfel încât să corespundă necesităților sale.

Pe de altă parte, însă, nu se poate susține că este promovată o concurență reală dacă unul dintre producătorii indicați de către spital că ar îndeplinit specificațiile tehnice, este chiar echipamentelor ale căror specificații cele două contestatoare au susținut că sunt copiate în caietul de sarcini, iar cu privire la ceilalți producători nu s-a făcut dovada că îndeplinesc în mod cumulativ toate cerințele impuse.

Totodată, este de avut în vedere că intenția spitalului de a achiziționa echipamente cu un nivel înalt de performanță nu trebuie să conducă la restricționarea participării la procedură a operatorilor economici care pot furniza aceleași tipuri de echipamente.

Achizitoarea nu a prezentat vreo dovadă în sensul demonstrării că doar acele specificații tehnice impuse în caietul de sarcini și care limitează participarea la procedură a unor operatori economici îi asigură nivelul de performanță urmărit.

Deși a afirmat că a făcut o analiză a specificațiilor tehnice a echipamentelor existente pe piață, autoritatea contractantă, în tabelele comparative din punctul de vedere asupra contestațiilor, face referire la doi sau trei producători de echipamente, însă nu demonstrează că a avut în vedere aspectul evidențiat și de Curtea de Apel Târgu Mureș, respectiv îndeplinirea cumulativă a tuturor specificațiilor tehnice de către producătorii amintiți.

Cum s-a arătat mai sus, achizitoarea indică ca îndeplinind cerințele impuse, însă această societate depune contestație, tocmai pe motivul că nu poate participa la procedură, produsele sale nerespectând toate cerințele caietului de sarcini.

Așadar, din analiza contestațiilor și a punctului de vedere, însoțite de anexele aferente, nu se poate trage concluzia că, prin modul în care a operat anumite modificări ale caietului de sarcini, ... a urmărit să permită accesul cât mai multor operatori economici la procedură.

Se constată astfel că nu a fost pusă în aplicare în mod corespunzător decizia Consiliului nr. 653/C9/432, 433, 439 din 24.04.2019, menținută, în privința celor reținute cu privire la specificațiile tehnice impuse în caietul de sarcini, de Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 551/R din 18.06.2019.

Câtă vreme a aplicat o procedură competitivă, autoritatea contractantă trebuie să impună specificațiile tehnice astfel încât să asigure o concurență reală, cu participarea la procedură a cât mai multor operatori economici.

Prin erata publicată în data de 02.10.2019, achizitoarea a adus o serie de modificări urmare a celor reținute de Consiliu în soluționarea contestației anterioare, formulate de, adăugând mențiunea "sau echivalent" pentru mai multe dintre specificații (spre ex: prin metoda

chemiluminiscenței directe sau echivalent; cardul Master Curve sau echivalent, cardul Calibrator cu valorile atribuite sau echivalent; stabilitatea calibrării să fie de minim numărul de zile solicitat în documentație sau echivalent; se acceptă variante echivalente de Troponina I sau Troponina T; test pentru determinarea Peptidei natriuretice de tip B: BNP sau echivalent; testul LBP sau echivalent; testul HER-2 sau echivalent etc).

Față de modificările operate, se reține că, astfel cum a arătat și contestatoarea pentru unele cerințe, adăugarea mențiunii "sau echivalent" nu a determinat înlăturarea restricționării participării la procedură a operatorilor economici, neputând fi îndeplinite caracteristicile respective într-o manieră echivalentă. Spre exemplu, în decizia anterioară, s-au reținut următoarele: *Referitor la cerințele "frecvența calibrării" și "stabilitatea la bord a calibrării", Consiliul constată că sunt utilizate ambele cerințe, însă în punctul său de vedere, autoritatea contractantă nu a explicat cum a ales perioadele menționate în caietul de sarcini. Având în vedere că fiecare producător recomandă o anumită frecvență a calibrării, autoritatea contractantă fie va modifica limitele maxime, astfel încât să permită încadrarea și a produselor cu alte frecvențe maxime, fie va permite operatorilor economici să stabilească frecvența de calibrare recomandată de producători. Or, prin erată, s-a formulat cerința stabilitatea calibrării să fie de minim numărul de zile solicitat în documentație "sau echivalent", fără a pune în aplicare decizia Consiliului.*

În privința cerințelor referitoare la testele LBP și HER-2, în decizia sa anterioară, Consiliul a reținut următoarele: *Referitor la posibilitatea de testare a biomarkerului specific BNP, autoritatea contractantă a invocat nota 1 din caietul de sarcini, în sensul acceptării soluțiilor echivalente. Pentru o informare clară și corectă a operatorilor economici, achizitoarea va trebui să indice expres posibilitatea testării în variante echivalente.*

De asemenea, este necesară completarea cu mențiunea variantei echivalente și în privința utilizării testului LBP.

În ceea ce privește testul HER-2 new, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă a susținut că este necesară determinarea acestui parametru pentru o mai bună diagnosticare a cancerului de sân.

Justificarea indicată nu poate fi considerată suficientă pentru impunerea unui test specific unui anumit producător, astfel că achizitoarea trebuie să permită o îndeplinire echivalentă a testării.

Așadar, Consiliul a permis efectuarea testelor, însă, într-o manieră echivalentă, nefiind eliminată necesitatea efectuării testelor, astfel că nu se poate susține că nu a fost pusă în aplicare decizia Consiliului.

Decizia amintită a rămas definitivă prin neatacare, astfel că cele stabilite în decizie au căpătat autoritate de lucru judecat.

Pe de altă parte, însă, este de observat, după cum au susținut ambele contestatoare, că achizitoarea nu a făcut modificări decât în privința cerințelor analizate punctual de către Consiliu și nu a ținut seama și nu a efectuat nicio analiză asupra tuturor cerințelor din caietul de sarcini a căror îndeplinire în mod cumulat conduce la achiziționarea echipamentelor și reactivilor de la un singur producător.

Atât Consiliul în deciziile anterioare, cât și Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 551/R din 18.06.2019, au susținut necesitatea modificării caracteristicilor impuse, atributul elaborării în mod corespunzător a caietului de sarcini aparținând spitalului, și nu Consiliului sau instanței.

În referire la specificațiile tehnice, instanța a reținut, între altele: "Autoritatea contractantă deși a susținut că sunt și alți producători care pot furniza astfel de echipamente, nu a dovedit că producătorii indicați au produse care îndeplinesc toate specificațiile tehnice impuse în mod cumulativ având în vedere că neîndeplinirea unei cerințe conduce la respingerea ofertei.

Sub aspectul chestiunii litigioase arătate nu prezintă relevanță îndeplinirea de către mai mulți producători a unora dintre specificațiile tehnice, relevantă fiind posibilitatea îndeplinirii cumulative a cerințelor.

Câtă vreme o parte a cerințelor sunt specifice unui anumit producător, cum de altfel se poate observa din redactarea aproape identică a caracteristicilor tehnice, nu se poate susține că nu a fost favorizat respectivul producător și a operatorilor economici care furnizează aceste produse.

Deși autoritatea contractantă a susținut că există cel puțin două companii producătoare care utilizează tehnologia cu vârfuri de unică folosință: a formulat contestație împotriva unor cerințe apreciate restrictive, ceea ce conduce la aceeași concluzie a lipsei de relevanță a îndeplinirii de către mai mulți producători a unora dintre specificațiile tehnice, relevantă fiind posibilitatea îndeplinirii cumulative a cerințelor.

Prin modul de stabilire a specificațiilor tehnice au fost nesocotite principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, scopul legislației de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici.

În consecință, Consiliul în mod întemeiat a apreciat ca fiind necesar ca achizitoarea să facă o analiză a specificațiilor tehnice ale echipamentelor diferiților producători și să le stabilească astfel încât, pe de o parte, să nu restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici, iar pe de altă parte, să acopere necesitățile sale."

Se constată că, nici în urma ultimei decizii a Consiliului, spitalul nu a luat toate măsurile pentru asigurarea unui mediu concurențial și participarea la procedură a tuturor operatorilor economici interesați și care pot furniza echipamentele care să asigure necesitățile achizitoarei.

Cum s-a arătat în repetate rânduri, faptul că se urmărește achiziționarea unor echipamente cu anumite performanțe nu înseamnă că trebuie ignorate prevederile legale referitoare la asigurarea unei concurențe reale între operatorii economici.

Într-adevăr, achizitoarea este cea care cunoaște cel mai bine necesitățile sale, însă cerințele impuse în documentația de atribuire trebuie să asigure respectarea dispozițiilor legale care reglementează accesul competițional la procedură.

Totodată, trebuie observat că autoritatea contractantă a urmărit achiziționarea reactivilor de laborator și în anul 2018, procedura inițiată prin anunțul de participare nr. CN1001809/26.06.2018, fiind anulată prin decizia Consiliului nr. 2271/C2/2282 din 13.08.2018.

Procedura de licitație deschisă aplicată în cauză de autoritatea contractantă este o procedură competițională, specificul său fiind participarea cât mai multor operatori economici la procedură și asigurarea

accesului acestora cu respectarea principiilor transparenței și tratamentului egal. În cazul în care se dorește achiziționarea produsului unui anumit producător, achizițarea trebuie să aplice o procedură corespunzătoare, în acord cu dispozițiile legale aplicabile.

Față de cele de mai sus, având în vedere imposibilitatea spitalului de a modifica specificațiile tehnice din caietul de sarcini, astfel încât să nu fie împiedicată participarea la procedură a mai multor operatori economici, Consiliul, apreciind că nu mai pot fi luate măsuri de remediere, va dispune anularea procedurii de atribuire.

Capetele de cerere referitoare la obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire din cele două contestații vor fi respinse ca rămase fără obiect, urmare a dispunerii măsurii de anulare în întregime a procedurii.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestațiile și .. în contradictoriu cu, și anulează procedura de licitație deschisă organizată pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare reactivi de laborator.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca rămase fără obiect capetele de cerere referitoare la obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, din cele două contestații.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

....

Redactată în 5 exemplare, conține 12 pagini