



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. 136/C3/2751

Data: 23.01.2020

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 52884/23.12.2019, înaintată de SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, ..., formulată împotriva rezultatului procedurii licitație deschisă, organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., în vederea atribuirii contractului de „Furnizare, instalare, punere în funcțiune, instruire personal și service în perioada de garanție – Platformă automată de colorare pentru imunohistologie”, inițiată cu anunț de participare nr. CN1012147, publicat în SEAP la 18.06.2019, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii, astfel cum este cuprins de raportul procedurii, având număr de înregistrare 27317/17.12.2019, anularea „Comunicării rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale tehnice, în sensul constatării caracterului conform al acesteia.

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, ... SRL, cu sediul în, ..., ..., reprezentată convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, ..., ..., a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară, solicitând respingerea contestației formulate de SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 52884/23.12.2019, ... SRL atacă rezultatul procedurii mai sus amintite, organizată de autoritatea contractantă, reclamând nerespectarea, de către aceasta din urmă, a dispozițiilor Legii nr. 98/2016.

Preliminar, contestatorul arată că, inițial, autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta sa, iar, ca urmare a contestației formulate de către SRL, institutul a dispus adoptarea măsurilor de remediere și reluarea procedurii, din etapa evaluării propunerilor tehnice, fără a-i comunica motivele care au stat la baza acestei decizii, contrar dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, contestatorul reclamă că i s-a comunicat rezultatul procedurii fără indicarea temeiului legal aplicabil, menționându-se, în mod eronat, locul pe care s-a clasat oferta și, cel mai grav, neexistând absolut nicio mențiune privitoare la motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei.

Contestatorul arată că un alt viciu de legalitate, cu referire la procedura în discuție, ar rezulta din procesul-verbal nr. 25731/02.12.2019, act în baza căruia s-ar fi parcurs și finalizat procedura de evaluare a ofertelor tehnice. Astfel, precizează contestatorul, autoritatea contractantă a finalizat procedura de evaluare a ofertelor tehnice la data de 02.12.2019, în contextul în care au solicitat clarificări, abia la data de 03.12.2019.

Așadar, la data la care autoritatea contractantă a cerut lămurirea conținutului ofertei tehnice, decizia de a o declara *neconformă* fusese deja adoptată, aflându-se, în mod cert, în situația unei antepronunțări, din partea autorității contractante.

Pe de altă parte, contestatorul susține că declararea ofertei sale drept *neconformă* este o măsură vădit lipsită de temeinicie și abuzivă.

Contestatorul arată că solicitarea de clarificări, ce i-a fost adresată în 03.12.2019, viza două cerințe din caietul de sarcini, care nu ar fi respectate.

Prima cerință, pretins neîndeplinită, este cea potrivit căreia produsul ofertat ar trebui să fie dotat cu un *sistem tip linear cu orientare orizontală a lamelor*.

Or, susține contestatorul, produsul ofertat este dotat cu un sistem tip liniar, lamele fiind orientate și în poziție orizontală, cum se solicită.

Analiza semantică a cerinței din caietul de sarcini conduce, în mod indubitabil, la concluzia că nu se impune obligația păstrării poziției orizontale pe toată perioada procesului de colorare, inclusiv în timpul procesului de pretratare.

Orice altă interpretare ar conduce la caracterul vădit abuziv al cerinței, o restricție de acest gen neputând fi introdusă în scop obiectiv și neavând niciun suport științific ori tehnic. A pretinde poziționarea orizontală a lamelor pe toată perioada procesului de colorare nu poate reprezenta decât o cerință abuzivă, existând indicii serioase privitoare la o posibilă favorizare a unui produs în detrimentul altuia, în condițiile echivalenței dintre acestea.

De altfel, contestatarul arată că lamele platformei ofertate sunt introduse în aparat pe plan orizontal și, de asemenea, în timpul procesului de colorare, rack-urile sunt plasate în camere de colorare, ce sunt în plan linear.

Unitățile de colorare reprezintă o tehnologie de ultimă generație, în care lamele sunt plasate în lăcașe speciale, pentru o colorare individuală de mai mare precizie, cu păstrarea reactivului pe lamă, fără posibilitatea de evaporare, ceea ce conduce la un consum mai mic de reactivi, un cost mai mic al analizei și siguranța diagnosticului.

Perioada în care lamele sunt ținute în poziție verticală reprezintă etapa de pretratare a lamelor, unde are loc deparafinarea, recuperarea epitopilor și rehidratarea țesutului de pe lamă. Deoarece, în această etapă de analiză, se realizează deparafinarea lamelor, este indicată poziția verticală a acestora, pentru o mai bună eliminare a parafinei, fără acțiune mecanică asupra țesutului.

În cazul plasării lamelor în poziție orizontală, în procesul de deparafinare, este nevoie de o etapă de curățare suplimentară a țesutului pentru eliminarea surplusului de parafină, ceea ce duce la o acțiune mecanică suplimentară asupra lamei și la un timp de procesare mai mare.

Etapă de pretratare poate fi eliminată din protocolul de colorare dacă lamele au fost deparafinate înainte, nefiind o etapă obligatorie, în protocolul de lucru, în acest caz, întreaga procedură fiind derulată prin menținerea poziției orizontale.

Mai mult, contestatorul precizează că platforma Dako Omnis este conformă cu toate standardele de calitate în vigoare, emise de organisme competente, aprobată IVD, conform Directivei 98/79/EC și 2002/96/EC WEEE, ceea ce garantează că, din punct de vedere tehnic, platforma îndeplinește toate normele de funcționare, securitate și siguranță, în ceea ce privește diagnosticul pacientului.

De asemenea, contestatorul precizează că lamele compatibile cu această platformă sunt lame speciale de imunohistochimie, folosite în toate protocoalele de lucru și pe toate platformele automate, riscul de desprindere a țesutului de pe lamă fiind exclus.

Așa cum se precizează și în literatura de specialitate, motivele principale, ce determină desprinderea țesutului de pe lamă, conform recomandărilor tehnicilor de lucru din Ordinul nr. 1217/2010 privind

aprobarea Ghidurilor de practică medicală pentru specialitatea anatomie patologică, sunt:

- fixarea necorespunzătoare a lamelor în procesul de preanaliză, ce duce la desprinderea țesutului indiferent de platforma folosită;
- fierberea soluțiilor de recuperare a epitopilor (nu se realizează în cazul Dako Omnis, platforma având senzori de control a temperaturii și funcția de prefierbere activată automat).

Cea de-a doua pretinsă neconformitate se referă la cerința *Temperatura setabilă între ambient și 100 grd.C, controlabilă pentru fiecare lamă în parte, cu indicarea stării de încălzire, pentru realizarea pretratamentului termic.*

Contestatorul arată că a precizat și demonstrat, cu documentații tehnice, faptul că platforma Dako-Omnis permite crearea unor paneluri de teste, făcând ușoară solicitarea unui grup definit de lame (în funcție de procedura de diagnosticare dorită). Pentru diagnosticare, se folosește un panel corelat cu un anumit tip de țesut (ex. un panel pentru plămân, care conține markeri adecvați pentru diagnosticarea corectă a cancerului de plămân). Fiecare etapă de lucru prezintă o temperatură constantă specifică.

Contestatorul mai precizează că rackurile cu 5 lame sunt special create pentru optimizarea utilizării și gestionarea cazurilor pacienților, astfel încât toate lamele de la același pacient să prezinte aceleași condiții de lucru. Fiecare etapă de lucru prezintă o temperatură constantă specifică. Software-ul prezintă posibilitatea de urmărire individuală a lamelor, cu precizarea stadiul din protocol în care este fiecare lamă. Prin acest lucru se poate determina temperatura la care se află lama, la momentul dorit de beneficiar.

Conform broșurii Dako Omnis Solution Specifications, temperatura de 18° C este temperatura de păstrare a reactivilor folosiți în procesul de colorare. Camerele de colorare sunt folosite tot în procesul de colorare. Cerința din caietul de sarcini face referire la temperatura setabilă, între ambient și 100 grd.C, controlabilă pentru fiecare lamă în parte, cu indicarea stării de încălzire, pentru realizarea pretratamentului termic, adică în etapa de precolorare.

Software-ul prezintă posibilitatea de urmărire individuală a lamelor, putându-se vizualiza stadiul din protocol, reactivii utilizați și toate evenimentele din istoricul lamei de interes, precum și realocarea, repetarea sau transferul în starea „finalizate astăzi” a lamei, așa cum reiese din pagina 27, din Dako Omnis Ghid de utilizare avansată. Ținând cont că fiecare etapă din protocolul de lucru prezintă o temperatură constantă bine determinată, se poate identifica cu ușurință temperatura la care se află lama, la momentul dorit de beneficiar.

Așadar, contestatorul apreciază că și această cerință tehnică este îndeplinită de oferta sa.

Prin adresa nr./....., completată prin adresa nr. 31/08.01.2020, înregistrată la CNSC sub nr./....., respectiv nr. 490/08.01.2020, ... SRL a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară, solicitând, în principal, respingerea contestației formulate de SRL, ca tardivă și, în subsidiar, ca nefondată.

Pe de o parte, intervenientul apreciază că SRL a formulat tardiv prezenta contestație, întrucât motivele contestației sale privesc, în fapt, măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă în contestația ce a făcut obiectul dosarului nr. 2312/2019, unde a avut calitatea de intervenient. Cum măsurile de remediere se comunică, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, tuturor operatorilor economici implicați în procedură, rezultă că SRL a luat la cunoștință despre acceptarea de către autoritatea contractantă a motivelor contestației formulate de SRL, respectiv de neconformitatea ofertei sale, încă de la data de 15.11.2019, data emiterii adresei cu privire la măsurile de remediere.

Neformulând contestația în 5 zile de la data adoptării măsurilor de remediere, rezultă că aceasta nu mai este în termen a formula prezenta contestație, prin care să se tindă la declararea drept conformă a ofertei sale.

În concluzie, luând act de anularea parțială a procesului-verbal de evaluare tehnică nr. 20391/26.09.2019, prin care oferta SRL a fost declarată conformă și câștigătoare și decizia autorității contractante de reevaluare a ofertei sale, prin măsurile de remediere adoptate, contestatorul putea ataca, în termen de 5 zile, măsurile dispuse de autoritatea contractantă.

Referitor la *neconformitățile de ordin formal*, pe care contestatorul le invocă, în susținerea contestației sale, intervenientul arată, pe de o parte, că nu se poate aprecia că procedura de atribuire a fost viciată, prin necomunicarea motivelor care au stat la baza adoptării măsurilor de remediere, câtă vreme contestatorul a fost parte în dosarul CNSC nr. 2312/2019, având calitatea de intervenient.

Privitor la susținerile contestatorului, că rezultatul procedurii nu respectă exigențele prevederilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, intervenientul precizează că, deși acesta pretinde că autoritatea contractantă i-ar fi comunicat caracterul admisibil al ofertei sale, prin adresa nr. 27332/17.12.2019, în fapt, astfel cum rezultă din art. 4.1.1. al raportului procedurii, nr. 27317/17.12.2019, oferta depusă de SRL a fost declarată neconformă, după primirea răspunsului acesteia la clarificări (răspuns la adresa nr. 25819/03.12.2019). În concluzie, oferta contestatorului fiind neconformă, nu se putea clasa pe locul II, astfel cum susține aceasta.

În ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului, ca neconformă, intervenientul susține că solicitările de clarificări, în etapa

reevaluării acesteia, dispusă ca măsură de remediere, au vizat două specificații tehnice din caietul de sarcini:

- sistem tip linear cu orientare orizontală a lamelor;
- temperatură setabilă între ambient și 100°C, controlabilă pentru fiecare lamă în parte, cu indicarea stării de încălzire, pentru realizarea pretratămamentului termic.

În legătură cu cerința sistem tip linear cu orientare orizontală a lamelor, raportându-se la sistemul Dako Omnis, oferat de SRL, intervenientul susține că, în timpul procesării, lamele sunt în poziție verticală sau oblică, după cum se vede în filmul de prezentare al sistemului, pe canalul youtube oficial al producătorului, la adresa web: <https://www.youtube.com/watch?v=3mHA V3KBio>. Procesul de colorare imuno-histochimică a secțiunilor de țesuturi este unul costisitor și are loc pe lame cu secțiuni de țesut neacoperite cu lamelă. Plasarea lamelor în poziție verticală, în cuve cu reactivi, poate duce la desprinderea secțiunii de pe lamă, făcând astfel tot procesul inutil și având implicații majore asupra costurilor laboratorului și siguranței diagnosticului. Acesta este și motivul pentru care producătorul recomandă doar un anumit tip de lame pentru utilizarea în acest sistem, aspect ce conduce, din nou, la costuri mai mari.

Mai mult, arată intervenientul, automatul Dako Omnis, oferat de contestator, nu îndeplinește nici cerința de *sistem tip linear*, având în vedere că lamele sunt încărcate în rack-uri de câte 5 lame suprapuse, nicidecum linear.

Privitor la cerința *temperatură setabilă între ambient și 100°C, controlabilă pentru fiecare lamă în parte, cu indicarea stării de încălzire, pentru realizarea pretratămamentului termic*, intervenientul susține că oferta contestatorului nu este conformă, precizând că reglarea de temperatură nu se poate face pentru fiecare lamă în parte. Analizând broșurile și specificațiile tehnice disponibile pe site-ul oficial al producătorului, referitoare la automatul Dako Omnis, se poate constata că acesta oferă posibilitatea de încălzire a reactivilor și a camerelor de colorare și control al temperaturii pentru un rack de 5 lame și nu pentru fiecare lamă în parte, așa cum a fost solicitat în caietul de sarcini. Din broșura Dako Omnis Solution Specifications, reiese, clar, că acest automat oferă posibilitatea de încălzire a recipientilor de reactivi, la 18 grade Celsius și a modulelor de colorare (un modul pentru 5 lame), la 32 grade Celsius, ceea ce înseamnă că sistemul nu oferă nici gama de temperatură solicitată și nici posibilitatea de control individual al temperaturii pe fiecare lamă în parte.

De altfel, din răspunsurile la solicitările de clarificări, nu rezultă, cu certitudine, că se poate atinge temperatura de până la 100°C, ceea ce înseamnă că răspunsul a fost neconcludent.

Contestatorul confirmă că nu se poate seta temperatura pe fiecare lamă, ci doar pe grupuri definite de lame (în fapt, pe fiecare rack, cu

câte 5 lame fiecare), în funcție de panelul de teste creat. Mai mult, se precizează, în mod expres, faptul că temperatura este constantă și specifică, pentru fiecare etapă de lucru și că software-ul prezintă doar posibilitatea de urmărire individuală a lamelor, în care este precizat stadiul de protocol. Astfel că, în mod indirect, se poate identifica temperatura la care se află lama (în fapt rack-ul cu 5 lame), dar aceasta nu înseamnă că se poate permite setarea ei.

Or, precizează intervenientul, acțiunile sau operațiunile permise de sistemul Omnis Dako - urmărire individuală a lamelor pe etape de lucru, vizualizarea stadiului de protocol, reactivii utilizați etc., pe care contestatorul le subliniază ca fiind la fel de importante ca setarea temperaturii, nu au legătură cu specificația tehnică din caietul de sarcini, fiind vădit că oferta acestuia nu face dovada că sistemul îndeplinește cerința din caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 755/14.01.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 1629/15.01.2020, autoritatea contractantă a transmis Consiliului copia documentelor din dosarul achiziției publice, fără a formula un punct de vedere la contestație.

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 104/20.01.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 2124/20.01.2020, ... SRL a transmis Consiliului concluzii scrise, prin care reiterează aspectele precizate în cererea de intervenție, referitoare la neconformitatea ofertei depuse de SRL.

Prin adresa nr. 1526/23.01.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 2818/23.01.2020, autoritatea contractantă precizează că, urmare a reevaluării ofertei contestatoarei, a constatat că nu este îndeplinită cerința *Sistem tip linear cu orientare orizontală a lamelor*.

Astfel, arată autoritatea contractantă, în fișa tehnică a produsului Dako Omnis AComprehensive, depusă inițial, dar și ca urmare a solicitărilor de clarificări, nu se regăsesc specificațiile tehnice cerute în caietul de sarcini.

În plus, în urma vizionării filmului de prezentare a aparatului, autoritatea contractantă a constatat că, în timpul procesării, etapa de pretratare (deparafinare + recuperare epitopi + rehidraterea țesutului de pe lamă), lamele sunt în poziție verticală sau oblică, riscul în această etapă fiind acela de a pierde țesutul secționat (aluneca secțiunea de pe lamă). Or, poziția orizontală elimină acest risc.

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

Autoritatea contractantă, ... a inițiat, la 18.06.2019, o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de

„Furnizare, instalare, punere în funcțiune, instruire personal și service în perioada de garanție – *Platformă automată de colorare pentru imunohistologie*”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1012147.

Împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 27332/17.12.2019, ... SRL a formulat prezenta contestație, solicitând Consiliului anularea actului atacat și a celor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale tehnice, în sensul constatării caracterului conform al acesteia.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206009390/1, în valoare de 8.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, în data de 10.01.2020.

De asemenea, Consiliul reține că, în speță, a fost înaintată, de SRL, o cerere de intervenție, prin care solicită respingerea contestației formulate de SRL.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției voluntare, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei în principiu, autoarea acesteia având interesul de a-i fi menținută în competiție oferta, ce a fost considerată admisibilă și câștigătoare, de autoritatea contractantă.

Consiliul reține și că, anterior acestei etape, în procedură, ... SRL a înaintat o contestație împotriva rezultatului inițial al procedurii, la care a renunțat, ca urmare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă. Contestația în cauză a fost soluționată de CNSC prin Decizia nr. 2076/C3/2312 din 19.11.2019.

Preliminar analizei fondului cauzei, Consiliul face analiza, cu întâietate, a excepției invocate de intervenientul SRL, privind pretinsa tardivitate a contestației, conform obligației rezultând din dispozițiile art. 26 alin. (1) al Legii nr. 101/2016, ocazie cu care constată netemeinicia ei.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a transmis niciun punct de vedere, nici față de contestație, nici față de excepția ridicată de intervenient, ci doar dosarul achiziției.

Intervenientul susține că SRL a formulat contestația împotriva măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă: (...) întrucât motivele contestației sale privesc în fapt măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă în contestația ce a făcut obiectul dosarului nr. 2312/2019, unde a avut calitatea de intervenient. Cum măsurile de remediere se comunică, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, tuturor operatorilor economici implicați în procedură, rezultă că SRL a luat la cunoștință despre acceptarea de către autoritatea contractantă a motivelor contestației formulate de

subscrisa, respectiv de neconformitatea ofertei sale încă de la data de 15.11.2019, data emiterii Adresei cu privire la măsurile de remediere.

Consiliu ia act de măsurile de remediere, comunicate de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 24202/15.11.2019:

(1) anularea parțială a procesului-verbal de evaluare tehnică nr. 20391/26.09.2019, în ceea ce privește oferta tehnică a SRL și a actelor subsecvente;

(2) întoarcerea procedurii la etapa de evaluare tehnică și reevaluarea ofertei tehnice a SRL;

(3) reevaluarea propunerii financiare și anularea procesului-verbal nr. 20407/27.09.2019.

Consiliul observă că măsurile de remediere nu fac referire la nicio neconformitate a ofertei SRL, ci doar la acțiunile de reevaluare, ce urma să le realizeze achizitorul, după 15.11.2019. Criticile formulate de SRL, în contestația sa din 29.10.2019 (obiect al dosarului nr. 2312/2019), nu pot fi considerate de Consiliu drept motive de neconformitate a ofertei SRL, atâta timp cât autoritatea contractantă nu a reanalizat propunerea tehnică a celui din urmă, implicit nu i-a comunicat vreo decizie de respingere a ofertei acestuia.

Conform Legii nr. 101/2019, persoana vătămată poate formula contestație împotriva actelor autorității contractante, pe care le consideră nelegale, și nu împotriva celor întocmite de terțe persoane implicate în procedura de atribuire [Art. 2. - (1) *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*]

Or, prima contestație din procedură (formulată de MEDIST) nu poate fi considerată act vătămător pentru SRL, întrucât nu a fost întocmită de autoritatea contractante, așa cum dispune art. 3 alin. (1) lit. a) [act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare].

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă a întocmit acte contradictorii, referitoare la starea ofertei SRL: în procesul-

verbal nr. 26732/11.12.2019 și Raportul procedurii nr. 127317/17.12.2019 a menționat neconformitatea propunerii tehnice a acestui ofertant (fără a stabili temeiul de drept), iar în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, nr. 27332/17.12.2019, i-a comunicat clasarea sa pe locul "IIi".

Astfel, conform Raportului procedurii nr. 127317/17.12.2019, comunicat ofertanților, de autoritatea contractantă, în 17.12.2019, prin intermediul SEAP, ... SRL deține o ofertă neconformă. Așadar, actul vătămător, pentru acest ofertant, este Raportul procedurii nr. 127317/17.12.2019, față de care a formulat prezenta contestație, în termen de 5 zile de la comunicare, respectiv în 23.12.2019, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 [Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii].

Așadar, ... SRL nu putea formula contestație împotriva adresei din 15.11.2019 (așa cum susține intervenientul). În consecință, Consiliul va respinge excepția tardivității formulării contestației, invocată de intervenient, ca nefondată.

Trecând la analiza pe fond a contestației, Consiliul reține cele două specificații tehnice, din caietul de sarcini, care au stat la baza declarării neconformității ofertei SRL: (...) Sistem tip linear cu orientare orizontală a lamelor; (...) Temperatura setabilă între ambient și 100 grd. C, controlabilă pentru fiecare lama în parte, cu indicarea stării de încălzire, pentru realizarea pretratamentului termic.

Consiliul constată că neconformitatea sistemului ofertat a fost stabilită de comisia de evaluare prin vizionarea filmului de prezentare al sistemului, pe canalul youtube oficial al producătorului, în propunerea tehnică (format hârtie) nefiind făcută nicio mențiune, referitoare la cerințele tehnice amintite.

Față de prima cerință, criticile îndreptate de SRL, împotriva respingerii ofertei, se bazează atât pe adresa de răspuns la solicitarea de clarificare, nr. 26179/06.12.2019, cât și pe calea contestației, modul în care sistemul propus respectă specificația impusă:

Lamele platformei oferțate de noi sunt introduse in aparat pe plan orizontal si de asemenea, in timpul procesului de colorare rack-urile sunt plasate in camere de colorare ce sunt in plan linar. Camerele de colorare reprezintă o tehnologie de ultima generație in care lamele sunt plasate in lacase speciale pentru o colorare individuala de mare precizie, cu pastrarea reactivului pe lama fara posibilitatea de evaporare ce duce la un consum mic de reactivi, un cost mai mic al analizei si siguranța diagnosticului.

Perioada in care lamele sunt tinute in poziție verticala reprezintă etapa de pretratare a lamelor unde are loc deparafinarea, recuperarea epitopilor si rehidratarea tesutului de pe lama. Deoarece in aceasta etapa de analiza se realizeaza deparafinarea lamelor, este indicata poziția verticala a acestora pentru o mai buna eliminare a parafinei fara acțiune mecanica asupra tesutului. In cazul plasarii lamelor in poziție orizontala in procesul de deparafinare, este nevoie de o etapa de curatare suplimentara a tesutului pentru eliminarea surplusului de parafina ceea ce duce la o acțiune mecanica suplimentara asupra lamei si un timp de procesare mai mare. Menționam ca etapa de pretratare poate fi elimitata din protocolul de colorare, daca lamele au fost deparafinate inainte, nefiind o etapa obligatorie in protocolul de lucru.

Nerespectarea cerinței de orizontalitate a lamelor este menționată în procesul-verbal nr. 26732/11.12.2019: Propunerea tehnică nu corespunde cu cerințele din caietul de sarcini - în timpul procesării - etapa de pretratare (deparafinare + recuperare + recuperare epitopi + rehidratarea țesutului de pe lamă) lamele sunt în poziție verticală sau oblică - riscul în această etapă fiind acela de a pierde țesutul secționat (= alunecă secțiunea pe lamă) - poziția orizontală elimină acest risc".

Consiliul observă că, prin contestație, petentul, de fapt, aduce critici caietului de sarcini, considerând abuzivă cerința de orientare orizontală a lamelor și, totodată, restrictivă, întrucât ar favoriza un anume produs. Însă, o atacare a prevederilor documentației de atribuire, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, este apreciată de Consiliu ca tardivă. Orice clarificare a caietului de sarcini putea fi cerută până data limită de depunere a ofertelor, iar o eventuală contestare a lui ar fi trebuit realizată în termenul legal, nu după depunerea ofertelor.

De asemenea, Consiliul observă că, deși contestatorul atacă cerința din caietul de sarcini, susține că sistemul ofertat îndeplinește cerința tehnică și standardele de calitate emise de organisme competente, Ordinul ministrului sănătății nr. 1217/2010 privind aprobarea Ghidurilor de practică medicală pentru specialitatea anatomie patologică, chiar dacă lamele sunt poziționate vertical și oblic. Mai mult, pretinde o echivalență a sistemului ofertat cu cel supus achiziției.

Printr-o astfel de motivare, contestatorul încearcă să demonstreze o conformare a echipamentului său la cel solicitat de institut, în mod echivalent, însă, nu prezintă, în acest sens, niciun raport de încercare,

certificat de conformitate sau vreun alt mijloc de probă, așa cum se prevede în Legea nr. 98/2016:

Art. 158. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să furnizeze un raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformității sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă care să ateste conformitatea produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziției cu cerințele sau criteriile stabilite prin specificațiile tehnice, factorii de evaluare sau condițiile de executare a contractului.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1) în care autoritatea contractantă solicită prezentarea unor certificate emise de un anumit organism de evaluare a conformității, aceasta acceptă și certificate echivalente emise de alte organisme de evaluare a conformității (...)

Art. 159. - În cazul în care un operator economic nu deține certificatele sau rapoartele de încercare prevăzute la art. 158 alin. (1) sau nu are posibilitatea de a le obține în termenele stabilite, pentru motive care nu îi sunt imputabile, autoritatea contractantă are obligația de a accepta și alte mijloace de probă adecvate, cum ar fi un dosar tehnic al producătorului, în măsura în care astfel de mijloace de probă atestă faptul că lucrările, produsele sau serviciile executate/furnizate/prestate îndeplinesc cerințele sau criteriile stabilite prin specificațiile tehnice, factorii de evaluare sau condițiile de executare a contractului.

Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, institutul a stabilit modul de prezentare a propunerii tehnice: *Cerintele tehnice din caietul de sarcini sunt minime si obligatorii. Operatorii economici vor prezenta propunerea tehnica astfel încât sa permita identificarea cu usurinta a corespondentei cu specificatiile tehnice minime din caietul de sarcini. Neîndeplinirea oricarei cerinte din documentatia de atribuire, constituie motiv pentru respingerea ofertei ca fiind inacceptabila, respectiv neconforma.*

Propunerea tehnica va fi prezentata in conformitate cu specificatiile tehnice din caietul de sarcini si va contine descrierea serviciilor oferate. (...) Pentru prezentarea corespondentei propunerii tehnice cu specificatiile tehnice impuse prin Caietul de sarcini se va completa Formularul „Propunere tehnica” atasat la Sectiunea III „Formulare”.

Din cele menționate în *Formularul „Propunere tehnică”*, se observă că autoritatea contractantă a dat dreptul ofertanților de a prezenta, în dovedirea caracteristicilor solicitate, fișe tehnice sau documentație din partea producătorului. Or, ofertantul a prezentat doar Ghidul de utilizare de bază, al producătorului Dako Omnis, care, pe lângă faptul că nu face referire la orientarea lamelor, nu demonstrează echivalența sistemului cu cel solicitat. Sarcina de a arăta conformitatea sistemului revine ofertantului și nu autorității contractante.

În consecință, întrucât SRL nu a dovedit că sistemul propus este de tip linear cu orientare orizontală a lamelor, Consiliul constată legalitatea deciziei comisiei de evaluare, de respingere a acestei oferte, ca neconformă.

Cea de a doua critică este îndreptată de contestator împotriva deciziei autorității contractante de a declara neconformitatea ofertei sale pentru nerespectarea cerinței tehnice *Temperatura setabila între ambient și 100 grd.C, controlabila pentru fiecare lama în parte, cu indicarea stării de încălzire, pentru realizarea pretratamentului termic.*

Contestatorul susține, atât prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificare, nr. 26179/06.12.2019, cât și pe calea contestației, următoarele: *Pentru diagnosticare, se folosește un panel corelat cu un anumit tip de țesut (ex. un panel pentru plaman care conține markeri adecvați pentru diagnosticarea corectă a cancerului de plaman). Fiecare etapa de lucru prezintă o temperatură constantă specifică.*

Precizăm că rackurile cu 5 lame sunt special create pentru optimizarea utilizării și gestionarea cazurilor pacienților astfel încât toate lamele de la același pacient să prezinte aceleași condiții de lucru. Fiecare etapa de lucru prezintă o temperatură constantă specifică. Software-ul prezintă posibilitatea de urmărire individuală a lamelor, putându-se vizualiza stadiul din protocol, reactivii utilizați și toate evenimentele din istoricul lamei de interes, precum și realocarea, repetarea sau transferul în starea „finalizate astăzi” a lamei, așa cum reiese din pagina 27 din Dako Omnis Ghid de utilizare avansată. Tinând cont că fiecare etapă din protocolul de lucru prezintă o temperatură constantă bine determinată, se poate identifica cu ușurință temperatura la care se afla lama la momentul dorit de beneficiar.

Consiliul ia act de decizia comisiei de evaluare, privind neîndeplinirea acestei cerințe, din procesul-verbal nr. 26732/11.12.2019: *Nu reiese că specificația tehnică este îndeplinită = nu se face controlul termic individual pe fiecare lamă în parte, ci pe întreg rack-ul de 5 lame. Din răspunsurile la solicitările de clarificare reiese probabil/parțial doar cerința termică de 95°C. NU se specifică dacă este o temperatură presetată sau setabilă.*

Consiliul observă că, deși cerința se referă la obligația de setare a temperaturii, între ambient și 100 grd. C, contestatorul răspunde doar cu posibilitatea de controlare a temperaturii. Însă, operațiunea de setare se referă la fixarea unei anumite valori, înaintea începerii unui procedeu/acțiuni, în timp ce controlul reprezintă activitatea de verificare a temperaturii setate. Luând în considerare doar acest aspect al cerinței, Consiliul constată neconformitatea propunerii tehnice.

În ceea ce privește controlarea temperaturii pentru fiecare lamă, Consiliul constată că ofertantul nu a demonstrat prin niciun mijloc de probă (raport/dosar tehnic, certificat/raport de încercare etc.) îndeplinirea acestei cerințe.

Astfel, Consiliu apreciază corectă decizia achizitorului de a declara neconformă oferta SRL pentru neîndeplinirea acestei cerințe.

În ceea ce privește critica îndreptată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, pentru nerespectarea dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, pentru argumentele următoare.

Consiliul constată că, deși în 17.12.2019, ... SRL a fost înștiințat de achizitor asupra admisibilității ofertei sale, tot la 17.12.2019 contestatorul a luat act de neconformitatea ofertei sale, din Raportul procedurii, publicat în SEAP. Din cuprinsul contestației, Consiliul observă că petentul a cunoscut, în totalitate, motivele respingerii ofertei sale, respectiv cerințele tehnice pe care nu le-a respectat.

Chiar dacă adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu prezintă situația reală a ofertantului SRL, Consiliul apreciază că nu se impune o anulare a acestei adrese, a raportului procedurii și reluarea procedurii de atribuire (așa cum solicită petentul), întrucât Raportul procedurii nr. 27317/17.12.2019 are rolul unei veritabile comunicări a rezultatului procedurii, fiind transmis în 3 zile de la emiterea deciziei, cu menționarea neconformității ofertei contestatorului și este emis de autoritatea contractantă, așa cum prevede art.215 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;

Pentru toate argumentele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea Nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de SRL, ca nefondată.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SRL, cu privire la contestația depusă de SRL.

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

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SRL.

Respinge excepția tardivității formulării contestației, invocată de SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SRL

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

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

....