CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 23378/02.07.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26861/02.07.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., privind procedura de licitație deschisă online, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de ..., cod ..., contestatoarea a solicitat modificarea documentației de atribuire (eliminarea criteriilor de calificare și selecție din caietul de sarcini care reprezintă clauze nescrise, actualizare criteriilor de clarificare și selecție privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, clarificarea cerințelor din caietul de sarcini și eliminarea cerințelor restrictive din caietul de sarcini) și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. 324/C9/2208 din 04.07.2018.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei 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 contestația de față, prin care SC ... SRL atacă unele prevederi ale documentației de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

După ce amintește cerințele formulate în fișa de date a achiziției, capitolul lll.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, contestatoarea precizează că, din detalierea criteriului de calificare mai sus amintit, lipsește solicitarea autorizației de comercializare a dispozitivelor medicale, cerința fiind astfel incompletă și neclară, contrar dispozițiilor art. 20 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016**.**

Mai mult, referitor la comercializarea dispozitivelor medicale, contestatoarea subliniază că legiuitorul este clar și ferm. Astfel, potrivit normelor metodologice din 06.09.2016 de aplicare a titlului XX din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, referitoare la avizarea activităților în domeniul dispozitivelor medicale, activitățile de comercializare și de prestări servicii în domeniul dispozitivelor medicale sunt supuse controlului prin avizare.

Nici caietul de sarcini nu asigură o informare completă, corectă și lipsită de neclarități pentru următoarele considerente:

- la lotul 4, pagina 6, punct 19, se solicită: „Să se poată eticheta vacutainerele cu codurile de bare deja folosite în laborator", însă, la nivelul caietului de sarcini, nu se regăsesc informații privind tipul de coduri de bare utilizat în laborator pe vacutainerele de hematologie;
- **la lotul** 4, **punctul** 31, ***se solicită:*** ”Posibilitatea opririi automate sau la comandă a imprimanta buletinelor de analize care să conțină numele laboratorului*,* datele personale ale pacientului*,* data efectu*ă*rii analizelor*,* tipul analizelor*,* rezultate*, domenii normalitate",* cerința fiind neclară, lipsită de scop, neuzuală. Nu este clară legătura între "oprirea automată sau la comandă a imprimanta" și informațiile solicitate a fi conținute în buletinul de analiză.
- **la** punctul **16,** același lot, **se solicită: „Stocare rezultate pe perioadă lungă în aparat", fără a se explica ce perioadă de timp s-a avut în vedere. Se creează, astfel, premisele unei** evaluări lipsite de transparență, obiectivism și care este neunitară, **ceea ce, în fapt,** *reprezintă o încălcare flagrantă* **a** *principiilor care guvernează achizițiile publice.*

De asemenea, contestatoarea susține că, pentru lotul 4, caietul de sarcini conține cerințe restrictive, după cum urmează:

- la punctul 39, se solicită ca furnizorul să aibă experiență minimum 10 ani în domeniu. Cerința nu se regăsește la nivelul criteriilor de calificare și selecție prevăzute în fișa de date a achiziției, respectiv în anunțul de participare, motiv pentru care reprezintă o clauză nescrisă, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Mai mult, o astfel de cerință nu beneficiază de suportul legal în domeniu, experiența similară fiind limitată la maximum 3 ani.

- prin caietul de sarcini se solicită *"Cerințe tehnice reactivi "3. Împachetarea reactivilor să fie de Maxim 200 teste/casetă/kit/flacon*".

Caietul de sarcini conține și informații cu privire la cantitatea maximă de probe solicitată:

Denumire: Pachet de reactivi pentru hematologie - și analizoare automate în comodat:

Nr. crt.	Denumire	UM	Cantitate minimă	Cantitate maximă Nr. probe
1	Reactivi pentru hematologie	KIT	1	150.000

Conform acestui volum de probe rezultă, astfel cum apare și în fișa de date pentru lotul 4, un număr de 6.250 probe/lună/pentru 2 analizoare, respectiv 142 probe/zi/analizor (calcul 6.250 : 2 analizoare solicitate : 22 zile lucrătoare/lună = 142 probe/zi/analizor). Cerința nu este corelată cu volumul de lucru declarat, respectiv 150.000 teste/24 luni, ceea ce înseamnă 142 teste/zi/aparat, contrar prevederilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Având reactivi cu împachetare 200 teste/kit, rezultă necesitatea înlocuirii la fiecare 1,5 zile a kiturilor de reactivi de la bordul aparatului, ceea ce produce opriri repetate ale analizoarelor, fragmentând nejustificat fluxul zilnic de lucru în laborator și având ca efect întârzierea eliberării rezultatelor probelor către clinică.

- potrivit caietului de sarcini, în cadrul capitolului "Denumirea echipamentului" se solicită: *….* Metoda solicitată de autoritatea contractantă și anume, "citometrie în flux cu mieloperoxidaza" poate fi îndeplinită de un singur producător respectiv Siemens Medical, ceea ce restrânge în mod evident participarea la această procedură și a altor producători de analizoare cu tehnologii diferite și care asigură scopul achiziției, cum ar fi "citometria în flux cu fluorescență", metodă de măsură acreditată RENAR într-un număr de peste 30 laboratoare din România.

- potrivit caietului de sarcini, la punctul 18 se solicită: "Detecția și analiza automată a eritrobladtilor, granulocitelor imature, granulocyte cu deficit de mieloperoxidază, reticulocite, blastilor și corecția numărului de leucocite". Detecția și analiza automată a granulocitelor cu deficit de mieloperoxidază se poate realiza doar prin metoda citometrie în flux cu mieloperoxidază care poate fi îndeplinită de un singur producător respectiv Siemens Medical ceea ce restrânge în mod evident participarea la această procedură și a altor producători de analizoare cu tehnologii diferite. Se impune, astfel, reformularea cerinței: *"18. Detecția și analiza automată a* eritroblastilor, *granulocitelor imature, reticulocite și corecția*

numărului de leucocite." Contestatoarea menționează că și alte metode de detecție care utilizează citometria în flux oferă rezultate la fel de precise ale parametrilor enumerați, astfel încât să asigure beneficiarilor din clinicile medicale deservite efectuarea unui act medical de calitate.

Prin adresa nr. 5476/06.07.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 27643/06.07.2018, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, precizând că se menține criteriul de atribuire "prețul cel mai scăzut"; se mențin solicitările din fișa de date III.1.1. b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale; ca și criteriu de calificare, s-a solicitat prezentarea avizelor de la Ministerul Sănătății, inclusiv autorizația de a comercializa dispozitive medicale.

Întrucât nu este necesară schimbarea sistemului implementat și adaptarea noilor aparate la acest sistem, autoritatea contractantă consideră justificată cerința ca aparatul să stocheze rezultatele obținute cât timp acestea se vor afla în cadrul ...

La pct. 31, lotul 4, în caietul de sarcini, a fost o eroare de tipărire, textul corect fiind: "Posibilitatea tipăririi automate sau la comanda imprimantei a buletinelor de analize care să conțină: numele laboratorului. datele personale ale pacientului, data efectuării analizelor, tipul analizelor, rezultate, domenii normalitate".

Dintr-o eroare, în caietul de sarcini, s-a precizat "kituri/flacoane de reactivi cu 200 de teste per flacon/kit", această cerință fiind eliminată.

Se acceptă și analizoare cu alte metode/principii de lucru.

Se acceptă și dovada că furnizorul a instalat 10 aparate similare în alte locații.

Prin adresa nr. 43413/10.07.2018, înregistrată la Consiliul cu nr. 27973/10.07.2018, SC ... SRL a transmis concluzii scrise referitoare la punctul de vedere formulat de ....

În ce privește faptul că autoritatea contractantă menține cerința privind Capacitatea de exercitare a activității profesionale, contestatoarea apreciază că este evident că, pentru ..., noțiunea de "clauză nescrisă" nu este clară. Faptul că autorizarea de comercializare este prezentă doar la nivelul caietului de sarcini dă dreptul ofertanților să o ignore, nefiind obligatorie. Prin urmare, evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii ar urma să se realizeze într-un mod neunitar, lipsit de principii de egalitate.

Contestatoarea arată că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă completează criteriile de calificare privind capacitatea tehnică, afirmând că „se acceptă ca furnizorul să facă dovada că a livrat 10 aparate similare în alte locații din România". Or, acest lucru nu este admis în timpul derulării procedurii. Mai mult, conform legii, criteriile de calificare trebuie prevăzute, atât în caietul de sarcini, cât și în fișa de date și anunțul de participare.

În ceea ce privește aspectele tehnice contestate, autoritatea contractantă afirmă că, întrucât nu este necesară schimbarea sistemului

deja implementat, nu consideră necesară adaptarea noilor aparate la sistem. Contestatoarea apreciază că explicația/argumentația … nu face decât să confirme caracterul restrictiv al cerințelor din caietul de sarcini. În cazul în care, în mod legal, autoritatea contractantă apreciază că se justifică menținerea sistemului deja implementat, aceasta are la dispoziție alte modalități de atribuire a acordurilor cadru/contractelor de achiziție publică și nu trebuie să recurgă la lansarea pur formală a unei proceduri de achiziție publică.

Autoritatea contractantă nu a răspuns la solicitarea sa referitoare la cerința menționată la punctul 18 din caietul de sarcini care nu poate fi îndeplinită decât de către un singur producător, respectiv Siemens Medical. Or, este evident că acest fapt restrânge participarea la această procedură și a altor producători de analizoare cu tehnologii diferite.

Pe cale de consecință, contestatoarea își menține solicitările formulate în petitul inițial și insistă pe faptul că documentația de atribuire este lacunară și contrară legislației în domeniu.

În acest context, chiar dacă această eroare a fost corectată printr-o erată în data de 29.06.2018, contestatoarea subliniază că, între data anunțului și data limită de depunere a ofertelor, era stabilită o perioada de 9 zile. Astfel, potrivit anunțului de participare, data limită inițială de depunere a ofertelor era data de 05.07.2018, ora 15:00.

Invocând prevederile art. 7 și 74 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă nu a publicat un anunț de intenție. Pe de altă parte, dat fiind specificul autorității contractante, aceasta nu poate invoca nicio situație de urgență care să nu se datoreze culpei proprii.

Prin adresa nr. 5845/12.07.2018, ... a transmis o completare a măsurilor de remediere.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii unui acord-cadru de …, cod CPV ... Din informațiile anunțului de participare nr. …, Consiliul a reținut că valoarea acordului-cadru este de … lei, fără TVA, criteriul de atribuire este ”prețul cel mai scăzut”, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită inițial pentru ... Prin erata nr. EN1001120/30.06.2018, termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost prelungit până la data de ...

Împotriva documentației de atribuire, pentru motivele evocate mai sus, SC ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de … lei, conform prevederilor art. 61^1 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că o primă critică vizează lipsa din cadrul criteriului de calificare ”Capacitatea de exercitare a activității profesionale” a solicitării privind autorizația de a comercializa dispozitive medicale.

În caietul de sarcini, s-a solicitat prezentarea de către ofertanți a *avizelor de la … pentru furnizorul de echipamente si pentru service*, respectiv *avize de la … pentru furnizorul de echipamente și pentru service; ISO ....*

În răspunsul la clarificări publicat în SEAP în data de 03.07.2018, autoritatea contractantă a precizat că a solicitat, ca și criteriu de calificare, prezentarea avizelor de la …, inclusiv autorizația de a comercializa ...

Vizavi de acest aspect este de reținut că, potrivit art. 30 alin. (6) din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, *Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.*

Se observă că, deși avizele cerute de autoritatea contractantă vizează furnizorul (operatorul economic), acestea nu sunt menționate în fișa de date/anunțul de participare. De altfel, însăși achizitoarea recunoaște că prezentarea avizelor de la …, inclusiv autorizația de a comercializa dispozitive medicale, reprezintă criteriu de calificare. Or, criteriile de calificare trebuie să fie cuprinse în anunțul de participare/fișa de date a achiziției, nu în caietul de sarcini, acesta din urmă cuprinzând specificații tehnice.

Așadar, față de cele constatate și de însăși aprecierea spitalului că cerința în discuție este un criteriu de calificare, autoritatea contractantă trebuie să completeze fișa de date/anunțul de participare în consecință.

Vizavi de cerințele de la lotul 4, pct. 19: *Să se poată eticheta vacutainerele cu codurile de bare deja folosite în laborator,* achizitoarea a susținut în răspunsul la clarificări că cerința este justificată, întrucât nu este necesară schimbarea sistemului deja implementat și adaptarea noilor aparate la acest sistem.

Potrivit caietului de sarcini, la lotul 4 se urmărește achiziționarea unui ...

Prin adresa nr. 5845/12.07.2018, autoritatea contractantă a explicat că schimbarea sistemului de identificare pe bază de cod de bare a probelor din laboratorul de analize implică costuri suplimentare din partea spitalului, astfel că nu acceptă schimbarea sistemului de identificare.

În acest context, ținând seama de explicațiile aduse, întrucât nu dorește schimbarea sistemului de identificare, autoritatea contractantă trebuie să pună la dispoziția tuturor operatorilor economici toate informațiile în legătură cu sistemul de identificare existent.

Referitor la cerința prevăzută la pct. 31 pentru același lot 4: *Posibilitatea opririi automate sau la comanda a imprimanta a buletinelor de analize care sa contina: -numele laboratorului; -datele personale ale pacientului; -data efectuarii analizelor; -tipul analizelor,* se constată că, prin răspunsul la clarificări, s-a explicat că a fost eroare de tipărire, textul corect fiind: *Posibilitatea opririi automate sau la* ***comanda imprimantei*** *a buletinelor de analize care sa contina (...).*

Așadar, critica sub aspectul clarității cerinței este rămasă fără obiect.

În privința lipsei de scop a cerinței, societatea contestatoare nu a adus vreun argument concret care să fie analizat de Consiliu.

De asemenea, la pct. 16, s-a solicitat *Stocare rezultate pe perioada lungă în aparat,* fără a se preciza ce înseamnă perioadă lungă.

Achizitoarea trebuie să informeze în mod clar operatorii economici asupra perioadei necesare stocării rezultatelor, fiind de altfel și în interesul său specificarea perioadei sau a numărului de înregistrări necesar a fi stocate pe o anumită perioadă.

Referitor la cerința de la pct. 39 - *Furnizorul să aibă experiență minimum 10 ani în domeniu,* prin răspunsul la clarificări, s-a precizat că se acceptă și dovada ca furnizorul *să fi instalat 10 aparate similare în alte locații din România.*

Se observă astfel că autoritatea contractantă a modificat criteriul de calificare.

Fiind vorba despre modificarea unui criteriu de calificare care nu a fost prevăzut în fișa de date/anunțul de participare, autoritatea contractantă trebuie să completeze cele două documente cu cerința în discuție.

Potrivit art. 55 alin. (1) din normele metodologice *În cazul în care, după publicarea unui anunţ, intervin anumite modificări faţă de informaţiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.*

Cerința privind experiența de minimum 10 ani în domeniu era o cerință restrictivă, astfel cum a susținut și contestatoarea, raportat la prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016. Mai mult, fiind un criteriu de calificare acesta trebuia să se regăsească în anunțul de participare/fișa de date a achiziției, nu în caietul de sarcini.

Cerința privind *Împachetarea reactivilor să fie de Maxim 200 teste/caseta/kit/flacon* a fost eliminată de autoritatea contractantă, astfel că solicitarea contestatoarei a rămas fără obiect.

De asemenea, referitor la obiectul lotului 4, respectiv achiziția a *două analizoare complet automatizate identice noi de hematologie cu an*

de fabricatie: 2017/2018 folosind metoda citometrie in flux cu mieloperoxidaza conform metodei acreditate RENAR, prin adresa nr. 5845/ 12.07.2018, autoritatea contractantă a precizat că acceptă și *analizoare cu citometrie în flux.*

Având în vedere modificarea acceptată de autoritatea contractantă, Consiliul constată a fi întemeiată critica contestatoarei și, luând act de achiesarea achizitoarei, Consiliul o va obliga să modifice caietul de sarcini conform celor precizate în adresa amintită.

Referitor la criticile aduse faptului că între data stabilită între anunțul de participare și data limită de depunere a ofertelor inițială au fost 9 zile pentru pregătirea ofertei, Consiliul reține că spitalul a decalat data limită de depunere a ofertelor până la data de 23.07.2018.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL și va obliga autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire/ anunțului de participare, conform celor reținute în motivare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP. Autoritatea contractantă va stabili o nouă dată pentru depunerea ofertelor, care să permită operatorilor economici întocmirea unor oferte corespunzătoare, în raport cu modificările/completările efectuate.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. 324/C9/2208 din 04.07.2018.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire/anunțului de participare, conform celor reținute în motivare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP. Autoritatea contractantă va stabili o nouă dată pentru depunerea ofertelor.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în patru exemplare, conţine nouă pagini.