

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. / /

Data:

Prin contestația nr./23.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr./25.08.2021, formulată de SRL, cu sediul în, str., ... și adresa de corespondență în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată prin, administrator, împotriva răspunsului la clarificări nr./17.08.2021, emis de către, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare, având ca obiect „Microscopice și lămpi –”, lot 2 - Microscop automatizat leica configurat cu camera foto MC 190HD pentru analize lame histologice, cod CPV 38510000-3 – Microscopice (Rev.2), s-a solicitat anularea actului atacat și, pe cale de consecință, anularea lotului 2.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, 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 SRL critică răspunsul la clarificări nr./17.08.2021, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Autoarea contestației menționează că, în data de 13.08.2021, a solicitat autorității contractante acceptarea și a altor specificații decât cele menționate în caietul de sarcini, pentru lotul 2, justificat fiind și de faptul că unele din specificațiile cerute conduc către un singur posibil produs de ofertant. În data de 17.08.2021, a fost publicat în SEAP răspunsul fără număr de înregistrare care acceptă în totalitate solicitările formulate, iar câteva ore mai târziu s-a primit răspunsul

nr. /17.08.2021 prin care nu se mai accepta nicio modificare și se anulează răspunsul anterior.

În continuare, contestatoarea prezintă solicitările sale pornind de la cerințele caietului de sarcini.

Astfel, se arată că în caietul de sarcini s-a solicitat: *„Turret motorizat pentru 6 obiective”* și, întrucât microscopul care va fi oferat de societatea sa, are un turet ergonomie pentru 6 obiective montate, foarte ușor de utilizat, cu posibilitatea ca poziția activă (obiectivul utilizat) să fie recunoscută de către software pentru calibrare automată, s-a solicitat acceptarea și a acestei configurații.

Pornind de la cerința *„Sistem de reglare a poziției pe verticală a ansamblului macro/micro viza pentru obținerea unei poziții de lucru cât mai ergonomice”* și întrucât microscopul care va fi oferat are poziționat ansamblul macro/micro viză într-o poziție ergonomică, contestatoarea arată că a solicitat acceptarea și soluției constructive cu macro/micro viză fixă și disponibilă pe ambele părți ale microscopului. De asemenea, s-a menționat că această caracteristică este unică și specifică doar producătorului Leica Microsystems GmbH, pentru gama de microscopie Leica DM1000 - 3000, specificațiile tehnice fiind disponibile pe site-ul producătorului.

În referire la cerința caietului de sarcini *„Minim 6 butoane câte unul pentru fiecare obiectiv în parte cu semnalizarea obiectivului selectat în calea optică”*, s-a solicitat acceptarea unui microscop care dispune de butoane poziționate ergonomie pentru captura foto/video. De asemenea, arată contestatoarea, s-a subliniat că această caracteristică este unică și specifică doar producătorului, pentru gama de microscopie, specificațiile tehnice fiind disponibile pe site-ul producătorului.

Relativ la cerința *„Posibilitate de selectare a două grosisme uzuale și mutarea automată între acestea fără a trece prin magnificările intermediare”*, societatea sa a considerat că a fost introdusă pentru marketing și a fost eronat enunțată. S-a pus în vedere, arată contestatoarea, că, pentru a trece de la un obiectiv la altul, capul revolver trebuie să treacă prin toate pozițiile intermediare. Soluția motorizată presupune timp pentru schimbarea obiectivelor, chiar dacă capul revolver nu se oprește la fiecare poziție intermediară. În acest sens, s-a solicitat acceptarea soluției, prin schimbarea manuală a poziției obiectivelor, preparatul rămânând în focus pentru toate obiectivele cu memorarea nivelului intensității luminoase pentru fiecare obiectiv.

În ceea ce privește cerințele *„Condensor Abbe motorizat cu apertură numerică minim 0.9 cu cap condensor motorizat”*, *„Dispensor de lumina montabil pe capul condensorului pentru obținerea unei calități a imaginii superioare în cazul utilizării obiectivelor cu magnificare mică 1.25X-5X”*

și „Sistem de inserare automată a dispersorului în cazul selectării obiectivelor cu magnificarea sub 10X”, contestatoarea susține că, întrucât microscopul pe care societatea sa dorește a-l oferi utilizează un condensor în domeniul 5x-100x, a solicitat acceptarea unui astfel de condensor.

Referitor la cerința „Camera foto digitală cu rezoluție minim 4000x3000 pixeli=12Mpixeli”, contestatoarea apreciază că soluția propusă de Zeiss este o cameră video digitală, superioară față de camera foto solicitată. Astfel, a subliniat că sistemul oferit de Zeiss este dedicat microscopiei, imaginea se transmite direct către chip-ul camerei și se asigură o rezoluție de 8,3 MPixeli, atât în modul live, cât și în modul de achiziție de imagini. Prin urmare, a solicitat acceptarea și a unei camere foto digitală cu rezoluție 8.3 MPixeli.

Relativ la „Posibilitatea de control atât setările camerei cât și setările microscopului din același software”, s-a arătat că software-ul oferit controlează setările camerei pentru a obține imagini de o rezoluție cât mai ridicată. Pentru soluția constructivă propusă, nu este necesar controlul microscopului prin intermediul software-ului, susține autoarea contestației, prin urmare a solicitat acceptarea soluției constructive propuse.

Societatea contestatoare consideră că anularea răspunsului inițial a fost făcută cu nerespectarea principiilor achizițiilor publice și cu rea credință în desfășurarea procedurii în cauză.

Făcând trimitere la prevederile art. 154 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, art. 20 alin. (2) din HG nr. 935/2016, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă ar trebui să se asigure că, prin modul de redactare și definire a documentației de atribuire, a caietului de sarcini - care trebuie să fie clar, precis și neechivoc și să conțină informații complete și explicate - nu oferă posibilitatea unor interpretări distorsionate ale acestora care să conducă la stabilirea unui tratament diferențiat între operatori economici interesați a participa la procedură.

În sensul celor de mai sus există și jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție în ceea ce privește aplicabilitatea principiului proporționalității în cazul special al achizițiilor în domeniul sănătății, Curtea statuând că, deși în acest domeniu, statele membre au o marjă mai mare de apreciere, blocajele impuse liberei circulații a produselor și serviciilor nu pot depăși limitele a ceea ce este necesar și adecvat pentru atingerea obiectivelor urmărite.

Astfel, în opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu poate impune restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire, cum este cazul de față, pentru ca apoi să le respingă integral fără nicio justificare tehnică sau logică.

În concluzie, autoarea contestației consideră că prin răspunsul nr. /17.08.2021 impune cerințe minime vădit disproportionale și împiedică nejustificat participarea la procedură pentru mai mulți ofertanți.

În probațiune, ... SRL a depus la dosarul cauzei un set de înscrisuri.

Cu adresa nr. din 27.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. din 30.08.2021, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Cu privire la primul set de răspunsuri la întrebările de clarificare formulate de SRL, autoritatea contractantă menționează că acestea au fost publicate prin SEAP înainte ca membrii comisiei de evaluare să se întrunească și să ia decizia finală cu privire la acestea. Astfel, la o verificare mai atentă din partea specialiștilor tehnici din comisie s-a observat că solicitările contestatoarei, prin întrebările exprimate, schimbau specificațiile minime ale caietului de sarcini astfel încât să se poată oferta un microscop cu caracteristici mult inferioare față de cele solicitate în caietul de sarcini - respectiv- microscop cu funcționalitate manuală în loc de microscop automatizat, cameră foto digitală cu rezoluție de 8.3 Mega pixeli față de 12 solicitați.

Autoritatea contractantă susține că, în urma deliberării în cadrul comisiei de evaluare, a publicat în SEAP răspunsul final la solicitarea de clarificări a contestatoarei.

Mai precizează autoritatea contractantă că acceptă orice ofertă cu specificațiile minime și obligatorii ale caietului de sarcini îndeplinite sau superioare față de acestea, însă nu poate accepta oferte inferioare față de solicitările din caietul de sarcini.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr., ... SRL a transmis „Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante” prin care reiterează solicitările sale din cuprinsul contestației.

Totodată, societatea contestatoare aduce argumente în vederea susținerii netemeinicii apărărilor formulate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. din 27.08.2021.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare, având ca obiect „Microscoape și lămpi –”, lot 2 - Microscop automatizat leica DM3000 configurat cu camera foto pentru

analize lame histologice, cod CPV 38510000-3 – Microscop (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă. Potrivit anunțului de participare simplificat, valoarea estimată a contractului este de 820.476,95 lei, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut.

Din parcurgea contestației, Consiliul constată că SRL a formulat contestație împotriva răspunsului nr. .../17.08.2021 al autorității contractante la cererile sale de acceptare și a altor specificații decât cele menționate în caietul de sarcini, solicitând anularea respectivului răspuns și a lotului 2, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din legea nr. 98/2016. Se reține a fi îndeplinite și condițiile de admisibilitate a contestației sub aspectul depunerii cauțiunii aferente.

Răspunsul autorității contractante criticat în speța dedusă judecătii, publicat în SEAP la data 17.08.2021, 12:25, respectiv documentul nr. - - are următorul conținut:

Ca răspuns la solicitarea de clarificare a caietului de sarcini pentru microscop va informam ca orice caracteristici superioare sunt acceptate, dar toate cerințele caietului de sarcini sunt minime și obligatorii. Se acceptă oferte cu specificații superioare fata de cerințe, însă oferta trebuie să îndeplinească minim cerințele caietului de sarcini. Cerintele din caietul de sarcini raman neschimbate, prin urmare:

Întrebarea nr.1

1. In caietul de sarcini se solicita:

"Turet motorizat pentru 6 obiective"

NU SE ACCEPTA deoarece întrebarea nu are nicio legătură cu solicitarea din caietul de sarcini. Se oferă un turet de 6 obiective (nu se specifica de care) ca fiind echivalent cu un turet motorizat pentru 6 obiective.

Întrebarea nr.2

2.In caietul de sarcini se solicita:

„Sistem de reglare a poziției pe verticala a ansamblului macro/micro viza pentru obținerea unei poziții de lucru cat mai ergonomice"

NU SE ACCEPTA deoarece se oferă un microscop cu un sistem micro-macro viza fix, dispus pe ambele parti ale standului (cum au toate microscopurile existente pe piața) ca fiind echivalent cu un microscop cu sistem micro-macro viza cu posibilitatea de reglare pe inaltime

Întrebarea nr. 3

3. În caietul de sarcini se solicită:

„Minim 6 butoane câte unul pentru fiecare obiectiv în parte cu semnalizarea obiectivului selectat în calea optică"

NU SE ACCEPTĂ deoarece se oferă un stand de microscop care are doar buton de captură imagine față de un stand de microscop care are buton pentru fiecare obiectiv în parte.

Întrebarea nr. 4

4. In caietul de sarcini se solicita:

"Posibilitate de selectare a doua grosismente uzuale si mutarea automata intre acestea fara a trece prin magnificările intermediare (exemplu obiectivul de 5 pentru overview si cel de 40 pentru diagnostic)."

NU SE ACCEPTA deoarece se oferă un turet manual ca fiind echivalent cu un turet motorizat.

Întrebarea nr.5

5. In caietul de sarcini se solicita:

"Condensor Abbe motorizat cu apertura numerica minim 0.9 cu cap condensor motorizat" "Dispensor de lumina montabil pe capul condensorului pentru obținerea unei calitati a imaginii superioare in cazul utilizării obiectivelor cu magnificare mica 1.25X-5X" si "Sistem de inserare automata a dispensorului in cazul selectării obiectivelor cu magnificarea sub 10X"

NU SE ACCEPTA deoarece se oferă un condensor fix ca fiind echivalent cu un condensor motorizat.

Întrebarea nr.6

6. In caietul de sarcini se solicita:

"Camera foto digitala cu rezoluție minim 4000x3000 pixeli=12Mpixeli"

NU SE ACCEPTA deoarece se oferă o camera de 8.3MPixeli ca fiind echivalenta cu o camera de 12Mpixeli

Întrebarea nr.7

7. In caietul de sarcini se solicita:

"Posibilitatea de a controla atat setările camerei cat si setările microscopului din același software"

NU SE ACCEPTA deoarece se oferă o varianta de software fara posibilitatea de a controla microscopul din aceasta ca fiind echivalenta cu varianta de software in care se pot controla setările microscopului si setările camerei.

Se reține că acest răspuns al autorității contractante a survenit ca urmare a unei cereri de clarificări primită, în data de 13.08.2021, din partea SRL. Astfel cum rezultă din cele de mai sus, unitatea spitalicească nu a răspuns favorabil solicitărilor de acceptare a configurațiilor propuse de SRL (anterior acestui răspuns, acceptase solicitările, printr-un document publicat în SEAP, despre care, însă, s-a susținut că a fost încărcat greșit dintr-o eroare de redactare), subliniind, însă, că cerințele caietului de sarcini sunt minimale și se acceptă oferte cu specificații superioare față de cele stabilite.

În soluționare, se observă că, la data de 13.08.2021, ... SRL a adresat, având în vedere cerințele caietului de sarcini de mai sus, următoarele solicitări:

Întrebarea nr. 1

...vă rugăm **să acceptați configurația propusă.**

Întrebarea nr. 2

...vă rugăm **să acceptați și soluția constructivă** cu macro/micră viza fixă și disponibilă pe ambele părți ale microscopului.

Întrebarea nr. 3

...vă rugăm **să acceptați un microscop** care dispune de butoane poziționate ergonomic pentru captura foto/video.

Întrebarea nr. 4

...vă rugăm **să acceptați soluția** pe care v-o propunem, prin schimbarea manuală a poziției obiectivelor...

Întrebarea nr. 5

...vă rugăm **să acceptați și un condensor** pentru gama de magnificație 5x-100x.

Întrebarea nr. 6

...vă rugăm **să acceptați și o cameră foto** digitală cu rezoluție 8.3 MPixeli.

Întrebarea nr. 7

...vă rugăm **să acceptați soluția constructivă propusă.**

Analizând tipul întrebărilor adresate, se constată că, prin intermediul lor, nu s-a urmărit clarificarea unor aspecte considerate neclare din cuprinsul documentației de atribuire, ci, în fapt, ele au avut ca scop modificarea cerințelor/specificațiilor tehnice impuse prin caietul de sarcini - evidențiate în cuprinsul cererii de clarificări - concluzie care rezultă, fără dubiu, din modul de formulare a solicitărilor din cuprinsul acesteia. Astfel, ofertantul a propus, având în vedere echipamentul pe care intenționează să-l ofere, modificarea documentației de atribuire, fie prin acceptarea unor soluții alternative, fie prin înlocuirea celor existente. În accepțiunea SRL, specificațiile lotului 2 stabilite la nivelul caietului de sarcini sunt specifice producătorului Leica Microsystems GmmH.

Este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare produse, nu a fost contestată de niciun operator economic în termenul legal de la publicarea ei în SICAP (04.08.2021), drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, inclusiv pentru SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive.

Desigur, dacă actul vătămător este răspunsul de clarificări primit de la autoritatea contractantă, termenul de contestare curge, evident, de la primirea lui. Însă, vizavi de un astfel de răspuns, trebuie ținut seama de prevederile art. 160 al Legii nr. 98/2016, conform cărora:

Art. 160. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 [alin. \(2\)](#), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 [alin. \(3\)](#) - [\(6\)](#) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare.

Așadar, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare privind documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil. Însă, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune remedierea cerințelor/specificațiilor documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită.

Cu alte cuvinte, dreptul autorității contractante nu poate fi transformat, de către potențialii ofertanți, într-o obligație de modificare a documentelor achiziției, atunci când aceștia apreciază că anumite cerințe sunt restrictive/discriminatorii și se impune modificarea sau eliminarea lor. O astfel de finalitate nu poate fi atinsă prin apelarea la instituția clarificărilor și lămuririlor la documentație, așa cum este aceasta reglementată de legiuitor la art. 160 din Legea nr. 98/2016, ci prin cea a remediilor, astfel cum este aceasta prevăzută de Legea nr. 101/2016.

În acest context, Consiliul reține că modificarea documentației de atribuire nu poate fi cerută pe calea solicitărilor de clarificări, operatorii economici fiind ținuti la a cere și având dreptul de a primi numai clarificări sau informații suplimentare, modificarea documentației neintrând în categoria informațiilor care să necesite a fi clarificate.

Faptul că autorul solicitării de clarificări, care a condus la emiterea răspunsului autorității contractante a urmărit, prin demersul său, modificarea documentației rezultă, fără dubiu, cum s-a arătat în cele ce preced, din solicitările adresate.

Răspunsul autorității contractante nu poate fi analizat decât prin prisma normelor enunțate anterior, o altfel de interpretare fiind contrară rolului dat de legiuitor instituției clarificărilor la documentația de atribuire.

Motivarea în fapt a contestației conduce la concluzia că autoarea acesteia a reclamat actul atacat (adresa autorității nr. /17.08.2021) prin prisma faptului că acesta nu cuprinde modificarea documentației de atribuire în sensul urmărit prin înaintarea clarificării amintite.

De altfel, Consiliul constată că SRL solicită anularea răspunsului motivat de faptul că acesta impune cerințe minime vădit disproportionale și împiedică nejustificat participarea la procedură pentru mai mulți ofertanți, prin urmare, pretinsul caracter restrictiv al cerințelor evocate de contestatoare, nu este cauzat de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să formuleze răspunsul său la solicitarea de clarificări criticată în cauză, ci de cele impuse de aceasta prin documentația de atribuire.

Însă, în măsura în care dorea modificarea documentației de atribuire, autoarea contestației era ținută la a respecta procedura și termenele stabilite prin dispozițiile Legii nr. 101/2016, calea aleasă de aceasta nefiind de natură a proroga data de la care termenul de atac al documentației de atribuire a început să curgă. Purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă își menține cerințele impuse) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului impus de legiuitor la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SRL.

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

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

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în exemplare, conține pagini