



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 5/2246/27.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 52754/02.12.2020, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ..., și convențional de ..., împotriva prevederilor documentației de atribuire, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „*Achiziționare de analizor automat de biochimie, set pipete automate și hotă flux laminar*” – Lot 1 – Analizor automat de biochimie – 1 buc. contestat, se solicită, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente Lotului 1 al procedurii, criticate prin contestație, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii în ceea ce privește Lotul 1, precum și accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația nr. 5/2246/27.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 52754/02.12.2020, ... contestă documentația de atribuire în cazul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii, cu privire la Lotul 1 – contestat.

Contestatorul învederează că, analizând prevederile documentației de atribuire aferente procedurii, a constatat că acestea încalcă principiile proporționalității și tratamentului egal, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, conținând specificații tehnice restrictive și

discriminatorii, de natură a bloca nejustificat accesul la procedură și, astfel, de a îngreuna concurența, astfel:

Autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice ale produselor solicitate prin impunerea drept cerințe minime obligatorii a unor specificații tehnice restrictive, care nu permit operatorilor economici interesați accesul efectiv la procedură. Procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat grav principiile nediscriminării, proporționalității și al tratamentului egal.

Referitor la nelegalitatea documentației de atribuire, contestatorul arată că, potrivit art. 155 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu principiile atribuirii contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe și principiului tratamentului egal și al nediscriminării. În acest sens, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire.

Contestatorul invocă prevederile art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016 și considerentul (74) al Directivei 24/2014, care stabilește că:

„(74) Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor.

Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic.

Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate defavorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință.(...).”

Se arată că principiile enunțate în acest considerent au fost preluate în articolele 18 și 42 din Directiva 24/2014, articole care au fost în mod constant interpretate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în numeroase decizii cu efect obligatoriu în sistemul juridic românesc, având valoare de izvor de drept. Sintetic, inter alia, aceste decizii sunt în sensul că principiul proporționalității obligă autoritatea contractantă să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe, principiilor tratamentului egal și nediscriminării. În acest sens, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților

sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire.

Contestatorul invocă o cauză a Curții de Justiție a Uniunii Europene, respectiv cauza C-413/17 și jurisprudența unitară a CJUE în ceea ce privește aplicabilitatea principiului proporționalității în cazul special al achizițiilor în domeniul sănătății, CJUE 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 (cauza C-296/15).

Contestatorul concluzionează că, inclusiv în cazul achizițiilor publice în domeniul sănătății, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice aferente procedurii prin stabilirea unor cerințe minime obligatorii restrictive, care conțin caracteristici funcționale specifice unui singur producător și care nu răspund unor necesități funcționale sau de performanță obiective, relevante din perspectiva satisfacerii nevoii autorității contractante.

Se arată că, cu toate acestea, autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice aferente Lotului 1 prin stabilirea de cerințe minime obligatorii restrictive, care conțin caracteristici funcționale specifice unui anumit producător și care nu răspund unor necesități funcționale sau de performanță relevante pentru autoritatea contractantă. Deși Lotul 1 este intitulat „Analizor automat de biochimie”, specificațiile tehnice aferente acestuia descriu în realitate un analizor de imunologie-biochimie. Totuși, autoritatea contractantă nu doar că solicită un alt tip de dispozitiv medical decât cel nominal prevăzut în documentația de atribuire, ci înțelege și să redacteze specificațiile tehnice în mod restrictiv astfel încât nu orice analizor care este prevăzut atât cu funcție de biochimie, cât și cu funcție de imunologie, să fie eligibil. Astfel, autoritatea contractantă urmărește să obțină un analizor care să aibă integrate funcțiile imunologie-biochimie printr-o soluție constructivă specifică, modul de integrare impus prin caietul de sarcini regăsindu-se exclusiv în cazul analizorului Dimension EXL al producătorului Siemens.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a urmărit să solicite anumite cerințe de performanță, ci doar a preluat toate specificațiile analizorului Dimension EXL - acesta fiind singurul analizor de pe piață care poate îndeplini cerințele caietului de sarcini în integralitatea lor. Anterior expunerii argumentelor care susțin caracterul restrictiv al cerințelor cu privire la acest dispozitiv, contestatorul subliniază că, în practică, în general, caracteristicile analizoarelor urmează anumite principii în funcție de producător, iar detalierea excesivă a principiilor de funcționare ale aparatelor, după cum a procedat autoritatea contractantă, nu fundamentează satisfacerea unor nevoi obiective ale acesteia, ci doar

restricționează produsul care ar putea fi oferat exclusiv la cel al producătorului Siemens.

În ceea ce privește cerința „Cu ajutorul aparatului/analizorului să se poată determina următorii parametri: bilirubina directă, bilirubina totală, fosfataza alcalină, TGO, TGP, GGT, amilaza, calciu, fier, magneziu, sodiu, potasiu, clor (modul ioni integrat), colesterol, HDL colesterol, LDL colesterol, trigliceride, glucoză, feritină, vitamina B12, vitamina D, hemoglobină glicozilată, lactat dehidrogenază, lipază, albumină, proteine totale, uree, creatinina, acid uric, CRP, creatin Kinaza, CK-MB, imunoglobulina A, imunoglobulina M, imunoglobulina G, complement C3, complement C4, factor reumatoid, proBNP, mioglobina, troponina.”, contestatorul învederează că această cerință nu reprezintă altceva decât o favorizare evidentă a analizorului produs de Siemens, având în vedere că autoritatea contractantă solicită capacitatea de a analiza teste pentru vitamina B12 și vitamina D în cazul analizorului de biochimie solicitat. Tipul de analizor solicitat de autoritatea contractantă care trebuie să cuprindă, în fapt, două analizoare distincte, trebuie analizat prin prisma rolului funcțional pe care acesta îl îndeplinește. Cele două analizoare, respectiv imunologie-biochimie, au o singură componentă comună - ambele analizează probe de sânge. Totuși, rolul acestora este cu totul diferit - analizorul de biochimie analizează probe de sânge pentru a determina existența anumitor substanțe din componenta serului sanguin, în timp ce analizorul de imunologie analizează probe de sânge pentru a determina anticorpii prezenți în acea probă. Astfel, acestea nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea celuilalt, analizoarele solicitate fiind pe deplin independente și autonome, îndeplinind funcții diferite.

Se arată că, deși pe piață există o vastă diversificare de analizoare, singurul analizor de biochimie apt să determine parametrii vitamina B12 și vitamina D este Dimension EXL al producătorului Siemens. Acest producător a dezvoltat, în mod exclusiv, testele necesare determinării parametrilor vitamina B12 și D în cazul unui analizor de biochimie, motiv pentru care niciun alt analizor de acest fel existent pe piață nu poate îndeplini această cerință minimă obligatorie, fapt ce demonstrează, dincolo de orice dubiu, favorizarea producătorului Siemens de către autoritatea contractantă.

Contestatorul precizează că, în mod normal, testele pentru vitamina B12 și vitamina D sunt determinate pe analizoarele de imunologie, iar nu pe cele de biochimie cum solicită autoritatea contractantă, fapt ce explică o altă cerință minimă obligatorie restrictivă care impune existența unui „modul de imunologie integrat” în cazul analizorului de biochimie. Practic, aceste teste vor fi determinate și în cazul analizorului Siemens tot de către o componentă a analizorului de imunologie - nu de un analizor de imunologie distinct, de sine-stătător - componentă de imunologie integrată într-un anumit mod specific în cadrul analizorului de biochimie existentă exclusiv în cazul analizorului Dimension EXL. În ceea ce privește parametrul „proBNP” necesar a fi determinat tot prin analizorul de

biochimie solicitat de autoritatea contractantă, acesta reprezintă, similar parametrilor anteriori, tot un test imunologie - deci care se determină, în mod obișnuit, cu ajutorul analizorului de imunologie. Acest fapt este demonstrat chiar prin specificațiile analizoarelor de imunologie produse de Siemens, toate analizoarele de imunologie din portofoliul acestui producător determinând acest parametru specific.

Prin urmare, simpla solicitare de determinare a unor parametri specifici analizoarelor de imunologie în cadrul panelului de teste pe care îl poate efectua un analizor de biochimie nu corespunzătoare niciunei necesități obiective a autorității contractante, având doar un vădit rol restrictiv, de blocare a accesului la procedură. Or, necesitatea obiectivă a Autorității Contractante ar putea fi doar aceea de determinare a anumitor parametri, pentru a facilita formularea unui diagnostic, iar nu să achiziționeze un analizor care să permită efectuarea unor teste specifice altui tip de analizor, soluție tehnică regăsită exclusiv în cazul producătorului Siemens.

Contestatorul subliniază că, în acest context, prin impunerea cerinței ca un analizor de biochimie să poată efectua teste specifice celui de imunologie, autoritatea contractantă elimină nejustificat alte soluții existente pe piață, soluții care ar răspunde necesităților sale obiective, în condiții de calitate și preț echivalente sau poate chiar superioare. Se impune astfel remedierea acestei cerințe prin eliminarea acestei specificații tehnice restrictive.

În ceea ce privește cerința „*Principii de măsurare: fotometrică, potențiometrie, turbidimetrie, imunologică, heterogenă și tehnologie chemiluminiscentă*”, se arată că această cerință tehnică reprezintă o simplă reluare mot-a-mot a caracteristicilor produsului Siemens - astfel că modalitatea de elaborare a cerințelor minime obligatorii face posibilă doar ofertarea produselor acestui producător - după cum rezultă din compararea cerinței cu specificațiile tehnice ale analizorului Dimension EXL:

*Assay LOCI, heterogeneous immunoassay,
Technologies PETINIA and ACMIA, photometry, potentiometry (IMT),
turbidimetrie, and Emit®
Product Specifications
System Random-access clinical chemistry
Description and immunoassay system with LOCI®
chemiluminescence technology.*

Contestatorul precizează că doar tehnologiile de măsurare fotometrică, potențiometrie și turbidimetrie sunt specifice unui analizor clasic de biochimie, în timp ce restul de trei tehnologii solicitate prin caietul de sarcini - imunologică, heterogenă și tehnologie chemiluminiscentă - sunt specifice strict unui analizor de imunologie, fiind regăsite, de regulă, doar în cazul unui astfel de analizor. Totuși, rolul acestei cerințe minime obligatorii nu este altul decât cel de restricționare - nejustificată - a analizoarelor care ar putea fi ofertate exclusiv la cele ale producătorului Siemens, întrucât acest producător este singurul care a integrat cele trei

metode specifice analizorului de imunologie în cadrul unui analizor de biochimie.

Pentru motivele mai sus expuse, contestatorul apreciază că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acesteia, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește cerința „*Capacitate de încărcare probe: minim 60 de probe în același timp la bord*”, nici această cerință minimă obligatorie nu reprezintă altceva decât o copie a specificațiilor tehnice prezentate de analizorul Dimension EXL al producătorului Siemens, fapt demonstrat prin compararea acesteia cu broșura analizorului menționat:

Sample Wheel 60 sample positions in six 10-tube segments; positive sample identification

Se arată că această cerință nu impune o specificație tehnică absurdă sau unică. Deși ar putea fi îndeplinită punctual și de alți producători în afară de Siemens, în aceleași condiții sau chiar în condiții superioare, fiind coroborată cu celelalte cerințe restrictive conduce la restricționarea ofertării doar la aparatul mai sus indicat. Astfel, este blocat accesul în procedură, concurența fiind limitată prin decizia - nelegală - a autorității contractante de a include această cerință - doar în aparență rezonabilă - cu menirea de întări caracterul restrictiv al caietului de sarcini și de a favoriza producătorul Siemens.

În ceea ce privește cerința „*Analizorul să aibă la bord minim 46 de reactivi în frigider incorporat inclusiv reactivii pentru ionogramă*”, și această cerință este o transpunere a specificațiilor analizorului Siemens, fapt relevat de confruntarea acesteia cu broșura analizorului menționat:

Reagent Handling

Reagent Tray 44 positions, refrigerated between 2-8°C (36-47°F)

Reagent 44 Flex Reagent Cartridges plus 3 electrolytes Capacity Onboard via the QuikLYTE* IMT*

Această cerință nu impune o specificație tehnică absurdă sau unică. Deși ar putea fi îndeplinită punctual și de alți producători în afară de Siemens, în aceleași condiții sau chiar în condiții superioare, fiind coroborată cu celelalte cerințe restrictive conduce la restricționarea ofertării doar la aparatul mai sus indicat. Astfel, este blocat accesul în Procedură, concurența fiind limitată prin decizia - nelegală - a autorității contractante de a include această cerință - doar în aparență rezonabilă - cu menirea de întări caracterul restrictiv al caietului de sarcini și de a favoriza producătorul Siemens.

Contestatorul învederează că, în ceea ce privește cerința „*Modul de imunologie integrat*”, Siemens este unicul producător care integrează un modul de imunologie într-un analizor de biochimie în acest mod specific care rezultă din modalitatea de formulare a cerinței restrictive expuse anterior, astfel că această cerință reprezintă o nouă reluare în cadrul caietului de sarcini a specificațiilor tehnice ale analizorului Siemens:

Technical Specifications

Dimension EXL 200 Integrated Chemistry System

Dimension EXL este singurul analizor existent pe piață care, în esență, este de biochimie, dar, cu toate acestea, conține integrat și un modul de imunologie chiar în interiorul analizorului, și nu ca două analizoare distincte integrate ulterior, printr-o altă soluție tehnică echivalentă, care ar deservi același scop, păstrând același grad înalt de eficiență și calitate. Or, această cerință reflectă o caracteristică funcțională a unui anumit produs - în acest caz Dimension EXL 200 - și nu o cerință de performanță care ar urma să satisfacă o necesitate obiectivă a Autorității contractante. Mai mult, prin solicitarea unei caracteristici funcționale specifice unui anumit produs este în mod obiectiv imposibilă ofertarea unei soluții echivalente. Pe piață există multiple alte soluții care folosesc altă metodă de integrare a celor două analizoare necesare autorității contractante, metodă de integrare ce nu influențează însă rezultatul final sau performanța analizoarelor acestora, necesitatea obiectivă a Autorității contractante fiind pe deplin asigurată în acest mod.

Pentru motivele mai sus expuse, contestatorul apreciază că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acestei, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește cerința „Consumul de apă al analizorului să fie de maxim 5 litri/oră”, se arată că această cerință nu reprezintă decât o reluare literală a specificațiilor tehnice ale analizorului Siemens, după cum se observă din compararea acesteia cu broșura Dimension EXL:

Maximum Water 5.0 L/hr (1.32 gal/hr) Consumption

Cerința se explică doar prin prisma ultimei cerințe criticate, respectiv:

„Să prezinte cuvette de reacție de unică folosință din material biodegradabil care la ieșirea din analizor să fie sigilate automat astfel încât personalul operator din laborator să nu aibă contact cu produsul de reacție”.

Față de solicitarea autorității contractante privind cuvettele de unică folosință din material biodegradabil, singurele componente necesar a fi spălate de analizor rămân acele de pipetare, astfel justificându-se consumul foarte redus de apă solicitat. Pentru a ilustra caracterul restrictiv al acestei cerințe, contestatorul subliniază că un analizor de capacitate medie și de ultimă generație existent pe piață - Abbott Alinity - are în medie un consum de apă de mai puțin de 30 de litri/oră și, maximum, mai puțin de 60 de litri/oră.

Medie: <37L/h Max: <60L/h

Această cerință, deși ar putea fi îndeplinită punctual și de alți producători decât Siemens, fiind coroborată cu celelalte cerințe restrictive, conduce la restricționarea ofertei doar la aparatul mai sus indicat.

În ceea ce privește cerința „Stabilitatea reactivilor la bord să nu fie mai mică de 30 de zile”, se arată că, deși această cerință nu reprezintă, ca în celelalte cazuri expuse anterior, o reluare literală a specificațiilor

produsului Siemens, aceasta are caracter restrictiv raportat la ansamblul cerințelor impuse prin caietul de sarcini și este de natură a limita concurența, întărind caracterul restrictiv al specificațiilor tehnice și făcând practic imposibilă ofertarea altei soluții tehnice echivalente în afara celei expres menționate în cadrul cerinței, după cum reiese din confruntarea acesteia cu broșura analizorului Dimension EXL:

Onboard Stability Up to 42 days (varies by assay)

Comparativ cu specificația prezentată în broșură, autoritatea contractantă a micșorat numărul de zile de menținere a stabilității reactivilor, dorind să diminueze caracterul vădit restrictiv al cerinței, însă reiese în mod neechivoc faptul că acest demers nu poate fi decât înșelător, având drept scop mediat favorizarea producătorului Siemens. În mod uzual, pe piață există numeroși producători care oferă stabilitate de 30 de zile sau chiar pentru o perioadă mai îndelungată în cazul anumitor reactivi, dar nu pentru întreaga gamă a acestora. Spre exemplu, reactivul de Creatinina care folosește metoda jaffe pentru determinare este stabil la bordul unui analizor 7 zile, în timp ce un reactiv pentru determinarea imunoglobulinelor A, G, M prin metoda imuno-turbidimetrică este stabil la bordul analizorului 90 zile, rezultând o medie a stabilității mai mare de 30 zile. Astfel, această cerință blochează total accesul în procedură a unor producători care oferă perioade distincte de stabilite a diferiților reactivi, având, totuși, în final o stabilitate medie la bord a întregii game de reactivi de 30 de zile.

Pentru motivele mai sus expuse, contestatorul apreciază că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acestei, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește cerința „Să prezinte soft pentru obținerea de rapoarte lunare de comparare interlaboratoare”, contestatorul precizează că, din modalitatea de formulare a cerinței reiese că aceasta vizează, în concret, capacitatea analizorului de a se conecta prin rețea cu alte analizoare de același fel, specificație tehnică denumită în broșurile de prezentare a analizoarelor „Real time QC”. Această specificație presupune că, ori de câte ori pe un analizor sunt prelucrate probe de control extern, rezultatele acestora să poată fi comparate cu cele ale altor analizoare cu care este conectat. Cu toate acestea, simpla cerință de conectivitate nu este suficientă pentru a atinge acest deziderat, ci este necesară îndeplinirea cumulativă a încă două condiții: (1) toți utilizatorii de analizoare să dețină o schemă de control extern aparținând aceluiași furnizor și (2) numărul de participări ale laboratorului să fie identic pentru toți utilizatorii. În lipsa îndeplinirii cumulative a tuturor celor 3 condiții mai sus amintite - conectivitate, aceeași schemă de control și număr identic de participări - scopul acestei cerințe nu poate fi îndeplinit, astfel că cerința rămâne lipsită de relevanță, fiind inaptă să satisfacă nevoia autorității contractante.

Se învederează că această cerință cu un vădit caracter restrictiv ar putea fi justificată doar prin prezentarea de către autoritatea contractantă a unui studiu prealabil lansării prezentei Proceduri care să ateste (1) ce alți utilizatori ai analizorului Dimension EXL există și (2) că toți utilizatorii identificați în prealabil beneficiază de schemă de control extern procurată de același furnizor. Având în vedere că doar în acest scenariu - rar întâlnit în practică - soft-ul unic solicitat de autoritatea contractantă ar putea fi utilizat, în lipsa prezentării unei asemenea dovezi, această cerință îndeplinește doar rolul de a elimina potențialii operatori economici interesați a participa încă din stadiu incipient, limitând, în acest mod, concurența și favorizând - nelegal - un singur producător.

QC Review Graphical display of QC plot

(histogram or Levey-Jennings) with Westgard Rules; RealTime QC; QCC PowerPak™ efficiency package

Dacă într-adevăr această cerință ar fi fost formulată astfel încât să răspundă unei nevoi obiective a Autorității Contractante, fără scopul ascuns de a favoriza un singur producător în detrimentul celorlalți, autoritatea contractantă ar fi solicitat furnizorului punerea la dispoziție, concomitent cu analizorul, a unei scheme de control extern cu un număr prestabilit de participări anuale în scopul validării metodelor pe analizorul achiziționat. Un astfel de mod de formulare a cerinței - corespunzător unei conduite legale, în acord cu principiile care guvernează procedurile de achiziție publică - ar fi dovedit informarea prealabilă a autorității contractante și buna-credință a acesteia în redactarea caietului de sarcini, urmărind prin acesta doar satisfacerea unei nevoi a Spitalului și nu a unor comportamente nelegale de favorizare a unui operator economic și de blocare a accesului în Procedură.

Contestatorul arată că, față de motivele mai sus expuse, se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acestei, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește cerința „Să prezinte cuvete de reacție de unică folosință din material biodegradabil care la ieșirea din analizor să fie sigilate automat astfel încât personalul operator din laborator să nu aibă contact cu produsul de reacție”, se precizează că, pentru a ilustra caracterul restrictiv al acestei cerințe este necesară detalierea modului de funcționare a analizoarelor în ceea ce privește cuvetele solicitate prin caietul de sarcini. În mod uzual, un analizor de biochimie, indiferent de producător, își formează în mod autonom aceste cuvete necesare funcționării sale, însă formarea cuvetelor are la bază un film - o folie de plastic. De la această regulă în materia cuvetelor, există pe piață o singură excepție - analizorul produs de Siemens este unicul analizor existent care își poate forma cuvetele din material biodegradabil, reieșind astfel în mod vădit caracterul restrictiv al acestei cerințe. Materialul din care sunt alcătuite aceste cuvete nu influențează și nu este interdependent de caracterul de unică folosință al cuvetelor - acest caracter fiind singurul care

ar putea justifica o nevoie obiectivă a autorității contractante. Astfel, există pe piață numeroase analizoare care utilizează cuvete de unică folosință, dar aceste cuvete sunt, de regulă, din plastic, și acestea consumă, similar celor din material biodegradabil, o cantitate foarte redusă de apă. Din nou, singura excepție constă în analizorul Siemens - unicul analizor existent pe piață ce utilizează cuvete de unică folosință din material biodegradabil.

Contestatorul subliniază că, pentru motivele mai sus expuse se impune obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acestei, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit Caietului de sarcini, autoritatea contractantă stipulează nevoia stringentă de a înlocui aparatele învechite și care nu mai sunt apte să deservească operativitatea Spitalului, mai ales în condițiile actualei crize sanitare. Totuși, din modalitatea de formulare a cerințelor minime obligatorii rezultă că autoritatea contractantă își neglijează această nevoie imperativă pentru a favoriza un anumit operator economic - conduită ce contravine flagrant prevederilor legale în materie - limitând concurența și încălcând inclusiv principiul eficienței utilizării fondurilor publice prin limitarea ofertării exclusiv la analizorul Dimension EXL Siemens, în detrimentul altor analizoare de ultimă generație care ar satisface nevoile obiective ale autorității contractante la același nivel de calitate și performanță.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a încălcat grav principiile nediscriminării, proporționalității și egalității de tratament atunci când a stabilit specificațiile funcționale aferente acestui lot, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, și să dispună remedierea corespunzătoare a documentației de atribuire și să admită contestația astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă prevederile art. 8, 19 și 26 din Legea nr. 101/2016, art. 2 și 155 din Legea nr. 98/2016, precum și toate textele legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 7989/08.12.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 54220/09.12.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă excepția „lipsei interesului/folosului practic al contestatorului” având în vedere faptul că acesta nu a solicitat niciun fel de clarificări, remedieri ale caietului de sarcini în perioada cuprinsă între publicarea documentației și data de depunere a ofertei. Astfel, contestatorul nu a dat dovadă de intenția de a participa la procedură, netransmițând niciun fel de documente sau ofertă către autoritatea contractantă (nu a prezentat ofertă în cadrul studiului de piață, nu a depus solicitare de clarificări la procedură, nu s-a înscris la procedură). Invocarea unui interes legitim încălcat trebuie obligatoriu dovedit, or contestatorul nu a făcut nicio dovadă.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 2 alin. (1) din Legea 101/2016 și ale art. 3 alin (1) lit. f) din același act normativ și învederează că, deși nici Legea 101/2016 și nici Codul de Procedură Civilă nu definesc interesul, prin acesta se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Contestația cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului ca, deoarece interesul societății contestatoare nu există și nu poate fi dovedit, să admită excepția și să respingă contestația ca lipsită de interes.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă arată următoarele:

În vederea achiziționării unui analizor automat de biochimie, autoritatea contractantă a publicat un studiu de piață ce conține în cuprinsul său specificații tehnice. Atât în studiul de piață cât și în caietul de sarcini s-a solicitat analizor automat de biochimie de capacitate medie, cu ajutorul căruia să se poată determina parametrii rezultați din efectuarea analizelor biochimice de laborator. ... nu a depus ofertă în cadrul studiului și nici nu a solicitat clarificări referitoare la caietul de sarcini, iar dacă ar fi solicitat clarificări și nu s-ar fi luat măsuri de remediere, autoritatea contractantă considera că societatea ar fi fost îndreptățită să depună contestație prin care să solicite anularea procedurii. Din documentele aferente contestației transmise de societate reiese faptul că recipisa de consemnare este emisă la data de 26.11.2020, iar contestația a fost transmisă către autoritatea contractantă prin e-mail în data de 27.11.2020 după ora 17:00, după data limită de depunerea a ofertelor, astfel încât să fie imposibilă aplicarea măsurii de remediere asupra caietului de sarcini, de unde rezultă lipsa de interes a societății de a oferta și a participa la procedură, având doar interesul de a se anula prezenta procedură.

Autoritatea contractantă arată că deține doar un analizor automat de biochimie funcțional, cu o tehnică de lucru neadaptată cerințelor actuale în vigoare. Datorită faptului că prezentul analizor, de generație mai veche, poate efectua analize de CK-MB, D-Dimeri, CRP, monitorizare toxicologică și monitorizare medicamente, a solicitat modul de imunologie integrat precum și vitamina B12 și vitamina D. În cadrul studiului nu a fost depus decât un singur analizor automat de biochimie, de capacitate medie, care îndeplinea parametrii solicitați. În cadrul celorlalte oferte au fost prezentate analizoare/sisteme modulare integrate de biochimie și imunologie.

Autoritatea contractantă precizează că analizoarele de tip Sisteme modulare integrate nu fac obiectul solicitării sale deoarece sunt de capacitate mare și sunt voluminoase, iar spațiul destinat compartimentului de biochimie nu permite instalarea unei astfel de linii de laborator.

Referitor la cerința „Consumul de apă al analizorului să fie de maxim 5 l/oră”, se precizează că a fost solicitată deoarece analizorul pe care îl deține autoritatea contractantă funcționează cu bidon de 5 l apă deionizată. Nu a solicitat analizor cu consum de apă mai mare deoarece acest aspect ar implica instalarea unui purificator de apă, iar configurarea

laboratorului de biochimie face imposibilă amplasarea acestuia, atât din punct de vedere al conectării purificatorului la sursa de apă, cât și din punct de vedere al evacuării reziduurilor biologice rezultate.

Softul pentru obținerea de rapoarte lunare interlaboratoare a fost solicitat pentru a îndeplini indicatorii din standardele obligatorii ANMCS și cerințele de evaluare CASMB în vederea contractării. Autoritatea contractantă menționează că nu a solicitat un soft unic, ci doar un soft pentru obținerea de rapoarte lunare interlaboratoare. Schemele de control extern cu un număr prestabilit de participări anuale nu presupun rapoarte lunare interlaboratoare. Spitalul este monodisciplinar, cu o patologie unică (arsurile) printre celelalte instituții spitalicești existente, iar datorită acestei patologii, posibilitatea apariției unui focar de infecții asociate actului medical este crescută comparativ cu celelalte patologii și din acest considerent încearcă să ia toate măsurile pentru a preveni/diminua riscul apariției contaminării/infectării personalului operator/mediului înconjurător.

Se arată că cerința la care face referire contestatorul la punctul 2.9 din contestație nu a fost solicitată pentru a restricționa participarea celorlalți ofertanți, ci dimpotrivă, a fost considerată o tehnică de lucru avansată, prin care personalul din laborator utilizator nu mai vine în contact, astfel încât nu mai poate fi expus la produsul de reacție rezultat în urma efectuării analizelor, reducându-se semnificativ riscul contaminării și totodată furnizând un volum mai mic de deșeuri ce trebuie neutralizate.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită admiterea excepției lipsei de interes în principal, iar în cazul respingerii excepției, respingerea contestației pe fondul cauzei, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. 5/2262/18.12.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 56421/18.12.2020, contestatorul a transmis „*Concluzii scrise*” prin care solicită respingerea excepției lipsei de interes, precum și apărările de fond invocate de autoritatea contractantă, ca neîntemeiate, și, prin urmare, admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Față de apărările invocate de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, contestatorul solicită Consiliului să rețină următoarele:

I. Excepția lipsei de interes este neîntemeiată

Se arată că interpretarea dată de autoritatea contractantă prevederilor legale care stabilesc interesul în exercitarea procedurilor de remediere în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică este distorsionată și de natură să conducă la (i) obstrucționarea exercitării dreptului de contestare a documentației de atribuire a oricărui operator economic care nu a depus o ofertă în procedură și la (ii) limitarea numărului de proceduri la care un operator economic ar putea participa. Astfel, argumentul principal invocat de autoritatea contractantă în susținerea excepției lipsei de interes este că interesul nu ar fi personal, născut și actual deoarece în momentul de față contestatorul nu a solicitat clarificări în procedură și nu ar avea calitatea de ofertant în cadrul procedurii, ipoteză care contravine principiilor atribuirii contractului de achiziție publică, menite să elimine orice blocaj și orice limitare în

participarea la proceduri de atribuire, precum și garanțiilor privind dreptul la apărare instituite prin sistemul de remedii, garanții care urmăresc să asigure controlul de legalitate al actelor emise de autoritatea contractantă în fiecare etapă a procedurii de atribuire, dar mai ales în etapa anterioară depunerii ofertelor.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) pct. (i) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și precizează că în nicio interpretare logică a acestor texte de lege nu poate fi susținut că interesul de a formula contestație împotriva documentației de atribuire ar fi recunoscut doar operatorilor economici care au depus ofertă în cadrul respectivei proceduri. Dimpotrivă, interesul este recunoscut oricărei persoane care nu a fost încă exclusă din procedura de atribuire printr-o notificare rămasă definitivă. Prin urmare, lipsa unei asemenea notificări [evidentă în etapa anterioară depunerii ofertelor] este de natură să susțină interesul și nu să-l infirme, după cum în mod distorsionat susține autoritatea contractantă.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să rețină că (i) Interesul său și este personal, născut și actual și (ii) are calitatea de persoană vătămată.

Contestatorul subliniază că în mod eronat pretinde autoritatea contractantă că nu ar putea dispune măsuri de remediere deoarece contestația a fost primită după termenul pentru formularea solicitărilor de clarificare. Nu numai că măsurile de remediere pot fi dispuse în orice moment al procedurii, anterior depunerii ofertelor, dar legiuitorul a prevăzut în mod expres dreptul autorităților contractante de a dispune măsuri de remediere în cazul formulării unei contestații, potrivit art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Se arată că argumentele invocate de autoritatea contractantă pentru a susține o pretinsă lipsă a calității de persoană vătămată a ... în formularea contestației sunt neîntemeiate. Mai mult, aceste argumente sunt pur tendențioase și tind la inducerea în eroare a Consiliului.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită respingerea excepției lipsei de interes, ca neîntemeiată.

În ceea ce privește apărările pe fond ale autorității contractante, contestatorul învederează că autoritatea contractantă nu a fost în măsură să răspundă direct criticilor adresate (neexistând argumente pertinente care să îndeparteze caracterul restrictiv al cerințelor), ci a înțeles să extragă din context anumite pasaje din contestație, față de care a dat răspunsuri parțiale, care nu adresează esența criticilor, fiind contradictorii cu prevederile exprese ale caietului de sarcini, probabil într-o încercare de a disimula nelegalitatea documentației de atribuire. De altfel, autoritatea contractantă formulează apărări doar față de un număr limitat dintre cerințele criticate (punctele 2.1, 2.6, 2.8 și 2.9 din contestație), față de toate celelalte cerințe achiesând tacit la critici, neformulând niciun punct de vedere.

În ceea ce privește apărările formulate față de cerința criticată în secțiunea 2.1. din contestație, se precizează că, deși autoritatea contractantă susține că prin caietul de sarcini a solicitat doar un analizor

de biochimie de capacitate medie, motivând că analizoarele/sistemele modulare integrate de biochimie și imunologie nu fac obiectul solicitării acesteia „deoarece sunt de capacitate mare și sunt voluminoase”, aceasta revine și se contrazice, susținând ulterior că, de fapt, a solicitat și un modul de imunologie integrat care să permită determinarea parametrilor vitamina B12 și vitamina D. În susținerea acestei cerințe restrictive, autoritatea contractantă arată că analizorul de biochimie deținut în prezent „poate efectua analize de CK-MB, D-Dimeri, CRP, monitorizare toxicologică și monitorizare medicamente”. Or, s-a criticat cerința care impunea capacitatea determinării parametrilor proBNP, vitamina B12 și vitamina D - parametrii determinați, în mod normal, de un analizor de imunologie, nefiind specifică analizoarelor de biochimie - produs solicitat pe calea prezentei proceduri. Prin urmare, dacă autoritatea contractantă ar fi avut ca necesitate obiectivă să determine anumiți parametri de imunologie, aceasta ar fi trebuit să solicite inclusiv ofertarea unui analizor de imunologie și nu să extragă anumiți parametri integrați doar într-un singur produs existent pe piață. Astfel, apărările autorității contractante nu pot combate criticile și nu sunt de natură a înlătura concluzia că documentația de atribuire este nelegală și favorizează un anumit producător.

Față de cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să rețină că apărările din punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă confirmă temeinicia criticilor din contestație.

În ceea ce privește apărările formulate față de cerința criticată în secțiunea 2.6. din contestație, se arată că, prin apărările sale, autoritatea contractantă încearcă să justifice caracterul restrictiv al cerinței criticate - respectiv consumul de apă al analizorului să fie de maxim 5 litri/oră - prin raportarea la analizorul pe care îl deține în prezent, depășit din punct de vedere tehnologic, „cu o tehnică de lucru neadaptată cerințelor actuale în vigoare”, care necesită pentru funcționare un bidon de 5 litri de apă deionizată. Or, autoritatea contractantă dorește un analizor de biochimie cu un modul de imunologie integrat - astfel cum aceasta a confirmat în punctul de vedere - de ultimă generație, dar care, în același timp, să funcționeze pe același principiu și cu aceleași necesități ale analizorului de biochimie funcțional deținut de Spital care nu mai poate deservi necesitățile acesteia, fiind învechit. Cerința autorității contractante este absurdă și abuzivă, fiind nerezonabilă solicitarea Spitalului ca un analizor de ultimă generație de biochimie cu modul de imunologie integrat - deci un sistem complex optimizat - să funcționeze în aceeași parametri cu un analizor funcțional de biochimie devansat tehnologic. Totuși, din această apărare speculativă reiese intenția clară a autorității contractante de a favoriza analizorul Siemens - singurul analizor de pe piață care necesită în prezent un consum atât de redus de apă - confirmând criticile din contestație.

Față de cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să rețină că apărările din punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă confirmă temeinicia criticilor din contestație.

În ceea ce privește apărările formulate față de cerința criticată în secțiunea 2.8. din contestație, se arată că, doar într-un anumit scenariu - rar întâlnit în practică - soft-ul unic solicitat de autoritatea contractantă ar putea fi utilizat, în toate celelalte situații uzual întâlnite în practică, această cerință fiind irelevantă și având drept efect doar eliminarea potențialii operatori economici interesați a participa încă din stadiu incipient, limitând, în acest mod, concurența și favorizând - nelegal - un singur producător.

Contestatorul solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă nu a formulat nicio apărare de natură măcar să tindă la a justifica impunerea acestei cerințe, limitându-se la a invoca respectarea indicatorilor ANMCS și CASMB. Or, majoritatea analizoarelor de biochimie și imunologie de pe piață au un meniu de Control de Calitate, care evaluează rezultatele obținute prin prisma diferitelor criterii Westgard și chiar monitorizează grafic performanța acestora prin afișarea de grafice: Levey-Jenning, Twin Plot, Youden, samd. Pentru evaluarea rezultatelor controlului extern de calitate unul dintre graficele Twin Plot (care afișează corectitudinea măsurării aceleași probe de mai multe ori pe același analizor) sau Youden (care afișează corectitudinea măsurării aceleiași probe pe echipamente diferite) sunt acoperitoare pentru cerințele ANMCS și CASMB de vreme ce toți utilizatorii altor echipamente care nu dețin acest soft de control extern pot funcționa și îndeplini cerințele invocate de către autoritatea contractantă. Prin urmare, dacă într-adevăr autoritatea contractantă ar fi fost preocupată de respectarea indicatorilor ANMCS și CASMB, ar fi formulat cerința astfel încât să răspundă unei asemenea necesități obiective și ar fi solicitat furnizorului punerea la dispoziție, concomitent cu analizorul, a unei scheme de control extern cu un număr prestabilit de participări anuale în scopul validării metodelor pe analizorul achiziționat. Un astfel de mod de formulare a cerinței - corespunzător unei conduite legale, în acord cu principiile care guvernează procedurile de achiziție publică - ar fi dovedit informarea prealabilă a autorității contractante și buna-credință a acesteia în redactarea caietului de sarcini, urmărind prin acesta doar satisfacerea unei nevoi a Spitalului și nu a unor comportamente nelegale de favorizare a unui operator economic și de blocare a accesului în procedură.

În ceea ce privește apărările formulate față de cerința criticată în secțiunea 2.9. din contestație, contestatorul învederează că apărarea autorității contractante conform căreia solicitarea unor „cuvete de reacție de unică folosință din material biodegradabil” a fost impusă de necesitatea Spitalului ca personalul din laborator să nu mai vină în contact și să nu mai fie expus la produsul de reacție rezultat în urma efectuării analizelor nu poate fi admisă, fiind doar un motiv menit să mascheze favorizarea evidentă a analizorului Siemens.

Contestatorul reiterează că analizorul produs de Siemens este unicul analizor existent care își poate forma cuvetele din material biodegradabil, deci caracterul restrictiv al cerinței reiese în mod neechivoc, motivele invocate de autoritatea contractantă nefiind de natură a înlătura caracterul nelegal al caietului de sarcini și favorizarea acestui producător. Or, nevoia

evidențiată de Spital în punctul de vedere poate fi pe deplin satisfăcută și de alte analizoare existente pe piață care își formează în mod autonom cuvetele necesare funcționării dintr-un un film - o folie de plastic. Aceste cuvete din plastic sunt tot de unică folosință, îndeplinind nevoia obiectivă de reducere semnificativă a riscului contaminării, și nu necesită expunerea personalului din laborator.

Se arată că autoritatea contractantă a impus drept cerințe minime obligatorii caracteristici funcționale, constructive, ale unui anumit produs determinat de pe piață, caracteristici care nu răspund unei necesități obiective a acesteia, ci au doar efectul eliminării oricăror alte produse, blocând nejustificat accesul în procedură.

Pentru toate argumentele expuse în contestație și mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziționare de analizor automat de biochimie, set pipete automate și hotă flux laminar”*, divizată pe 3 loturi prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr.

Se are în vedere că obiectul contestației formulate de ... vizează *Lotul 1 – Analizor automat de biochimie – 1 buc.*, cod CPV 38434500-1 – *Analizoare biochimice (Rev.2)*,

Valoarea estimată a contractului de furnizare este de 546.325 RON, fără TVA, iar valoarea aferentă Lotului 1 (contestat) este de 486.900 RON, fără TVA, criteriul de atribuire ales fiind *„prețul cel mai scăzut”*.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, Consiliul va cerceta cu întâietate *excepția lipsei de interes a ... în formularea contestației*, în contextul invocării acesteia de către autoritatea contractantă, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ.

Autoritatea contractantă invocă excepția amintită având în vedere faptul că, societatea contestatoare nu a solicitat nici un fel de clarificări, remedieri ale caietului de sarcini în perioada cuprinsă între publicarea documentației și data de depunere a ofertei. S-a adăugat că astfel contestatoarea *nu a dat dovadă de intenția de a participa la procedură, netransmițând nici un fel de documente sau ofertă către autoritatea contractantă (nu a prezentat ofertă în cadrul studiului de piață, nu a depus solicitare de clarificări la procedură, nu s-a înscris la procedură)*.

Niciunde în legislația incidentă nu este reglementat faptul că interesul de a formula contestație împotriva documentației de atribuire ar fi recunoscut doar operatorilor economici care au solicitat clarificări, care au transmis ofertă în cadrul studiului de piață sau care au depus ofertă în cadrul respectivei proceduri, interesul fiind recunoscut oricărei persoane care se consideră vătămată de un act al autorității contractante și care poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante,

obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere.

În speță interesul ... îl reprezintă participarea la prezenta procedură de atribuire.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul nu va reține în soluționare excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, aceasta fiind respinsă.

Trecând la analiza fondului cauzei, Consiliul are în vedere faptul că ... critică documentația de atribuire pentru procedura antementionată vizavi de Lotul nr. 1 - *Analizor automat de biochimie – 1 buc.*

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire în discuție. Astfel, sunt avute în vedere aspecte legate de pretinsa nelegalitate a unor specificații tehnice stabilite în cadrul documentației de atribuire. Autoarea contestației reclamă faptul că *autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice aferente Lotului 1 prin stabilirea de cerințe minime obligatorii restrictive, care conțin caracteristici funcționale specifice unui anumit producător și care nu răspund unor necesități funcționale sau de performanță relevante pentru autoritatea contractantă.*

S-a adăugat de autoarea contestației că deși Lotul 1 este intitulat "*Analizor automat de biochimie*", specificațiile tehnice aferente acestuia, descriu în realitate *un analizor de imunologie-biochimie*. Astfel, în opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu doar că solicită un alt tip de dispozitiv medical decât cel nominal prevăzut în documentația de atribuire, ci înțelege și să redacteze specificațiile tehnice în mod restrictiv astfel încât nu orice analizor care este prevăzut atât cu funcție de biochimie, cât și cu funcție de imunologie, să fie eligibil.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul va proceda la soluționarea criticilor formulate, analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găsește util a reține câteva aspecte din cadrul documentației de atribuire.

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie achiziția unui *analizor automat de biochimie, de capacitate medie*.

Necesitatea achiziționării echipamentului în discuție este precizată în cuprinsul caietului de sarcini astfel: *achiziționarea analizorului automat de biochimie pentru laboratorul clinic va asigura o multitudine de analize medicale specifice, rapide, va urmări evoluția în dinamica a stării pacienților cât și a pacientului mare ars.*

În cadrul fișei de date autoritatea contractantă a precizat la capitolul IV.4.1. - *Modul de prezentare al propunerii tehnice* astfel:

"Propunerea tehnica va fi prezentata in conformitate cu specificatiile tehnice din caietul de sarcini si va contine cel putin urmatoarele: 1.Ofertantul trebuie sa declare conformitatea/neconformitatea cu cerinta impusa de specificatia tehnica indicand in mod obligatoriu documentul emis de producator (fisa tehnica, brosură, manual) in limba romana si pagina care atesta cele declarate, din documentatia tradusa obligatoriu in limba romana 2. Propunerea tehnica va cuprinde denumirea produselor producatorul acestora si tara de origine."

În cuprinsul caietului de sarcini sunt precizate o serie de specificații tehnice care trebuie îndeplinite de operatorii economici și pentru care achizițarea a făcut următoarele precizări:

"Caietul de sarcini face parte integrantă din documentația de atribuire și constituie ansamblul cerințelor pe baza cărora se elaborează de către fiecare ofertant propunerea tehnică."

(...)

Obiectivul general la care contribuie furnizarea produselor ce fac obiectul prezentei proceduri este asigurarea calitatii si furnizarea rezultatelor de laborator necesare in vederea stabilirii cu celeritate a diagnosticului si optimizarea interventiei terapeutice."

Astfel, potrivit mențiunilor consemnate în cadrul documentelor amintite, Consiliul reține că autoritatea contractantă deține un analizor automat de biochimie funcțional, cu o tehnică de lucru neadaptată cerințelor actuale în vigoare, achiziționarea analizorului automat de biochimie pentru laboratorul clinic va asigura o multitudine de analize medicale specifice, rapide și va urmări evoluția în dinamica a stării pacienților cât și a pacientului mare ars.

Din economia criticilor formulate de ... reiese faptul că acesta reclamă că, autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice aferente procedurii prin stabilirea unor cerințe minime obligatorii restrictive, care conțin caracteristici funcționale specifice unui singur producător și care nu răspund unor necesități funcționale sau de performanță relevante pentru autoritatea contractantă.

Una dintre cerințele solicitate de autoritatea contractantă este "Modul de imunologie integrat".

Aspectele reclamate de societatea contestatoare vizează următoarele:

- autoritatea Contractantă nu doar că solicită un alt tip de dispozitiv medical decât cel nominal prevăzut în documentația de atribuire, ci înțelege și să redacteze specificațiile tehnice în mod restrictiv astfel încât nu orice analizor care este prevăzut atât cu funcție de biochimie, cât și cu funcție de imunologie, să fie eligibil;

- astfel, autoritatea contractantă urmărește să obțină un analizor care să aibă integrate funcțiile imunologie-biochimie printr-o soluție constructivă specifică, modul de integrare impus prin caietul de sarcini

regăsindu-se exclusiv în cazul analizorului Dimension EXL al producătorului Siemens;

- autoritatea contractantă nu a urmărit să solicite anumite cerințe de performanță, ci doar a preluat toate specificațiile analizorului Dimension EXL - acesta fiind singurul analizor de pe piață care poate îndeplini cerințele caietului de sarcini în integralitatea lor;

- Siemens este unicul producător care integrează un modul de imunologie într-un analizor de biochimie în acest mod specific care rezultă din modalitatea de formulare a cerinței restrictive expuse anterior, astfel că această cerință reprezintă o nouă reluare în cadrul caietului de sarcini a specificațiilor tehnice ale analizorului Siemens:

"Technical Specifications

Dimension EXL 200

Integrated Chemistry System";

- Dimension EXL este singurul analizor existent pe piață care, în esență, este de biochimie, dar, cu toate acestea, conține integrat și un modul de imunologie chiar în interiorul analizorului, și nu ca două analizoare distincte integrate ulterior, printr-o altă soluție tehnică echivalentă, care ar deservi același scop, păstrând același grad înalt de eficiență și calitate;

- Or, această cerință reflectă o caracteristică funcțională a unui anumit produs - în acest caz Dimension EXL 200 - și nu o cerință de performanță care ar urma să satisfacă o necesitate obiectivă a Autorității contractante. Mai mult, prin solicitarea unei caracteristici funcționale specifice unui anumit produs este în mod obiectiv imposibilă ofertarea unei soluții echivalente;

- pe piață există multiple alte soluții care folosesc altă metodă de integrare a celor două analizoare necesare Autorității Contractante, metodă de integrare ce nu influențează însă rezultatul final sau performanța analizoarelor acestora, necesitatea obiectivă a Autorității contractante fiind pe deplin asigurată în acest mod.

Așa cum a fost anterior reținut, autoarea contestației reclamă faptul că deși Lotul 1 este intitulat *"Analizor automat de biochimie"*, specificațiile tehnice aferente acestuia descriu în realitate *un analizor de imunologie-biochimie*.

... reclamă faptul că autoritatea contractantă urmărește să obțină un analizor care să aibă integrate funcțiile imunologie-biochimie printr-o soluție constructivă specifică, *modul de integrare impus prin caietul de sarcini regăsindu-se exclusiv în cazul analizorului Dimension EXL al producătorului Siemens*.

Rezultă astfel că, autoritatea contractantă nu a urmărit să solicite anumite *cerințe de performanță, ci doar a preluat toate specificațiile analizorului Dimension EXL - acesta fiind singurul analizor de pe piață care poate îndeplini cerințele caietului de sarcini în integralitatea lor*.

Se are în vedere că potrivit celor precizate în cuprinsul Strategiei de contractare nr. 7412/19.11.2020, *"Valoarea estimată pentru lot 1 s-a*

determinat ca medie aritmetica a ofertelor de pret primite in urma anunțului de consultare a pieței nr. MC 1012522."

Referințe despre studiul de piață se regăsesc și în cuprinsul punctului de vedere, achizitoarea precizând următoarele: *în vederea achiziționării unui analizor automat de biochimie, autoritatea contractantă a publicat un studiu de piață ce conține în cuprinsul său specificații tehnice. Atât în studiul de piață cât și în caietul de sarcini s-a solicitat analizor automat de biochimie de capacitate medie, cu ajutorul căruia să se poată determina parametrii rezultați din efectuarea analizelor biochimice de laborator.*

Potrivit *Raportului final studiu de piață nr. 7317/17.11.2020* urmare a anunțului de consultare piața nr. MC11012522 având ca obiect analizor automat de biochimie, prin care s-a supus consultării următoarele aspecte: oferta de pret si oferta tehnica, la sediul autoritatii contractante s-au înregistrat următoarele oferte:

"1. S.C. ... S.A. - nr. înregistrare 7291/16.11.2020 a prezentat oferta pentru analizor automat de biochimie

Nr. teste kit - 80 - 480 teste in funcție de reactiv cu excepția glucozei (1440 teste/kit), (analizor de capacitate medie).

2. S.C. ... S.R.L. - nr. înregistrare 7296/16.11.2020 a prezentat oferta pentru analizor automat integrat de biochimie si imunologie

Nr. teste kit - 100 - 3621 teste in funcție de reactiv (analizor integrat de capacitate mare).

3. S.C. ... S.R.L. - nr. înregistrare 7297/16.1.2020 a prezentat oferta pentru analizor automat de biochimie si analizor automat și analizor automat de imunologie.

Nr. teste kit - 100 - 25801 teste in funcție de reactiv (analizor de capacitate mare)."

Ori luând la cunoștință despre rezultatul studiului de piață, potrivit căruia a rezultat că doar S.C. ... S.A. poate oferta analizor automat de biochimie – Dimension EXL, produs de SIEMENS Healthineers, aspect reținut și de autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere formulat, potrivit căruia: *"În cadrul studiului nu a fost depus decât un singur analizor automat de biochimie, de capacitate medie, care îndeplinea parametrii solicitați. În cadrul celorlalte oferte au fost prezentate analizoare/sisteme modulare integrate de biochimie și imunologie. Precizăm că analizoarele de tip sisteme modulare integrate nu fac obiectul solicitării noastre, deoarece sunt de capacitate mare și sunt voluminoase, iar spațiul destinat compartimentului de biochimie nu ne permite în nici un caz instalarea unei astfel de linii de laborator",* este sub semnul întrebării decizia de a nu adopta măsuri de remediere vizavi de specificația tehnică în discuție, astfel încât să fie asigurată o concurență efectivă a operatorilor economici

În considerarea faptului că cerința reclamată în analiză este restrictivă sub aspectul că nu permite tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire (altfel spus caietul de sarcini este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică anumite cerințe

tehnice, permise de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte) rezultă și din faptul că potrivit *Declarației de participare*, publicată în SEAP la procedura de achiziție pentru Lotul 1 au depus ofertă 2 operatori economici: S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L., despre cel din urmă operator economic fiind precizat, la etapa studiului de piață, că a prezentat *oferta pentru analizor automat de biochimie si analizor automat și analizor automat de imunologie-analizor de capacitate mare*, aspect care denotă imposibilitatea altor operatori economici de a oferi produsele având specificațiile descrise în documentația de atribuire.

Achiziția nu a demonstrat că specificația aleasă "Modul de imunologie integrat" poate fi îndeplinită de mai mulți operatori economici, pe piața de profil existând și alte soluții care folosesc altă metodă de integrare a celor două analizoare necesare autorității contractante.

Din cele precizate de achiziție, în replică la cele reclamate, rezultă faptul că, unicul considerent al impunerii acestei specificații, este acela al dimensiunii, respectiv analizoarele de tip sisteme modulare integrate nu fac obiectul solicitării, deoarece sunt de capacitate mare și sunt voluminoase, iar spațiul destinat compartimentului de biochimie nu ne permite în nici un caz instalarea unei astfel de linii de laborator.

Se are în vedere că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unui echipament performant, iar specificațiile tehnice ale echipamentului pe care aceasta dorește să-l achiziționeze, sunt alcătuite în baza nevoilor clinice și de performanță. Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Potrivit prevederilor din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice art. 3, alin. (1) lit. rr): „*Specificațiile tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante.*”

Potrivit art. 20 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016 caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu specificațiile tehnice, caracteristicile de natură tehnică care să permită fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Ceea ce este de interes în prezenta cauză este dacă achiziția, prin solicitarea ca analizorul automat de biochimie să aibă "Modul de imunologie integrat", a permis participarea operatorilor economici în competiție, în condițiile stabilite de dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea

nr. 98/2016 și cu respectarea principiilor prevăzute de dispozițiile art. 2 alin. (2) din același act normativ, principii care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Deși urmare a studiului de piață întreprins a reieșit faptul că pe piață există un singur operator economic respectiv S.C. ... S.A. (SIEMENS Healthineers) care poate oferi analizor automat de biochimie care să aibă "*Modul de imunologie integrat*", achiziția nu a luat nicio măsură de remediere vizavi de specificațiile tehnice solicitate, nesocotind astfel dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 care prescrie că, specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Autoritatea beneficiară a inițiat o procedură de atribuire (procedură simplificată), care presupune dreptul oricărui operator economic de a depune ofertă, nu doar *operatorului Siemens sau furnizorilor acestuia*.

Niciunde în cuprinsul documentelor existente la dosarul cauzei nu se regăsește vreo argumentare/motivare a impunerii cerinței pe considerentul dimensiunii. Din parcurgerea Strategiei de contractare nr. 7412/19.11.2020 și a caietului de sarcini, documente care au stat la baza demarării prezentei procedurii, se constată absența oricărei justificări a impunerii cerinței "*modul de imunologie integrat*".

Autoritatea contractantă a încercat o fundamentare prin intermediul punctului de vedere transmis Consiliului, din care rezultă că unicul considerent al impunerii acestei specificații este acela al dimensiunii, respectiv *analizoarele de tip sisteme modulare integrate nu fac obiectul solicitării, deoarece sunt de capacitate mare și sunt voluminoase, iar spațiul destinat compartimentului de biochimie nu ne permite în nici un caz instalarea unei astfel de linii de laborator*.

În fapt, având în vedere considerentul legat de dimensiunea spațiului destinat compartimentului de biochimie potrivit celor menționate în cuprinsul punctului de vedere, se poate aprecia că era mai adecvată utilizarea unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, nefiind indicată demarea unei proceduri competitive.

Legislația în materie nu statuează vreo interdicție autorităților contractante în a organiza proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractelor de achiziții publice/acordurilor-cadru, în condițiile legale [art. 68 lit. f), coroborat cu art. 104 din Legea nr. 98/2016].

Însă, odată demarată procedura competitivă de licitație deschisă accelerată, cum este cea din prezenta cauză, ..., nu poate să asigure Siemens sau distribuitorilor acestora o poziție privilegiată, prin intermediul unor specificații tehnice pe care le-a stabilit, întrucât ar nesocoti principiul accesului neîngrădit, care stă la baza procedurii de

atribuire aleasă. Prin derogare, pentru a se încadra în limitele legii, o procedură care să fie deschisă unei sfere extrem de restrânse de operatori economici trebuie să dispună de o justificare detaliată, riguroasă și obiectivă a circumstanțelor care au determinat restrângerea competiției, cu accent pe argumentele pentru care nu pot fi acceptate specificațiile tehnice comune sau regăsite pe alte tipuri de echipamente în domeniu. În niciun înscris depus de autoritate la dosarul cauzei nu este identificată o asemenea justificare detaliată, riguroasă și obiectivă care să stea la baza organizării licitației doar pentru Siemens sau distribuitorii acesteia. Chiar dacă autoritatea contractantă nu a indicat în mod explicit tipul analizorului automat de biochimie care să aibă *"Modul de imunologie integrat"*, din modul de redactare al anumitor specificații tehnice solicitate pentru acest analizor, indicate de autoarea contestației și dovedite prin depunerea broșurii tehnice aparținând analizorului model *Dimension EXL 200* produs de către Siemens rezultă că acestea sunt preluate identic din broșura amintită.

Nu se tăgăduiește faptul că necesitatea achiziției constă în achiziția unui analizor automat de biochimie, de capacitate medie, care îndeplinește parametrii solicitați, însă reducerea echipamentelor eligibile la licitație și, implicit a accesului operatorilor economici (cum este cazul celor care potrivit studiului de piață pot oferi două analizoare distincte integrate ulterior, printr-o soluție tehnică echivalentă, care ar deservi același scop sau celor care folosesc altă metodă de integrare a celor două analizoare necesare autorității contractante, metodă de integrare ce nu influențează însă rezultatul final sau performanța analizoarelor acestora) trebuie susținută de justificări din partea autorității contractante.

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase argumentele contestatoarei potrivit căreia *această cerință reflectă o caracteristică funcțională a unui anumit produs - în acest caz Dimension EXL 200 - și nu o cerință de performanță care ar urma să satisfacă o necesitate obiectivă a Autorității contractante. Mai mult, prin solicitarea unei caracteristici funcționale specifice unui anumit produs este în mod obiectiv imposibilă ofertarea unei soluții echivalente.*

Împrejurarea că *analizoarele de tip sisteme modulare integrate nu fac obiectul solicitării deoarece sunt de capacitate mare și sunt voluminoase, iar spațiul destinat compartimentului de biochimie nu ne permite în nici un caz instalarea unei astfel de linii de laborator* nu este de natură a da posibilității achiziției să introducă cerințe/specificații tehnice care să conducă la restrângerea participării.

Atunci când autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice, trebuie să fie preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

Ori, prin impunerea cerinței "*modul de imunologie integrat*", care reflectă, așa cum a fost anterior reținut o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acestei se aduce atingere dispozițiilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 care prescriu că, specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

A fost afectat astfel și principiul asigurării unei concurențe efective între operatorii economici, și totodată și principiile prevăzute de dispozițiile art. 2 alin. (2) din același act normativ, principii care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

În raport de cele mai sus reținute se impune eliminarea acestei specificații tehnice, care în fapt reflectă o caracteristică *funcțională* a unui anumit produs și nu o *cerință de performanță* menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acestei, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016. Însă, așa cum a fost anterior reținut, având în vedere că la prezenta procedură au fost depuse oferte, astfel cum reiese din informațiile disponibile în SEAP, nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere.

Aceeași abordare este imbrățișată și de instanțele judecătorești, relevantă în cauză fiind Decizia nr. 24/R/20.01.2020 unde Curtea de Apel Brașov a reținut următoarele:

"(...) Instanța constată că în descrierea specificațiilor tehnice aferente produselor solicitate în cadrul loturilor 18, 19, 20, 43, 44 și 45 ce fac obiectul prezentei plângeri, autoritatea contractantă trebuia să respecte dispozițiile art.156 alin.2 și 3 din Legea nr.98/2016, potrivit cărora:

(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent".

Prin urmare, ofertarea nu poate fi limitată la un anumit produs sau producător decât în situații de excepție, în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului.

În același sens sunt și dispozițiile art. 42 alin. 4 din Directiva 24/2014. Prevederile art.155 alin.6 din Legea nr.98/2016 dispun în sensul că „specificatiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Totodată, instanța are în vedere decizia pronunțată de CJUE în cauza C-413/17 prin care s-a apreciat că articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că **nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice, în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității.** Revine

instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe

Prin urmare, instanța trebuie să stabilească dacă prin specificațiile tehnice impuse de autoritatea contractantă pentru loturile contestate se încalcă sau nu principiile egalității de tratament și proporționalității.

Cu privire la definirea specificațiilor aferente Lotului nr. 18, autoritatea contractantă solicită "reactivi compatibili cu analizorul semiautomat Clinitek Advantus", fiind stabilită drept cerință minimă obligatorie punerea la dispoziție a echipamentului indicat pentru utilizarea reactivilor.

Astfel, autoritatea contractantă definește specificațiile aferente reactivilor solicitați prin raportare la caracteristicile specifice funcționale și nu de performanță ale reactivilor producătorului Siemens, aceștia fiind reactivii care pot fi utilizați pe echipamentul Clinitek Advantus solicitat

Curtea constată că reactivii solicitați în cadrul acestui lot sunt descriși în mod exhaustiv în ceea ce privește compoziția lor, fapt ce nu permite ofertarea unor reactivi echivalenți, datorită specificațiilor tehnice restrictive

Lăsând la o parte faptul că autoritatea contractantă nu a depus întâmpinare în prezenta cauza prin care sa-și prezinte apărările față de aspectele invocate prin plângere, instanța constată că nici în cuprinsul punctului de vedere pe care l-a înaintat către CNSC autoritatea contractantă nu a prezentat argumente care să conducă la concluzia că operatorii economici ar putea oferta și alte produse, în afara celor ale producătorului Siemens, care întrunesc aceleași caracteristici tehnice, funcționale.

În acest sens, petenta a arătat cu titlu de exemplu că specificațiile reactivului "strip pt. examen sumar de urina", ale reactivului „Bilirubina: metoda cu 2.4% dicloranilină diazonium" cuprind detalii irelevante pentru necesitățile obiective ale autorității, detalii care fac practic imposibilă ofertarea unei soluții echivalente. În schimb, autoritatea contractantă nu a adus nici un argument contrar acestor afirmații

Aceeași situație se regăsește și în ceea ce privește loturile 19, 20, 43. 44 și 45 în cazul cărora se solicită "REACTIVI COMPATIBILI CU ANALIZOARELE AUTOMATE DE HEMATOLOGIE SYMEX XN" (pt. lotul nr.19), "REACTIVI ȘI CONSUMABILE COMPATIBILE CU ANALIZOARELE SYMEX CS2000 SI CA620"1 (pt. lotul nr.20), "REACTIVI SI CONSUMABILE COMPATIBILE CU ANALIZORUL COBAS INTEGRA 400PLUS si COBAS" (pt. lotul nr.43), "REACTIVI SI CONSUMABILE COMPATIBILI CU ANALIZORUL COBAS PRO - MODULUL C503" (pt. lotul nr. 44), "REACTIVI SI CONSUMABILE COMPATIBILI CU ANALIZORUL COBAS 6000 - MODULUL E601"(pt. lotul nr.45)

În cazul tuturor acestor loturi, autoritatea contractantă indică expres echipamentele dorite și în același timp definește specificațiile aferente reactivilor solicitați prin raportare la caracteristicile specifice funcționale (și nu de performanță) ale reactivilor unui anumit producător, aceștia fiind singurii reactivi care pot fi utilizați pe echipamentele solicitate

Această concluzie se desprinde din probatoriul administrat în cauză, având în vedere că autoritatea contractantă nu a depus înscrisuri și nu a propus probe în sens contrar celor afirmate de petenta ... SRL.

Deși în caietul de sarcini al procedurii autoritatea contractantă a specificat că orice specificație ce indică spre un anumit producător ar trebui citită cu mențiunea "sau echivalent", această prevedere a caietului de sarcini nu poate fi pusă în aplicare, fiind imposibilă ofertarea unor reactivi echivalenți, întrucât, după cum s-a arătat mai sus, caracteristicile funcționale ale reactivilor au fost descrise amănunțit, astfel încât nu pot fi ofertați decât reactivii aparținând unui anumit producător.

Referitor la argumentul CNSC privind gradul de mulțumire al autorității contractante, gradul de acoperire a necesității sale și obișnuința personalului cu metodele de lucru, instanța reține că aceste aspecte nu pot justifica, în mod legal, limitarea ofertării în cadrul unui contract de achiziție publică, cu încălcarea prevederilor art. 155 alin 6 din Legea nr.98/2016. Astfel, obișnuința personalului cu utilizarea unui anumit produs și satisfacția autorității contractante față de rezultatele respectivului produs nu pot justifica stabilirea unor specificații funcționale care determină ofertarea limitativă doar a acelui produs, ignorând principiile egalității de tratament și proporționalității.

În plus, instanța reține că au fost depuse ofertele pentru toate loturile ce fac obiectul prezentei proceduri, iar pentru loturile contestate în această cauză au fost depuse oferte unice, ceea ce denotă imposibilitatea altor operatori economici de a oferta produsele având specificațiile descrise exhaustiv în documentația de atribuire pentru loturile respective .

(...)

Față de considerentele mai sus expuse, constatând că plângerea formulată de petenta ... SRL este întemeiată, în temeiul art. 34 alin.1 lit.d din Legea nr. 101/2016, instanța va dispune

anularea procedurii de achiziție publică pentru atribuirea acordului cadru "Reactivi și consumabile de laborator" în ceea ce privește loturile nr. 18, 19, 20, 43, 44 și 45, ținând seama că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere a aspectelor de nelegalitate din documentația de atribuire, întrucât pentru toate loturile contestate au fost depuse oferte."

Sunt relevante de redat și considerentele Directivei 24/2014 și jurisprudența CJUE și respectiv concluziile precizate de autoarea contestației, respectiv:

"De asemenea, notăm că, potrivit considerentului (74) al Directivei 24/2014:

„(74) Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor.

Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință.(...)." (N.n. Subl.n)

Principiile enunțate în acest considerent au fost preluate în articolele 18 și 42 din Directiva 24/2014, articole care au fost în mod constant interpretate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cu valoare de izvor de drept, în sensul că principiul proporționalității obligă autoritatea contractantă să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe, principiilor tratamentului egal și nediscriminării. În acest sens, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire.

Cu titlu exemplificativ redăm mai jos interpretarea dată de Curte recent, într-o cauză având drept obiect chiar atribuirea unui contract prin care se urmărea achiziționarea de produse medicale, respectiv cauza C-413/17, în care a statuat că:

"Articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe."

Pentru a reține această soluție, Curtea a interpretat dispozițiile de drept european astfel:

"35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici. (...)

37. Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate. (...)

4.1 De asemenea, este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite." (N.n. Subl. N]

Nu în ultimul rând notăm 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. Notăm, în acest sens, considerentele Curții din cauza C296/15:

"82. Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în domeniul sănătății publice, trebuie să se țină seama de faptul că sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul FUE și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins, întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă de apreciere (a se vedea în special Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 51, Hotărârea din 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes și alții, C-171/07 și C-172/07, EU:C:2009:316, punctul 19, Hotărârea din 21 iunie 2012, Susisalo și alții, C-84/11, EU:C:2012:374, punctul 28, Hotărârea din 5 decembrie 2013, Venturini și alții, C-159/12-C-161/12, EU:C:2013:791, punctul 59, și Hotărârea din 19 octombrie 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, punctul 30).

83. Rezultă însă tot din jurisprudența Curții că o reglementare care este de natură să restrângă o libertate fundamentală garantată prin Tratatul FUE, cum este libera circulație a mărfurilor, poate fi justificată în mod valabil numai dacă este de natură să asigure realizarea obiectivului legitim urmărit și nu depășește ceea ce este necesar pentru ca acesta să fie atins (a se vedea în acest sens, în domeniul sănătății publice, Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 48, și Hotărârea din 9 decembrie 2010, Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, punctul 34)."

Rezultă astfel din jurisprudența constantă a CJUE că, inclusiv în cazul achizițiilor publice în domeniul sănătății, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la procedura de atribuire."

În mod similar, ..., reclamă o serie de specificații tehnice sub același aspect al preluării specificațiilor tehnice din Broșura aparținând analizorului Siemens, Dimension EXL 200 .

Se are în vedere că autoritatea contractantă a formulat apărări în referire la 4 dintre specificații tehnice reclamate de ..., respectiv la cele vizavi de următoarele cerințele:

"- Cu ajutorul aparatului/analizorului să se poată determina următorii parametri: bilirubina directă, bilirubina totală, fosfataza alcalină, TGO, TGP, GGT, amilaza, calciu, fier, magneziu, sodiu, potasiu, clor (modul ioni integrat), colesterol, HDL colesterol, LDL colesterol, trigliceride, glucoză, feritină, vitamina B12, vitamina D, hemoglobină glicozilată, lactat dehidrogenază, lipază, albumină, proteine totale, uree, creatinina, acid uric, CRP, creatin Kinaza, CK-MB, imunoglobulina A, imunoglobulina M, imunoglobulina G, complement C3, complement C4, factor reumatoid, proBNP, mioglobina, troponina;

- Consumul de apă al analizorului să fie de maxim 5 litri/ oră;

- Să prezinte cuvete de reacție de unică folosință din material biodegradabil care la ieșirea din analizor să fie sigilate automat astfel încât personalul operator din laborator să nu aibă contact cu produsul de reacție" și

- Să prezinte soft pentru obținerea de rapoarte lunare de comparare interlaboratoare".

Criticile formulate de societatea contestatoare vizează faptul că cerințele solicitate de achizitoare nu reprezintă decât o reluare literală a

specificațiilor tehnice ale analizorului Siemens, după cum se observă din compararea acesteia cu broșura Dimension EXL 200.

În replică la cele reclamate de contestatoare, argumentele aduse de achizitoare se bazează pe faptul că specificațiile tehnice au fost stabilite prin raportarea la configurarea laboratorului de biochimie, la analizorul pe care îl deține în prezent, precum și la specificul spitalului, monodisciplinar cu o patologie unică (arsurile).

Aceste motive, deși sunt veridice, nu sunt suficiente pentru a justifica afectarea dispozițiilor de principiu de la art. 2 din Legea nr. 98/2016, privind promovarea concurenței, și a celor de la art. 156 alin. (5) din același act normativ.

Sunt adevărate susținerile achizitoarei, însă la fel de adevărate sunt și argumentele contestatoarei, cu titlu de exemplu, vizavi de ce cuvele necesare funcționării dintr-un film - o folie de plastic, care sunt tot de unică folosință nu pot îndeplini ca și *cuvetele de reacție de unică folosință din material biodegradabil*, aceeași nevoie obiectivă de reducere semnificativă a riscului contaminării, și nu necesită expunerea personalului din laborator astfel cum a argumentat achizitoare .

Astfel rezultă faptul că caietul de sarcini este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică anumite cerințe tehnice, permise de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte.

Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum sunt specificațiile preluate de la Siemens, în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Spus altfel, caietul de sarcini este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică anumite cerințe tehnice, permise de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte. Desigur, după cum s-a evidențiat, dacă autoritatea ar fi justificat în mod obiectiv, cu argumente tehnice solide, excluderea celorlalte soluții constructive, cu accent pe argumentele pentru care nu pot fi acceptate specificațiile tehnice comune sau regăsite pe alte tipuri de echipamente în domeniu, soarta prezentului litigiu putea fi alta.

Astfel Consiliul apreciază că unica posibilitate de finalizare legală a procedurii este anularea procedurii de atribuire.

În condițiile date, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de societatea contestatoare este de prisos, atâta vreme cât finalitatea acestui demers nu este de natură a conduce la posibilitatea unor eventuale remedieri, având în vedere că potrivit celor antemenționate s-a reținut faptul că, unica posibilitate de finalizare legală a procedurii este anularea procedurii de atribuire.

Luând act de ansamblul considerentelor expuse, Consiliul are în vedere că, dată fiind specificitatea contractului de furnizare, importanța acestuia și rezultatele așteptate de la derularea contractului, astfel cum a susținut în punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă nu a depus diligențele necesare întocmirii unei documentații care să țină seama de toate aspectele pe care le implică contractul în cauză.

În considerarea celor evocate, Consiliul admite contestația formulată de ... și, din cauza imposibilității adoptării la acest moment de măsuri de remediere care să permită modificarea documentației de atribuire și continuarea procedurii de atribuire, Consiliul urmează a decide anularea procedurii conform art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 (*„În cazul aditerii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.”*).

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Pe cale de consecință capătul de cerere privind remedierea documentației de atribuire va fi respins ca rămas fără obiect, urmare deciziei de anulare a procedurii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes a ... în formularea contestației, invocată de

Admite contestația formulată de către ..., reprezentată convențional de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și anulează procedura de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii 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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...