

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de ..., cu sediul în ... emisă de ..., cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect ..., s-au solicitat următoarele:

I. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în condițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016;

II. În principal, admiterea contestației, și, în consecință:

(i) anularea cerințelor nelegale din caietul de sarcini referitoare la cei 12 parametri minimi necesari impuși de autoritatea contractantă și la obligativitatea ca analizele să se efectueze din plasmă;

(ii) obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale caietului de sarcini criticate prin prezenta contestație;

III. În subsidiar, în măsura în care nu este posibilă remedierea, admiterea contestației și anularea procedurii, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborată cu art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98.2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., prin care ... critică documentația de atribuire emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În susținerea criticilor sale, contestatorul prezintă o serie de argumente pentru a demonstra că autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice din caietul de sarcini într-un mod total restrictiv, prin preluarea caracteristicilor și funcționalităților specifice ale analizorului ... și ale reactivilor aferenți acestuia, care sunt proprii doar acestor produse și care nu se regăsesc și în cazul altor analizoare de gaze în sânge existente pe piață.

În acest sens, învederează că autoritatea contractată restricționează astfel, în mod nejustificat și nelegal, accesul la procedura de atribuire pentru ofertanții care dispun de analizoare de gaze în sânge și reactivii aferenți, dar care nu îndeplinesc cerințele tehnice minimale și obligatorii specifice doar analizorului ... și reactivilor acestuia, ce aparțin producătorului

Concret, precizează contestatorul, potrivit solicitărilor de la pag. 1 și pag. 2 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a impus în cazul reactivilor și analizorului de gaze în sânge aferent acestora, care, potrivit caietului de sarcini, trebuie dat de ofertant în folosință gratuită (comodat), următoarele cerințe tehnice detaliate, minimale și obligatorii:

(i) analizorul și kitul de reactivi aferent să acopere cel puțin următorii 12 parametri obligatorii: ctHb, sO₂, cCl, cLac, pH, cH⁺, pCo₂, pO₂, cK⁺, cNa⁺, cCa²⁺ și cGlu;

(ii) parametrii cCl, cLac, cK⁺, cNa⁺, cCa²⁺ și cGlu trebuie să permită analize din plasmă.

Față de cele de mai sus, ... arată că, așa cum rezultă din extrasul din manualul de utilizare al analizorului ... al producătorului ..., atașat la dosarul cauzei, specificațiile tehnice ale caietului de sarcini legate de parametrii minim necesari sunt identici cu cei ai analizorului respectiv.

Cerințele caietului de sarcini referitoare la parametrii minimi necesari sunt o traducere fidelă a parametrilor analizorului ... din cuprinsul pag. 213 a manualului acestuia.

Parametrii în formatul cCl, cLac, cH⁺, cK⁺, cNa⁺, cCa²⁺ și cGlu și sintagma „concentrație din plasmă” sunt specifice numai producătorului ..., fiind elemente particulare și specifice analizorului Toți ceilalți producători de analizoare de pe piață folosesc parametri de tipul Cl, Lac, K, Na, Glu, fără sintagma "concentrație", iar analizele se fac din sânge integral, nu din plasmă.

De asemenea, subliniază că, așa cum rezultă din manualul de utilizare - pag. 213, doar analizorul ... al producătorului ... și reactivii aferenți acestuia îndeplinesc cerința tehnică minimală de a avea toți cei 12 parametri (respectiv, ctHb, sO₂, cCl, cLac, pH, cH⁺, pCo₂, pO₂, cK⁺, cNa⁺, cCa²⁺ și cGlu) impuși prin caietul de sarcini. Parametrul cH⁺ concentrația ionilor de hidrogen din sânge este specific exclusiv analizorului ..., neregăsindu-se și în cazul altor analizoare de gaze în sânge disponibile pe piață.

În susținere, autorul contestației prezintă un tabel comparativ cu specificațiile tehnice ale caietului de sarcini, ale analizorului ... (producător ...) și ale altor analizoare de gaze în sânge disponibile pe piață, cum ar fi

Totodată, menționează că analizorul ... este singurul care îndeplinește cerința de a acoperi toți cei 12 parametri minimi necesari impuși prin caietul de sarcini (inclusiv parametrul cH+, care nu se regăsește însă la restul analizoarelor disponibile pe piață) și care, în plus, permite și analize din plasmă (și nu din sânge integral). Autoritatea contractantă, ar fi trebuit, pentru a nu restricționa concurența, să nu indice parametrii „minim necesari” ce aparțin doar unui singur analizor și producătorului acestuia.

Față de cele de mai sus, apreciază că parametrul cH+, care este specific doar analizorului ..., trebuie eliminat din caietul de sarcini.

... susține că doar analizorul ... al producătorului ... și reactivii aferenți acestuia îndeplinesc cerința tehnică minimală impusă prin caietul de sarcini ca parametrii cCl, cLac, cK+, cNa+, cCa2 și cGlu să permită analize din plasmă. Pentru a nu restricționa concurența, autoritatea contractantă ar fi trebuit să precizeze că se acceptă și un analizor și reactivii săi care să permită analize din sânge integral.

În cele ce urmează, contestatorul arată că, spre deosebire de analizorul impus de autoritatea contractantă, care, în cazul în cazul anumitor parametri (cCl, cLac, cK+, cNa+, cCa2 și cGlu) necesită plasmă (care trebuie separată din sângele integral), celelalte analizoare de sânge existente pe piață, care lucrează pe sânge integral, prezintă o serie de avantaje, cum ar fi: economie de timp, minimizarea erorilor pre-analitice, necesită volum mai mic de probă, adaptabilitate la testarea POC (Point-of-Care), detectarea mai precisă a anumitor parametri, costuri operaționale reduse.

Având în vedere cele de mai sus, apreciază că nu se justifică sub nicio formă, fiind profund restrictivă, cerința tehnică minimală ca analizele pentru parametrii cCl, cLac, cK+, cNa+, cCa2 și cGlu, așa cum au fost menționați în caietul de sarcini, să se facă doar din plasmă. Caracterul restrictiv al acestei cerințe rezultă și din faptul că doar în cazul parametrilor cCl, cLac, cK+, cNa+, cCa2 și cGlu s-a impus ca analizele să se facă din plasmă, în timp ce în cazul restului parametrilor menționați la pct. 3 din caietul de sarcini s-a acceptat ca analiza acestora să se facă din sânge.

În ceea ce privește cerința tehnică obligatorie de pe pag. 1 a caietului de sarcini, conform căreia „ofertantul va deține: buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație de la ...(...)”, autorul contestației consideră că și aceasta este restrictivă și nejustificată, în condițiile în care, conform aceluiași caiet de sarcini, ofertantul va depune, odată cu oferta, declarația de conformitate EC pentru aparat și verificare Existența avizului de la ... (...), care se depune odată cu

oferta, împreună cu certificatul de conformitate EC, sunt suficiente pentru a justifica faptul că echipamentul este apt pentru a fi utilizat în condiții de eficiență și siguranță. Nu există nicio justificare legală sau logică pentru a fi impusă, în plus față de cerința prezentării certificatului de conformitate EC și a avizului ..., și buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație ... Solicitarea de a prezenta odată cu oferta și buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație ... este astfel nejustificată, restrictivă, inutilă și generatoare de timp pierdut și costuri care nu sunt necesare.

În consecință, contestatorul afirmă că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea din caietul de sarcini a cerinței tehnice legată de necesitatea de a deține „buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație ...”.

Ca temei de drept, se invocă prevederile art. 8 și urm. Din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis înscrisul denumit *Cerere precizatoare și note scrise* prin care a menționat că, urmare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin adresa de măsuri de remediere nr. ..., renunță la a mai susține motivele din contestație legate de:

(i) caracterul restrictiv al parametrilor minim obligatorii, ce aparțin doar analizorului ... și

(ii) caracterul restrictiv al cerinței ca parametrii cCl, cLac, cK+, cNa+, cCa2 și cGlu să permită doar analize din plasmă.

Își menține în continuare atât cererea de suspendare a procedurii de atribuire, cât și critica legată de caracterul restrictiv și nejustificat al cerinței tehnice obligatorii conform căreia „ofertantul va deține: buletin de verificare metrologica pentru aparat sau negație de la ...(...)”.

De asemenea, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis înscrisul denumit *Cerere precizatoare suplimentară* prin care a menționat că, urmare a măsurilor de suspendare a procedurii adoptată din oficiu de autoritatea contractantă, renunță la a mai susține cererea de suspendare a procedurii, aceasta rămânând fără obiect. Își menține în continuare critica legată de caracterul restrictiv și nejustificat al cerinței tehnice obligatorii conform căreia „ofertantul va deține: buletin de verificare metrologica pentru aparat sau negație de la ...(...)”.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ..., ... învederează următoarele:

Ca răspuns la contestația formulată de ... a dispus următoarele măsuri de remediere: toți parametrii minim necesari specificați în documentația de atribuire acolo unde este menționat din plasmă, să se efectueze din plasmă sau din sânge integral, iar parametrii cCl- concentrația de ioni de clor și cH+ -concentrația ionilor de hidrogen din sânge să fie opționali.

Referitor la cerința tehnică potrivit căreia „ofertantul va deține: buletin de verificare metrologica pentru aparat sau negație de la ...(...)”, autoritatea contractantă afirmă că aceasta nu este nici restrictivă și nici nejustificată deoarece orice analizor trebuie verificat metrologic, sau ... - Biroul Român de Metrologie Legală transmite negație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

... a constituit cautiunea în quantum de ...

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ..., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr.

Valoarea estimată a achiziției este între lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*.

Nemulțumită de anumite prevederi regăsite în cadrul documentației de atribuire, pentru motivele arătate în cele ce preced, ... a depus prezenta contestație.

Cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. ...

În soluționare, Consiliul reține că, urmare a contestației, autoritatea contractantă a înțeles să adopte măsuri de remediere pe care le-a comunicat la dosar și le-a postat în SEAP la data de

Față de aceste măsuri, contestatorul a transmis *cererea precizatoare* înregistrată la CNSC sub nr., prin care a arătat că renunță la a mai susține motivele de contestație legate de:

- caracterul restrictiv al parametrilor minim obligatorii ce aparțin doar analizorului ... (subpct. 44-45 din contestație) și

- caracterul restrictiv al cerinței ca parametrii cCl, cLac, Ck+, cNa+, cCa2 și cGlu să permită doar analize din plasmă (subpct. 55-68 din contestație),

însă menține critica cu privire la caracterul restrictiv și nejustificat al cerinței tehnice obligatorii având conținutul:

- ofertantul va deține: buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație de la ... (subpct. 69-75 din contestație).

Având în vedere cele precizate de contestator, Consiliul ia act de renunțarea parțială la criticile din contestației și va proceda în cele ce urmează la analiza singurei critici pe care contestatorul a înțeles să o mențină, respectiv cea referitoare la cerința regăsită în caietul de sarcini la pct. 2 – *Caracterizare generală, livrare și condiții minime de plată*, având conținutul:

(...) ofertantul va deține: **buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație de la ...**, declarație de conformitate EC pentru aparat și verificare ... (dacă este cazul).

Consiliul reține, din conținutul aceluiași punct al caietului de sarcini, că autoritatea contractantă a solicitat ofertanților să depună ofertă pentru *Kit (cartuș) reactivi determinări gaze în sânge (12 parametri)* dar și să îi pună la dispoziție, în comodat, un analizor automat al aceluiași producător.

Cerința criticată vizează, așadar, acest analizor cu privire la care se solicită ca ofertantul să prezinte *buletin de verificare metrologică pentru aparat sau negație de la ...*, cerință restrictivă și nejustificată, în opinia contestatorului, câtă vreme analizoarele de gaze în sânge existente pe piață nu necesită un astfel de buletin metrologic sau negație de la ... întrucât toate verificările care se fac pentru punerea pe piață a unui analizor se regăsesc în certificatul de conformitate pe care producătorul acestuia îl emite și care se depune în cadrul propunerii tehnice.

În plus, arată contestatorul, existența avizului ... care se depune de asemenea cu oferta, coroborat cu certificatul de conformitate EC sunt suficiente pentru a justifica faptul că echipamentul este apt pentru a fi utilizat în condiții de eficiență și siguranță, neexistând o justificare legală și logică a impunerii cerinței.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă se apără susținând că cerința nu este nici restrictivă și nici nejustificată, deoarece orice analizor trebuie verificat metrologic sau ... transmite negație.

Față de problematica dedusă judecății, Consiliul reține relevanța dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, conform cu care Specificațiile tehnice reprezintă 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. Se mai reține că, potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

Totodată, în verificările sale, Consiliul va avea în vedere și art. 154 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, întrucât documentația de atribuire trebuie să conțină toate informațiile necesare operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire cu privire la cerințele achiziției și modul de desfășurare a acesteia.

De asemenea, vor fi reținute și prevederile art. 155 alin. (6) din același act normativ 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.

Din economia acestor prevederi rezultă că autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, însă cerințele impuse pentru satisfacerea acestora nu trebuie să fie unele care îngreunează participarea operatorilor economici la procedură.

Analizând cerința criticată, Consiliul constată că este una stabilită cu încălcarea dispozițiilor art. 154 și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 de vreme ce nici autoritatea contractantă însăși nu are certitudinea asupra emiterii buletinului de verificare metrologică cerut, solicitând fie prezentarea respectivului buletin fie negație din partea BRM.

Obligația autorității contractante la întocmirea documentației de atribuire este aceea de a realiza o informare corectă, completă și precisă a operatorilor economici, or această exigență nu este neîndeplinită în cazul cerinței aflată în discuție care pune operatorii economici în situația de a întreprinde demersuri pentru obținerea respectivului buletin, deși nu este clar, și nici autorității contractante nu îi este clar, dacă se emite sau nu.

Pe de altă parte, în situația obținerii unui negații din partea ... autoritatea contractantă creează premisele înlăturării de la procedură a ofertanților care ar putea propune soluții avantajoase de executare a contractului, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

În acest context, Consiliul apreciază că cerința criticată este una conjunctural impusă, avantajat fiind operatorul economic care deține respectivul document la data-limită de depunere a ofertelor.

Nu poate fi scăpat din vedere faptul că procedura de față este o procedură de atribuire simplificată, care presupune, conform cu dispozițiile art. 113 din Legea nr. 98/2016, intervale de timp scurte între data publicării anunțului și data-limită de depunere a ofertelor. De altfel, anunțul de participare aferent procedurii de față a fost postat în SEAP la data de ..., iar data-limită de depunere a ofertelor a fost stabilită de autoritatea contractantă pentru data de ..., adică la 10 zile, termen insuficient pentru obținerea documentului cerut fie buletin fie negație, documente care sunt și nespecifice procedurilor având obiect similar.

Relevant este și faptul că, așa cum corect susține contestatorul, autoritatea contractantă nu indică nicăieri vreun temei legal al solicitării sale, apărarea din punctul de vedere fiind una sumară respectiv că cerința *nu este nici restrictivă și nici nejustificată deoarece orice analizor trebuie verificat metrologic sau ...* – Biroul Român de Metrologie Legală trimite negație, care nu poate fi reținută ca justificare pertinentă a cerinței impuse.

Așa cum a subliniat Consiliul în practica sa, legislația națională, prin intermediul prevederilor enunțate, promovează concurența între operatorii economici ceea ce înseamnă, corelativ, reprimarea oricărei

practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic dar și de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

În același sens este și legislația europeană, ...

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesar a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentația de atribuire în sensul eliminării cerinței criticate, măsură de remediere care poate fi implementată având în vedere că procedura de atribuire este suspendată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația, în parte, și va dispune remedierea documentației de atribuire, în sensul celor arătate în motivare, și publicarea în SEAP a remedierii intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu decalarea datei limită de depunere a ofertelor.

Cererea subsidiară de anulare a procedurii va fi respinsă, dat fiind faptul că, așa cum s-a arătat, este posibilă adoptarea de măsuri de remediere.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., și dispune remedierea documentației de atribuire, în sensul celor arătate în motivare, și publicarea în SEAP a remedierii intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu decalarea datei limită de depunere a ofertelor.

Respinge, ca nefondată cererea subsidiară de anulare a procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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.