

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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 9923/28.02.2023, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin Director General și convențional prin, avocat coordonator al, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva caietului de sarcini, întocmit de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „*Materiale sanitare*”, s-a solicitat remedierea cerințelor caietului de sarcini aferente Lotului nr. 10.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică solicitările caietului de sarcini aferente Lotului nr. 10, întocmit de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele ante-menționate.

În fapt, contestatorul arată că, după ce a analizat cerințele stabilite pentru Lotul nr. 10 (pag. 14-15), a constatat impunerea unor specificații tehnice care afectează principiul concurenței loiale, după cum urmează:

Pentru poziția 2 *Indicator biologic fiola citire rapida 4h sterilizare EO* și respectiv 3 *Indicator biologic fiola citire super rapida fluorescenta 60 min. sterilizare abur-autoclav*, din Lotul nr. 10 „*Sterilizare*”, autoritatea contractantă a solicitat:

- să prezinte cod cu răspuns rapid QR sau cod de bare în vederea identificării tipului de incubare a fiolei, a numărului de lot a acesteia, datei de expirare;

- furnizorul va pune la dispoziție, la utilizare, în regim de custodie, un incubator compatibil cu indicatorii biologici fiole cu citire ultra rapidă cu tehnologie prin fluorescență, dotat cu scanner pentru citirea codurilor de bare sau cod cu răspuns rapid QR.

În atare situație, contestatorul consideră necesar a se raporta la noțiunea de „*indicator biologic*” care reprezintă „*teste biologice pentru controlul eficacității sterilizării*” (pct.5 din Anexa nr.4 a Ordinului Ministrului Sănătății nr. 1761/2021) și care se constituie dintr-o fiolă ce are pe exterior o etichetă a produsului cu următoarele informații: cod produs, pentru ce fel de sterilizare este folosit, denumire producător, timp de incubare, număr lot, dată expirare, indicator chimic printat.

De asemenea, contestatorul amintește faptul că toate aceste fiole conțin și capace de culori diferite, în funcție de metoda de sterilizare, aspect ce conduce la concluzia imposibilității identificării eronate a acestuia.

În opinia contestatorului, prin intermediul caietului de sarcini (pag. 14-15), autoritatea contractantă a impus utilizarea codului QR și punerea la dispoziție a unui incubator dotat cu cod răspuns rapid QR, deși toate aceste date se regăsesc deja în cuprinsul etichetei aplicate indicatorului biologic, etichetă ce face obiectul altor cerințe de la poziția 2-3 aferente Lotului nr. 10 „*Sterilizare*”.

Răspunsul citirii codului QR, precizează contestatorul, nu arată rezultatul sterilizării sau al incubării aceluși indicator biologic, ci arată tipul de incubare a fiolei, a numărului de lot și a datei de expirare, aceste informații regăsindu-se pe eticheta autocolantă.

Mai mult, susține, la momentul formulării prezentei contestații, la nivelul autorității contractante nu este implementat un sistem de trasabilitate care să permită utilizarea unei astfel de tehnologii de citire QR.

Pe cale de consecință, contestatorul apreciază că prin menținerea acestei cerințe se ajunge la situația îngrădirii participanților la procedura de achiziție publică, ceea ce conduce la concluzia că autoritatea contractantă urmărește să încheie acordul-cadru cu un anumit ofertant.

Nu în ultimul rând, contestatorul semnalează faptul că autoritatea contractantă a înțeles să impună criterii de calificare suplimentare în cuprinsul caietului de sarcini raportat la cerințele din anunțul de participare, fiind incidente dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În acest sens, arată contestatorul că prin anunțul de participare pentru Lotul nr. 10 se solicită furnizarea de „*consumabile medicale*”, iar prin caietul de sarcini autoritatea contractantă impune, în mod suplimentar și unilateral ofertanților, punerea la dispoziție a unui incubator compatibil cu indicatorii biologici, deși respectivul incubator nu se încadrează în sfera „*consumabilelor medicale*”.

Pentru toate considerentele mai sus expuse, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8, art. 10, art. 26 alin. (2) lit. b) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, ale art. 3 alin. (1) lit. z), art. 154, art. 155 alin. (6), art. 156 alin. (2) și art. 181 din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile art. 30 alin. (6) din Normele Metodologice ale Legii nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 6267/13.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 13727/15.03.2023, ..., în calitate de autoritate contractantă, înaintează dosarul achiziției publice, precizând că nu au fost depuse solicitări de clarificări aferente lotului contestat, precum și că nu a întocmit un punct de vedere.

.... a constituit cautiunea în quantum de lei prin recipisa de consemnare nr. din data de 01.03.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 453/01.03.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „*Materiale sanitare*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA. Data stabilită pentru depunerea ofertelor este data de 20.03.2023.

Nemulțumit de cerințele stabilite de autoritatea contractantă în cadrul Lotului nr. 10 – Sterilizare, ... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Preliminar, Consiliul reține că, potrivit informațiilor disponibile în SEAP, lotul nr. 10, contestat, apare în stare *suspendată*.

Se mai reține că, prin corespondența nr. 6267/13.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 13727/15.03.2023, autoritatea contractantă precizează că nu formulează un punct de vedere cu privire la criticile din contestație, situație care, însă, nu împiedică soluționarea acesteia, conform art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.

Pe fond, examinând susținerile părților și probatoriul aflat la dosarul cauzei, față de diferendul dedus 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”.

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, și cele ale art. 156 alin. (2) din lege – 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.*

Așadar, modificarea sau cenzurarea caracteristicilor tehnice solicitate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date de cele două temeuri de drept citate mai sus.

În altă ordine de idei, nu există o prevedere legală care să oblige autoritatea să accepte produse care nu corespund necesităților sale, iar Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, atâta timp cât acestea îi satisfac interesele. Autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor. Prin urmare, 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 său, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

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.

Nu în ultimul rând, trebuie subliniat că drepturile autorităților contractante la care s-a făcut referire mai sus trebuie exercitate cu bună credință, iar nu cu scopul de a limita sau restricționa accesul la procedură, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Depășind această introducere de ordin teoretic, Consiliul reține că, prin intermediul lotului nr. 10 – Sterilizare, autoritatea contractantă a urmărit achiziționarea următoarelor produse:

1. Etichete dublu adezive 29/28mm sterilizare abur
2. Indicator biologic fiolă citire rapidă 4h sterilizare EO
3. Indicator biologic fiolă citire super rapidă fluorescență 60 min sterilizare abur-autoclav
4. Pungi plate sterilizare 5,5cmx200m
5. Pungi plate sterilizare 7,5cmx200m

În soluționare, Consiliul constată că petentul apreciază restrictive cerințele stabilite de autoritatea contractantă la poziția 2-*Indicator biologic fiola citire rapida 4h sterilizare EO* și 3-*Indicator biologic fiola citire super rapida fluorescenta 60 min. sterilizare abur-autoclav*, respectiv:

- *să prezinte cod cu răspuns rapid QR sau cod de bare în vederea identificării tipului de incubare a fiolei, a numărului de lot a acesteia, datei de expirare;*

- *furnizorul va pune la dispoziție, la utilizare, in regim de custodie, un incubator compatibil cu indicatorii biologici fiole cu citire ultra rapidă cu tehnologie prin fluorescență, dotat cu scaner pentru citirea codurilor de bare sau cod cu răspuns rapid QR.*

Din economia criticilor contestatorului, rezultă că acesta este nemulțumit de solicitarea *utilizării codului QR și punerea la dispoziție a unui incubator dotat cu cod răspuns rapid QR, în condițiile în care toate aceste date se regăsesc pe eticheta aplicată testelor biologice*, și, mai mult, după cum se precizează, *răspunsul citirii codului QR nu arată rezultatul sterilizării sau al incubării acelui indicator biologic, ci arată tipul de incubare a fiolei, a numărului de lot și a datei de expirare, aceste informații regăsindu-se și pe eticheta autocolantă.*

Mai reclamă petentul cele două cerințe criticate și din perspectiva faptului că la nivelul autorității contractante nu este implementat un sistem de trasabilitate care să permită utilizarea unei astfel de tehnologii de citire QR.

Se reține, așadar, că pretinsul caracter nelegal al cerințelor autorității contractante la care se face trimitere prin contestație este indicat prin raportare la faptul că toate datele care ar fi obținute prin intermediul lor ar fi deja relevate de eticheta aplicată testelor biologice.

Or, faptul că autoritatea contractantă își dorește ca respectivele informații să fie disponibile și prin intermediul unui cod cu răspuns rapid QR sau cod de bare, nu apare a fi contrar vreunei dispoziții legale.

O eventuală restricționare a concurenței este stabilită doar atunci când se probează că specificațiile tehnice solicitate sunt specifice doar unui anumit/singur produs, iară nu prin raportare la produsele pe care un anumit operator economic le comercializează, la un moment dat.

Cu alte cuvinte, simplul fapt că un operator economic nu poate oferta produse cu caracteristicile cerute de autoritatea contractantă, nu echivalează cu afectarea concurenței, mai cu seamă că autorul contestației nu probează existența unor încălcări legale, respectiv a caracterului restrictiv al acestei cerințe printr-o limitare a accesului operatorilor economici la procedură.

În același sens, se observă că petentul se rezumă la a afirma că specificațiile tehnice avantajează un anumit producător fără a preciza care este acela și fără a produce vreo dovadă în acest sens.

Nici pretinsa lipsă, de la nivelul achizitoarei, a unui *sistem de trasabilitate care să permită utilizarea unei astfel de tehnologii de citire QR* nu este în măsură să demonstreze caracterul întemeiat al solicitărilor contestatorului, context în care se reține că această susținere îmbracă forma unei simple afirmații, concluzie care rezultă din însăși exprimarea din contestație „*din câte cunoaștem*”, fără niciun fel de probă sau de alte argumente, măcar, care să conducă la concluzia îngădirii participării la proceduri.

Existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra sa, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite susțineri, critici, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece, dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al CNSC, va pierde acțiunea.

Într-o ultimă critică, autorul contestației invocă dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, apreciind că prevederea, în caietul de sarcini, a cerinței privind punerea la dispoziție a unui incubator compatibil cu indicatorii biologici, în condițiile în care respectivul incubator nu se încadrează în categoria *consumabilelor medicale*, reprezintă o clauză nescrisă.

Potrivit temeiului legal la care contestatorul face trimitere, *Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.*

Față de această prevedere, se reține că, la art. 163 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a definit *criteriile de calificare și selecție* ca fiind cerințe referitoare la:

a) motive de excludere a candidatului/ofertantului, astfel cum sunt acestea reglementate la art. 164-167 din lege,

b) capacitatea candidatului/ofertantului, și anume capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională, reglementate la art. 172 și următoarele din lege.

Așadar, solicitarea de punere la dispoziție a unui *incubator compatibil cu indicatorii biologici* nu poate fi catalogată un criteriu de calificare, neîncadrându-se în niciuna dintre categoriile enumerate mai sus, drept care nu poate fi considerată o clauză nescrisă.

Consiliul constată că petentul face confuzie între criteriile de calificare și selecție stabilite la nivelul anunțului de participare și fișei de date a achiziției, și specificațiile 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 (art. 20 alin. 10 din HG nr. 395/2016)- regăsite în caietul de sarcini.

Demonstrarea conformității ofertei cu cerința indicată în critica analizată se face prin intermediul propunerii tehnice, iar nu prin declarația DUAЕ, a cărei verificare inițială este realizată de comisia de evaluare pentru a consemna respectarea criteriilor de calificare.

Concluzionând, Consiliul apreciază neîntemeiate criticile contestatorului, acestea urmând a fi respinse, ca atare.

Analiza actului atacat a fost efectuată cu respectarea principiului disponibilității, care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.
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.