



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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. / 27.06.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. / 28.06.2022, formulată de SRL, cu sediul social în, ..., înregistrată la ONRC sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin director general și convențional prin, cu sediul în, ..., unde se solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire, pentru lotul nr. 1, elaborată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție publică având ca obiect „achiziția de echipamente medicale și aparatură medicală”, ... / 21.04.2022 s-au solicitat:

- „să dispuneți obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului 1 al procedurii, criticate prin prezenta contestație;

- în măsura în care veți aprecia că nu mai sunt posibile măsuri de remediere, vă solicităm să dispuneți anularea procedurii în ceea ce privește lotul 1, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile 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 de față, prin care SRL critică documentația de atribuire aferentă lotului 1, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cuprinsul contestației, autoarea acesteia prezintă un scurt istoric.

Menționând considerații generale privind nelegalitatea specificațiilor tehnice restrictive, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a elaborat specificațiile tehnice ale caietului de sarcini aferent lotului 1, astfel cum au fost acestea modificate prin măsurile de remediere, cu nerespectarea Deciziei CNSC și cu încălcarea principiilor proporționalității și nediscriminării, precum și cu încălcarea prevederilor legale aplicabile.

Autoritatea contractantă a elaborat specificațiile tehnice ale caietului de sarcini cu încălcarea principiilor proporționalității și nediscriminării precum și cu încălcarea prevederilor legale aplicabile.

Contestatoarea subliniază faptul că, în practică, în general, caracteristicile analizatoarelor de tipul celor solicitate 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 produsele care ar putea fi oferite exclusiv la modelul Thrombolyzer XRC al producătorului Behnk Elektronik.

Pentru lotul 1 „*Analizor automat de coagulare*”, contestatoarea susține că cerințele minime obligatorii impuse reprezintă o preluare a specificațiilor tehnice ale analizorului de coagulare produs de Behnk Elektronik, în concret modelul Thrombolyzer Compact X, astfel că ofertarea altui analizor de coagulare devine imposibilă.

În acest sens, contestatoarea redă două exemple de analizoare de aceleași dimensiuni și capacitate ca cel solicitat și favorizat prin caietul de sarcini aparținând altor producători importanți din piața de profil care, chiar dacă îndeplinesc anumite cerințe ale caietului de sarcini, nu le îndeplinesc pe toate cumulativ, deci nu sunt conforme.

Astfel, analizorul Cobas t411 al producătorului Roche are 4 canale de măsurare la 405 nm, 620 nm, dar nu îndeplinește alte cerințe din documentație, cum ar fi:

- stativul de reactivi: să permită utilizare de volume mici de reactivi direct din cupite Eppendorf; sau
- stativul pentru reactivi: să aibă 16 poziții pentru reactivii de coagulare și 5 poziții pentru plasmeele de control astfel să poată efectua, fără întrerupere, până la 10 parametri diferiți (...).

Analizorul Solea 100 al producătorului Biolabo Diagnostics nu îndeplinește anumite cerințe din documentație, cum ar fi:

- capacitatea registrului pentru cuvetele de reacție: între 140 și 240 poz; sau

- capacitate de procesare probe: minim 140 teste/oră.

Analizorul Satellite al producătorului Stago deține 220 cuve capacitate încărcare la bord (îndeplinind această cerință a caietului de sarcini), dar nu îndeplinește alte cerințe din documentație, cum ar fi:

- rotorul să aibă 32 de poziții pentru analizele de rutină și 8 poziții pentru cele de urgență, toate adaptabile pentru tuburi cu diametrul 10-15 mm, aceasta prezintă doar 16 poziții pentru probe; sau

- stativul de reactivi: să permită utilizare de volume mici de reactivi direct din cupite Eppendorf.

Analizorul pe care societatea contestatoare și-a propus să îl oferteze în cadrul lotului 1, ACL Elite Pro al producătorului Instrumentation Laboratory, răspunde necesităților obiective ale autorității contractante - astfel cum acestea pot fi identificate din ansamblul cerințelor impuse, în lipsa precizării lor clare, complete și concise, cum, de altfel, impune legea - având o viteză de lucru de 150 teste/oră, utilizând principiile de măsurare solicitate, având capacitate superioară de a efectua un panel de teste complet, dar neputând fi ofertat cu succes întrucât nu îndeplinește unele cerințe restrictive și nelegale ale documentației, cum ar fi:

- stativul de reactivi: să permită utilizare de volume mici de reactivi direct din cupite Eppendorf; sau

- dimensiuni maxime acceptate (lungime x lățime x înălțime): maxim 100 x 50 x 65 cm.

Contestatoarea susține că aceste cerințe sunt aceleași ce nu pot fi îndeplinite nici de analizoarele exemplificate anterior. Aceste cerințe sunt restrictive și nelegale întrucât detaliază caracteristici constructive, ce nu răspund niciunei nevoi obiective a Spitalului, ci sunt inserate în caietul de sarcini cu unicul scop de favorizare și creare a unei poziții privilegiate pentru analizorul Thrombolyzer XRC.

Referitor la cerința „capacitatea registrului pentru cuvetele de reacție: între 140 și 240 poz”, contestatoarea aduce următoarele argumente:

În privința acesteia autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere - forma inițială a acestei specificații tehnice, respectiv „Capacitate maximă a registrului pentru cuvete de reacție: 240”, a făcut obiectul criticilor contestatoarei pentru că impunea o capacitate maximă de încărcare a cuvetelor de 240, limitând participarea analizoarelor ce au o capacitate de încărcare superioară.

În forma actuală, modificată, a caietului de sarcini, autoritatea contractantă doar a introdus și o limită minimă a capacității de încărcare a cuvetelor, stabilind intervalul cuprins între 140 și 240 pentru capacitatea de încărcare, caracterul restrictiv fiind menținut pentru toate

analizoarele cu o capacitate a registrului pentru cuvetele de reacție mai mare de 240 de poziții, acestea fiind excluse de la ofertare.

Astfel, modificarea acestei cerințe este neconcludentă prin raportare la criticile contestatoarei din prima contestație - fiind menținută capacitatea maximă de 240 de poziții.

În acest context, se impune reluarea argumentației tehnice privind caracterul restrictiv al acestei cerințe.

Prin această cerință se limitează nejustificat capacitatea de încărcare a cuvetelor la 240. Nu poate fi identificată nicio justificare rezonabilă pentru această limitare, fiind evident că o capacitate de încărcare mai mare ar putea fi chiar mai avantajoasă.

Notăm însă că, similar celorlalte cerințe criticate, această capacitate reflectă soluția constructivă a echipamentului Thrombolyzer, după cum a rezultat din broșura acestuia.

Contestatoarea susține că Thrombolyzer XRC este în continuare cel favorizat și pentru care autoritatea contractantă a creat o poziție privilegiată.

O capacitate superioară de încărcare este doar un avantaj pentru spital și nu obligă utilizatorul la o anumită încărcare. Cu titlu exemplificativ, dacă analizorul are o capacitate de încărcare de 464 cuve, utilizatorul se poate limita la a încărca așa cum dorește, respectiv între 140 și 240 poziții, fără repercusiuni asupra eficienței exploatării cuvelor și a analizorului. Astfel, impunerea unei limite maxime de încărcare a cuvelor de reacție este total nejustificată, aceasta fiind doar o cerință menită să excludă alte modele de analizoare, cu excepția Thrombolyzer XRC.

Această cerință reflectă doar o anumită soluție constructivă și nu reprezintă un reper de performanță al echipamentului solicitat ci, dimpotrivă, limitarea nejustificată impusă are drept efect împiedicarea nelegală a ofertării unor echipamente cel puțin la fel de performante, dar care au o capacitate de încărcare superioară celei maxime impuse. Se impune astfel modificarea acestei cerințe în sensul eliminării capacității de încărcare maxime.

Față de faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, contestatoarea solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă a deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la remedierea caietului de sarcini, prin eliminarea capacității maxime de încărcare.

În ceea ce privește cerința: *„probele să se poată analiza direct din eprubete prin introducerea acestora într-un rotor circular prevăzut cu cititor coduri de bare”*, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere, cerința minimă obligatorie nr. 7

fiind menținută în formă identică în actualul caiet de sarcini - cu o singură eroare materială, „rotor circulat” în loc de „rotor circular” cum era în forma inițială a caietului de sarcini.

Se reia argumentația tehnică privind caracterul restrictiv al acestei cerințe:

Această cerință impune doar o soluție constructivă care se găsește în cazul analizorului favorizat Thrombolyzer XRC și anume, forma circulară a segmentului de probe.

De asemenea, această cerință impune doar o soluție constructivă irelevantă pentru necesitățile obiective ale autorității contractante și care are drept efect excluderea nelegală a altor soluții cel puțin la fel de performante.

Societatea contestatoare solicită remedierea caietului de sarcini prin eliminarea acestei cerințe pur constructive și acceptarea ofertării oricărei alte soluții constructive existente în piață, forma segmentului de probe neinfluențând, în nicio situație, nivelul de performanță al analizorului.

Cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, contestatoarea solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă a deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la remedierea caietului de sarcini, prin eliminarea solicitării acestei caracteristici pur constructive și acceptarea ofertării oricărei alte soluții constructive existente în piață.

În ceea ce privește cerințele „Motorul să aibă 32 de poziții pentru analizele de rutină și 8 poziții pentru cele de urgență, toate adaptabile pentru tuburi cu diametru 10-15 mm” și „Stativul pentru reactivi: să aibă 16 poziții pentru reactivii de coagulare și 5 poziții pentru plasmăle de control astfel încât să poată efectua, fără întrerupere, până la 10 parametri diferiți. Stativul să fie răcit la bordul instrumentului. Să se poată defini până la 8 stative pentru reactivi, cu teste diferite alocate fiecărui stativ”, contestatoarea susține că acestea au fost menținute integral și în aceeași formă în actualul caiet de sarcini, deci nicio măsură de remediere nu a fost luată de autoritatea contractantă în privința celor două cerințe ce impun caracteristici pur constructive într-un grad de detaliu disproportionat și excesiv.

Contestatoarea reiterează că, prin decizia CNSC, Consiliul a dispus, în mod obligatoriu, reformularea integrală, a tuturor cerințelor caietului de sarcini astfel încât să fie permisă participarea și a altor operatori economici ce pot oferi analize comparabile calitativ.

Totuși, autoritatea contractantă a încălcat decizia CNSC și a menținut aceeași formă a celor două cerințe, astfel că se impune reluarea argumentației tehnice privind caracterul restrictiv al acestor cerințe:

Cele două cerințe sunt preluate și adaptate din broșura tehnică a analizorului, după cum rezultă din confruntarea acestora cu solicitările cuprinse în cadrul caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă a solicitat, în mod expres, prin caietul de sarcini anumite soluții constructive ale unui anumit analizor. În concret,

numărul de poziții atât pentru probe, cât și pentru reactivi reprezintă doar o caracteristică constructivă a unui analizor, fără a influența nivelul de performanță al acestuia, de unde rezultă că acesta este irelevant pentru ceea ce este, în mod obiectiv, esențial pentru analizor, respectiv rezultatele finale precise.

Cu toate acestea, au fost solicitate cifre exacte de poziții atât pentru probele de urgență cât și pentru cele de rutină. Pentru eliminarea oricărui dubiu, contestatoarea reiterează că cerințele nu impun un nivel minim 8 pentru urgență, ci FIX 8.

Astfel, din simpla lectură a cerințelor care impun un număr exact de stative și poziții per stativ, precum și un număr fix de poziții de reactivi și poziții de controale este relevat caracterul excesiv de detaliat și disproporționat al acestora, fiind evident că aceste solicitări nu sunt corespundentele unor necesități obiective, ci doar enumeră caracteristici pur constructive ale unui analizor determinat.

Autoritatea contractantă a înțeles să solicite, imperativ, și că analizorul să poată determina, fără întrerupere, până la 10 parametri diferiți, cerință vădit disproporționată și lipsită de justificare obiectivă. Analizoarele de coagulare sunt folosite uzual pentru efectuarea celor trei teste de rutină, respectiv PT, APTT și Fibrinogen, astfel că solicitările spitalului devin restrictive și excesive, raportate la practică și la necesitățile obiective ale acestuia. Testele speciale, se lucrează separat de rutină tocmai pentru a fi asigurat consumul eficient, nefiind, în aceste condiții, necesară impunerea celor 10 parametri diferiți, de vreme ce această caracteristică nu va fi exploatată în practică.

Potrivit broșurii tehnice a analizorului, acesta nu efectuează decât 5 parametri: PT, APTT, FIB, TT, DD, deci nu îndeplinește condiția efectuării fără întrerupere a celor 10 parametri diferiți. Astfel, modelul rămâne singurul care îndeplinește cumulativ cerințele din caietul de sarcini și poate participa cu succes la procedură.

Față de faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestor cerințe, se solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă a Deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la remedierea caietului de sarcini. Contestatoarea apreciază că o posibilă reformulare ce ar permite libera concurență fiind următoarea:

„Analizorul să permită încărcarea reactivilor pe minim 16 poziții și a plasmelor de control pe minim 5 poziții și să fie capabil să efectueze până la 10 parametri diferiți. Reactivii să fie răciți la bordul instrumentului. Să se poată defini mai multe profile de lucru cu diferite tipuri de teste.”

Referitor la cerința *„Stativul de reactivi: (...) să permită utilizare de volume mici de reactivi direct din cupele Eppendorf (...)”*, contestatoarea

susține că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, menținând-o în aceeași formă, deși s-a contestat și s-a arătat de ce este restrictivă și de ce, în coroborare cu celelalte cerințe, permite ofertarea exclusiv a analizorului Thrombolyzer XRC.

Se impune, astfel, reluarea argumentației tehnice privind caracterul restrictiv al acestei cerințe:

Această cerință, nu numai că impune o soluție constructivă anume, însă chiar este de natură să conducă la achiziționarea unui produs cu o performanță redusă.

Astfel, soluția constructivă care presupune plasarea unui reactiv în cupițe Eppendorf crește foarte mult riscul de contaminare și de eroare umană.

Există soluții în piață care nu presupun ca reactivii să se transfere în cupițe Eppendorf, deoarece producătorii acestor soluții raportează un număr de teste pe flacon ce vor fi efectuate fără ca utilizatorul să aibă grija transferului în alte recipiente sau a volumului mort.

Cerința ca aparatul să fie capabil să utilizeze volume mici de reactivi răspunde unei nevoi reale și clare a spitalului - ceea ce nu se poate spune și despre cerința expresă să pipeteze din cupițe Eppendorf. Această a doua parte a cerinței este adăugată doar pentru a favoriza, de vreme ce multe alte analizoare din piață sunt capabile să folosească volume mici de reactivi, dar nu să îi și pipeteze din cupițe Eppendorf.

Există soluții în piață care nu presupun ca reactivii să se transfere în cupițe Eppendorf deoarece producătorii acestor soluții raportează un număr de teste pe flacon ce vor fi efectuate iară ca utilizatorul să aibă grija transferului în alte recipiente sau a volumului mort.

Dacă autoritatea contractantă necesită împărțirea reactivului astfel încât o parte din acesta să rămână în frigider și cealaltă parte să fie încărcat la bord, autoritatea contractantă poate utiliza orice alt recipient în afară de Eppendorf ce reprezintă, în concret, un flacon de reactiv cu volum mai mic decât flaconul original transferul reactivului putând fi făcut în orice alt tip de recipient conform/compatibil cu modelul de analizor.

Contestatoarea reiterează că turnarea unei soluții dintr-un recipient în altul de către utilizator prezintă risc de eroare umană, reactivii supuși unei practici de acest gen prezentând riscul contaminării/degradării. Din acest motiv, producătorii de reactivi din piață oferă soluții cu împachetări și stabilități variate ale reactivilor după deschidere, pentru toate laboratoarele, ceea ce elimină necesitatea ca utilizatorul să verse reactivul, eliminând riscurile.

Dacă autoritatea contractantă necesită împărțirea reactivului astfel încât o parte din acesta să rămână în frigider și cealaltă parte să fie încărcat la bord. Spitalul poate utiliza orice alt recipient în afară de Eppendorf - ce reprezintă, în concret, un flacon de reactiv cu volum mai

mic decât flaconul original - transferul reactivului putând fi făcut în orice alt tip de recipient conform/compatibil cu modelul de analizor.

De asemenea se reiterează faptul că fiecare producător asigură un anumit număr de teste per flacon raportat la o anumită stabilitate, soluție ce poate fi pliată pe nevoile fiecărui laborator în scopul consumului eficient și economic. Transferurile în recipiente care nu sunt originale ale reactivilor sunt inutile și nejustificate, mai ales în condițiile unui analizor automat performant. Astfel de proceduri/modalități de lucru se doresc eliminate, din cauza riscurilor pe care le prezintă, prin apariția analizoarelor de ultimă generație.

Cu titlu exemplificativ, se arată că, din broșura tehnică a analizorului Sattelite, rezultă că acesta permite încărcarea reactivilor din flacoanele originale, dar nu permite încărcarea din recipiente Eppendorf sau de alt fel, acest analizor fiind, în consecință, neconform din punct de vedere tehnic și exclus din procedură.

Autoritatea contractantă a formulat cerințele noului caiet de sarcini astfel încât doar modelul să poată fi conform din punct de vedere tehnic, iar toate celelalte modele din piață să fie în continuare excluse prin una sau mai multe dintre cerințe.

Această cerință nu răspunde unei necesități obiective a spitalului ci, dimpotrivă doar impune o soluție constructivă anume, eliminând soluții constructive superioare, fără nicio justificare, motiv pentru care solicităm remedierea efectivă a acesteia prin eliminarea solicitării cupitelor Eppendorf, dar și fără a impune, prin eventuale măsuri de remediere, volume foarte reduse ale cupelor pentru a favoriza tot cupițele Eppendorf.

Față de faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, se solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă a Deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la remedierea acesteia în sensul celor de mai sus.

Cu privire la cerința: *„Stativul de reactivi: stativul să aibă minim două poziții prevăzute cu agitare magnetică”*, contestatoarea susține că, deși autoritatea contractantă a remediat cerința privind principiul măsurării, acceptând în prezent și tehnologii echivalente, după cum urmează:

„Principiul măsurării: agitare magnetică cu bilă metalică și detectare optică prin metoda turbidimetrică, sau coagulometrie (canale coagulometrice) sau metoda optică (cromogenic)”.

Autoritatea contractantă a menținut cerința prin care impune agitarea magnetică pentru minim două poziții ale stativului de reactivi - deci, contrar dispozițiilor legale, continuă să impună o anumită tehnologie și a menținut poziția privilegiată pentru analizorul

Thrombolyzer XRC - cu toate că, prin decizia CNSC, Consiliul a dispus reformularea integrală a caietului de sarcini.

Astfel, contestatoarea solicită eliminarea acestei cerințe, ce, în fapt, anulează măsura de remediere luată pentru specificația tehnică referitoare la principiul măsurării, prin menținerea solicitării imperative a agitării magnetice.

În ceea ce privește cerința „*Canale de măsurare: 4 la 405 nm și 620 nm*”, contestatoarea menționează următoarele argumente:

Autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, menținând-o în aceeași formă și nesocotind decizia obligatorie a Consiliului.

Contestatoarea subliniază că, prin această cerință criticată, autoritatea contractantă a solicitat anumite valori ce se suprapun perfect specificațiilor tehnice ale analizorului acesta prezentând 4 canale de măsurare și lungimi de undă de 405 nm și 620 nm, după cum rezultă din broșura tehnică a acestuia.

Prin solicitarea unui număr exact de canale de măsurare și a unor lungimi de undă specifice - caracteristici tehnice specifice analizorului, conform broșurii, practic, se restricționează artificial concurența având în vedere că pe piață există producători ale căror analizoare pot avea 2 sau 8 canale și care ar satisface, pe deplin, nevoia reală a autorității contractante.

Această cerință relevă, în consecință, modalitatea de redactare a caietului de sarcini prin copierea unor broșuri tehnice a unor diferiți producători conduită nelegală și nepermisă în cadrul procedurilor de achiziție publică constituind o nouă dovadă a favorizării analizorului, în detrimentul numeroșilor producători din domeniul coagulării prezenți în piața de profil.

Astfel, contestatoarea consideră că se impune eliminarea acestei cerințe ce indică exclusiv caracteristici constructive și nu de performanță a unui analizor determinat.

În ceea ce privește cerința „*Capacitate de procesare probe: minim 140 teste/oră*”, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a remediat această cerință, micșorând capacitatea de procesare de la 160 teste/oră la minim 140 teste/oră. Or, în contextul în care majoritatea echipamentelor din piața de profil din aceeași categorie nu prezintă o capacitate de procesare mai mare de 110 teste/oră, apreciem că măsura de remediere nu este suficientă, cerința menținându-și caracterul restrictiv.

Se reia argumentația tehnică privind caracterul restrictiv al acestei cerințe:

Această cerință prezintă caracter abuziv prin viteza de lucru foarte ridicată impusă prin caietul de sarcini, fiind o cerință care nu poate fi îndeplinită de majoritatea analizoarelor existente în piață.

Toate analizoarele exemplificate se înscriu în categoria majorității analizoarelor de coagulare din piață care se încadrează din punctul de vedere al capacității de procesare în intervalul 50-110 teste/oră.

Totodată, o asemenea viteză de lucru nu poate fi în mod rezonabil justificată față de dimensiunea Spitalului și fluxul normal de lucru al acestuia, o capacitate de procesare a probelor de 100 teste/oră ar asigura o autonomie de lucru optimă, satisfăcând nevoia de operativitate a Spitalului, fără a fi restrictivă.

Astfel, caracterul restrictiv al acestei cerințe reiese în mod vădit, îndeplinind unicul scop de favorizare a producătorului Behnk Elektronik, motiv pentru care se impune remedierea cerinței.

În ceea ce privește cerința *„Modalitate de incubare probă/reactiv: simultană, dar separată”*, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, menținând-o în aceeași formă și încălcând decizia obligatorie a Consiliului.

Se impune, astfel, reluarea argumentației tehnice privind caracterul restrictiv al acestei cerințe:

Similar cerințelor anterioare, și aceasta detaliază o caracteristică de ordin constructiv, fără a fi corespondenta vreunei nevoi obiective a Spitalului.

O eventuală necesitate a autorității contractante ar putea fi relevată prin solicitarea unui anumit domeniu de detecție sau precizie. Faptul că incubarea probei/reactivului se efectuează simultan sau separat nu are nicio însemnătate clinică și nu influențează deloc capacitatea de detecție și precizie a unui analizor.

Având în vedere caracterul restrictiv al acestei cerințe, care nu se fundamentează pe nicio nevoie obiectivă a autorității contractante, și care nu marchează niciun nivel superior de performanță, având vocația doar de a limita artificial concurența, contestatoarea consideră că se impune eliminarea acesteia.

Referitor la cerința *„Calibrarea să fie posibilă în diferite moduri:*

- *complet automat folosind plasma de referință sau set calibrator;*
- *automat- cu diluții efectuate manual, sau folosind set calibrator cu diluții prestabilite de producător;*

- *manual: cu posibilitate de setare atât a concentrațiilor cât și a timpilor de coagulare”*, autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, menținând-o în aceeași formă și încălcând decizia obligatorie a Consiliului.

Contestatoarea precizează că nu există nicio necesitate raportată la această cerință, de vreme ce analizoarele performante de coagulare funcționează în baza unor curbe de calibrare complet automate, obținute

În urma unor diluții automate a unor materiale de referință standardizate și nicidecum prin intervenția manuală a utilizatorului de a efectua aceste diluții ori setări manuale de concentrații sau timpi de coagulare, iar aceasta pentru că sunt evitate astfel erorile de pieptare sau gradul de subiectivism al operatorului.

Singura nevoie pe care o are autoritatea contractantă în acest context este să se asigure că analizorul pe care îl va deține va putea elibera rezultate clinice corecte și precise, iar acestea se pot obține, eliminând total erorile, doar prin utilizarea unei curbe de calibrare complet automate.

Prin urmare această cerință nu răspunde unei necesități obiective a autorității contractante ci, dimpotrivă doar impune o soluție constructivă anume, eliminând soluții constructive superioare, fără nicio justificare, motiv pentru care se solicită eliminarea acesteia.

Cu privire la cerința *„Să permită determinare de ISI și MNPT specific aparatului și lotului de reactiv”*, societatea contestatoare subliniază faptul că autoritatea contractantă preferă să impună o anumită modalitate de satisfacere a unei potențiale nevoi, fără însă a o expune clar și neechivoc în prealabil, pentru ca operatorii economici să poată veni cu propriile soluții tehnice menite să satisfacă necesitatea respectivă.

Astfel, există producători în piață care furnizează valori ISI și MNPT încadrate pe tip de analizor și specifice fiecărui lot de reactiv, însă, din lecturarea cerinței se poate observa că autoritatea contractantă a dorit să investească timp și resurse în mod nejustificat, de vreme ce prin ambele variante se pot obține rezultate de calitate.

Dacă autoritatea contractantă dorea determinarea propriilor ISI și MNPT, aceasta o putea face indiferent de analizorul achiziționat. Totuși, în această situație, favorabil pentru autoritatea contractantă ar fi fost ca producătorul reactivilor să ofere ISI și MNPT încadrate pe tip de reactiv și tip de analizor, scutind astfel autoritatea contractantă de un efort suplimentar.

Față de faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, se solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă a deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la eliminarea acesteia.

În ceea ce privește cerința *„Analizorul să fie dotat cu un software în Linux, cu interfața grafică și opțiune login, definită pentru fiecare utilizator”*, contestatoarea menționează următoarele aspecte:

Autoritatea contractantă a remediat cerința prin care impunea ca software-ul analizorului să fie Linux, caracteristic Thrombolyzer. Totuși, chiar dacă a remediat doar 4 din cele 15 cerințe contestate, în privința celor patru, aceasta manifestă aceeași conduită tendențioasă - în forma modificată a cerinței, Spitalul impune o solicitare nouă, respectiv *„software capabil să ofere un link, cu interfață grafică și o opțiune login”*.

Această solicitare este vagă, imprecisă și creează premisele evaluării neunitare a ofertelor, dar și a favorizării unui anumit operator economic.

În acest sens, se arată că majoritatea analizoarelor din piață oferă posibilitatea logării fiecărui utilizator prin user și parolă proprii de acces. În aceste condiții, nu este clar ce anume dorește spitalul prin sintagma „generarea unui link cu interfata grafica” din software. Analizoarele moderne, de ultimă generație, după ce au fost create conturi pentru fiecare utilizator în parte, permit automat logarea cu respecttivele date (user și parolă) introduse în câmpuri dedicate. Nu este astfel necesară generarea undeva anume a vreunor link-uri cu interfață grafică.

Cerința impune o caracteristică nejustificată și inutilă pentru utilizarea analizorului. Față de faptul că măsura de remediere este insuficientă, noua formă a cerinței fiind vagă și imprecisă, se solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă a deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la remedierea acesteia prin eliminarea sintagmei „să ofere un link, cu interfața grafică”.

Referitor la cerința „capacitatea de memorare: minim 100.000 pacienți”, contestatoarea susține următoarele:

Nici în privința acestei cerințe autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere, menținând-o în aceeași formă și încălcând decizia obligatorie a Consiliului.

Cerința ca softul să permită stocarea a minim 100.000 de rezultate este excesivă și disproporționată față de necesitățile obiective ale autorității contractante. Astfel, având în vedere că există pe piață echipamente dotate cu un soft care permite și stocarea și arhivarea pe USB a unui număr nelimitat de rezultate, numărul minim devine irelevant și lipsit de importanță, acestea fiind oricum arhivate pe un stick USB sau în memoria calculatorului.

Oricum, standardele RENAR impun arhivarea lunară a probelor, ceea ce presupune că cerința - restrictivă - impusă de autoritatea contractantă nu aduce niciun beneficiu și nici nu facilitează sau crește operativitatea activității personalului medical.

În această privință, informațiile din cele două broșuri tehnice aferente analizorului expun informația diferit, în prima dintre acestea fiind precizată doar memoria aferentă rezultatelor pacienților alături de curbele de reacție.

Prin urmare, nici această cerință nu respectă principiile fundamentale în domeniul achizițiilor publice, așa cum au fost interpretate cu efect obligatoriu de către CJUE, având doar scopul de a bloca nejustificat accesul la procedură. Se impune astfel remedierea documentației de atribuire, prin eliminarea cerinței privind numărul minim de rezultate ce pot fi stocate.

Față de faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, solicităm Consiliului să constate

încălcarea flagrantă a Deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă la eliminarea acesteia.

Referitor la cerințele: *„Dimensiuni maxime acceptabile (lungime x lățime x înălțime): maxim 100 x 50 x 65 cm”* și *„Greutate: 50-80 kg”*, societatea contestatoare susține următoarele argumente:

Autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere în privința acestor cerințe, însă acestea sunt insuficiente - aceasta a majorat dimensiunile și greutatea admise, însă, fiind vorba strict de dimensiunile exterioare ale analizorului și greutatea acestuia ce sunt dependente de caracteristicile constructive ale echipamentului, impunerea unor dimensiuni fixe este restrictivă și nejustificată, la fel cum este și impunerea unei anumite greutate. Este cel puțin improbabil ca un analizor să se încadreze în anumite dimensiuni fixe, având în vedere că fiecare producător dezvoltă propriile analizoare în funcție de piesele interioare ale acestora.

În acest context, nevoia reală, obiectivă a spitalului ar fi satisfăcută prin solicitarea - proporțională și legală - a unui analizor de coagulare benchtop, un astfel de analizor va avea cu siguranță dimensiuni suficient de mici/potrivite astfel încât să încapă pe o masă de laborator.

Această cerință nu are însemnătate clinică. Prin gradul de detaliere excesiv și disproporționat al acestor specificații care conduc către un singur produs, inclusiv cele referitoare la dimensiuni și greutate care nu au relevanță pentru scopul urmărit de către autoritatea contractantă s-a favorizat nejustificat un singur produs, toate celelalte echipamente similare sau chiar superioare din punct de vedere funcțional fiind excluse automat.

După cum am arătat și mai sus, cerințele privind dimensiunile pe care trebuie să le prezinte un analizor pot fi incluse în caietul de sarcini, uneori, din cauza unor condiții de spațiu limitate - împrejurări care, oricum, nu au vocația de a justifica, din punct de vedere obiectiv, limitarea concurenței într-o procedură de licitație deschisă, mai ales în condițiile achiziționării unui analizor ce urmează a fi așezat pe o masă de lucru din laborator. Totuși, în cazul greutății unui analizor, nu există nicio circumstanță ce ar putea justifica o asemenea solicitare, aceasta fiind, de regulă, impusă pentru favorizarea unor echipamente anume.

Astfel, autoritatea contractantă a nesocotit decizia obligatorie a Consiliului și a menținut anumite dimensiuni fixe și o anumită greutate în care trebuie să se încadreze un analizor pentru a fi conform, cu efectul restrângerii artificiale a concurenței, motiv pentru care solicităm obligarea spitalului la remedierea acestei cerințe, în sensul eliminării oricăror dimensiuni maxime ale analizorului și permiterea ofertării oricărui analizor de tip benchtop.

În ceea ce privește cerința *„Să funcționeze de pe un calculator extern cu posibilitatea de salvare a bazei de date pe memorie externă”*, contestatoarea menționează următoarele:

Nici în privința acestei cerințe autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere, menținând-o în aceeași formă și încălcând decizia obligatorie a Consiliului.

Autoritatea contractantă a impus, în mod expres, că analizorul să funcționeze de pe un calculator extern, deși nu există nicio diferență de calitate sau de eficiență în operare între un analizor cu calculator extern și un analizor cu calculator intern, singura explicație posibilă fiind intenția de favorizare a analizorului

Contestatoarea consideră că, această cerință conține o nouă caracteristică pur constructivă, fără relevanță clinică și fără a viza performanța analizorului, fiind îngrădită astfel libera concurență și participarea în procedură a multor alte analizoare compacte, performante, care ar satisface în aceleași condiții necesitățile autorității contractante, dar care sunt proiectate cu calculator intern, oferind totodată posibilitatea de salvare a bazei de date pe memorie externă.

Astfel, această cerință nu răspunde unei necesități obiective a autorității contractante ci, dimpotrivă doar impune o soluție constructivă anume, eliminând soluții constructive superioare, fără nicio justificare, motiv pentru care contestatoarea solicită eliminarea acestei cerințe.

Prin menținerea acestei cerințe minime obligatorii, autoritatea contractantă a eliminat de la procedură analizoare precum Sysmex seria 600 și Stago Sattelite care au calculator încorporat.

Față de faptul că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în privința acestei cerințe, solicităm Consiliului să constate încălcarea flagrantă a deciziei CNSC și să oblige autoritatea contractantă fie la eliminarea acesteia, fie la acceptarea analizoarelor ce funcționează cu un calculator intern.

Față de cele mai sus menționate, contestatoarea solicită Consiliului să constate că dincolo de nerespectarea deciziei obligatorii a Consiliului pronunțată urmare controlului de legalitate efectuat asupra caietului de sarcini al lotului 1, autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității la elaborarea specificațiilor tehnice aferente lotului.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. /29.06.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. din 01.07.2022, ... a solicitat respingerea contestației depusă de SRL, ca nefondată.

În data de 28.06.2022, în urma luării la cunoștință de contestația depusă de către SC SRL, comisia de evaluare a analizat aspectele semnalate în cadrul acesteia și a decis luarea măsurilor de remediere

prin modificarea specificațiilor de natură tehnică în concordanță cu cerințele menționate de contestatar.

Astfel în acest context, măsurile de remediere sunt luate în contextul desfășurării cu celeritate a procedurii de achiziție și totodată de permite participarea a cât mai multor operări economice.

Pentru lotul 1 „*Analizor automat de coagulare*”, comisia de evaluare a modificat toate specificațiile tehnice care fac obiectul acestei contestații, specificații care sunt prezentate în continuare.

A. Scurta descriere:

1 - Analizor complet automat pentru efectuarea testelor uzuale de coagulare;

B. Caracteristici tehnice:

2 - Sistem deschis care sa permită folosirea majorității reactivilor de coagulare comercializați;

3 - Principiul măsurării: agitare magnetică cu bilă metalică și detectare optică prin metoda turbidimetrică, sau coagulometrie (canale coagulometrice) sau metoda optică (cromogenic);

4 - Cuvetele de reacție, în care sunt pipetati plasma și reactivii pentru coagulare să fie plasate într-un stativ special care să fie menținut la o temperatură constantă de 37°C;

5 - Să permită încărcare continuă cu cuvete de reacție fără a trebui întrerupt procesul de lucru;

6 - Capacitatea registrului pentru cuvetele de reacție min 100 poz.

7 - Probele să se poată analiza direct din eprubete prin introducerea acestora într-un dispozitiv; prevăzut cu cititor coduri de bare;

8 - Aparatul să permită încărcarea reactivilor pe minim 16 poziții și a plasmelor de control pe minim 5 poziții și să fie capabil să efectueze până la 10 parametri diferiți;

9 - Reactivii să fie răciți la bordul instrumentului. Să se poată defini mai multe profite de lucru cu diferite tipuri de teste;

10 - Transferul reactivului să poală fi făcut într-un recipient conform/compatibil cu modelul de analizor;

12 - Capacitate de procesare probe : minim 50 teste/ oră;

13 - Modalitate de măsurare: optica;

14 - Calibrarea să fie complet automată;

15 - Să permită încărcarea continuă a cuvetelor reactivilor și probelor;

16 - Să permită testarea reflex, repetarea automată a probelor și prediluția automată a probelor;

17 - Să permită efectuarea automată a curbei de calibrare sau introducerea ei manual;

18 - Panel de teste extins care să ofere posibilitatea efectuării testelor imunologice uzuale și a testelor cu substrat cromogen;

19 - Analizorul să fie dotat cu un software capabil să ofere logare automată;

20 - Sa permită monitorizarea a erorilor cu acces direct la lista de explicații incorporate în softul analizorului;

21 - Capacitate de memorare: posibilă cu ajutorul dispozitivelor exterioare atasabile (flash sau hard disk extern);

22 - Interfața bidiercțională;

23 - Afișaj status de lucru;

24 - Greutate : maxim 80 kg (pentru a putea fi manevrat/deplasat/mutat în cazuri de necesitate);

25 - Să poată fi conectat la un calculator extern (cu posibilitate de salvare a bazei de date pe memorie externă);

H. Garanție și Condiții de Service

26 - Garanție - min 24 luni;

27 - În perioada de garanție, timpul maxim de intervenție pentru remedierea oricărei defectiuni va fi: de maxim 12 de ore de la notificarea acesteia de către beneficiar, iar termenul de repunere a echipamentului în stare deplină de funcționare la sediul beneficiarului, va fi de 36 de ore (după caz) de la notificare, pe întreaga durată de garanție;

28 - Post-garanție: min 5 ani;

29 - Timp de răspuns la solicitare în perioada de postgaranție cel mult 24 ore la sediul beneficiarului/locația de instalare;

30- Transportul, instalarea, punerea în funcțiune și instruirea personalului se realizează eu personal specializat, și cad în sarcina furnizorului și nu implică costuri suplimentare pentru beneficiar fiind incluse în oferta financiară;

31 - Instalare și punere în funcțiune de către personal autorizat și instruit de furnizor;

32 - Instruire personal medical și tehnic la sediul beneficiarului în locația de instalare;

I. Termen de Livrare:

33 - 45 de zile de la primirea comenzii;

34 - Data livrării este considerată data la care produsele sosesc la depozitul autorității contractante.

Astfel, specificațiile prezentate permit participarea unui număr mai mare de operatori și se apreciază că autoritatea contractantă a respectat principiile în materia achizițiilor publice, a întocmit specificațiile prezentate în mod legal și corect și pe cale de consecință, se solicită, continuarea procedurii, în caz contrar existând posibilitatea aparatura să nu poată fi recepționată anul acesta.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. /29.07.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. /01.08.2022, ... SRL transmite răspuns la punctul de

vedere formulat de achizitoare, în cuprinsul căruia prezintă argumente pentru a combate afirmațiile acesteia.

Raportat la conținutul măsurilor de remediere, urmare a contestației autoritatea contractantă a remediat în mare parte specificațiile tehnice restrictive incluse inițial în caietul de sarcini. Cu toate acestea, noile specificații tehnice cuprind în continuare cerințe tehnice restrictive, care reflectă strict caracteristici funcționale, constructive ale unui anumit produs, de natură să genereze obstacole nejustificate în cadrul procedurii, iar nu cerințe de performanță menite să satisfacă o necesitate obiectivă a Spitalului. În acest sens, se apreciază că este evident că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității la elaborarea specificațiilor tehnice aferente lotului nr. 1, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016.

Menționând cerințele privind greutatea și cerința privind conectarea la un calculator extern, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a luat o măsură de remediere, astfel încât solicită eliminarea acestei cerințe sau remedierea acesteia în sensul acceptării analizelor indiferent dacă funcționează cu calculator intern sau extern.

În ceea ce privește restul cerințelor minime obligatorii criticate în contestație, se apreciază că sunt suficiente, însă, având în vedere că măsurile de remediere nu au fost, până la acest moment, publicate în SEAP, contestatoarea nu poate renunța la soluționarea criticilor în privința acestor cerințe, astfel încât ne menținem în totalitate criticile din contestație.

Întrucât societatea contestatoare a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul a comunicat acesteia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise, prin adresa nr.

Prin adresa nr. transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu cu nr., ... SRL a menționat că își menține contestația astfel cum a fost formulată.

Autoritatea contractantă a publicat în SEAP, în data de 01.08.2022, punctul de vedere nr. referitor la modificarea specificațiilor tehnice aferente lotului 1-Analizor automat de coagulare, formulat de către aceasta urmare a contestației, prin care a specificat măsurile de remediere față de cerințele minime obligatorii contestate („Măsurile de remediere”), contestatoarea precizând că își menține criticile cu privire la cerințele privind „greutate: maxim 80 kg” și „să poată fi conectat la un calculator extern”.

În privința specificațiilor tehnice enumerate de autoritatea contractantă, contestatoarea apreciază că măsurile de remediere sunt suficiente astfel, că renunță la soluționarea criticilor în privința acestora.

Contestatoare a constituit cauțiunea în valoare de lei, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr..... din 24.06.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă privind atribuirea acordurilor-cadru având ca obiect „Achiziția de aparatură și echipamente medicale pentru”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...../21.04.2022, valoarea totală estimată fiind cuprinsă în intervalul între 1.981.660 și 2.963.590 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Obiectul acordurilor-cadru a fost divizat în 10 loturi distincte, valoarea estimată a lotului 1: „*Analizor automat coagulare*”, contestat în cauză, fiind cuprins în intervalul de 218.000 și 327.000 lei, fără TVA.

Conform fișierelor electronice atașate anunțului de participare disponibile în SEAP, asociate anunțului de participare aferent acestei proceduri, lotul 1, contestat, apare ca fiind suspendat în faza de *Depunere ofertă*.

Împotriva documentației de atribuire, în sensul modificării anumitor specificații tehnice ale caietului de sarcini în ceea ce privește lotul 1 „*Analizor automat coagulare*”, SC SRL a formulat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. din 03.05.2022, soluționată prin Decizia nr. din data de 25.05.2022, care a dispus cu referire la lotul 1, următoarele:

- admite în parte contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu, în ceea ce privește lotul 1;

- obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să modifice documentația de atribuire în sensul celor stabilite de Consiliu, să aducă remedierile la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedură, prin publicarea lor în SICAP, și, dacă este cazul, să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât să se asigure o perioadă suficientă elaborării și prezentării de oferte în acord cu modificările survenite în cuprinsul documentației de atribuire pentru lotul 1;

- respinge ca nefondat capătul de cerere din contestație, vizând anularea procedurii de atribuire privind lotul 1.

Punând în aplicare această decizie a Consiliului, autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data de 15.06.2022 documentul intitulat „[...../.....] 30.1 [Proces verbal remediere specificații tehnice LOT 1- Analizor automat de coagulare-semnat.pdf.p7m](#)” prin care a modificat specificațiile tehnice ale aparatului -„*Analizor automat de coagulare*” ce face obiectul lotului 1.

Împotriva noii forme a caietului de sarcini aferent lotului 1, SC SRL a înaintat contestația de față, solicitând Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității documentației de atribuire, astfel cum sunt indicate în contestație.

Ca un prim aspect, Consiliul constată că, în urma primirii acestei contestații, autoritatea contractantă a operat o serie de modificări la nivelul conținutului caietului de sarcini corespunzător lotului 1, prin reformularea specificațiilor tehnice care fac obiectul contestației, publicând în SEAP în data de 01.08.2022 aceste modificări, conform documentului intitulat „[...../.....] 62.1 [Adresa Punct de vedere-semnat.pdf.p7m](#)”, modificări precizate inclusiv în actele procedurale din fața Consiliului.

Luând cunoștință despre modificările pe care autoritatea contractantă a acceptat să le opereze în caietul de sarcini al lotului 1, SC SA, potrivit documentului „Concluzii scrise” înaintat Consiliului în data de 09.08.2022, afirmă că renunță la soluționarea a 12 critici din cele 14 care fac obiectul contestației, menținând criticile în ceea ce privește:

- cerința 24 - *Greutate: maxim 80 kg (pentru a putea fi manevrat/deplasat/mutat în cazuri de necesitate;*

- cerința 25 - *să poată fi conectat la un calculator extern (cu posibilitate de salvare a bazei de date pe memorie externă);*

cerințe care au fost modificate prin măsurile de remediere efectuate de achizitoare, dar pe care le consideră restrictive și asupra cărora consideră că nu s-au modificat în sensul celor pretinse de ea, solicitând eliminarea sau remedierea acestora.

Ca o chestiune prealabilă, dată fiind natura litigiului, actul atacat și solicitările adresate Consiliului cu privire la el, acesta reține necesitatea examinării contestației primite prin raportare la următoarele dispoziții ale legislației privind achizițiile publice:

- art. 3 alin. (1) lit. rr) unde 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”;*

- art. 154: *„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.”;*

- art. 155: *„(1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției.*

(6) 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.”

Caietul de sarcini conține, potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, *„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”*.

Astfel, Consiliul stabilește că, într-adevăr, specificațiile tehnice ale caietului de sarcini descriu nevoia de achiziție a autorității contractante, însă, în egală măsură, este necesar ca acestea să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și să nu aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

În consecință, pentru a cenzura caracteristicile tehnice stabilite de autoritatea contractantă, așa cum solicită contestatoarea în prezenta cauză, este necesar a se stabili dacă există create premisele unor anumite condiții restrictive, nejustificate și nelegale ce pot împiedica o concurență efectivă între operatorii economici, precum și dacă anumite specificații stabilite de achizitoare nu contribuie la descrierea, în mod obiectiv, a produsului astfel încât să corespundă necesității acesteia.

Prin urmare, contestatoarea, în susținerea demersurilor sale la Consiliu, are obligația de a proba caracterul restrictiv al cerințelor criticate, prin prezentarea unor mijloace de probă pertinente și concludente, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 din Codul de procedură civilă, potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Raționamentul se circumscrie faptului că nu se regăsesc în legislația achizițiilor publice prevederi care să permită operatorilor economici să ceară de atribuire și, cu atât mai mult, să oblige autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire după cum solicită fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe considerentul că ceea ce oferă prin portofoliul său nu se încadrează în cerințele achizitoarei.

Astfel, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație, iar Consiliul nu o poate obliga la o astfel de conduită, decât în măsura în care se face dovada încălcării reale și obiective a dispozițiilor legale ce împiedică restrângerea nejustificată a concurenței.

Acestei obligații a contestatoarei, de a face proba afirmațiilor sale, îi corespunde obligația autorității contractante de a proba și justifica

oportunitatea conținutului caietului de sarcini, respectiv a faptului că acesta descrie obiectul achiziției, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității sale, orice abatere de la acest scop putând fi censurată.

În consecință, în evaluarea temeiniciei cererilor adresate Consiliului, acesta va avea în vedere faptul că ele trebuie justificate și probate obiectiv, cu dovada fermă a caracterului restrictiv, simpla pretindere a necesității modificării lor și simpla afirmație că restricționează concurența nefiind suficiente pentru a conchide asupra nelegalității actului atacat. În egală măsură, în stabilirea legalității actului atacat al autorității contractante va fi avută în vedere și proba pe care achizitoarea o realizează cu privire la legătura obiectivă de cauzalitate și dependența dintre specificația criticată și nevoia sa de achiziție.

Cu privire la critica privind cerința referitoare la greutatea aparatului (actuala cerință 24) formulată în sensul: „*Greutate: maxim 80 kg (pentru a putea fi manevrat/deplasat/mutat în cazuri de necesitate)*”, contestatoarea apreciază că este restrictivă, precizează că nu are însemnătate clinică, iar prin menținerea acestei limite superioare, achizitoarea ar împiedica participarea la procedură a oricăror echipamente de performanță echivalentă sau superioară, inclusiv pe cel aflat în portofoliul său (analizorul ACL TOP 350 având greutatea de 91 kg) dar și a altor echipamente distribuite de alți operatori economici.

Consiliul constată că, prin măsura de remediere luată, achizitoarea și-a arătat disponibilitatea de a modifica cerința, a renunțat la dimensiunile maximale care descriau aparatul, respectiv: *dimensiuni maxime acceptate (lungime X lățime X înălțime): maxim 100 X 50 X 65 cm, greutate: 50 ÷ 80 kg*, stabilind un prag maximal în ceea ce privește greutatea aparatului care nu poate depăși 80 kg, considerentul fiind posibilitatea aparatului de a putea fi manevrat, deplasat sau mutat în cazuri de necesitate. Chiar dacă aceste specificații nu au însemnătate clinică, totuși, există anumite constrângeri de fapt, indicarea dimensiunilor aparatelor de diverse specializări fiind o practică uzuală în materia achizițiilor publice. În același timp, Consiliul observă că autoritatea contractantă a stabilit și aici dimensiunile cu caracter maximal, orice aparat cu o greutate mai mică de 80 kg putând participa la procedură.

Faptul că cerința din documentația de atribuire nu poate fi respectată de un anumit produs nu conferă în mod automat acelei cerințe caracter restrictiv. Era de datoria contestatoarei să demonstreze că această cerință nu poate fi îndeplinită decât de un anumit producător. Altfel, în lipsa unor elemente concrete care să ateste caracterul restrictiv al cerinței, mai ales că sarcina probei revine celui ce reclamă (*actor incubit probatio*), Consiliul consideră că nu se impune modificarea cerinței în sensul solicitat de contestatoare, apreciind că achizitoarea când a stabilit această cerință a avut în vedere posibilitățile sale tehnice

și logistice care permit amplasarea în laborator a unui analizator care să nu depășească o greutate mai mare de 80 kg.

În aceeași direcție sunt și cele precizate în cauza C413/17 HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a noua) 25 octombrie 2018, unde se arată 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”*.

Astfel, dispozițiile directivei acordă o marjă de apreciere autorității contractante, în ceea ce privește aparatura medicală, impunând respectarea, în egală măsură, a principiilor egalității de tratament și proporționalității. Prin urmare, dacă autoritatea contractantă își justifică necesitatea solicitării unui anumit model constructiv, acest lucru nu poate fi cenzurat.

Următorul set de critici formulat de petentă se referă la cerința privind posibilitatea aparatului să poată fi conectat la un calculator extern cu posibilitate de salvare a bazei de date pe memorie externă, a cărei modificare a fost solicitată de contestatoare prin eliminarea acesteia sau remedierea în sensul acceptării analizatoarelor indiferent dacă funcționează cu calculator intern sau extern.

În susținere, contestatoarea precizează că cerința conține o caracteristică constructivă care nu vizează performanța analizatorului, existând pe piața de profil și aparate a căror modalitate de extragere a datelor de pe analizoarele cu calculator integrat să se realizeze prin dispozitive externe tip USB/CD, care pot fi citite ulterior pe orice calculator extern.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a modificat cerința, Consiliul reține că aceasta a devenit mai neclară/ambiguă.

Astfel, dacă achizițarea, inițial, a impus nejustificat/nelegal, că analizorul să funcționeze de pe un calculator extern, prin aceste modificări, în fapt, ea a fost păstrată, deoarece este evident că un analizor care este dotat cu un calculator intern poate să nu dețină o conexiune la un calculator extern, deoarece necesitățile sale funcționale

nu impun o astfel de conexiune, spre deosebire de echipamentele a căror funcționare impun conectarea la un calculator extern.

Din acest punct de vedere, cerința așa cum a fost reformulată nu este de natură a satisface o necesitate a sa obiectivă, ci are rol de restricționare a participării la procedura de atribuire în mod nejustificat, neexistând nici un temei pentru care să se poată impună ofertarea de analizoare care să funcționeze doar de pe un calculator extern. Dimpotrivă, aparent, ar putea impune autorității contractante costuri suplimentare pentru dotarea cu un calculator având ca destinație asigurarea funcționării analizorului care altfel ar fi nefuncțional. De asemenea, Consiliul nu a putut identifica existența unui beneficiu evident al achiziției privind condiționarea modului de funcționare.

Pe de altă parte, din modul de definire a cerinței nu rezultă că în discuție ar fi ca echipamentul să dețină un port de rețea, astfel încât funcționarea aparatului să poată fi realizată fie de un calculator extern conectat în rețea, fie de un calculator intern cu posibilitatea conectării în rețea pentru acces la informații ori stocarea datelor în rețea.

Cât privește posibilitate de salvare a bazei de date pe memorie externă, Consiliul apreciază că modul de definire al cerinței nu introduce restricționări legate de suport sau modul de realizare a salvării pe memoria externă ori de tipul memoriei.

Pe cale de consecință, Consiliul constată necesitatea modificării cerinței astfel încât să fie eliminată orice restricționare din punct de vedere funcțional (calculator intern sau extern).

Consiliul stabilește că modificările astfel intervenite în cuprinsul documentației de atribuire corespunzătoare lotului 1 vor fi aduse la cunoștința tuturor celor interesați de participarea la procedură prin publicarea în SEAP a măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă, după emiterea prezentei decizii și a ridicării măsurii de suspendare.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 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, Consiliul urmează să admită în parte, contestația formulată SRL în ceea ce privește lotul 1, respectiv solicitarea de modificare a cerinței 25 restrictive - să poată fi conectat la un calculator extern (cu posibilitate de salvare a bazei de date pe memorie externă), în sensul acceptării analizatoarelor indiferent dacă funcționează cu calculator intern sau extern.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să adopte măsurile de remediere la care este obligată prin considerentele deciziei, să aducă aceste măsuri, prin publicarea lor în

SICAP, la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedură și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât, între data publicării remedierilor și data depunerii ofertelor, să fie asigurată o perioadă de timp suficientă pentru elaborarea și prezentarea unor oferte care să respecte toate cerințele documentației de atribuire, astfel cum este modificată ca urmare a prezentei decizii.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate cererile din contestația prezentată de SRL vizând eliminarea cerinței 24: „Greutate: maxim 80 kg (pentru a putea fi manevrat/deplasat/mutat în cazuri de necesitate”.

Cu privire la solicitarea contestatoarei de a anula procedura de atribuire privind lotul 1, Consiliul nu identifică în cauză motive de fapt și de drept pentru care să dispună astfel de măsuri extreme, în condițiile în care procedura, fiind suspendată în etapa anterioară prezentării ofertelor, poate continua prin remedierea actelor contestate și depunerea de oferte.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu, în ceea ce privește lotul 1, respectiv solicitarea de modificare a cerinței 25 restrictive - să poată fi conectat la un calculator extern (cu posibilitate de salvare a bazei de date pe memorie externă), în sensul acceptării analizatoarelor indiferent dacă funcționează cu calculator intern sau extern.

Obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să adopte măsurile de remediere la care este obligată prin considerentele deciziei, să aducă aceste măsuri, prin publicarea lor în SICAP, la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedură și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât, între data publicării remedierilor și data depunerii ofertelor, să fie asigurată o perioadă de timp suficientă pentru elaborarea și prezentarea unor oferte care să respecte toate cerințele documentației de atribuire, astfel cum este modificată ca urmare a prezentei decizii.

Respinge ca nefondate cererile din contestația prezentată de SRL vizând eliminarea cerinței 24: „Greutate: maxim 80 kg (pentru a putea fi manevrat/deplasat/mutat în cazuri de necesitate”.

Respinge ca nefondat capătul de cerere din contestație, vizând anularea procedurii de atribuire privind lotul 1.

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

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,