

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. ... din data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de și cu nr. ... din data de, formulată de către, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, atribut fiscal RO, reprezentată legal de, în calitate de director general și convențional de, cu sediul în, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică pentru lot 4, emis de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „.....”- lot –”.....”, cod CPV principal 33100000-1 Echipamente medicale (Rev.2), s-a solicitat Consiliului:

- anularea în tot a adresei nr., anularea în parte a raportului procedurii din data de, respectiv în ceea ce privește rezultatul procedurii pentru lotul nr. 4, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora;

- reevaluarea ofertei cu luarea în considerare a argumentelor expuse în cadrul prezentei, stabilirea unui nou rezultat, legal al procedurii și comunicarea acestuia, cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Arată că prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a solicitat să clarifice anumite aspecte din cadrul documentației tehnice aferente lotului nr. 4, printre care, referitor la specificația tehnică *”11. Reactivi gata de utilizare în flacoane închise, cu cod de bare”* să menționeze câți reactivi sunt gata de utilizare și câți nu sunt de utilizare”, solicitare la care aceasta a răspuns prin adresa nr. astfel:

”(...) nu cunoaștem tipurile de teste care urmează a fi lucrate în laborator.

Reconfirmăm faptul că analizorul propus este superior cerințelor, el putând folosi atât reactivi gata de utilizare în flacoane cu coduri de bare cât și reactivi care pot fi reconstituiți, oferind utilizatorului maxim de flexibilitate și adaptabilitate la nevoile ce pot apărea într-un laborator.

Mai mult decât atât, suplimentar fata de cerințele caietului de sarcini analizorul poate fi utilizat atât ca si sistem închis (cu reactivi ai producătorului), cât și ca sistem deschis (cu reactivi ai oricărui

producător care are validată o metoda de determinare pe analizoarele seria AU), lăsând la latitudinea utilizatorului tipul de reactivi care urmează a fi utilizați.

Pentru a demonstra aceasta facilitate, vă rugăm să regăsiți atașat Pag. 3-1 - Instrucțiuni de utilizare AU, conform Anexa 2."

Mai arată că prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, pentru lotul nr. 4, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 și ale art. 215, alin. (2) lit. b) din Legea 98/2016 din următoarele motive:

"Având în vedere cerința tehnica (11) Reactivi gata de utilizare în flacoane închise, cu cod de bare, nu se precizează faptul ca toți reactivii originali sunt gata de utilizare, în clarificări se aduce argumentul ca echipamentul este un sistem deschis și se pot achiziționa și alți reactivi care sunt gata preparați, consideram ca cerința nu este îndeplinită, avem nevoie ca toți reactivii originali ai echipamentului să fie gata de utilizare, în flacoane închise, astfel încât să se elimine posibilitatea de apariție a unei erori la prepararea reactivilor."

Cu privire la nelegalitatea rezultatului procedurii de atribuire, arată următoarele:

1. Considerații preliminare privind contextul stabilirii rezultatului procedurii

Cu titlu preliminar, contestatoarea arată că obiectul lotului nr. 4 este exclusiv de furnizare de analizor biochimie, iar nu furnizare analizor, împreună cu reactivi.

De asemenea, arată că niciunde în documentația de atribuire, nu s-a solicitat ca analizorul de biochimie să fie închis, respectiv să funcționeze doar cu reactivi originali și respectiv, ca *"toți reactivii originali ai echipamentului să fie gata de utilizare, în flacoane închise"* și nici nu s-a solicitat un anumit panel de teste.

2. Autoritatea contractantă a respins oferta invocând nerespectarea unor cerințe neincluse în caietul de sarcini

Contestatoarea precizează că singurul motiv reținut de către autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei sale este acela că aceasta are nevoie ca toți reactivii originali ai echipamentului să fie gata de utilizare, în flacoane închise, astfel încât să se elimine posibilitatea de apariție a unei erori la prepararea reactivilor, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu s-a menționat că *"toți reactivii originali sunt gata de utilizare, [...]"*

Astfel, aceasta precizează următoarele:

- obiectul prezentei proceduri este de achiziție de analizor biochimie, nefiind solicitați și reactivi pentru a fi utilizați împreună cu acesta, prin urmare, achiziționarea unor asemenea substanțe nu face obiectul procedurii;

- motivul de respingere al ofertei sale nu vizează vreo caracteristică a analizorului de biochimie, ci ține exclusiv de reactivii utilizați (pe care autoritatea contractantă urmează să îi achiziționeze printr-o procedură separată, independentă de aceasta);

- în cadrul documentației de atribuire nu se face referire la faptul că autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze doar un analizor de biochimie închis, care să utilizeze doar reactivi originali - adică doar reactivi produși de producătorul echipamentului oferat;

- analizorul oferat poate fi utilizat atât cu reactivi originali ai producătorului - ca sistem închis, cât și cu reactivi ai oricărui producător care are validată o metodă de determinare pe analizoarele seria au ca sistem deschis, cu mențiunea că în orice caz există reactivi pe piață, compatibili cu analizorul oferat care îndeplinesc cerința *"Reactivi gata de utilizare în flacoane închise, cu cod de bare"*.

Concluzionând, susține că autoritatea contractantă a reținut, în mod netemeinic și nelegal, pretinsul motiv de respingere al ofertei sale având în vedere că o asemenea cerință nu a fost cuprinsă în cadrul caietului de sarcini, iar, pe de altă parte, obiectul procedurii nici nu include asemenea produse.

Consideră că, procedând astfel, a încălcat principiile transparenței și tratamentului egal, evaluând ofertele după criterii neincluse în documentația de atribuire.

Pentru fundamentarea acestei susțineri arată că atât doctrina, cât și instanțele de judecată au reținut că principiul transparenței include *"formularea tuturor informațiilor cu privire la procedura de achiziție în mod clar, precis, univoc în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire oferind operatorilor economici o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă(..)"*

De asemenea, invocă decizia pronunțată în cauza T-50/05.

3. Oferta îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini

Aceasta arată următoarele:

a) Potrivit Instrucțiunilor de utilizare ale analizorului AU, acesta poate fi utilizat atât cu reactivi originali ai producătorului - ca sistem închis, cât și cu reactivi ai oricărui producător care are validată o metoda de determinare pe analizoarele seria AU - ca sistem deschis.

Reiterează și cu această ocazie că autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentația de atribuire ca analizorul oferat să fie unul de tip închis, care să poată funcționa doar cu utilizarea de reactivi originali produși de producătorul echipamentului.

b) Analizorul oferat utilizează reactivi exclusiv în stare lichidă, iar majoritatea reactivilor originali sunt în stare lichidă, gata să fie așezați în compartimentele refrigerate pentru reactivi de la bordul analizorului.

Contestatoarea subliniază și că:

- toate analizoarele de biochimie și implicit analizorul oferat de subscrisa, utilizează DOAR reactivi gata de utilizare, în sensul că niciun analizor nu identifică și mixează/prepară automat reactivi la bord pentru efectuarea testelor/parametrilor solicitați;

- singura diferență între analizoarele din piață este aceea că, în cazul unor analizoare, cum este cel oferat de, pentru un număr infim de teste din portofoliul original - mai puțin de 5% din reactivii incluși în portofoliul - este necesar ca personalul din laborator să combine două substanțe din tuburile cu reactivi relevante - iar această soluție să fie plasată la bordul analizorului;

- oricum, în cazul analizorului propus, pentru procentul de sub 5% din testele producătorului aparatului, autoritatea contractantă are opțiunea de a achiziționa reactivi gata de utilizare, autorizați - cerința ca pe aparat să fie utilizați reactivi gata de utilizare fiind îndeplinită, prin raportare la orice portofoliu de teste urmărit de autoritatea contractantă.

c) din prezentarea generală a sistemului reiese că analizorul au dispune de cititoare de coduri de bara pentru reactivi, controale și calibratori.

4. Autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, transparenței și al tratamentului egal și prin atitudinea relevantă de solicitarea de clarificări și de interpretarea abuzivă a răspunsului la solicitarea de clarificări formulată de, raportat la prevederile din caietul de sarcini.

Contestatoarea redă prevederile art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, cu relevanță pentru acest subiect.

Susține că, atât raportat la obiectul procedurii, cât și la solicitarea autorității contractante, a răspuns în mod clar, fără echivoc, documentat, demonstrând faptul că analizorul oferat îndeplinește cerința cuprinsă în caietul de sarcini, astfel cum a fost formulată.

Astfel, apreciază că decizia de respingere a ofertei sale pentru pretinsa nelămurire a unui aspect care, pe de o parte, nu este prevăzut ca cerință tehnică în caietul de sarcini și față de care, pe altă parte, nu planau oricum suspiciuni, este în mod vădit disproporționată, nefiind de natură să conducă la satisfacerea scopului urmărit de legislația în materia achizițiilor publice.

Consideră că autoritatea contractantă a eliminat, fără un motiv temeinic, oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, acceptând o ofertă de nivel tehnic mai scăzut, în detrimentul interesului pacienților și cu încălcarea principiilor tratamentului egal și al proporționalității.

Arată că principiul proporționalității este un principiu fundamental al atribuirii contractului de achiziție publică, principiu față de care trebuie raportate toate actele autorităților contractante, astfel, după cum a

statuat, cu valoare de izvor de drept Curtea de Justiție a Uniunii Europene - spre exemplu, în cauzele conexe C-523/16 și C-536/16.

În susținere, invocă cauza C-599/10 și cauza C-131/16.

Astfel, arată că din jurisprudența constantă a CJUE rezultă, că deciziile de respingere a unei oferte nu pot fi întemeiate pe motive pur formale, ci trebuie să fie justificate prin raportare la documentația de atribuire, or, în cazul de față, nu poate fi susținută nicio suspiciune cu privire la un potențial caracter neconform al ofertei sale.

Concluzionând, susține că autoritatea contractantă a evaluat oferta sa după criterii neincluse în documentația de atribuire a procedurii, încălcând, în mod grav, principiile transparenței, tratamentului egal și al proporționalității, reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care, după cum au fost în mod constant interpretate, cu valoare de izvor de drept, în jurisprudența Curții Europene de Justiție, obligă autoritatea contractantă la evaluarea ofertelor după aceleași criterii stabilite în documentația de atribuire.

În acest sens, redă reținerile Curții din cauza T-50/05.

În drept, sunt invocate prevederile art. 8, 19 și 26 din Legea nr. 101/2016, art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, sunt depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației formulate de, ca netemeinică și nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că a solicitat un sistem de biochimie ce utilizează reactivi gata de utilizare, așa cum a utilizat și până în prezenta procedură de achiziție. Utilizarea unor reactivi liofilizați în contextul profilului de testare al autorității contractante, presupune posibile riscuri de erori umane la reconstituirea reactivilor, fapt ce poate genera rezultate incorecte și, implicit, malpraxis.

De asemenea precizează că este de acord cu susținerea contestatoarei, potrivit căreia procedura de achiziție în curs, are ca scop un analizor de biochimie și nu reactivi, dar cu mențiunea că a solicitat prin caietul de sarcini, ca analizorul să utilizeze reactivi gata de utilizare, fapt neîndeplinit din punct de vedere tehnic de către

Cu privire la susținerea, potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi trebuit să specifice în caietul de sarcini faptul că dorește un sistem închis arată că acest fapt ar fi dus la o îngrădire abuzivă pentru furnizori/producători de pe piață, deoarece:

- există multe analizoare de top care sunt "deschise" dar au reactivi proprii gata de utilizare, spre exemplu Siemens, Roche sau Abbott.

- analizorul deschis presupune faptul că acesta suportă și alți reactivi decât cei disponibili în meniul de testare al producătorului, iar cum obiectul achiziției nu este reactivi, astfel, cerința autorității contractante se menține, și anume analizorul să utilizeze reactivi gata de utilizare, fapt neîndeplinit de

Apreciază că din punct de vedere tehnic a descalificat corect analizorul DxC 700 AU, deoarece acesta nu utilizează reactivi gata de utilizare în totalitate, deci nu respectă cerința tehnică 100%.

Autoritatea contractantă menționează că laboratorul Spitalului Clinic Județean de Urgență Brașov, lucrează cu reactivi gata de utilizare în flacoane cu coduri de bare și nu cu reactivi care trebuie reconstituiți, deoarece nevoile laboratorului sunt de a analiza probele biologice, ci în condiții de urgență cu eliberarea cât mai rapidă a unui număr mare de rezultate, având în vedere contextul actual epidemiologic, când exista un număr mare de cazuri care se prezintă în Unitatea de Primiri Urgențe.

Urmare studierii dosarului achiziției publice, precum și punctului de vedere nr., contestatoarea, a transmis documentul "Concluzii scrise", înregistrat la Consiliu cu nr., solicitând respingerea apărărilor invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere, ca fiind neîntemeiate și admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Față de aspectele învederate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, contestatoarea formulează observații punctuale.

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

Licitația deschisă a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „.....”- lot 4 –“.....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare având codul de identificare din data de, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de ... lei.

Procedând la soluționarea contestației, Consiliul reține că, prin necontestarea în termen a documentației de atribuire, aceasta și-a îndeplinit forța obligatorie atât pentru operatorii economici cât și pentru autoritatea contractantă, care are obligația verificării stricte a modului de îndeplinire a prevederilor înscrise în documentația de atribuire, procedarea în alt mod, de către autoritatea contractantă, conducând la încălcarea principiului tratamentului egal și al transparenței enunțate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

..... a formulat contestația în analiză, considerând că motivul respingerii ofertei sale este nelegal, respectiv, că aceasta are nevoie ca toți reactivii originali ai echipamentului să fie gata de utilizare, în flacoane închise, astfel încât să se elimine posibilitatea de apariție a unei erori la prepararea reactivilor, iar prin răspunsul la solicitarea de

clarificări nu s-a menționat că "toți reactivii originali sunt gata de utilizare, [...]."

Din speța supusă analizei, Consiliul reține că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a înscris specificații tehnice exprese cu privire la reactivii care însoțesc produsul Analizator biochimie, care face obiectul lotului 4 al procedurii de atribuire, și anume: Reactivi gata de utilizare în flacoane închise, cu cod de bare.

În propunerea tehnică depusă de, acesta a precizat, la rubrica CONFORMITATE-Modalitatea de îndeplinire/Se vor menționa obligatoriu caracteristicile tehnice oferite: Analizorul folosește reactivi lichizi gata pentru utilizare, ambalați în flacoane marcate cu cod de bare.

În rubrica: Se va completa de ofertant în mod succint modul de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini, cu indicare Nume fișier/secțiune/capitol/pag/paragraf din propunerea tehnică unde se prezintă detalii și/sau documente edificatoare, contestatoarea a precizat paginile din Glosar-3- instrucțiuni de utilizare AU., unde se regăsesc respectivele specificații tehnice (pag. 1-15-1-16, 5-22-5-24).

Pe parcursul evaluării propunerii tehnice depuse de, autoritatea contractantă, prin adresa nr., postată în SEAP la data de, a solicitat contestatoarei, printre altele, clarificări, după cum urmează: 11. Reactivi gata de utilizare în flacoane închise, cu cod de bare. Vă rugăm să ne clarificați câți reactivi sunt gata de utilizare și câți nu sunt gata de utilizare.

Prin adresa nr., ... răspunde solicitării autorității contractante, arătând: „Având în vedere scopul procedurii "Achiziție echipamente laborator-Analizor de biochimie", precum și faptul că, în tot cuprinsul caietului de sarcini nu este solicitată o listă de parametri pe care să îi poată determina echipamentul dorit, nu cunoaștem tipurile de teste care urmează a fi lucrate în laborator.

Reconfirmăm faptul că analizorul propus este superior cerințelor, el putând folosi atât reactivi gata de utilizare, în flacoane cu coduri de bare, cât și reactivi care pot fi reconstituiți, oferind utilizatorului maxim de flexibilitate și adaptabilitate la nevoile ce pot apărea într-un laborator.

Mai mult decât atât, suplimentar față de cerințele caietului de sarcini, analizorul poate fi utilizat atât ca și sistem închis (cu reactivi ai producătorului), cât și ca sistem deschis (cu reactivi ai oricărui producător care are validată o metodă de determinare pe analizoarele seria AU), lăsând la latitudinea utilizatorului tipul de reactivi care urmează a fi utilizați.(...)».

În dosarul cauzei, la pag. 143, se regăsește Fișa tehnică a produsului Analizor AU cu modul ISE, produs de, unde se precizează, la poz. Meniu de teste: reactivi cu barcode pentru mai mult de 120 de tipuri de teste.

Din cele arătate mai sus, rezultă, fără dubiu, că produsul Analizor AU cu modul ISE, produs de, oferit de

funcționează atât cu reactivi cu barcode, dar și cu reactivi ai oricăror producători care are validată o metodă de determinare pe analizoarele

Consiliul nu va reține în soluționare, poziția autorității contractante, exprimată în punctul de vedere transmis, potrivit căreia utilizarea unor reactivi liofilizați (lichizi) în contextul profilului de testare al Autorității Contractante, presupune posibile riscuri de erori umane la reconstituirea reactivilor, fapt ce poate genera rezultate incorecte și implicit malpraxis.

După cum s-a arătat mai sus, în procesul de evaluare, autoritatea contractantă are obligația verificării stricte a modului de îndeplinire a prevederilor înscrise în documentația de atribuire. Or, în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă și-a definit necesitatea: Reactivi gata de utilizare în flacoane închise, cu cod de bare, aspect recunoscut de către aceasta în punctul de vedere transmis Consiliului. Cerința caietului de sarcini nu se referă și la starea reactivilor (solidă, lichidă, gazoasă..) și/sau tipurile de teste, astfel încât autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă, datorită faptului că reactivii care însoțesc produsul ce face obiectul procedurii de achiziție sunt reactivi lichizi gata pentru utilizare, ambalați în flacoane marcate cu cod de bare. Cu atât mai mult cu cât, din documentele depuse de rezultă faptul că analizorul ofertat funcționează cu reactivi originali, dar are și posibilitatea de a funcționa și cu alți reactivi, ai altor producători.

În acest context, Consiliul va admite contestația și va dispune măsuri de remediere.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) 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 contestația formulată de în contradictoriu cu și să anuleze Raportul procedurii nr., în partea care privește oferta depusă pentru lotul 4, adresa nr., de comunicare a rezultatului procedurii, precum și oricare alte acte subsecvente. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei, de la etapa de evaluare a propunerilor tehnice și la comunicarea rezultatului, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei, cu luarea în considerare a celor expuse în cadrul considerentelor prezentei decizii și cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de

netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii nr., în partea care privește oferta depusă pentru lotul, adresa nr., de comunicare a rezultatului procedurii, precum și oricare alte acte subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei, de la etapa de evaluare a propunerilor tehnice și la comunicarea rezultatului, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei, cu luarea în considerare a celor expuse în cadrul considerentelor prezentei decizii și cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....