



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1714/C3/1856

Data: 03.10.2019

Prin contestația nr. 5/2923/13.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36000/16.09.2019, înaintată de SRL, cu sediul în, ..., sectorul 5, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - director general și convențional prin, având sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură la reprezentantul convențional, în, formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., sectorul 1, în procedura licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect „Echipamente medicale pentru laborator – sisteme integrate de biochimie și imunologie”, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1014664, publicat în SEAP la 03.09.2019, s-a solicitat Consiliului:

- „în principal, să dispuneți anularea procedurii 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;
- în subsidiar, în măsura în care veți aprecia că este posibilă remedierea abaterilor de la legalitate mai jos arătate, modificarea documentației de atribuire în sensul eliminării specificațiilor tehnice restrictive, mai jos arătate”.

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

Prin contestația nr. nr. 5/2923/13.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36000/16.09.2019, ... SRL atacă prevederile documentației de

atribuire stabilite de autoritatea contractantă în procedura amintită, considerând că, pe de o parte, acestea încalcă dispozițiile legale privind utilizarea acordului-cadru în procedurile de achiziții publice, iar pe de altă parte conțin specificații tehnice restrictive și discriminatorii, de natură a bloca nejustificat accesul la procedură.

Astfel, contestatoarea reclamă faptul că modalitatea specială de atribuire a contractului de achiziție publică, prin acord-cadru, este utilizată impropriu de către autoritatea contractantă, fiind contrară cu dispozițiile art. 107 din HG nr. 395/2016 și cu *Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru*, publicată de ANAP la 10.10.2018. Astfel, precizează că, deși tipul de echipamente medicale, ce fac obiectul procedurii, nu este menționat expres în exemplele, nelimitative, date de ANAP (acestea fiind doar repere), acestea pot fi considerate, cel puțin prin raportare la configurația lor, *echipamente și aparatură medicală de înaltă tehnologie și complexitate* și care nu ar putea fi achiziționate prin intermediul unui acord-cadru.

Mai mult, este evident că autoritatea contractantă cunoaște cantitățile de produse dorite spre achiziționare - respectiv 1 sistem, cu opțiunea de a achiziționa al 2-lea sistem, fiind incontestabil că necesitatea utilizării unor sisteme integrate de biochimie și imunologie nu ar putea fi, pentru o autoritate contractantă diligentă, necunoscută sau determinabilă *ad hoc*.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a încălcat grav principiile nediscriminării și al tratamentului egal, la definirea specificațiilor caietului de sarcini, rezultând specificații tehnice restrictive, care favorizează numai un producător (....).

În acest sens, contestatoarea arată că, din jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție (cauza C-413/17; cauza C-296/15) rezultă că, inclusiv în cazul achizițiilor publice în domeniul sănătății, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții, nejustificate, în calea participării libere la procedura de atribuire.

Or, în speță, autoritatea contractantă a impus anumite specificații în caietul de sarcini care, deși nu sunt justificate de necesitățile sale obiective, pot fi îndeplinite doar de către un singur produs, existent pe piață, respectiv produsul *Alinity CI Series*, favorizând astfel, nejustificat, compania:

(i) cerința nr. 4 din caietul de sarcini - *Viteza de lucru mare cu productivitate crescută pe m² a sistemului integrat >500 teste/oră/m²* - autoritatea contractantă nu indică necesitățile obiective care au determinat-o să facă referire tocmai la această modalitate de cuantificare a productivității (productivitate/oră/m²), mai ales în contextul în care nu este una larg răspândită sau uzuală, iar, pe de altă parte, aceasta nici nu ar putea indica asemenea necesități obiective, pentru simplul motiv că această cerință este doar restrictivă și nu aduce un avantaj autorității contractante;

(ii) cerința nr. 5 din caietul de sarcini - *Capacitatea de încărcare cu reactivi:*

- a. *minim 70 poziții pentru reactivi refrigerați la bord (modulul de biochimie);*
- b. *minim (45 poziții pentru reactivi refrigerați la bord (modulul de imunologie)*

favorizează nejustificat același producător, din moment ce condițiile minime sunt chiar la limita specificațiilor aparatului acestuia (... având capacitate de 70 poziții în modulul biochimie și 47 poziții în modulul imunologie);

(iii) cerința nr. 14 din caietul de sarcini - *în cazul conectării a 2 sisteme integrate de biochimie și imunologie, ansamblul format trebuie să se încadreze într-o suprafață dreptunghiulară cu dimensiunile maxime de 375 cm (lungime) x 150 (lățime), pentru a putea fi instalat în spațiul disponibil* - în măsura în care spațiul indicat de autoritatea contractantă este spațiul maxim fizic disponibil, rezultă imposibilitatea obiectivă de instalare a oricărui aparat disponibil pe piață;

(iv) cerința nr. 22 din caietul de sarcini - *Modul ISE (modul de ioni) cu:*

a. *capacitatea de a efectua următoarele determinări ionice din ser, plasmă și urină: Na^+ , K^+ , Cl^- ;*

b. *mentenanță automată, fără a necesita calibrare continu;*

c. *capacitate de testare de minim 60.000 determinări/modul,*
producătorul este singurul care are un aparat ce poate realiza 60.000 determinări/modul;

(v) cerința nr. 23 din caietul de sarcini - *minim 70 de poziții pentru reactivi refrigerați la bord* - este discriminatorie și disproporționată deoarece, chiar dacă și producătorul respectă criteriul, cel mai important de remarcat este că bifează și de această dată îndeplinirea cerinței. Oricum, îndeplinirea de către producătorul a acestei cerințe este irelevantă, din moment ce nici acesta nu îndeplinește cumulativ toate cerințele din caietul de sarcini, produsele sale fiind neconforme;

(vi) cerința nr. 33 din caietul de sarcini - *Capacitatea de a procesa probe în regim de urgență prin:*

a. *prioritizarea individuală a probei;*

b. *configurarea unui număr de minim 25 de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT,*
exclue toți ceilalți producători, cu excepția producătorului;

(vii) cerința nr. 44 din caietul de sarcini - *Posibilitatea stocării a minim 150.000 de rezultate, controale, calibrări, back-up* - își menține și în această situație poziția de unic producător capabil să furnizeze un sistem care să respecte caietul de sarcini;

(viii) cerința nr. 55 din caietul de sarcini - *meniul de teste cuprinde cel puțin următoarele: Ac anti HAV IgM, Ac anti HAV IgG, Ag HGs*

calitativ și cantitativ, Ag HBs calitativ și cantitativ confirmator, Ac anti HBs, AgHBe calitativ și cantitativ, Ac anti-HBe, Ac anti HBc-IgM, Ac anti- HBc, Ac anti HCV, HIV Ag/Ac, HTLV-I/II, CMV IgM, CMV IgG, CMV IgG Aviditate, Toxoplasma IgM, Toxoplasma IgG, Toxoplasma IgG Aviditate, Troponina înalt sensibil, BNP, NT-proBNP, TSH, FT3, FT4, T3, T4, beta HCG, estradiol, FSH, LH, prolactină, testosteron, B12, folat, vitamina D, PTH, insulină, CA 125, HE4, scor ROMA, CA 15-3, CA 19-9, CEA, AFP, PSA liber și total, Cyfra 21-1, PIVKA, proGRP, SCC, NGAL, medicamente - aparatele sunt excluse deoarece nu pot furniza teste precum SCC, NGAL, Toxoplasma IgG Aviditate etc.

Chiar dacă producătorul oferă gama completă de teste, impuse prin caietul de sarcini, oricum produsele acestuia sunt excluse, deoarece nu îndeplinesc celelalte criterii. Prin urmare, și această cerință poate fi îndeplinită, exclusiv, de producătorul;

(ix) cerința nr. 58 din caietul de sarcini - *Împachetarea reactivilor: pentru toți reactivii trebuie să existe și varianta 100 teste/flacon (cartuș) - aparatul nu poate depăși numărul de 50 în cazul împachetărilor.*

Din nou că își menține și poziția de unic producător, îndeplinind criteriul stabilit de autoritatea contractantă;

(x) cerința nr. 66 din caietul de sarcini - *Capacitatea de a procesa probe în regim de urgență prin:*

- *prioritizare individuală a probei;*

- *configurarea până la minim 25 de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT - această cerință care pune în discuție din nou existența de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT este restrictivă, pentru toți ceilalți producători, mai puțin pentru;*

(xi) cerința nr. 79 din caietul de sarcini - *Posibilitatea optimizării consumului de reactivi prin transferul acestora între module, asigurând trasabilitatea lor - Aparatul Alinity CI produs de este singurul care transferă reactivi într-o manieră autonomă.*

În aceste condiții, contestatoarea solicită admiterea cererilor de anulare a procedurii, în principal, iar în secundar, modificarea specificațiilor atacate.

Prin adresa nr. 7561/24.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 37817/25.09.2019, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Pe de o parte, autoritatea contractantă arată că ar avea nevoie de maxim 2 sisteme integrate de biochimie și imunologie (care să poată fi cuplate împreună), pe care ar putea însă să le achiziționeze în 2 sau chiar 3 etape, în funcție de alocările bugetare:

- într-o primă etapă, un sistem integrat (pentru care exista deja bugetul aprobat);

- într-o a doua etapă, fie încă un sistem integrat, fie doar un modul dintr-un al doilea sistem integrat;
- într-o a treia etapă (în cazul în care în etapa a doua va fi achiziționat doar un modul din cel de al doilea sistem integrat), încă un modul din cel de al doilea sistem integrat.

Există și posibilitatea ca achiziția să se limiteze, în final, numai la un sistem integrat (pentru care există deja bugetul aprobat) și la încă un (singur) modul de biochimie/imunologie, care să fie cuplat la primul sistem integrat, susține autoritatea achizitoare.

În acest context, autoritatea contractantă consideră că a ales corespunzător utilizarea acordului-cadru pentru această procedură de achiziție.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că s-a limitat în descrierea caracteristicilor/specificațiilor tehnice doar la acele detalii necesare satisfacerii necesităților sale obiective, fără a impune alte restricții nejustificate în calea participării la această procedură de atribuire. De asemenea, autoritatea contractantă susține că nu a definit niciuna dintre caracteristicile/specificațiile tehnice prin raportarea la o anumită marcă, produs sau procedeu.

Autoritatea contractantă reclamă faptul că autoarea contestației, deși este unic distribuitor pe piața din România al echipamentelor produse de Beckman Coulter, echipamente despre care, în principiu, ar trebui să dețină toate informațiile necesare, nu face nicio referire la acestea în cererea formulată. În schimb, prezintă motive pentru care aparent produsele unuia din competitorii săi direcți (....) ar fi avantajate în dauna produselor altor competitori direcți (.... și). Pentru susținerea acestei supoziții, contestatoarea compară produse din clase diferite, deși toți producătorii de pe piața din România dețin categoria de produse vizată de caracteristicile/specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

În acest scop, fie folosește materiale de prezentare ale concurenței pentru produse dintr-o clasă inferioară, care în mod evident nu corespund caracteristicilor/specificațiilor tehnice dorite de autoritatea contractantă (neadevăr), fie nu prezintă toate componentele sistemului respectiv (omisiune). De exemplu, în cazul producătorului, sunt folosite caracteristicile/specificațiile tehnice pentru modulul de biochimie *cobas c503*, în locul caracteristicilor/specificațiilor tehnice pentru modulul *c701/c702*, pe care îl viza autoritatea contractantă, în timp ce în cazul producătorului este omisă o parte componentă a sistemului integrat (*Atellica Sample Handler*), fără de care acesta nu poate satisface toate cerințele.

De asemenea, consideră autoritatea contractantă că nu sunt luate în considerare produse ale altor producători, posibil concurenți: Snibe, Mindray.

Autoritatea contractantă aduce argumente în sensul respingerii criticilor contestatoarei referitoare la unele specificații tehnice, stabilite prin caietul de sarcini:

(i) cerința nr. 4 din caietul de sarcini - *Viteza de lucru mare cu productivitate crescută pe m^2 a sistemului integrat >500 teste/oră/ m^2* – acest parametru a apărut tocmai din necesitatea de a asigura îndeplinirea productivității în laborator, din mai multe aspecte (nu doar teste/oră). Pe de altă parte, el este foarte ușor de calculat, fiind, practic, un raport între alți doi parametri prezenți în orice fișă tehnică (viteza și suprafața ocupată).

În susținerea acestui fapt, autoritatea contractantă atașează și o broșură a unuia dintre producătorii de elită (altul decât cel indicat de către contestatoare ca fiind „singurul producător care utilizează acest concept în descrierea aparatelor sale”), care folosește același parametru (...), prezentând chiar o comparație între mai mulți producători, foarte cunoscuți (...., ..., ..., Beckman Coulter).

(ii) cerința nr. 5 din caietul de sarcini - *Capacitatea de încărcare cu reactivi:*

- a. *minim 70 poziții pentru reactivi refrigerați la bord (modulul de biochimie);*
- b. *minim 45 poziții pentru reactivi refrigerați la bord (modulul de imunologie)*

acest parametru nu este deloc restrictiv și se regăsește în specificațiile mai multor aparate de ultimă generație ale producătorilor, inclusiv la cei participanți la consultarea de piață (ex: Atellica - CH 930 + IM 1300/1600, ... Alinity - ci, ... cobas 8000 modular- c 702 + e 801, Snibe Biolumi 8000 - S +E+B+I, Mindray BS 2000 Modular System).

(iii) cerința nr. 14 din caietul de sarcini - *în cazul conectării a 2 sisteme integrate de biochimie și imunologie, ansamblul format trebuie să se încadreze într-o suprafață dreptunghiulară cu dimensiunile maxime de 375 cm (lungime) x 150 (lățime), pentru a putea fi instalat în spațiul disponibil* – autoritatea contractantă este de acord ca un sistem integrat de biochimie și imunologie să se încadreze într-o suprafață dreptunghiulară cu dimensiunile maxime de: 375 cm (lungime) x 150 cm (lățime).

(iv) cerința nr. 22 din caietul de sarcini - *Modul ISE (modul de ioni) cu:*

- a. *capacitatea de a efectua următoarele determinări ionice din ser, plasmă și urină: Na^+ , K^+ , Cl^- ;*
- b. *mentenanță automată, fără a necesita calibrare continu;*
- c. *capacitate de testare de minim 60.000 determinări/modul* - având în vedere că, în cazul unui volum mare de pacienți, pot fi folosiți și mai mulți electrozi, cu o capacitate mai mică de testare (mai puține determinări pe electrod), autoritatea contractantă este de acord și cu ofertarea unui modul ISE cu o capacitate de testare de minim 15.000 determinări/modul (adică 5.000 determinări pe parametru).

(v) cerința nr. 23 din caietul de sarcini - *minim 70 de poziții pentru reactivi refrigerați la bord* – cerința nu este deloc „discriminatorie

și disproporționată" așa cum susține contestatoarea și se regăsește în specificațiile mai multor aparate de ultimă generație ale producătorilor, inclusiv la cei participanți la consultarea de piață (ex: - CH 930 + IM 1300/1600, ... Alinity - ci, ... cobas 8000 modular - c 702 + e 801, Snibe Biolumi 8000 - S +E+B+I, Mindray BS 2000 Modular System).

(vi) cerința nr. 33 din caietul de sarcini - *Capacitatea de a procesa probe în regim de urgență prin:*

a. *prioritizarea individuală a probei;*

b. *configurarea unui număr de minim 25 de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT*

având în vedere numărul relativ mic de probe procesate în regim de urgență, autoritatea contractantă este de acord și cu ofertarea unui sistem care are capacitatea de a procesa probe în regim de urgență prin prioritizarea individuală a probei, fără a necesita configurarea unui număr minim de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT.

(vii) cerința nr. 44 din caietul de sarcini - *Posibilitatea stocării a minim 150.000 de rezultate, controale, calibrări, back- up* – cerința nu este restrictivă, fiind o caracteristică respectată de mulți producători, (ex: Atellica are capacitate de stocare pentru 1.000.000 rezultate).

(viii) cerința nr. 55 din caietul de sarcini - *meniul de teste cuprinde cel puțin următoarele: Ac anti HAV IgM, Ac anti HAV IgC, Ag HGs calitativ și cantitativ, Ag HBs calitativ și cantitativ confirmator, Ac anti HBs, AgHBe calitativ și cantitativ, Ac adnti-Hbe, Ac anti HBc-IgM, Ac anti- HBc, Ac anti HCV, HIV Ag/Ac, HTLV-I/II, CMV IgM, CMV IgC, CMV IgC Aviditate, Toxoplasma IgM, Toxoplasma IgC, Toxoplasma IgG Aviditate, Troponina înalt sensibil, BNP, NT-proBNP, TSH, FT3, FT4, T3, T4, beta HCG, estradiol, FSH, LH, prolactină, testosteron, B12, folat, vitamina D, PTH, insulină, CA 125, HE4, scor ROMA, CA 15-3, CA 19-9, CEA, AFP, PSA liber și total, Cyfra 21-1, PIVKA, proGRP, SCC, NGAL, medicamente* – această cerință nu este restrictivă, fiind respectată de mai mulți producători, așa cum evidențiază și contestatoarea.

(ix) cerința nr. 58 din caietul de sarcini - *Împachetarea reactivilor: pentru toți reactivii trebuie să existe și varianta 100 teste/flacon (cartuș)* - această caracteristică nu este restrictivă, fiind respectată de mulți producători (ex:, ..., ..., Beckman Coulter, Snibe).

(x) cerința nr. 66 din caietul de sarcini - *Capacitatea de a procesa probe în regim de urgență prin:*

o *prioritizare individuală a probei;*

o *configurarea până la minim 25 de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT*

având în vedere numărul relativ mic de probe procesate în regim de urgență, autoritatea contractantă este de acord și cu ofertarea unui sistem care are capacitatea de a procesa probe în regim de urgență prin prioritizarea individuală a probei, fără a necesita configurarea unui număr minim de poziții fixe de încărcare pentru probe STAT.

(xi) cerința nr. 79 din caietul de sarcini - *Posibilitatea optimizării consumului de reactivi prin transferul acestora între module, asigurând trasabilitatea lor* - această caracteristică nu este restrictivă, fiind respectată de mulți producători, așa cum evidențiază și contestația.

În replică, prin adresa nr. 5/2942 din 30.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 38692/01.10.2019, ... SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la utilizarea improprie a acordului-cadru în prezenta procedură de atribuire, solicitând respingerea apărărilor autorității contractante în acest sens.

De asemenea, contestația solicită respingerea, ca nefondate, a apărărilor autorității contractante referitoare la specificațiile tehnice criticate, precizând că produsele indicate de aceasta ca fiind conforme sunt, pe de o parte, produse dintr-o gamă net superioară celei solicitate prin documentația de atribuire, iar, pe de altă parte, că sunt oricum neconforme, neîndeplinind cumulativ cerințele din caietul de sarcini.

În ceea ce privește acceptarea de către autoritatea contractantă a modificării unor cerințe, contestația apreciază că, atât timp cât aceste modificări nu au fost dispuse pe calea unei măsuri de remediere, ele pot valora doar drept recunoaștere a caracterului restrictiv al primelor.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect „Echipamente medicale pentru laborator – sisteme integrate de biochimie și imunologie”, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat o procedură licitație deschisă, prin publicarea în SEAP, la data de 03.09.2019, a anunțului de participare nr. CN1014664 și a documentației de atribuire aferentă.

Considerând că alegerea încheierii unui acord-cadru și nu a atribuirii unui contract de achiziție publică, dar și că unele prevederi ale documentației de atribuire/caietului de sarcini încalcă dispozițiile legale specifice procedurilor de achiziții publice, inclusiv, pentru că impun specificații tehnice restrictive și discriminatorii, de natură a bloca nejustificat accesul la procedură, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând, în principal, anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării specificațiilor tehnice restrictive.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestația a depus recipisa de consemnare a unei cauțiuni, în valoare de 26.219,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, sub nr. 205734480/1 din data de 13.09.2019.

Consiliul reține, preliminar, că autoritatea contractantă achiesează la unele critici ale contestației, precizând că este de acord cu modificarea parametrilor specifici identificați la pozițiile 14, 22, 33 și 66 din caietul de sarcini. Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a

emis un document de natura celui impus la art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul remedierii conținutului caietului de sarcini.

În consecință, sub acest aspect, este fără dubiu că solicitările contestatoarei au caracter întemeiat, în privința caracterului neobiectiv al cerințelor tehnice de la pozițiile 14, 22, 33 și 66 din caietul de sarcini, Consiliul considerând că o remediere efectivă a procedurii nu poate avea loc decât în condițiile impuse la art. 153 din Legea nr. 98/2016, prin măsuri aplicate în concordanță cu prevederile art. 20 din Normele de aplicare, aprobate prin HG nr. 395/2016, adică prin postarea în SEAP, spre cunoștință generală, a unui anunț tip erată, conținând modificările amintite.

Pentru efectivitatea unei remedieri a cerințelor în cauză, autoritatea contractantă trebuia să ia măsuri conforme cu următoarele dispoziții legale:

- Art. 153 alin. (1) din lege: *Autoritatea contractantă prelungește perioada stabilită în anunțul de participare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri: [...] b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției;*

- Art. 55 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016: *În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.*

Consiliul constată, de asemenea, că rămân în dispută solicitările contestatoarei de anulare a procedurii, pentru incorecta alegere a achizitorului de a încheia un acord-cadru, dar și cea subsecventă, de modificare a celorlalte specificații tehnice ale caietului de sarcini, care ar conduce la identificarea unui singur produs/producător și la excluderea posibilității de ofertare a unor produse concurente.

În privința preferinței autorității contractante pentru încheierea unui acord-cadru, Consiliul constată că justificările acesteia se bazează pe o pretinsă impredictibilitate a momentului în care va deține resursele financiare necesare achiziției, nu pe o imposibilitate de a determina cantitățile efective de achiziționat.

Conform cu prevederile art. 20 alin. (8) literele f) și g) din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016, anunțul de participare trebuie să conțină informații privind dimensionarea cantitativă/valorică a produselor de achiziționat, prin estimări minime și maxime:

(8) În cazul acordului-cadru, anunțul de participare/simplificat trebuie să conțină și un set minim de informații specifice referitoare la:
[...]

f) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru, precum și ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru;

g) estimarea valorii celui mai mare contract subsecvent care urmează să fie atribuit pe durata acordului-cadru.

Or, în situația de față, conform anunțului de participare, autoritatea contractantă a identificat/estimat achiziția, simetrică, prin două contracte subsecvente, cu valoare identică și cantitate identică, de *Echipamente medicale pentru laborator - sisteme integrate de biochimie si imunologie*.

Prezentarea achiziției, din documentația de atribuire (fișa de date a achiziției și caietul de sarcini) și din anunțul de participare, confirmă susținerile contestatoarei, în sensul că nu sunt îndeplinite condițiile de impredictibilitate a cantităților de achiziționat, pe durata acordului-cadru, autoritatea contractantă identificându-le cu exactitate.

În schimb, susținerile din punctul de vedere la contestație, că ar fi posibilă achiziția, prin cel de-al doilea contract subsecvent, doar a unei părți din echipamentele/sistemele integrate, sunt simple pretexte de menținere a regulilor actuale, din documentația de atribuire, lipsite de fundament de fapt și de drept.

Pornind de la referatul de necesitate și până la documentația de ofertare (inclusiv, formularele de ofertă), se poate facil constata că achiziția și bugetul estimat au fost identificate cu exactitate, pentru 2 sisteme integrate de biochimie și imunologie și nu pentru părți componente ale vreunui dintre aceste două sisteme.

Mai mult, din caietul de sarcini rezultă o informație care este în contradicție cu cele similare din anunțul de participare, privitor la succesiunea contractelor subsecvente. Conform secțiunii 3. *Descrierea produselor solicitate*, din caietul de sarcini: *Contractele subsecvente aferente acordului cadru se vor semna lunar, trimestrial sau anual, în funcție de disponibilitatea financiară a autorității contractante*.

În același timp, prin secțiunea dedicată, a fișei de date a achiziției (IV.1.3 *Informatii privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achizitii*), se informau viitorii ofertanți că:

Ofertele trebuie depuse pentru: Acord-cadru

Acord cu un singur operator

Durata acordului cadru: 24 luni

Frecvența și valoarea contractelor ce vor fi atribuite: Contractele subsecvente se vor încheia semestrial în funcție de alocările bugetare.

Valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent este 1310924,37 lei fara TVA.

Astfel, informațiile din anunțul de participare, privind estimarea cantităților minime și maxime, precum și a valorilor minime/maxime ale contractelor subsecvente, au devenit o formalitate lipsită de utilitate

practică pentru ofertanți, contrară și sus-amintitelor prevederi ale art. 20 alin. (8) literele f) și g) din Normele de aplicare a Legii.

Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă este interesată să achiziționeze 2 sisteme (fiecare din ele cu module integrate de biochimie și de imunologie), care să se integreze, la rândul lor, dar nu are certitudinea obținerii finanțării unei astfel de înțelegeri contractuale. Această situație de fapt a determinat-o să aprecieze că, sub adăpostul unei promisiuni bilaterale de vânzare-cumpărare, dar și al inexistenței unei obligații ferme de a încheia achiziția, rezultând din viitorul acordul-cadru, organizarea procedurii cu această finalitate nu ar expune-o vreunui risc financiar.

Or, o astfel de utilizare a acordului-cadru este neadecvată scopului reglementării, neputând fi preferată unei încheieri a unui contract de achiziție publică cu clauză suspensivă.

Concordant și cu opinia exprimată de reglementatorul din domeniu, ANAP, prin *Notificarea cu privire la utilizarea acordului-cadru*, publicată pe site-ul acestei instituții, la 10.10.2018, Consiliul consideră că, în cazul de față, autoritatea contractantă utilizează abuziv regulile de încheiere a unui acord-cadru, în detrimentul unei concurențe bazate pe reguli de atribuire transparentă a unui contract de achiziție publică (care ar putea cuprinde, eventual, o clauză suspensivă de intrare în efectivitate, concordantă și cu regulile de livrare deja publicate – la comandă). Conduita în cauză încalcă o regulă imperativă a Normelor de aplicare a Legii, regăsită la art. 107 aliniatul (1) al acestora: *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența.*

Coroborând toate neconcordanțele dintre diferite secțiuni ale documentației de atribuire și cele ale anunțului de participare, inclusiv cu apărările din punctul de vedere la contestație, Consiliul constată că o eventuală înlăturare a lor ar trebui să conducă la stabilirea unui obiect exact al achiziției și la reguli de furnizare concordante cu nevoia efectivă de achiziție, diferite de cele care fac obiectul criticilor. O astfel de măsură, în cadrul actualei proceduri de atribuire, ar fi contrară principiilor de transparență și proporționalitate din domeniu, întrucât ar conduce la inconveniente majore, atât pentru achizitor, cât și pentru eventuali ofertanți. Or, în jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție s-a statuat că "principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite" (precum în Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60).

Astfel, Consiliul consideră întemeiată solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii, fiind imposibilă remedierea ei, întrucât regulile de

publicitate și de ofertare/derulare a unei licitații deschise pentru atribuirea (dar și derularea) unui contract de achiziție publică diferă de cele stabilite pentru încheierea (derularea) unui acord-cadru, precum cea în dispută.

Cât privește solicitarea, subsecventă, de modificare a specificațiilor tehnice, Consiliul constată că, implicit, prin anularea procedurii, ar rămâne fără obiect.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) litera c) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula procedura de atribuire, pentru imposibilitatea remedierii ei: *Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: [...] c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.*

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite capătul de cerere principal din contestația SRL și anulează procedura inițiată de, prin anunțul de participare nr. CN1014664 din 03.09.2019, pentru imposibilitatea remedierii ei.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere subsidiar, privitor la modificarea unor specificații tehnice, ca urmare a anulării procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....