C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. .....
Data: .....

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) în data de 02.04.2018, înregistrată la Consiliu sub nr.13330/03.04.2018, formulată de către ...., cu sediul în ...., Cod înregistrare fiscală ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. 1.., cu domiciliul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură în ...., reprezentată legal de General Manager ing. ...., împotriva documentației de atribuire și a adresei nr. 13126/29.03.2018, emise de ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată - într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Echipament pentru analiza automată a alcoolemiei – gaz cromatograf”,* cod CPV 38432210-7 cromatografe de gaz (Rev. 2), s-a solicitat Consiliului să dispună admiterea contestației și, pe cale de consecință, următoarele:

1. Obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini a specificației tehnice potrivit căreia *„Sistemul (gaz cromatograf și dispozitivul head space) va fi construit complet de către producătorul inclus în ofertă, pentru a opera sub același software și pentru a folosi aceeași tehnologie”*, ca nelegală;

2. Anularea parțială a răspunsului autorității contractante nr. 13126/29.03.2018, ca netemeinic și nelegal, în ceea ce privește menținerea cerinței din caietul de sarcini cu privire la același producător.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 13330/03.04.2018, formulată de către ....**,** împotriva caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire și a adresei nr. 13126/29.03.2018, emise de ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată - într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Echipament pentru analiza automată a alcoolemiei – gaz cromatograf",* s-a solicitat Consiliului să dispună admiterea contestației și, pe cale de consecință, următoarele:

1. Obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini a specificației tehnice potrivit căreia *„Sistemul (gaz cromatograf și dispozitivul head space) va fi construit complet de către producătorul inclus în ofertă, pentru a opera sub același software și pentru a folosi aceeași tehnologie"*, ca nelegală;

2. Anularea parțială a răspunsului autorității contractante nr. 13126/29.03.2018, ca netemeinic și nelegal, în ceea ce privește menținerea cerinței din caietul de sarcini cu privire la același producător.

În prealabil, petenta menționează că a formulat Notificare prealabilă în temeiul art. 6 și urm. din Legea nr. 101/2016, împotriva documentației de atribuire, notificare ce a inclus două capete de cerere, respectiv unul care viza eliminarea din caietul de sarcini a specificației tehnice prin care se solicită operatorilor economici să oferteze două produse ce intră în componența unui sistem, cu condiția ca produsele să fie obligatoriu produse de către același producător și altul care viza eliminarea „din caietul de sarcini" a cerinței de calificare privind prezentarea unei autorizații de funcționare, eliberată de Ministerul Sănătății, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, în baza Legii nr. 95/2006, modificată prin O.U.G. nr. 2/2014, art. 888.

Arată că, în urma Notificării prealabile, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 13126/29.03.2018, acceptând eliminarea cerinței de calificare din fișa de date privind necesitatea autorizației de funcționare, eliberată de Ministerul Sănătății. Cu privire la această decizie a autorității contractante, petenta precizează că nu înțelege să formuleze contestație, în opinia sa, autoritatea contractantă adoptând soluția legală de eliminarea a acestei cerințe de calificare din fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește decizia autorității contractante privind menținerea specificației tehnice *„de a solicita același producător pentru cele două produse gaz cromatograf și dispozitivul head space",* contestatoarea precizează că a formulat contestația în analiză.

Solicitând *„anularea parțială a răspunsului autorității contractante nr. 13126/29.03.2018, ca netemeinic și nelegal, în ceea ce privește menținerea cerinței din caietul de sarcini cu privire la același producător”,* petenta susține că autoritatea contractantă nu a analizat pe fond niciuna dintre criticile sale de netemeinicie și nelegalitate, care justificau eliminarea acestei specificații tehnice, aducând, în schimb, argumente de natură să completeze, în mod indirect, specificațiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini, aspect pe care-l apreciază ca fiind profund nelegal.

Astfel, arată că autoritatea contractantă a justificat menținerea specificației tehnice prin faptul că *„s-a urmărit achiziționarea unei echipament pentru care să putem beneficia de suport tehnic complet de la producătorul echipamentului prin distribuitorul său din România".*

În opinia contestatoarei, această cerință completează caietul de sarcini de sarcini prin specificații tehnice diferite de cele precizate inițial.

Astfel prin caietul de sarcini se solicită ca furnizorul *„să facă dovada că posedă persoane calificate prin cursuri de service la producător care să poată asigura eficient un service de calitate”,* însă niciunde în caietul de sarcini autoritatea contractantă nu a menționat ca service-ul să fie asigurat de producător prin distribuitorul său din România.

Petenta consideră că producătorul echipamentelor, ce urmează a fi achiziționate, este un terț față de prezenta procedură, neputându-se stabili niciun fel de obligație în sarcina sa și, mai mult, prin prisma, specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, furnizorul este cel care trebuie să asigure suportul tehnic și nu producătorul prin distribuitorul său din România.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației arată că, la nivelul Consiliului, există o practică largă prin care astfel de specificații tehnice, au fost considerate netemeinice și nelegale.

Apreciază că justificarea autorității contractante pentru menținerea acestei specificații tehnice în caietul de sarcini este cu atât mai nelegală, cu cât, prin documentația de atribuire, niciodată nu s-a cerut ca suportul tehnic să fie asigurat de producător prin distribuitorul său din România, aceasta cerință fiind nelegală prin prisma art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, introducând obstacole nejustificate și restrângând în mod nelegal concurența dintre operatorii economici.

Menționând că autoritatea contractantă justifică menținerea cerinței și prin prisma faptului că se dorește și *„funcționarea echipamentelor și asigurarea service-ului în timp util*”, contestatoarea apreciază că acest motiv este netemeinic și nelegal, și solicită Consiliului să îl respingă *„din moment ce, în mod evident, subscrisa și orice operator economic va asigura service-ul în timp util, astfel cum este impus de documentația de atribuire și contractul de furnizare ce va fi semnat, în caz contrar aceasta putând fi obligată de autoritatea contractantă la plata de daune interese”.*

Opinează că, în mod evident, acesta este un motiv netemeinic pentru păstrarea specificației tehnice contestate, din moment ce nu garantează faptul că service-ul va fi asigurat în timp util, doar pentru că cele două produse sunt produse de același producător.

De asemenea, solicită Consiliului *„să înlăture susținerea instanței conform căreia menținerea specificației în caietul de sarcini și folosirea aceluiași software ar face rezultatele obținute «mai sustenabile în fața instanței de judecată, inclusiv din punctul de vedere al modului în care au fost obținute. Un singur software asigurând o trasabilitate mai clară»”*.

Consideră că nu există niciun criteriu obiectiv, care ar putea să asigure autoritatea contractantă de faptul că un sistem care conține 2 produse, gaz cromatograf si dispozitivul head space, construite complet de același producător, ar garanta o sustenabilitate mai mare a rezultatelor în fața instanței.

.... susține că va oferta un sistem, care, deși are în componență două produse construite de producători diferiți, va garanta aceeași sustenabilitate a rezultatelor și o trasabilitate clară a modului în care au fost obținute acestea.

Opinează că, din moment ce pe piață există mai mulți agenți economici care ofertează sistemul ce se dorește a fi achiziționat, prin prezenta procedură, ce au în componență produse construite de producători diferiți, este evident că acestea sunt compatibile și funcționale.

Învederează Consiliului că există mecanisme contractuale, răspunderea furnizorului în executarea contractului, care pot asigura autoritatea contractantă de faptul că produsele achiziționate corespund specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, inclusiv din perspectiva sustenabilității și trasablității rezultatelor, de care autoritatea contractantă poate uza pentru a obține rezultatele dorite.

Astfel, consideră că atâta timp cât ofertantul va prezenta produse ce corespund specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, fară a fi construite de același producător, în ipoteza improbabilă, în care produsele nu ar da rezultate sustenabile, autoritatea contractantă ar putea solicita înlocuirea acestora de către furnizor.

Concluzionând cele expuse, petenta afirmă: *„Ceea ce am dorit să arătăm este faptul că această specificație tehnică, a cărei solicitare o cerem, nu este de natură a garanta o mai bună funcționalitate a produselor, ci din contră încalcă principiul nediscriminării și al tratamentului egal, încălcând totodată art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, motivele autorității contractante nefiind de natură a justifica inroducerea și menținerea lor în caietul de sarcini”.*

În ceea ce privește susținerea autorității contractante potrivit căreia ar fi existat consultări interne care au dus la concluzia că există pe piață mai mulți furnizori, care pot oferta cele două produse construite de un singur producător, aspect ce determină neîncălcarea art. 178 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea arată că, astfel cum

rezultă din fișa de date a achiziției, o consultare de piață prealabilă nu a existat, motiv pentru care, această consultare internă nu este de natură a oferi o perspectivă reală asupra pieței de furnizori din această materie.

Opinează că, în ipoteza în care autoritatea contactantă ar fi dorit să fie corect informată, în asemenea măsură, încât prin specificațiile tehnice propuse să nu aducă atingere principiului liberei concurențe, acesta ar fi putut apela la mecanismul legal în achiziții publice de consultare de piață.

De asemenea, apreciază că această cerință este o specificație tehnică ce intră sub incidența art. 155 alin. (6) din legea nr. 98/2016, invocată în mod corect de societatea sa și nu sub incidența art. 178 din același act normativ, ce se referă la cerințe de calificare privind capacitatea tehnică și profesională. Astfel, susține că nicio clipă nu a analizat această specificație tehnică ca fiind o cerință de calificare privind capacitatea tehnică a societății sale de a asigura service-ul de la producător, din moment ce niciunde nu se solicită acest lucru, iar suportul tehnic urma a fi asigurat de furnizor conform caietului de sarcini și nu de producător.

În pofida acestui fapt, arată contestatoarea, înțelegerea autorității contractante cu privire la propria documentație de atribuire, pare să fie însă cu totul alta, astfel aceasta argumentând că *„nu se poate accepta service-ul de la două firme diferite”*, deși sistemul ce urmează a fi achiziționat are în cuprinsul său două componente gaz cromatograf și dispozitivul head space.

Învederează atât Consiliului, cât și autorității contractante faptul că niciunde în Notificarea prealabilă nu a susținut că va asigura service-ul și suportul tehnic prin două firme diferite, ci doar că în calitate de furnizor, în ipoteza în care va câștiga procedura de atribuire va asigura service-ul pentru cele două produse în cuprinsul sistemului, astfel cum impune caietul de sarcini.

Subliniază faptul că, prin răspunsul la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă, în justificarea refuzului de a elimina specificația tehnică contestată, aduce argumente de natură a modifica caietul de sarcini și înțelesul acestuia, fără ca acestea să fie de natură a justifica, în mod legal, menținerea acestor specificații tehnice.

Având în vedere cele expuse, solicită Consiliului să admită contestația astfel cum aceasta a fost formulată cu privire la ambele capete de cerere.

În ceea ce privește argumentele de fond invocate în cuprinsul Notificării prealabile, petenta arată că, întrucât acestea nu au fost analizate de către autoritatea contractantă, înțelege să le reitereze solicitând Consiliului să le analizeze în pronunțarea deciziei sale.

Astfel, petenta apreciază că specificația tehnică inserată în caietul de sarcini potrivit căreia *„Sistemul (gaz cromatograf și dispozitivul head space) va fi construit complet de producătorul inclus în ofertă, pentru a opera sub același software și pentru a folosi aceeași tehnologie”* este

nelegală și restrictivă, încălcând principiul liberei concurențe, principiul tratamentului egal și principiul nediscriminării prevăzute de art. 2 alin. 2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

Opinează că nu există o justificare reală, obiectivă și legală pentru care sistemul gaz cromatograf și dispozitivul head space să fie construit complet de către un singur producător inclus în ofertă pentru a opera sub același software și pentru a folosi aceeași tehnologie.

În ceea ce privește compatibilitatea și inter-funcționalitatea produselor gaz cromatograf și dispozitivul head space, contestatoarea susține că *„nu este o problemă, dacă nu este produsă de același producător, toți producătorii de repere asigurându-se că aceastea sunt compatibile cu software-ul pe care-l folosesc”.*

De altfel, petenta precizează că va oferta repere compatibile, întrucât, prin ofertă, își asumă funcționarea întregului sistem, iar presupunerea autorității contractante potrivit căreia reperele ar fi produse de către producători diferiți ar fi incompatibile este o presupunere nefondată și nelegală. Contractul de achiziție publică ce urmează a fi încheiat dă autorității contractante posibilitatea ca, în cazul în care reperele nu sunt compatibile, să oblige ofertantul să le înlocuiască cu repere compatibile, deci nu putea exista niciun prejudiciu viitor pentru autoritate.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea redă dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, apreciază că autoritatea contractantă nesocotește prevederile legale imperative în vigoare din Legea nr. 98/2016, respectiv dispozițiile art. 2 alin. (2) lit.a) și b) și art. 155 alin. (6), în procedură fiind discriminați producătorii care nu produc ambele produse, dar care sunt la fel de calitative și acoperă necesitățile autorității contractante, producători aflați în imposibilitatea câștigării contractului, prin impunerea acestei specificații tehnice.

Afirmă că nu prezintă nicio relevanță tehnică de funcționalitate specificația tehnică contestată, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritatea contractantă se pot atinge și de produse care nu sunt realizate de același producător dar care acoperă specificațiile tehnice prestabilite.

În susținerea celor prezentate, autoarea contestației învederează faptul că potrivit art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și art. 42 alin. (2) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice, specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și nu trebuie să aibă ca efect crearea unor obstacole nejustificate, iar o eventuală excludere a societății sale din procedura de atribuire ar reprezenta, în mod evident, un abuz și un obstacol nejustificat.

Față de cele expuse, ... solicită eliminarea din caietul de sarcini a specificației tehnice contestate.

În drept a fost invocat art. 8 și urm din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depue înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 14163/10.04.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 14712/12.04.2018, ... solicită respingerea contestației, precizând faptul că, prin explicațiile oferite, privind solicitarea unui sistem unitar și integrat și nu a unui sistem din părți componente de la diferiți producători, autoritatea contractantă nu a adăugat cerințe suplimentare caietului de sarcini publicat, ci doar a transmis lămuriri cu privire la solicitarea petentei.

Astfel, susține organizatoarea procedurii, faptul că se dorește achiziționarea unui echipament care să aibă suport tehnic disponibil în România nu este o cerință suplimentară, ci acest lucru se subînțelege din solicitarea specificată în caietul de sarcini publicat, respectiv *„Furnizorul trebuie să facă dovada documentară că posedă persoane calificate prin cursuri de service la producător, care să poată asigura eficient un service de calitate”.*

Subliniază faptul că această cerință nu este arbitrară sau abuzivă, ci rezultă din termenul legal în care laboratorul ....ui este obligat să furnizeze raportul de analiză de la primirea probei.

Referitor la *„termenul de interventie în caz de avarie: maxim 72 de ore de la sesizare",* .... precizează că echipamentul achiziționat trebuie să corespundă cerinței de a fi sub suportul tehnic al unui personal calificat pentru service, autorizat de către producător si disponibil in Romania, pentru a nu genera întârzieri în capacitatea de a furniza un rezultat în termenul prevăzut de lege.

Referitor la afirmația contestatoarei potrivit căreia *„(...) în ipoteza improbabilă, în care produsele nu ar furniza rezultate sustenabile, fără a fi construite de același producător, autoritatea contractantă ar putea solicita înlocuirea lor de către furnizor”*, ... precizează că nu își asumă un rezultat greșit din cauza programului software, care nu a putut face concordanțele necesare între parametrii furnizați de cele doua module și nu poate solicita înlocuirea modulelor, în cazul în care s-a furnizat deja un rezultat alterat/greșit către instanța de judecată.

Astfel, întrucât compatibilitatea între cele două module având producători diferiți poate fi precară, organizatoarea procedurii opinează că solicitarea unui singur producător pentru tot sistemul este justificată în situația mai sus menționată.

Autoritatea contractantă concluzionează că nu-i poate fi impusă acceptarea unei soluții de compromis care, pe lângă faptul că nu va putea asigura trasabilitatea, securitatea și integritatea datelor, va putea genera situații în care să solicite înlocuiri de module și componente, generând întârzieri în capacitatea de a furniza un rezultat în termenul prevăzut de lege.

Considerând că nu a încălcat nicio prevedere legală, ... precizează că menține cerința documentației de atribuire potrivit căreia *„Sistemul (gaz cromatograf și dispozitiv head-space) va fi construit complet de producătorul inclus în ofertă, pentru a opera sub același software și pentru a folosi aceeași tehnologie”.*

În probațiune, a fost depus, în copie, documente ale dosarului achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 15517/18.04.2018, ... a transmis documentul intitulat „Concluzii scrise” la punctul de vedere al autorității contractante prin care solicită admiterea contestației și respingerea apărărilor autorității contractante, ca netemeinice și nelegale.

Petenta precizează că nu a contestat prevederile caietului de sarcini privind asigurarea serviciilor de service, ci se va supune acestor prevederi, asigurând service-ul și garanția în termen de 72 ore de la solicitare.

Contestoatoarea precizează că are o sucursală în România cu personal specializat pentru a asigura service-ul in termen de 72 de ore, astfel cum prevede caietul de sarcini.

Astfel, apreciază ca fiind netemeinică şi nelegală susţinerea autorităţii conform căreia numai un producător care produce ambele componente ale sistemului poate asigura un service în termen de 72 de ore, din moment ce societatea sa are această capacitate profesională şi va asigura service-ul conform caietului de sarcini.

În opinia petentei, întreaga argumentaţie a autorităţii contractante se bazează pe presupuneri, fără a putea fi susţinute de motive temeinice şi legale.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia *„Compatibilitatea între două module având producători diferiţi poate fi precară",* contestatoarea apreciază că este nesusţinută de nicio dovadă, întrucât societatea sa foloseşte sistemul gaz cromatograf și dispozitivul head space, produse de doi producători diferiţi de ani de zile, livrând aceste produse din componenţa sistemului, la mai multe spitale, care folosesc sistemul fără a avea nicio problemă de compatibilitate sau de alterare a rezultatelor obținute.

În opinia contestatoarei, raportat la cele prezentate, cerinţa contestată rămâne la fel de nelegală, raportată la circumstanţele reale de fapt, la specificaţiile tehnice ale produselor ce urmează a fi respectate în integralitate.

Reiterează faptul că cerința referitoare la cele două produse ce intră în componența sistemului să fie produse de același producător este vădit nelegală, încălcând dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia nu i se poate impune *„o soluţie de compromis, care pe lângă că nu va asigura trasabilitatea, securitatea şi integritatea datelor (...) va putea genera situaţii (...) în care solicităm înlocuiri de module şi componente, generând întârzieri în capacitatea de a furniza un rezultat în termenul prevăzut de lege”,* petenta consideră că acestea sunt simple presupuneri ale autorităţii contractante cu privire la modul de funcţionare al sistemului ce urmează a fi ofertat de către societatea sa.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată - într-o singură etapă, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Echipament pentru analiza automată a alcoolemiei – gaz cromatograf”,* cod CPV 38432210-7 cromatografe de gaz (Rev. 2), prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. ....., atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

Valoarea estimată a contractului de furnizare este 285.700,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost *„prețul cel mai scăzut”.*

La data de 26.03.2018, în temeiul dispoziţiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, ... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă înregistrată sub nr. 12514/27.03.2018 solicitând:

1.eliminarea din caietul de sarcini a specificației tehnice prin care se solicită operatorilor economici să oferteze două produse ce intră în componența unui sistem, cu condiția ca produsele să fie obligatoriu produse de către același producător;

2. eliminarea din fișa de date a cerinței de calificare privind prezentarea unei autorizații de funcționare, eliberată de Ministerul Sănătății, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, solicitată în baza Legii nr. 95/2006, actualizată.

.... a răspuns la notificarea prealabilă formulată de ...., prin adresa nr. 13126/29.03.2018 precizând că este de acord cu eliminarea cerinței de calificare din fișa de date privind necesitatea prezentării autorizației de funcționare, eliberată de Ministerul Sănătății dar că va menține cerința caietului de sarcini privind specificația tehnică *„sistemul (gaz cromatograf si dispozitiv head-space) va fi construit complet de producătorul inclus in oferta”.*

La data de 02.04.2018, ... a transmis Consiliului, prin e-mail, contestația nr.13330/03.04.2018, care formează obiectul dosarului nr. 1100/2018, formulând critici cu privire la documentația de atribuire în ceea ce privește nelegalitatea cerinței precizate în caietul de sarcini referitoare la condiția impusă de autoritatea contractanta care a solicitat ca *„Sistemul (gaz cromatograf si dispozitiv head-space) va fi construit complet de producătorul inclus in oferta”,* solicitând eliminarea acestei cerințe și anularea parțială a răspunsului nr.13126/29.03.2018 la Notificarea prealabilă.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Prin contestația promovată, ... urmărește obținerea modificării prevederilor documentației aferente procedurii derulată în vederea încheierii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Echipament pentru analiza automată a alcoolemiei – gaz cromatograf”,* constituite de:

- eliminarea, din cadrul caietului de sarcini a specificației tehnice potrivit căreia *„Sistemul (gaz cromatograf și dispozitivul head space) va*

fi construit complet de către producătorul inclus în ofertă, pentru a opera sub același software și pentru a folosi aceeași tehnologie", cerinţă menţinută ca atare de autoritatea contractantă și în urma clarificărilor dar si a răspunsului la notificarea prealabilă promovată de contestatoare conform prevederilor art. 6 din Legea nr.101/2016.

Având în vedere criticile contestatoarei referitoare la conținutul caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire, în ceea ce privește specificația tehnică precizată mai sus, Consiliul va reține că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca produsul echipament pentru analiza automată a alcoolemiei – **gaz cromatograf** ce va fi achiziționat să fie un sistem oferit pentru determinarea alcoolemiei, format din: cromatograf de gaze, sistem automat pentru introducerea probelor prin tehnica head space, injector split/splitless, conector Y pentru splitarea debitului, două coloane cromatografice pentru alcoolemie (determinare și confirmare), două detectoare cu ionizare in flacara (FID), astfel încât *„sistemul (gaz cromatograf si dispozitiv head-space) va fi construit complet de producătorul inclus in oferta, pentru a opera sub acelaşi software si pentru a folosi aceeaşi tehnologie".*

Analizând această cerințe, argumentele autorităţii contractante în sprijinul susţinerii sale, care au fost de maniera:

- *„s-a urmărit achiziționarea unei echipament pentru care să **putem beneficia de suport tehnic complet** de la producătorul echipamentului prin distribuitorul său din România*";

- *„sistemul solicitat va fi utilizat pentru determinarea alcoolemiei din sânge, și, de aceea**, rezultatele trebuie să fie sustenabile în instanța de judecată,** inclusiv din punct de vedere al modului cum acestea au fost obținute";*

- *„**un software unitar care să controleze întreg sistemul** este esențial pentru a oferi o trasabilitate clară a modului cum au fost obținute rezultatele";*

- ***oferă ușurința în utilizarea sistemului**, fără a fi nevoit de a trece de la un software la altul pentru a controla toate modulele unui singur sistem";*

- *„fiind vorba de **un singur aparat alcătuit din două componente** care operează împreună ca un tot unitar nu putem accepta service-ul de la două firme diferite";*

vor fi analizate de Consiliul prin raportare la următoarele dispoziţii legale incidente:

Legea nr. 98/2016:

-art. 49-50 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora: *„**art. 49** Autorităţile contractante **au obligaţia să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională**. **art. 50**. **- (1)** Autorităţile contractante nu vor concepe sau structura achiziţiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispoziţiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenţei.*

(2) *În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenţei în cazul în care achiziţia ori elemente ale acesteia sunt* ***concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiţi operatori economici.****"*;

-art. 155. alin. (1) si (6) - *„(1) Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire* şi *definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei*. *(6) Specificaţiile tehnice trebuie* să *permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici".*

Având în vedere necesitatea ....UI .... de a achiziționa un echipament care va fi utilizat pentru determinarea alcoolemiei din sânge astfel încât rezultatele furnizate de acesta să fie sustenabile deoarece sunt folosite ca mijloc de probă în justiție, Consiliul constată că, prin intermediul acestui echipament -**cromatograf de gaze** – autoritatea contractantă dorește să obțină o analiză prin metoda gaz-cromatografică utilizând tehnica „head-space" astfel încât **să identifice dozarea alcoolului etilic din sânge**.

Considerând că utilizarea prin metoda cromatografiei în fază gazoasă privind determinarea alcoolemiei din sânge trebuie urmată de procedura validării acesteia, autoritatea contractantă a apreciat că, prin impunerea cerinței ca echipamentul *„(gaz cromatograf si dispozitiv head-space)"* să fie construit ***„complet de producătorul inclus in ofertă"***, va beneficia de:

-un suport tehnic de la producătorul echipamentului prin distribuitorul său în România;

-un singur software care va controla întregul sistem (cromatograful de gaze si dispozitivul head-space) și care va oferi trasabilitatea clară a modului cum au fost obținute rezultatele;

-un service autorizat ce va fi asigurat de o firmă, ținând cont că achiziționează un singur echipament format din două componente: gaz cromatograf și dispozitivul head space, care operează împreună ca un tot unitar.

Se reţine astfel că, prin sistemul descris în caietul de sarcini, autoritatea contractantă dorește să obțină o soluție unitară, astfel încât acesta, prin softul său să permită:

„-un sistem de date cromatografice care sa asigura managementul tuturor proceselor analitice, de la controlul instrumentului, la stocarea si prelucrarea datelor, pana la generarea rezultatelor finale;

*-**controlul total al modulelor echipamentelor** (cromatograful de gaze, autosampler-ul etc);*

*-**achiziţia de date si prelucrarea acestora**;*

-editarea metodelor de lucru si tuturor parametrilor de operare ai echipamentului;

-editarea si configurarea rapoartelor de analiza;

-includerea de rapoarte predefinite adaptabile pentru necesitatile utilizatorului;

-includerea unor algoritmi de detectare si integrare automată a peak-urilor;

-implementarea metodei de determinare a alcoolemiei cu validare."

Analizând criticile formulate de ...., Consiliul constată faptul că acest operator economic dorește să participe la procedura organizată de ...., doar că sistemul integrat de tip gaz cromatograf cu detectori de ionizare în flacără și headspace pentru determinarea conținutului de alcool etilic din probe de sânge, pe care îl deține, nu corespunde cerințelor tehnice precizate de achizitoare în documentația de atribuire, deoarece componentele gaz cromatograf și autosampler headspace nu le poate oferta de la același producător.

Contestatoarea susține că, deși are în componență două produse construite de producători diferiți, va garanta aceeași sustenabilitate a rezultatelor și o trasabilitate clară a modului în care au fost obținute acestea iar, în ipoteza improbabilă, în care produsele nu ar furniza rezultate sustenabile, autoritatea contractantă ar putea solicita înlocuirea acestora.

Astfel, Consiliul va reține că nicăieri, ..., prin criticile formulate nu aduce argumente care să probeze faptul că cele două componente ale sistemului ce urmează a fi achiziționat de autoritatea contractantă, fabricate de producători diferiți pot furniza o soluție unitară privind determinarea alcoolemiei din sânge astfel cum a fost descrisă în caietul de sarcini, respectiv *„transferul probei din fiola sa se faca prin presurizare cu gaz inert prin intermediul unei bucle calibrate de injecţie (standard 1 ml) si traseul parcurs de proba sa fie inert.”*

Totodată, Consiliul nu va reține nici afirmațiile contestatoarei potrivit cărora *„Ceea ce am dorit să arătăm este faptul că această specificație tehnică, a cărei solicitare (înlăturare!-n.n.) o cerem, nu este de natură a garanta o mai bună funcționalitate a produselor, ci din contră încalcă principiul nediscriminării și al tratamentului egal, încălcând totodată art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, motivele autorității contractante nefiind de natură a justifica inroducerea și menținerea lor în caietul de sarcini”* deoarece în lipsa prezentării argumentelor care să probeze faptul că rezultatele analizelor ce urmează a fi efectuate în vederea stabilirii alcoolemiei din sânge pot fi realizate cu două componente, produse de companii diferite în ceea ce privește compatibilitatea și inter-funcționalitatea produselor gaz cromatograf și dispozitivul head space.

Totuși, în raport de dispozițiile art.10 lit.g) din Legea nr.101/2016, conform cărora sarcina probei revine petentei, ... nu a prezentat niciun mijloc probant care să ateste faptul că echipamentul său este validat și/sau atestat conform vreunuia dintre standardele relevante domeniului, încât varianta constructivă realizată prin configurare cu elemente componente provenite de la diverși producători să fi atestată ca viabilă.

Faptul că cerința impusă de autoritatea contractantă nu a fost de natură să influențeze concurența rezultă din Procesul-verbal intermediar nr.1, înregistrat sub nr.15256/19.04.2018, în care este menționată depunerea a 4 oferte, ceea ce semnifică asigurarea unui nivel corespunzător al concurenței în cadrul procedurii de atribuire.

Consiliul, concluzionează că autoritatea contractantă, prin caietul de sarcini a impus o serie de cerințe ale echipamentului dorit a se achiziționa și ținând cont de diferențele de performanțe ale echipamentelor disponibile comercial, **pentru a opera sub același software,** a solicitat ca sistemul ce urmează să-l achiziționeze, în ceea ce privește cele două module: gaz cromatograf și dispozitivul head space **să fie produs de același producător** aducând argumente concludente care au fost reținute ca pertinente.

Întrucât cerinţa criticată prin contestaţie este impusă cu scopul de a folosi rezultatele obținute privind determinarea alcoolemiei din sânge, ca probă în instanță, care trebuie să fie sustenabile, exacte, Consiliul, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestaţia formulată de către ....., în contradictoriu cu ....

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ...., cu sediul în ...., cu domiciliul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură în ...., în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.