

**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. 1298/C3/1325**

**Data: 17.06.2021**

Prin contestația nr. 4187/28.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 28011/31.05.2021, înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., str. ...., ....., înregistrată în registrul comerțului cu nr. ...., având CUI ....., reprezentată legal de ....., director LCS, formulată împotriva documentației de atribuire aferente lotului 1 – Echipamente medicale și lotului 2 – Echipamente ATI, elaborată de autoritatea contractantă ....., cu sediul în ....., ....., județul ....., în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Echipamente medicale și echipamente de protecție pentru proiectul Creșterea capacității Spitalului Orășenesc ..... de gestionare a crizei sanitare COVID-19”, ce a fost inițiată cu anunțul de participare nr. CN1031018/18.05.2021, s-a solicitat, .....

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

Prin contestația nr. 4187/28.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 28011/31.05.2021, ..... SRL atacă unele prevederi ale documentației de atribuire aferente lotului 1 - Materiale sanitare pentru testarea aparatelor de sterilizare și lotului 2 – Materiale sanitare pentru împachetare și validarea procesului de sterilizare, elaborată de autoritatea contractantă SPITALUL CLINIC DE URGENȚĂ ....., în procedura mai sus amintită, considerându-le nelegale, disproporționate și abuzive.

Contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă (i) a structurat loturile 1 și 2 alăturând echipamente cu funcționalități fundamental diferite și (ii) a stabilit prin caietul de sarcini o serie de parametri tehnici care nu se justifică, din punct de vedere tehnico-

științific, care îngădesc accesul la procedură pentru toți producătorii consacrați ai echipamentelor medicale de tipul celor care fac obiectul loturilor 1 și 2 și care favorizează anumiți producători (..... și .....), conduită ce este contrară principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Astfel, contestatoarea arată că autoritatea contractantă dorește să achiziționeze într-un singur lot (lotul 1 și, respectiv, lotul 2) diverse tipuri de echipamente cu funcționalități fundamental diferite și care nu prezintă similitudini de natura să-i confere dreptul de a le combina în obiectul unui lot de sine stătător, așa cum prevede art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Analizând categoriile de produse și specificațiile tehnice incluse în configurația caietului de sarcini, se observă că acestea nu sunt similare, ci fundamental diferite, atât din punctul de vedere al naturii, cât și a scopului pentru care sunt utilizate, având coduri CPV și funcționalități diferite.

Or, arată contestatoarea, inclusiv Consiliul a reținut că autoritățile contractante au obligația de a stabili obiectul loturilor într-o manieră obiectivă, astfel încât să asigure posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor operatori economici (decizia nr. 248/C10/117 din 01.02.2017; deciziile identificate la adresele: [http://www.cnscl.ro/wp-content/uploads/bo/2014/B02014\\_2938.pdf](http://www.cnscl.ro/wp-content/uploads/bo/2014/B02014_2938.pdf); [http://www.cnscl.ro/wp-content/uploads/bo/2013/B02013\\_2223.pdf](http://www.cnscl.ro/wp-content/uploads/bo/2013/B02013_2223.pdf); <http://portal.cnscl.ro/buletinoficial.html?a=search&DPD:NumarBuletinSite=B0201910606t#>).

În aceste condiții, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în reconfigurarea obiectului achiziției aferent loturilor 1 și 2, astfel:

(i) împărțirea echipamentelor medicale - obiect al lotului 1 - *Echipamente medicale*, în trei loturi distincte:

1. Monitoare:

- Monitor pacient, multiparametric, inclusiv EKG, presiune arterială non invazivă (Nibp), saturație oxigen (SpO2) adulți;
- Monitor pacient, multiparametric, inclusiv EKG, presiune arterială non invazivă (Nibp), saturație oxigen (SpO2) sugari;
- Monitor pacient, multiparametric, inclusiv EKG, presiune arterială non invazivă (Nibp), saturație oxigen (SpO2) nou născuți;

2. Ecografe:

- Ecograf doppler color - cu sondă convexă cu frecvență variabilă, cu sondă liniară cu frecvență variabilă și sondă de cord cu frecvență variabilă;

- Eco doppler color cu o sondă convexă și o sondă endovaginală;

3. Alte echipamente medicale:

- Holter EKG;
- Holter TA;
- Detector de venă;

- Videocolposcop;
- Injectomate;
- Termometru cu infraroșu;
- Pulsoximetru portabil cu cablu și senzor adulți;
- Pulsoximetru portabil cu cablu și senzor copii;
- Pulsoximetru portabil cu cablu și senzor sugari;
- Pulsoximetru portabil cu cablu și senzor nou născuți;
- Pompă de perfuzii cu accesorii;
- Electrocardiograf, portabil cu accesorii;
- Pompă de aspirație electrică cu accesorii;
- Defibrilator bifazic cu posibilitatea de pacing;

(ii) împărțirea echipamentelor medicale - obiect al lotului 2 - *Echipamente ATI*, în patru loturi distincte:

1. Ventilator pentru pacient terapie intensivă, pentru copii și adulți, cu circuite de respirație și interfață pacient;
2. Ventilator pentru pacient transport, adulți și copii, cu circuite de respirație și interfață pacient;
3. Aparat de anestezie cu monitor pentru funcții vitale și capnografie;
4. Alte echipamente medicale:
  - CPAP, cu tuburi și interfețe pentru pacient și accesorii, adulți și copii;
  - Laringoscop, FO, diametru 28 mm;
  - Videolaringoscop cu lame și accesorii;
  - Analizator de gaze în sânge, portabil, cu cartușe și soluții de control;
  - Masă operatorie;
  - Masă ginecologică- sală de nașteri și examinare cu 3 motoare;
  - Masă radiantă reanimare nou născuți;
  - Lampă LED sală de operație cu sistem video;
  - Sistem de compresii pneumatice venoase intermitente;
  - Fierăstrău electric oscilant pentru oase mari;
  - Aparat de încălzire rapidă a soluțiilor perfuzabile;
  - Bilirubinometru transcutanat.

În continuare, procedând la analiza cerințelor minime din caietul de sarcini, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a stabilit, în mod arbitrar și cu rea-credință, mai multe specificații tehnice ce blochează accesul său, cât și al altor producători de renume, nefiind asigurată o concurență reală între operatorii economici, așa cum dispune spiritul legii în materia achizițiilor publice, conducând, în final, la cheltuiri ineficiente a fondurilor publice.

Astfel, contestatoarea reclamă, privitor la monitoarele pacient, multiparametric, inclusiv EKG (pozițiile 6, 7 și 8 din cadrul lotului 1), faptul că autoritatea contractantă a solicitat funcții prezente, exclusiv, pe echipamentele model ePM 10M și 12M produse de ..... (fișa tehnică a

echipamentului ePM 10M/12M fiind disponibilă la adresa <https://www.....com/en/product/ePM%E2%84%A2Series.html>).

În ceea ce privește cerințele tehnice obligatorii ale aparatului de anestezie cu monitor pentru funcții vitale și capnografie (poziția 11 din cadrul lotului 2), autoritatea contractantă a solicitat funcții prezente, exclusiv, pe echipamentele de anestezie produse de .....

Or, susține contestatoarea, autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili discreționar specificațiile tehnice astfel încât, de fapt, să arate intenția reală de a achiziționa exclusiv un echipament produs de un anumit producător.

Prin adresa nr. 3546/07.06.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 29511/08.06.2021, autoritatea contractantă a înaintat punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată. Prin acesta, autoritatea contractantă precizează că, la alegerea procedurii, a ținut cont, conform dispozițiilor art. 17 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, de scopul pentru care realizează achiziția și de necesitatea pe care urmează să o acopere efectuarea acestei achiziții. Necesitatea achiziției a fost stabilită prin proiectul cu finanțare nerambursabilă din POIM „Creșterea capacității Spitalului Orășenesc ..... de gestionare a crizei sanitare COVID - 19" cod SMIS 141240, aprobat prin contractul de finanțare nr. 512/30.03.2021 și constă în asigurarea echipamentelor medicale și de protecție necesare pentru tratamentul pacienților cu infecție COVID - 19 și pentru gestionarea situației de urgență provocată de criza COVID - 19, la nivelul Spitalului Orășenesc .....

Având în vedere numărul mare de produse ce fac obiectul achiziției și ținând cont de dreptul conferit de art. 141 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a recurs la împărțirea achiziției în 6 loturi, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale, astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii. Astfel, a stabilit 6 categorii de echipamente cu utilizare similară, după cum urmează:

- Lot 1 - *Echipamente medicale* - ce vor fi utilizate pentru depistarea și monitorizarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2 sau suspecte de a fi infectate;

- Lot 2 - *Echipamente ATI* - ce vor fi utilizate pentru tratarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2 în cadrul secției de ATI;

- Lot 3 - *Dispozitive și mobilier medical* - pentru dotarea secțiilor ce vor trata persoane infectate cu virusul Sars-Cov-2 sau suspecte de a fi infectate;

- Lot 4 - *Radiologie* - pentru diagnostic și screening afectare pulmonară pentru pacienții suspecți Covid;

- Lot 5 - *Instalație oxigen* - pentru administrarea de oxigen/gaze medicale pacienților cu insuficiență respiratorie;

- Lot 6 - *Echipamente de protecție* - pentru limitarea răspândirii virusului Sars Cov-2.

Pentru a permite participarea cât mai multor ofertanți la procedură, autoritatea contractantă a acceptat implicarea în toate formele prevăzute de lege (asociere, subcontractanți, terți susținători) și nu a limitat numărul de loturi la care poate depune oferta un singur ofertant.

De asemenea, pentru eliminarea oricăror confuzii și interpretări cu privire la cerințele minime solicitate, în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini, a precizat că *Orice referire în documentele achiziției care indică o anumită origine, sursă, producție, producător, procedeu special, un standard, un normativ, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, sunt menționate doar cu scopul de a identifica cu ușurință tipul de produs/serviciu ca și concept și nu au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse/servicii/lucrări. Aceste specificații vor fi considerate ca având mențiunea de „sau echivalent”, iar ofertantul are obligația de a demonstra echivalența produselor/serviciilor/lucrărilor aferente cu cele solicitate, dacă este cazul. Având în vedere prevederile Directivei 18/2004 și Directivelor 2014/24/UE, respectiv 2014/25/UE, specificațiile tehnice din cadrul documentației de atribuire care fac trimitere la standarde naționale sau la transpunerile unor standarde europene se vor citi „sau echivalent”.*

Faptul că echipamentele au specificații diferite nu înseamnă că nu sunt similare. Similaritatea s-a stabilit în funcție de utilizarea produselor, care este identică sau similară, iar împărțirea pe loturi s-a realizat în funcție de categoriile de produse în care se încadrează.

Conform nevoilor identificate și a specificațiilor stabilite pentru acoperirea acestora, echipamentele ce fac obiectul lotului 1 vor fi utilizate pentru depistarea și monitorizarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2 sau suspecte de a fi infectate, arată autoritatea contractantă.

Mai mult decât atât, la momentul identificării necesității de achiziție a echipamentelor, a fost obținut avizul Ministerului Sănătății nr. 12605/19.11.2020, prin care ministerul confirmă necesitatea achiziționării echipamentelor cu scopul de gestionare a crizei sanitare *Covid*. Așadar, aparatele vor fi folosite pentru atingerea aceluiași scop, sens în care au fost stabilite și caracteristicile minime necesare.

Pe de altă parte, echipamentele ce fac obiectul lotului 2 vor fi utilizate pentru tratarea persoanelor infectate cu virusul SARS-Cov-2, în cadrul secției de anestezie și terapie intensivă (ATI). Așadar, este clar că aparatele acoperă aceeași necesitate și sunt destinate unor utilizări identice sau similare. Or, contestatoarea solicită ca inclusiv ventilatoarele pentru pacienți - pozițiile 3 și 4 din lotul 2, să fie incluse în loturi diferite, acestea neavând nici măcar coduri CPV distincte. Similaritatea celor două aparate este mai mult decât evidentă, inclusiv din denumirea aparatelor (*Ventilator pentru pacient terapie intensivă, pentru copii și adulți, cu*

*circuite de respirație și interfață pacient - poz. 3 și Ventilator pentru pacient transport, adulți și copii, cu circuite de respirație și interfață pacient - poz. 4).*

De altfel, în faza de analiză a pieței și de scriere a proiectului cu finanțare nerambursabilă, autoritatea contractantă a primit oferte din piață pentru toate echipamentele (toate loturile licitației), de la același furnizor. Tot pentru a se convinge de posibilitatea participării a cât mai multor ofertanți, autoritatea contractantă a consultat achizițiile atribuite prin intermediul SEAP și a constatat că produsele licitate, așa cum au fost împărțite pe loturi, fac parte din gama normală de produse ofertate de către operatori economici ce participă la proceduri de atribuire.

Dacă echipamentele nu ar fi similare, conform definiției date de lege, autoritatea contractantă ar putea achiziționa produsele direct sau prin procedură simplificată, ceea ce ar înlesni considerabil procesul de achiziție a echipamentelor și ar duce la atingerea nevoilor identificate într-un timp mult mai scurt.

Așadar, echipamentele medicale cuprinse în loturile 1 și 2 îndeplinesc condițiile de similaritate prevăzute de lege, autoritatea contractantă nefiind obligată să divizeze loturile după preferințele contestatoarei doar pentru că aceasta nu produce sau comercializează toate produsele solicitate.

Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințele documentației de atribuire în funcție de portofoliul fiecărui ofertant de pe piață, scopul nefiind acela de comercializare a produselor din portofoliul fiecărui ofertant, ci de acoperire a nevoilor identificate, pentru care a inițiat achiziția și pentru care s-a convins, în etapa de analiză a pieței, că există mai mulți operatori economici care pot participa la procedură.

Față de criticile contestatoarei potrivit cărora, prin cerințele tehnice din fișele de date pentru monitoare, s-au solicitat funcții prezente exclusiv pe echipamentele model ePM10 și ePM12, dincolo de faptul că nu a fost demonstrat caracterul lor exclusiv, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt, de fapt, funcții pe care le deține orice monitor de pacient, de acest nivel, indiferent de producător.

În acest sens, autoritatea contractantă enumeră câteva link-uri unde se găsesc aparate de la producători cu activitate constantă în acest sector și care îndeplinesc cerințele tehnice contestate: <https://www.usa.philips.com/healthcare/product/HC866066/intellivue-mx550-patient-monitor>; <https://en.northernmeditec.com/displav.php?id=33>; [https://www.edan.com/product/i/PM\\_elite\\_V\\_Series.html](https://www.edan.com/product/i/PM_elite_V_Series.html); <https://www.gehealthcare.com/products/patient-monitoring/patient-monitors/carescape-monitor-b650>.

Autoritatea contractantă a solicitat, pentru aceste funcții, încadrarea în intervale de performanță numerice sau valori minime/maxime. De exemplu, se solicită ca valoarea măsurată a pulsului să se încadreze în interiorul intervalului 15-350 bătăi/minut.

În același timp, autoritatea contractantă reclamă faptul că autoarea contestației nu a probat presupusul caracter exclusivist al cerințelor minime solicitate pentru aparatul de anestezie cu monitor pentru funcții vitale și capnografie - poz. 11 din lotul 2 (fișa tehnică 64):

- să fie echipat cu un ventilator acționat electric și controlat electronic;

- în cazul unei defecțiuni la alimentarea cu gaze medicale, aparatul să poată ventila cu aer din mediul înconjurător.

Or, cerința de acționare electrică a ventilatorului a fost stabilită în funcție de necesitățile autorității contractante, această cerință fiind extrem de importantă pentru siguranța pacientului, atunci când aparatul de anestezie rămâne fără alimentare cu gaze, acesta trebuie să aibă modul *tidal* setat. Pe de altă parte, în faza de analiză a pieței, autoritatea contractantă a constatat că există cel puțin 2 producători cu activitate constantă în acest sector care produc echipamente ce îndeplinesc această cerință (....., .....).

Totodată, arată autoritatea contractantă, cerința privind dimensiunea ecranului aparatului de anestezie este contestată pentru faptul că poate fi îndeplinită cu costuri mai mari și nu pentru exclusivitatea ei.

În ceea ce privește cerințele, potrivit cărora, aparatul: să treacă automat în mod *sleep* (economic) dacă nu este utilizat; să fie prevăzut cu funcție de pornire automată; sistem compact de respirație; să fie autoclavabil la 134 °C; să asigure decuplarea gazului proaspăt, PEEP și limitarea presiunii; să fie fixat pe echipamentul de anestezie printr-un braț articulat reglabil pe înălțime, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt condiții minime, caracteristicile superioare fiind acceptate.

Autoritatea contractantă susține că specificațiile produselor contestate nu sunt unice, iar faptul că acestea apar în broșura unui producător nu înseamnă, automat, că numai acesta le-ar îndeplini. Toate aparatele care îndeplinesc cerințele, conțin aceste specificații în broșura/cartea tehnică a produsului. Or, contestatoarea trebuia să dovedească, în prealabil, caracterul restrictiv al produselor, mai exact să demonstreze că nu există alte produse cu caracteristici tehnice care să se încadreze în intervalele menționate în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă consideră că autoarea contestației s-a limitat la susțineri generice, potrivit cărora, anumite valori ale parametrilor tehnici ar fi specifice doar unui producător, fără a aduce vreo probă care să demonstreze faptul că respectivele specificații tehnice ar reprezenta o anumită tehnologie/marcă/brevet etc.

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

Autoritatea contractantă ..... a inițiat la 18.05.2021 o licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de furnizare „Echipamente

medicale și echipamente de protecție pentru proiectul Creșterea capacității Spitalului Orășenesc ..... de gestionare a crizei sanitare COVID-19”, defalcată pe șase loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1031018 și a documentației de atribuire.

În legătură cu modul de stabilire a componenței loturilor, dar și a unor specificații tehnice ale produselor pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze, în cadrul lotului 1 – Echipamente medicale și al lotului 2 – Echipamente ATI, ..... SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând, .....

În temeiul dispozițiilor art. 22 alin. (1) și art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire a loturilor 1 și 2, formulată de contestatoare și a decis suspendarea procedurii, aferent acestor loturi, până la soluționarea cauzei pe fond (Încheierea nr. 1451/C3/1325 din 02.06.2021).

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61<sup>1</sup> alin. (2<sup>1</sup>) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207234391/1, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 28.05.2021, în valoare de 75.567 lei.

Consiliul are în vedere că susținerile de nelegalitate și netemeinicie a caietului de sarcini, în partea ce privește loturile 1 și 2, sunt formulate de contestatoare pentru a releva o pretinsă limitare a participării în competiție, prin stabilirea componenței obligatorii a loturilor cu asocierea forțată a unor echipamente care ar avea funcții total diferite, dar și prin utilizarea unor specificații tehnice precise, care ar aparține unor produse consacrate.

În opoziție cu susținerile contestatoarei, autoritatea contractantă reamintește că a ținut cont de scopul achiziției, respectiv acela de dotare a sa cu aparatura pentru combaterea crizei Covid-19, precum și de urgența achiziției, rezultând din situația pandemică actuală și, mai ales, de termenul foarte scurt de implementare a proiectului, din cadrul programului de finanțare POIM 2014-2020, al cărui beneficiar este. În acest context, apreciază că organizarea în altă manieră a procedurii ar conduce la riscul de depășire a termenului de implementare, adică la pierderea finanțării nerambursabile.

Din analiza comparativă a susținerilor, Consiliul constată că ambele părți invocă textul art. 18 din Legea nr. 98/2016, în privința înțelesului dat sintagmei ”produse similare”, pe baza căreia se poate organiza achiziția unor produse ce pot fi asociate obligatoriu (într-un singur lot/contract).

În același timp, Consiliul constată că solicitările contestatoarei de redimensionare a loturilor se bazează, exclusiv, pe destinația primară a echipamentelor componente, în sensul alocării lor spre o activitate clinică diferită, iar autoritatea contractantă justifică alegerea componenței loturilor spre satisfacerea nevoii sale de utilizare a componentelor

acestora în cadrul unei activități generale, asociate scopului pentru care a obținut finanțarea, adică pentru "depistarea și monitorizarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2 sau suspecte de a fi infectate" (lotul 1), respectiv pentru "tratarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2, în cadrul secției de Anestezie și Terapie Intensivă" – ATI (lotul 2).

Conform susținerilor din punctul de vedere la contestație, *"au fost stabilite 6 categorii de echipamente cu utilizare similara, dupa cum urmeaza:*

*- Lot 1 - Echipamente medicale - ce vor fi utilizate pentru depistarea si monitorizarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2 sau suspecte de a fi infectate; Lot 2 - Echipamente ATI - ce vor fi utilizate pentru tratarea persoanelor infectate cu virusul Sars-Cov-2 in cadrul secției de ATI;*

*- Lot 3 - Dispozitive si mobilier medical - pentru dotarea secțiilor ce vor trata persoane infectate cu virusul Sars-Cov-2 sau suspecte de a fi infectate;*

*- Lot 4 - Radiologie - pentru diagnostic si screening afectare pulmonara pentru pacienții suspecti Covid;*

*- Lot 5 - Instalatie oxigen - pentru administrarea de oxigen/gaze medicale pacienților cu insuficienta respiratorie;*

*- Lot 6 - Echipamente de protectie - pentru limitarea raspandirii virusului Sars Cov-2".*

Conform justificărilor din cererea de finanțare, anexă a contractului de finanțare, "Aparatura medicala solicitata in cadrul acestui proiect este necesara pentru tratamentul, diagnosticarea pacientilor suspecti/confirmati Covid 19, precum si pentru respectarea circuitelor in vederea limitarii rapandirii infectiei cu virusul SARS Cov 2.

Aparatura solicitata pentru Blocul operator este utilizata pentru interventii chirurgicale la pacienti suspecti COVID 19 (cu respectarea circuitelor epidemiologice).

Dotarile solicitate pentru sectii/compartimente/cabinete din ambulatoriu au ca scop diagnosticarea, tratarea si prevenirea complicatiilor la pacientii suspecti/confirmati Covid-19, avand in vedere infintarea de noi circuite (Camera de garda-triaj, zona tampon la nivelul sectiilor). Aparatul de radiologie solicitat este necesar pentru screening si diagnosticarea pacientilor suspect/confirmat Covid 19, spitalul având in dotare doar un singur aparat de radiologie".

Din analiza comparativă a acestor justificări, Consiliul constată că, în fapt, cele ce privesc modalitatea de constituire a lotului 1 coincid, în timp ce justificările privitoare la componența lotului 2 sunt diferite.

Nevoile identificate de autoritatea contractantă, încă înainte de obținerea finanțării, privesc un scop general, care este comun cu titlul dat achiziției/obiectului viitoarelor contracte "Creșterea capacității Spitalului Orășenesc ..... de gestionare a crizei sanitare COVID-19"

Lot 1-6, conform secțiunii specifice a fișei de date a achiziției/anunțului de participare: II.1 Obiectul achiziției.

Echipamentele incluse în cadrul lotului 1 sunt destinate asigurării unei activități care trebuie să aibă o coerență funcțională de netăgăduit, adică pentru depistarea și monitorizarea persoanelor infectate/suspecte de infectare cu virusul SARS-COV 2 (precum activitatea din camera de gardă/triaj sau zonele tampon). Deși ele au caracteristici funcționale adecvate unor metode de investigare/monitorizare diferite, acestea sunt complementare în utilizare, nu în funcționare. Or, scopul achiziției lor în comun depășește interesul comercial al diferiților furnizori/producători, de a participa individual, cu oferte care să conțină doar aparate și/sau echipamente similare sau destinate unei singure metode de investigare clinică.

În schimb, componența lotului 2 este evident mai diversă decât titlul lotului sau destinația pretinsă de achizitor: *Lot 2 - Echipamente ATI*. În cadrul acestui lot au fost cuprinse și echipamente ce nu vor fi utilizate în cadrul secției de ATI, precum: *Masă operatorie; Lampă LED sală de operație cu sistem video; Masă ginecologică- sală de nașteri și examinare cu 3 motoare; Fierăstrău electric oscilant pentru oase mari; Bilirubinometru transcutanat* etc. Acestea par a avea destinații diferite de activitatea de ATI, concordante și cu justificările din cererea de finanțare, adică fie în blocul operator, fie în secția de nou-născuți sau alte compartimente ale spitalului.

Consiliul consideră că, în fapt, autoritatea contractantă a stabilit eronat componența lotului 2, obligând nejustificat operatorii economici la ofertarea în comun a unor produse diferite funcțional, care nu au nici utilizare clinică de tipul celei acoperite la lotul 1 (adică pentru investigații complementare) și nici destinația concordantă cu titlul achiziției indicată în caietul de sarcini (adică compartimentul de anestezie și terapie intensivă). Conduita aceasta nu doar că aduce atingere regulilor de informare corectă și completă a ofertanților, ci încalcă și interdicția de a restrânge artificial concurența, regăsită în art. 50 al Legii nr. 98/2016: *(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

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

Contrar susținerilor autorității contractante că ar fi procedat la o dimensionare cantitativă a produselor pe cele 6 loturi diferite, Consiliul constată că, în fapt, aceasta a procedat la o dimensionare funcțională, dar numai în parte. Este relevant, în speță, considerentul/motivul 78 paragraful 2 al Directivei 2014/24/UE privind achizițiile publice, care prezintă explicitări ale regulilor aferente obligației generale a achizitorilor

de a împărți achiziția pe loturi, dar și ale situațiilor de excepție la aceasta, ce ar trebui bazate pe motive relevante, justificate corespunzător:

"Dimensiunea și obiectul loturilor ar trebui să fie determinate în mod liber de către autoritatea contractantă, care, în conformitate cu normele aplicabile privind calculul valorii estimate a achiziției, ar trebui, de asemenea, să fie autorizată să atribuie anumite loturi fără aplicarea procedurilor din prezenta directivă. Autoritatea contractantă ar trebui să aibă obligația de a lua în considerare oportunitatea împărțirii contractelor în loturi, păstrând în același timp libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare. În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului".

În situația de față, justificările achizitorului pentru dimensionarea lotului 2 nu sunt regăsite în documentele achiziției la nivelul susținerilor din punctul de vedere la contestație. În același timp, susținerile contestatoarei că obiectul său de activitate i-ar permite participarea în competiție pentru atribuirea contractului în furnizarea ventilatoarelor și a aparatului de anestezie nu pot motiva cererea sa de redimensionare a lotului 2 în 4 loturi distincte. Produsele la care face referire contestatoarea, fiind în portofoliul său, pot fi atribuite/livrate pe baza unui singur contract și nu 3 contracte, așa cum susține.

Pe de o parte, autoritatea contractantă ar fi trebuit să respecte destinația indicată în titlul lotului și în justificările din punctul de vedere la contestație, adică echipamente utilizate în activitatea de ATI, construind lotul doar în acest scop, iar celelalte echipamente ar fi trebuit să le includă în alt/e lot/uri. Pe de altă parte, susținerile ei că ar fi ținută de termenul de implementare a proiectului sunt nefondate. Contractul de finanțare cuprinde clauză de prelungire a termenului indicat (31.12.2021), pe baza unui mecanism unilateral, notificarea finanțatorului, de către beneficiar-autoritatea contractantă.

Pentru cele ce preced, Consiliul consideră întemeiată în parte solicitarea de modificare a documentației de atribuire/caietului de sarcini, în privința redimensionării loturilor 1 și 2, în sensul că va admite capătul de cerere doar în privința celui de-al doilea lot, autoritatea contractantă urmând a stabili componența lui doar prin asocierea echipamentelor destinate activităților în ATI.

În privința utilizării unor specificații tehnice care ar conduce la identificarea unor mărci de produse (monitoare ....., lotul 1 și aparat de anestezie ....., lotul 2), Consiliul ia act de faptul că autoarea criticilor nu indică, explicit, care să fie caracteristicile tehnice modificate. Cererile sale, formulate cu caracter general, de remediere a caietului de sarcini prin emiterea de noi specificații tehnice, pentru cele două echipamente, se bazează pe interdicția indicării sau identificării unui anumit produs/producător.

În același timp, Consiliul constată că autoritatea contractantă se apără invocând prevederile caietului de sarcini care amintesc faptul că orice referire a sa la un produs anumit ar reprezenta numai o modalitate facilă de a stabili obiectul achiziției și nu o regulă de departajare a ofertelor (*Aceste specificații vor fi considerate ca având mențiunea de "sau echivalent" iar ofertantul are obligația de a demonstra echivalența produselor/serviciilor/lucrarilor aferente cu cele solicitate, dacă este cazul.*). Or, posibilitatea legală de a stabili în acest mod specificațiile tehnice ale obiectului achiziției reprezintă o situație de excepție, care s-ar datora unei imposibilități obiective a achizitorului de a descrie suficient de explicit obiectul contractului, conform prevederilor art. 156 alineatele (2)-(3) din Legea nr. 98/2016:

*(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.*

*(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent".*

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă, prin strategia de contractare (punctul 4.2) a stabilit că metoda de indicare a specificațiilor tehnice nu este cea care o obliga la menționarea expresiei "sau echivalent", ci metoda indicată la alin. (1) litera d) a art. 156 din Legea nr. 98/2016, adică: *prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.*

Astfel, rezultă că achizitorul, în situația de față, nu a ținut cont de toate regulile (de bază) ale întocmirii unui caiet de sarcini cu obiect mixt al achiziției, care conține atât furnizarea unor echipamente medicale

diferite și complexe, cât și servicii de instalare/punere în funcțiune a lor și de pregătire a personalului utilizator.

Procedând de maniera sus arătată, autoritatea contractantă a neglijat obligația ca documentația de atribuire să aibă un caracter clar, explicit și obiectiv, care să nu împiedice participarea oricărui competitor ce ar avea posibilitatea de a furniza legal produsele achiziționate, conform prevederilor art. 154 și art. 155 alin. (6) din Lege:

*Art. 154. - Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

*Art. 155 - (6) Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.*

Drept consecință, Consiliul consideră că este necesar ca autoritatea contractantă să completeze mențiunile caietului de sarcini cu precizarea că specificațiile tehnice care indică valori ale unor caracteristici fizice/funcționale nu vor fi considerate minimale. Cu caracter minimal vor fi apreciate doar caracteristicile bazate pe cerințe de performanță, cel puțin, în relație cu produsele indicate de contestatoare, adică monitoare, lotul 1 și aparat de anestezie, lotul 2.

Considerând întemeiate în parte cererile contestatoarei, Consiliul va trebui să oblige autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maximum 15 zile de la primirea deciziei, prin modificarea structurii lotului 2, în sensul sus amintit, dar și prin înlăturarea caracterului minimal al caracteristicilor fizice/funcționale ale echipamentelor (în special, pentru monitoarele din lotul 1 și pentru aparat de anestezie din lotul 2).

Pe de altă parte, în atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea redivizării lotului 2 fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul relotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe componente ale acestui lot. Dar, redivizarea achiziției pe loturi mai mici, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare la lotul 2, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă fragmentarea procedurii de atribuire a unui lot în mai multe loturi. Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire, autoritatea achiziitoare neputând fi obligată la adoptarea unei măsuri de remediere imposibil de adus la îndeplinire. Organul jurisdicțional nu îi poate impune unității spitalicești - prin absurd - să continue atribuirea prin redimensionarea lotului 2, știind și ignorând că ea este imposibilă, din cauza actualelor limitări tehnice ale platformei SEAP.

Având în vedere că, din analiza efectuată, a rezultat necesitatea adoptării de măsuri de remediere substanțiale și de esență ale documentației de atribuire, care atrag reconfigurarea fișei de date a achiziției și a caietului de sarcini, în ceea ce privește numărul de loturi, conținutul acestora și specificațiile tehnice aferente, precum și modificarea actelor premergătoare inițierii procedurii în același sens, dar și în cel al stabilirii valorii estimate a fiecărui lot, Consiliul va face aplicarea art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, potrivit cu care *„(...) 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”,* respectiv alin. (7) *„În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.”*, și va anula procedura de atribuire la lotul 2.

Este fără echivoc faptul că, adoptarea măsurilor de remediere despre care s-a făcut vorbire în cuprinsul deciziei este imposibilă, fiind lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

În stabilirea acestei finalități, s-a ținut seama și de adresa nr.65869/18.10.2016, emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României, potrivit cu care *„(...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.”*

Imposibilitatea continuării procedurii nu este exclusiv una tehnică, acesta reprezentând un argument subsidiar, ci în principal una legală, ce decurge din volumul considerabil al remedierilor ce se impun a fi aduse ansamblului documentelor procedurii, care presupun o regândire integrală a acesteia, Consiliul având la îndemână pârghia legală de a anula procedura de atribuire, după cum s-a arătat deja, dacă apreciază că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, așa cum este cazul de față.

În sensul celor de mai sus, a dispus, într-o speță similară și Curtea de Apel Alba Iulia în decizia sa nr. 223/2019, pronunțată în dosarul nr. 54/64/2019:

În acord cu poziția majoritară a membrilor CNSC, Curtea constată că **măsurile de remediere ale documentației de atribuire sunt substanțiale și de esență și atrag reconfigurarea fișei de date a achiziției și caietului de sarcini, în ceea ce privește numărul de loturi și conținutul acestora, precum și specificațiile tehnice aferente.**

Instanța reține că AC a prevăzut în documentația de atribuire un număr de 10 loturi, din care 7 au fost contestate (loturile 1,2,3,5,6,7,8) și criticile au fost găsite întemeiate.

Curtea constată că se impune modificarea actelor premergătoare inițierii procedurii în sensul *stabilirii valorii estimate a fiecărui lot, urmare regândirii și reconfigurării loturilor*.

Față de conținutul adresei Agenției pentru Agenda digitală a României, Curtea constată că **pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurii de atribuire pe loturi, acestea nu pot fi modificate, fiind configure odată cu documentația de atribuire**.

Contrar opiniei separate, îmbrățișată de petentă, adresa 65869/18.10.2016 emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României, confirmă faptul că **remedierea nu este posibilă în situația în care se impune modificarea configurației loturilor, întrucât acestea trebuie să rămână neschimbate.** Această interdicție face imposibilă remedierea actului atacat în sensul art. 26 al. 2 lit. c Legea 101/2016.

Este adevărat că implementarea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității actelor atacate prin contestație este o etapă ulterioară pronunțării Deciziei Consiliului însă, aspectul privind posibilitatea AC de a lua sau nu măsuri de remediere poate fi prefigurat încă din faza judecării contestației și *art. 26 al. 2 Legea 101/2016 dă posibilitatea Consiliului de a anula procedura de atribuire pentru acest motiv*.

**În privința încălcării principiului disponibilității, raportat la faptul că niciun contestator nu a solicitat anularea procedurii și, prin măsura dispusă au fost anulate și loturi necontestate (loturile 4, 9,10), Curtea arată că măsura dispusă de Consiliu privește întreaga procedură de achiziție tocmai pentru că se impun modificări ale documentației de atribuire prin regândirea acesteia în mod integral.**

Prevederile art. 26 al. 2 lit. c Legea 101/2016 constituie temeiul legal care conferă legitimitate măsurii de anulare a procedurii de achiziție, fără alte condiționări. Întrucât legea nu distinge, se consideră că acestui temei de drept, nu îi poate fi opus principiul disponibilității.

Având în vedere că, la lotul 1, pentru a continua procedura de atribuire (suspendată la acest moment), cu respectarea prevederilor legale, autoritatea contractantă ar trebui să emită un anunț de tip erată, care să conțină modificările impuse prin decizia prezentă, cu acordarea unui termen de ofertare care să respecte prevederile art. 153 din Legea nr. 98/2016, precum și pe cele ale art. 50 din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016, măsurile de remediere sus enunțate – la lotul 1 – sunt dispuse de Consiliu în baza prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

În mod implicit, Consiliul va respinge celelalte solicitări ale contestatoarei, inclusiv cererea subsidiară de anulare a procedurii, ca nefondate, în temeiul prevederilor de la alin. (6) al aceluiași art. 26, din amintita lege.

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

### **CONSILIUL DECIDE:**

Admite, în parte, contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu ....., privind caietul de sarcini al procedurii de atribuire inițiate cu anunțul de participare nr. CN1031018/18.05.2021.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile, prin emiterea unui anunț tip erată, care să conțină măsurile de remediere stabilite conform motivării ce precede, în sensul excluderii caracterului minimal al unor caracteristici fizice/funcționale ale echipamentelor, la lotul 1.

Anulează procedura de atribuire pentru actualul lot 2.

Respinge, în rest, celelalte solicitări ale contestatoarei, ca nefondate.

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

**PREȘEDINTE,**

.....

**MEMBRU,**

.....

### **OPINIE SEPARATĂ (parțială)**

Deși susțin în tot soluția privitoare la continuarea procedurii de atribuire privind situația caietului de sarcini pentru Lotul 1, dar și la stabilirea temeiniciei criticilor privind Lotul 2, sunt în dezacord cu majoritatea membrilor completului în privința soluției de anulare a procedurii de atribuire (pentru Lotul 2).

Remediarea caietului de sarcini, în sensul celor reținute în motivare, nu trebuie să conducă, obligatoriu, la o reconfigurare a întregii proceduri, întrucât autoritatea contractantă poate menționa facil, pe calea anunțului tip erată, acele informații care vor avea relevanță în atribuirea produselor componente pentru achiziția echipamentelor pentru ATI (conform intenției declarate de achiziție a acestora).

În același timp, componentele care ar fi eliminate din caietul de sarcini ar putea, în mod distinct de actuala procedură, să fie achiziționate pe calea unei noi proceduri de atribuire, ca soluție alternativă la presupuse impedimente de natură tehnică (ce privesc capacitatea platformei SEAP, la acest moment) de continuarea a procedurii prezente, care ar fi cauzate de reconfigurarea lotului.

Soluția continuării procedurii de atribuire, chiar în situația intervenirii unor modificări substanțiale asupra documentelor achiziției, este întemeiată pe dispoziții exprese ale Legii nr. 98/2016, cuprinse în art. 153 alin. (1) litera b): *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.*

În același timp, calea de remediere a procedurii trebuie să reprezinte obiectivul principal în soluționarea unei dispute de acest tip, conform cu scopul enunțat la art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *(3) Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme*

*și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor.*

Prin urmare, consider că autoritatea contractantă ar trebui să fie obligată la modificarea structurii lotului 2, în sensul stabilirii componenței lui doar prin asocierea echipamentelor destinate activităților derulate în ATI și prin înlăturarea caracterului minimal al caracteristicilor fizice/funcționale ale aparatului de anestezie, din componența actuală/viitoare, dar cu menținerea caracteristicilor minime bazate pe cerințe de performanță.

Modificările implicite ale informațiilor din alte secțiuni ale documentației de atribuire, chiar nefiind solicitate de contestatoare, nu exclud intervenția voluntară a autorității contractante, care le poate asigura pe calea anunțului tip erată.

**MEMBRU,**

.....