



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 nr. , înregistrată la Consiliu sub nr. , depusă de SC S.R.L., cu sediul în, str., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., CUI R0, reprezentată prin administrator, și convențional prin SCA și Asociații, având sediul procesual ales în, , privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Diverse aparate și produse medicale (LINIE DE PRELEVARE, PROCESARE ȘI DIAGNOSTIC HISTOPATOLOGIC)”, de către, cu sediul în, , jud., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- în principal, obligarea Autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente Procedurii, criticate prin prezenta contestație;
- în subsidiar, în măsura se va aprecia că nu mai sunt posibile măsuri de remediere, 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.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC „S.R.L. reclamă documentația de atribuire, apreciind-o nelegală, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

I. Scurtă prezentare a situației de fapt. Considerații preliminare

1. În fapt, contestatorul arată că, în data de , prin anunțul de participare nr. Autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică pentru atribuirea acordului cadru „Diverse aparate și produse

medicale (LINIE DE PRELEVARE, PROCESARE SI DIAGNOSTIC HISTOPATOLOGIC)" («Procedura»), având o valoare totală estimată de 3.917.000 lei.

Analizând prevederile documentației de atribuire aferente Procedurii, contestatorul a constatat că acestea încalcă principiile proporționalității și tratamentului egal, precum și prevederile art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, conținând specificații tehnice restrictive și discriminatorii, de natură a bloca nejustificat accesul la Procedură.

În concret, contestatorul susține, după cum urmează să arate în detaliu în continuare, că Autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice ale produselor solicitate prin impunerea drept cerințe minime obligatorii a unor specificații tehnice restrictive, care nu permit tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire, eliminând astfel total opțiunea ofertării unor produse echivalente care ar satisface, cel puțin la același nivel de calitate și performanță, necesitățile obiective ale acesteia.

Procedând astfel, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat grav principiile nediscriminării, proporționalității și al tratamentului egal prevăzute în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

4. Mai mult, prin includerea în cadrul Procedurii a unor echipamente medicale distincte, ce îndeplinesc scopuri diferite, autonome și independente, care deserveșc, pe de o parte, domeniul medical al anatomiei patologice - respectiv produsele solicitate pe pozițiile 1.3-1.11 și 1.13-1.14 inclusiv și, pe de altă parte, domeniul medical al serviciului de prosectură - respectiv cele de pe pozițiile 1.1, 1.2 și 1.15, dar și un echipament destinat departamentului de hematologie - respectiv cel de pe poziția 1.12 - după cum se va arăta detaliat în continuare, contestatorul susține că Autoritatea contractantă a încălcat și alte dispoziții și principii fundamentale în materia achizițiilor publice, respectiv:

a) principiul transparenței, precum și art. 154 din Legea achizițiilor publice potrivit căruia "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", inclusiv prin includerea în cadrul Procedurii, pe lângă echipamente și sisteme medicale destinate prelevării, procesării și diagnosticului histopatologic - care dau și titlul obiectului contractului, multiple alte produse ce țin serviciul de prosectură, dar și prin lipsa indicării în cuprinsul documentației de atribuire a descrierii nevoii obiective și reale ce necesită a fi satisfăcută, astfel încât operatorii economici să dispună de posibilitatea de ofertare a unor soluții echivalente din punct de vedere tehnic ce conduc, în final, la același rezultat vizat de Autoritatea contractantă;

b) principiul promovării concurenței între operatorii economici, prin includerea, în cadrul Procedurii, a multiple echipamente care nu intră în categoria legală de „produse similare” - în concret, 15 (cincisprezece) echipamente care sunt diferite și deserveșc scopuri diferite, nefiind, de regulă, incluse în portofoliul aceluiași operator economic.

Prin acest comportament - i.e., prin decizia de a nu diviza Procedura în mai multe loturi distincte și prin stabilirea unor specificații tehnice restrictive - după cum se va arăta în detaliu în continuare, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a creat premisele favorizării unui anumit producător, creând o poziție privilegiată acestuia, cu încălcarea principiilor tratamentului egal, nediscriminării și asigurării liberei concurențe, precum și lezând interesul public al obținerii ofertei celei mai avantajoase.

Prin această conduită, contestatorul susține că Autoritatea contractantă impune o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la Procedura de achiziție, fapt ce reprezintă un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia. Astfel, ca o consecință evidentă a acestui comportament, contestatorul arată că Autoritatea contractantă încalcă scopul aplicării Legii nr. 98/2016, respectiv „achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială”.

II. Nelegalitatea documentației de atribuire

2.1. Considerații generale privind respectarea principiului liberei concurențe în materia achizițiilor publice

Contestatorul arată că, principiul respectării legislației concurențiale este consacrat, chiar în articolul 1 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia scopul acestei legi "îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.", iar Legea nr. 98/2016 transpune astfel principiile statuate de Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice, potrivit cărora autoritățile contractante nu trebuie să conceapă sau să structureze achizițiile cu scopul restrângerii artificiale a concurenței de exemplu prin favorizarea sau dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici .

Prin urmare, contestatorul susține că, legislația cu privire la achizițiile publice - atât la nivel European, cât și la nivel național - impune autorităților contractante obligația de a se asigura că în cadrul procedurilor de achiziție publică concurența se manifestă în mod liber și nu este denaturată/restricționată în niciun fel. În concret, contestatorul arată că, respectarea acestei obligații presupune că prin acțiunile/inacțiunile lor autoritățile contractante nu trebuie să limiteze concurența în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Așadar, contestatorul învederează faptul că, tocmai pentru că acțiunea/inacțiunea autorităților poate impacta negativ concurența în cadrul procedurii de achiziție publică, Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE) a emis câteva recomandări către autoritățile contractante pentru a limita riscul limitării concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Cu titlu specific, se arată că, OCDE recomandă autorităților contractante să stabilească loturile în așa fel încât să motiveze societățile mai mici care nu ar putea depune ofertă pentru tot contractul să participe la licitație. Altfel spus, modul în care sunt stabilite loturile licitației poate restrânge sau spori concurența pe piața licitației publice.

Din perspectivă concurențială, contestatorul arată că, activitatea autorităților contractante intră sub incidența Legii nr. 21/1996 ("Legea Concurenței"), astfel că, dispozițiile Legii Concurenței se aplică actelor și faptelor care restrâng, împiedică sau denaturează concurența care sunt săvârșite nu numai de către întreprinderi (operatori economici), ci și de autoritățile și instituțiile administrației publice centrale sau locale, în măsura în care acestea, prin deciziile emise sau prin reglementările adoptate, intervin în operațiuni de piață, influențând direct sau indirect concurența.

Cu titlu ilustrativ, se arată că, articolul 8 din Legea Concurenței prevede că sunt interzise orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale și ale entităților către care acestea își delegează atribuțiile, care restrâng, împiedică sau denaturează concurența, precum: limitarea libertății comerțului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale; stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea întreprinderilor.

În consecință, contestatorul precizează că, obligația autorităților contractante de a respecta legislația concurențială este consacrată atât de legislația achizițiilor publice, cât și de Legea concurenței.

În contextul dat, contestatorul învederează faptul că, prin deciziile pronunțate, Consiliul Concurenței, a reiterat constant că piața relevantă pe care se evaluează efectul unor eventuale fapte anticoncurențiale este piața licitației în sine. Astfel, luând în considerare specificul pieței relevante din cadrul procedurilor de achiziție publică (i.e. piața relevantă este chiar piața licitației în cauză), contestatorul susține că orice limitare a concurenței afectează întreaga piață relevantă.

În acest sens, contestatorul arată că, în practica sa, Consiliul Concurenței a constatat deja încălcarea articolului 8 din Legea Concurenței de către diverse autorități publice. Cu titlu de exemplu, Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 8 din Legea Concurenței de către Ministerul Sănătății Publice pentru neorganizarea de licitații pentru realizarea anumitor programe de sănătate naționale, înlăturând posibilitatea de manifestare a concurenței.

În aplicarea principiilor de mai sus, în cazul dat, contestatorul consideră că, prin modul în care a stabilit loturile, Autoritatea contractantă a încălcat atât legislația concurențială, cât și legislația în materia achizițiilor publice, afectând concurența pe piața relevantă a procedurii de achiziție publică.

Contestatorul învederează, totodată, faptul că Procedura are drept obiect atribuirea unui contract de furnizare/cumpărare echipamente medicale, pe o perioadă de 24 de luni.

2.2. Legislația în materia achizițiilor publice impune reguli de strictă interpretare privind împărțirea pe loturi a procedurilor de atribuire și elaborarea specificațiilor tehnice

Contestatorul arată că, Legea nr. 98/2016 transpune principiile și prevederile statuate de Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și, prin urmare, impune reguli de strictă interpretare privind împărțirea pe loturi, tocmai pentru a asigura un context transparent și concurențial cât mai larg. În scop ilustrativ, contestatorul subliniază că

principiul respectării legislației concurențiale este consacrat chiar în articolul 1 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia, scopul Legii nr. 98/2016 „îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.”

De asemenea, se arată că, art. 3 alin. 1 lit. dd) din Legea nr. 98/2016 definește lotul ca fiind: „fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;”

În concret, în ceea ce privește modul de stabilire a componenței loturilor, contestatorul arată că, obligația autorităților contractante este stipulată în art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 care prevede în mod expres că:

"(1) în cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor. [...]

(3) în sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

- a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;
- b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv."

Din interpretarea dispoziției legale anterior invocate, contestatorul susține că reiese că alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, astfel că ori de câte ori autoritatea contractantă dorește includerea într-un lot unic a mai multor produse distincte, pentru a fi în acord cu rigorile legislative în materie, aceasta trebuie să se asigure că cele două condiții cumulative evocate anterior sunt concomitent îndeplinite. Astfel, contestatorul arată, după cum va sublinia și mai jos, că calificarea unor produse drept „produse similare” nu poate fi raportată doar la natura acestora (în cazul de față - aparate și produse medicale), ci și prin raportare la:

(a) destinația utilizării acestora (în cazul de față, trei servicii diferite, cu scopuri diferite - anatomia patologică, hematologia și prosectura); și

(b) includerea acestor produse în gama normală de produse furnizate de către operatorii economici care activează pe piață - fiind evident că, majoritatea operatorilor economici din piață, cu precădere IMM-urile (a căror participare în procedurile de achiziție publică trebuie să fie stimulată prin deciziile autorităților contractante, astfel cum impun prevederile legale ale Uniunii Europene, transpuse în legislația națională), nu dețin în portofoliu/comercializează constant produse aferente unor

domenii medicale specializate diferite, astfel că nici această a doua condiție nu este, în opinia sa, îndeplinită.

De asemenea, contestatorul subliniază și faptul că, în scopul creării premiselor manifestării liberei concurențe și asigurării accesului unui număr cât mai mare de operatori economici la procedurile de atribuire, art. 50 din Legea nr. 98/2016 prevede în mod expres că:

„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile oh 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 oh elemente ale acestora sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza oh dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici", iar art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, transpunând considerentul (78) al Directivei 2014/24/UE, stipulează în sarcina autorității contractante următoarea obligație:

„(2) în sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative. adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative. în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului." (N.N Subl. N)

Pentru a respecta principiile guvernante și rațiunea legislației din materia achizițiilor publice, contestatorul arată că autoritățile contractante nu trebuie să conceapă sau să structureze achizițiile cu scopul restrângerii artificiale a concurenței, de exemplu prin favorizarea sau dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici.

Prin urmare, contestatorul învederează faptul că legislația cu privire la achizițiile publice - atât la nivel European, cât și la nivel național

- impune autorităților contractante obligația de a se asigura că, în cadrul procedurilor de achiziție publică, concurența se manifestă în mod liber și nu este denaturată/restricționată în niciun fel; în concret, respectarea acestei obligații presupune că prin acțiunile/inacțiunile lor autoritățile contractante nu trebuie să limiteze concurența în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Fiind evidentă importanța modului de stabilire a componenței loturilor într-o procedură datorită impactului major pe care acesta îl are asupra liberei concurențe, contestatorul subliniază faptul că, prevederile legale mai sus evocate au fost, în practică, interpretate în mod constant de către CNSC în sensul obligării autorității contractante la a respecta reguli stricte privind împărțirea achiziției pe loturi.

Mai mult, contestatorul precizează că aceste prevederi legale au fost, în practică, interpretate în mod constant de către CNSC în sensul obligării autorității contractante la a respecta reguli stricte privind împărțirea achiziției pe loturi. În scop ilustrativ, contestatorul redă pe scurt considerațiile Consiliului reținute în Decizia nr. 2425/C7/2653/28.12.2020, într-o speță similară:

"Potrivit documentației de atribuire, obiectul achiziției pentru lotul nr. 14- Aparatura de Laborator este constituit de achiziția unui număr de patru echipamente medicale, după cum urmează: (a) aparat probe coagulare;

(b) analizor Hematologie; (c) analizor Biochimie; (d) Analizor Coagulare. [...]

Din analiza componenței lotului 14 care face obiectul prezentei contestații, Consiliul reține că, deși echipamentele solicitate sunt din aceeași categorie, respectiv aparatură de laborator, ele sunt produse de sine stătătoare, independente unul de altul, care nu sunt interconectate în vederea funcționării, putând funcționa independent unele de altele. Este lipsit de relevanță faptul că echipamentele vor fi într-un spațiu comun al aceluiași departament acesta neputând constitui un argument pentru includerea lor în cadrul aceluiași lot, câtă vreme aceste echipamente nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte trei."

Mai mult, cu titlu ilustrativ, contestatorul învederează în acest sens și decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 2017/3574, prin care Consiliul a reținut:

"Prin urmare, Consiliul urmează a determina caracterul de similaritate al produselor grupate în cadrul celor 2 loturi încât respectivele grupări să respecte condițiile legale de a îndeplini, în mod cumulativ, rigorile:

- de a avea utilizări identice sau similare;

- de a face parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în domeniu. (...)

Prin urmare, alcătuirea loturilor prin gruparea de produse și echipamente pe considerente de loc de utilizare - ATI și Bloc operator - este eronată, fiind efectuată cu eludarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, aducându-se astfel atingere implicită scopului organizării procedurii de atribuire, dar și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziției publice consacrate de art. 2 din același act normativ, criticile contestatoarei SC <http://portal.cnsc.ro/sivadoc/download.aspx?docUID=ODc3MDowMDAtNWlhZiOOMWYxLWIiZigtYT12ZTNiZGM2N2Fh&pdfal=ZmFsc2U=&filename=Ok8vMDE3XzMlNzOucGRm&action=aW5saW51>

Cu titlu de exemplu, contestatorul indică Decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 1857/2016, în care Consiliul a reținut că:

"Raportat la dispozițiile legale în vigoare (diferite de cele statuate de legislația anterioară, respectiv OUG nr. 34/2006), împărțirea pe loturi a unui contract devine regula în materia achizițiilor publice, scopul fiind acela de a facilita participarea întreprinderilor mici și mijlocii la proceduri de atribuire și de a încuraja astfel concurența. În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica temeinic decizia de a nu atribui contractul pe loturi. [...]

Analizând produsele pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de atribuire și natura diferită a acestora, Consiliul apreciază că la această procedură de atribuire concurența reală ar putea fi asigurată doar prin participarea unor asocieri de operatori economici, iar în condițiile în care asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, caracterul restrictiv al modului de întocmire al documentației de atribuire este demonstrat. [...]

Analizând produsele pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de atribuire și natura diferită a acestora, Consiliul apreciază că la această procedură de atribuire concurența reală ar putea fi asigurată doar prin participarea unor asocieri de operatori economici, iar în condițiile în care asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, caracterul restrictiv al modului de întocmire al documentației de atribuire este demonstrat. [...]

În consecință, Consiliul apreciază că față de cele mai sus menționate, singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența o constituie împărțirea pe loturi a achiziției, ca singură modalitate de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006."

de asemenea, contestatorul consideră relevante și considerentele reținute de Consiliu în Decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 7084/2018:

„Din economia dispozițiilor legale anterior citate, rezultă că, autoritatea contractantă are obligația de a justifica decizia sa de a nu atribui contractul pe loturi, însă, o astfel de justificare nu trebuie să fie una superficială, doar pentru a demonstra formal că obligația instituită de legiuitor în sarcina sa a fost îndeplinită, având în vedere, în principal, impactul direct al unei astfel de decizii asupra întreprinderilor mici și mijlocii, și, implicit, asupra asigurării unui cadru concurențial adecvat, [...].

Astfel cum a fost reținut mai sus, prin prezenta procedură se urmărește achiziționarea a două tipuri de echipamente de laborator care funcționează independent, nu reprezintă un tot unitar, au funcționalități diferite și sunt destinate unor scopuri diferite, respectiv unul efectuează analize de biochimie, iar celălalt de hematologie. În concluzie, nu poate fi reținut argumentul autorității contractante din cadrul strategiei de contractare, cum că obiectul procedurii nu poate fi divizat ca dimensiune sau pe baze calitative. Mai mult, nici justificările prezentate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, referitoare la acest aspect, nu pot fi reținute, dat fiind că desi cele două analizoare deservesc același compartiment, ele nu sunt interdependente, fiind destinate efectuării unor analize diferite, astfel că achiziționarea lor separată nu afectează activitatea laboratorului. De asemenea, nici personalul insuficient de care dispune autoritatea contractantă în cadrul serviciului achiziții, nu poate constitui un motiv suficient pentru constatarea caracterului legal al deciziei de nedivizare pe loturi a prezentei achiziții. Cât privește posibilitatea microîntreprinderilor de a lua parte la aceasta procedură prin intermediul unei asocieri. Consiliul reține că decizia de a participa la o procedură de achiziție publică individual sau în asociere cu alți operatori economici este un drept, iar nu o obligație a potențialilor ofertanți. Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că, în speță, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio justificare rezonabilă pentru decizia sa de a nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, încălcând astfel prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, Consiliul consideră că, prin limitarea accesului operatorilor economici doar la cei care pot ofera ambele tipuri de produse solicitate, autoritatea contractantă nu a respectat nici scopul aplicării Legii nr. 98/2016, respectiv «achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică (...)».

Față de cele anterior expuse, Consiliul apreciază că, prin modalitatea de contractare a produselor într- un lot unic, în condițiile din prezenta speță, se aduce o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție, reprezentând un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia."

Astfel, în aplicarea principiilor de mai sus prezentate, contestatorul apreciază că, în cazul dat, prin modul în care a stabilit componența

Procedurii, prin nedivizarea acesteia în mai multe loturi distincte, Autoritatea contractantă a încălcat legislația în materia achizițiilor publice, afectând libera concurență și încălcând flagrant principiile tratamentului egal, proporționalității și nediscriminării.

Față de prevederile legale și practica relevantă mai sus expuse prezentate, precum și pentru argumentele pe care le va expune în continuare, punctual, în ceea ce privește componența Procedurii, contestatorul solicită Consiliului să dispună obligarea Autorității Contractante la divizarea în cel puțin trei loturi distincte a Procedurii, după cum va arăta, în concret, în continuare.

2.3. Considerații generale privind nelegalitatea specificațiilor tehnice restrictive

În strânsă legătură cu prevederile legale în vigoare care reglementează obligația de împărțire pe loturi și criteriile pe care autoritatea contractantă trebuie să le aibă în vedere în acest sens (mai sus redate, în esență), contestatorul susține că, Legea nr. 98/2016 reglementează, de asemenea, și obligația autorităților contractante de a nu îngreuna libera concurență (accesul la procedură) prin modalitatea de redactare a specificațiilor tehnice aferente procedurii.

Astfel, contestatorul arată că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice sunt definite ca reprezentând: "cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris. în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante", sens în care învedează faptul că, potrivit considerentului (74) al Directivei 24/2014:

„(74) Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. în acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor.

Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite. în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință. (...).”

Astfel, principiile enunțate în acest considerent au fost preluate în articolele 18 și 42 din Directiva 24/2014, articole transpuse prin art. 155 din Legea nr. 98/2016 care prevede că autoritatea contractantă are obligația să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe și principiului tratamentului egal și

al nediscriminării. În acest sens, 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 la procedura de atribuire.

În context legislativ, se arată că, art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează expres modalitățile de stabilire a specificațiilor tehnice, respectiv:

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul;

b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăror dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;

d) 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.

Contestatorul precizează, după cum se va arăta în detaliu mai jos, că autoritatea contractantă nu a utilizat niciuna dintre aceste modalități stabilite de legiuitor, ci a ales să definească specificațiile tehnice prin raportare la caracteristicile specifice produselor unui anumit producător.

Or, se arată că, potrivit art. 156 alin. (2) 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»".

Așadar, contestatorul solicită Consiliului să rețină că Autoritatea contractantă nu avea dreptul să utilizeze o asemenea modalitate de definire a specificațiilor caietului de sarcini, deoarece, aceasta nu se încadrează în niciuna dintre situațiile de excepție limitativ prevăzute de art. 156 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul precizează că, Autoritatea contractantă ar fi avut dreptul să definească specificațiile tehnice prin indicarea "unui anumit producător, unei anumite origini sau procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic" exclusiv în situația în care „NU este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)”, respectiv nu ar fi putut defini specificațiile tehnice printr-una dintre metodele obligatorii reglementate de art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Or, contestatorul susține că, deși în cazul Proceduri, este posibilă definirea specificațiilor tehnice prin raportare la cel puțin metoda reglementată de art. 156 alin. (1) lit. a), respectiv "prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribuie contractul", totuși, Autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice prin stabilirea de cerințe minime obligatorii care reprezintă doar caracteristici funcționale specifice unui anumit producător, care nu răspund în fapt niciunei necesități funcționale sau de performanță pentru Autoritatea contractantă.

Mai mult, contestatorul menționează că, dispozițiile legale anterior evocate au fost în mod constant interpretate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cu valoare de izvor de drept, în sensul că principiul proporționalității obligă autoritatea contractantă să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe, principiilor tratamentului egal și nediscriminării, sens în care, 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 la procedura de atribuire.

Cu titlu exemplificativ contestatorul redă în continuare interpretarea dată de Curte recent, într-o cauză având drept obiect chiar atribuirea unui contract prin care se urmărea achiziționarea de produse medicale, respectiv cauza C-413/17, în care a statuat că:

"Articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice. în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe."

Mai mult, contestatorul subliniază faptul că, pentru a reține această soluție, Curtea a interpretat dispozițiile de drept european, astfel:

"35 În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu

intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici. (...).

37 Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate. (...)

41 De asemenea, este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiza a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite."

Nu în ultimul rând, contestatorul invocă și jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție în ceea ce privește aplicabilitatea principiului proporționalității în cazul special al achizițiilor în domeniul sănătății, Curtea statuând că, deși în acest domeniu, statele membre au o marjă mai mare de apreciere, blocajele impuse liberei circulații a produselor și serviciilor nu pot depăși limitele a ceea ce este necesar și adecvat pentru atingerea obiectivelor urmărite, redând, în acest sens, considerentele Curții din cauza C-296/15:

"82 Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în domeniul sănătății publice, trebuie să se țină seama de faptul că sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul FUE și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins, întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă de apreciere (a se vedea în special Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 51, Hotărârea din 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes și alții, C-171/07 și C-172/07, EU:C:2009:316, punctul 19, Hotărârea din 21 iunie 2012, Susisalo și alții, C-84/11, EU:C:2012:374, punctul 28, Hotărârea din 5 decembrie 2013, Venturini și alții, C-159/12-C-161/12, EU:C:2013:791, punctul 59, și Hotărârea din 19 octombrie 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, punctul 30).

83 Rezultă însă tot din jurisprudența Curții că o reglementare care este de natură să restrângă o libertate fundamentală garantată prin Tratatul FUE, cum este libera circulație a mărfurilor, poate fi justificată în mod valabil numai dacă este de natură să asigure realizarea obiectivului legitim urmărit și nu depășește ceea ce este necesar pentru ca acesta să fie atins (a se vedea în acest sens, în domeniul sănătății publice, Hotărârea din 11 septembrie 2008, Comisia/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punctul 48, și Hotărârea din 9 decembrie 2010, Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, punctul 34)."

Contestatorul susține că, rezultă astfel, din jurisprudența constantă a CJUE, că simplul fapt că Procedura în cauză are în vedere achiziționarea

unor echipamente ce țin de domeniul sănătății nu poate justifica restrângerea liberei concurențe, prin includerea unor cerințe minime obligatorii artificiale, specifice unui producător determinat, cu singura menire de a favoriza anumiți operatori economici.

Astfel, contestatorul subliniază faptul 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 la procedura de atribuire.

Or, contestatorul susține că autoritatea contractantă a utilizat o modalitate excepțională de definire a specificațiilor caietului de sarcini inaplicabilă în cauză, în condițiile în care era posibilă definirea specificațiilor tehnice prin raportare cel puțin la metoda prevăzută de litera a) a alin. (1) al art. 156 din Legea nr. 98/2016, încălcând flagrant prevederile art. 155 și 156 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și blocând nejustificat accesul la Procedură.

Față de cele mai sus menționate, precum și pentru argumentele pe care le va expune în continuare, punctual, contestatorul solicită Consiliului să rețină că Autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice aferente Procedurii prin stabilirea de cerințe minime obligatorii restrictive, care conțin caracteristici funcționale specifice unui anumit producător și care nu răspund unor necesități funcționale sau de performanță relevante pentru Autoritatea contractantă, fiind astfel descalificați automat majoritatea operatorilor care operează în mod obișnuit pe această piață.

2.4. Considerații specifice privind nelegalitatea documentației aferentă Procedurii

2.4.1. Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 50 și art. 141 din Legea nr. 98/2016 la alcătuirea componentei Procedurii

Cu titlu preliminar, contestatorul arată că, chiar titlul Procedurii și al caietului de sarcini, respectiv „Linie de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic”, induce în eroare, având în vedere că Autoritatea contractantă solicită, în fapt, și alte echipamente, aferente unor specializări diferite - în concret, prosectura și hematologie - și nu doar produse pentru linia de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic, respectiv destinate diagnosticului in vitro, fiind evident că care nu fac parte din "Linia de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic".

Astfel, contestatorul arată că, Autoritatea contractantă a inclus în Procedură, fără a diviza pe loturi, multiple echipamente medicale (separate), independente și diferite ce îndeplinesc scopuri distincte, după cum urmează:

(i) o parte dintre acestea - în concret, echipamentele de pe pozițiile 1.1, 1.2 și 1.15 - deservește domeniului medical al prosecturii și nu sunt destinate diagnosticului. Pentru claritate, contestatorul arată că departamentul de prosectură are rolul de a primi decedații, iar în cazul unui diagnostic incert, este necesară autopsierea pentru clarificarea diagnosticului. În acest compartiment decedații sunt autopsiați, pregătiți pentru îmbălsămare, toaletare, îmbracare și transport. În același sens,

având în vedere scopul și destinația lor, pentru aceste produse nefiind necesară certificarea IVD (in vitro diagnostic);

(ii) echipamentul de pe poziția 1.12 - este destinat departamentului de hematologie;

(iii) în timp ce restul echipamentelor - de pe pozițiile 1.3 -1.11 și 1.13-1.14- deservesc domeniul medical specializat al anatomiei patologice și sunt destinate diagnosticului. Mai mult, echipamentele de pe pozițiile 1.3,1.4,1.5,1.6, 1.8,1.9, 1.10,1.13 și 1.14 trebuie să dețină o certificare IVD specifică pentru a putea fi utilizate în scop de diagnostic în spitalele din România.

În contextul dat, contestatorul reiterează, în acord cu bogata și constanta practică expusă mai sus, că, deși dreptul de a decide împărțirea pe loturi aparține Autorității contractante, legea nu permite exercitarea discreționară a acestui drept, ci impune justificarea temeinică a deciziei de a nu împărți achiziția pe loturi. În exercitarea acestui drept, Autoritatea contractantă este întotdeauna ținută de obligația imperativă de a se asigura că, în cadrul procedurilor de achiziție publică, concurența se manifestă în mod liber și nu este denaturată/restricționată în niciun fel. Prin urmare, contestatorul subliniază faptul că, în procesul de constituire a componenței Procedurii, Autoritatea contractantă trebuie să se asigure că deciziile sale privind nedivizarea pe loturi sau alcătuirea acestora nu sunt de natură a limita concurența.

În concret, contestatorul arată că, în cadrul Procedurii, a cărei valoare estimată este de 3.917.000 lei, sunt solicitate 15 echipamente de sine-stătătoare, independente și diferite din punct de vedere al scopului utilizării lor, respectiv:

- 1.1 - Masă de autopsie prevăzută cu sistem de ventilație inversată;
- 1.2 - Trusă de orientare, autopsie și îmbălsămare;
- 1.3 - Stație de includere la parafină;
- 1.4 - Sistem automat de procesare cu posibilitate procesare simultană multiplă diferențială;
- 1.5 - Sistem automat de colorare lame histologice;
- 1.6 - Montator automat de montare lamele;
- 1.7 - Termostathistologic;
- 1.8 - Microtom semi-automat rotativ;
- 1.9 - Microtom automat;
- 1.10 - Criomicrotom;
- 1.11 - Mega arhivă histopatologică;
- 1.12 - Centrifugă de laborator;
- 1.13 - Baie de imunohistochimie;
- 1.14 - Sistem automat de imunohistochimie;
- 1.15 - Targă electrohidraulică pentru ridicarea decedaților.

Astfel, contestatorul consideră, după cum se poate observa din simpla denumire a produselor solicitate, că este evident că:

- (i) masa de autopsie prevăzută cu sistem de ventilație inversată;
- (ii) trusă de orientare, autopsie și îmbălsămare; și
- (iii) targa electrohidraulică pentru ridicarea decedaților;

sunt echipamente necesare pentru secția de prosectură, deservind activităților ce țin de autopsie/morgă.

Or, contestatorul contestatorul susține că, toate celelalte echipamente, incluse pe pozițiile 1.3,1.4, 1.5,1.6,1.8,1.9,1.10,1.13 și 1.14, sunt dedicate secției de anatomie patologică, incluzând echipamente de imunohistochimie - fiind astfel echipamente ce îndeplinesc scopuri diferite față de cele din secția de prosectură. Sistemele de imunohistochimie realizează o analiză foarte detaliată pentru a determina specificitatea unei boli cu scopul de a identifica și adapta tratamentul optim pentru pacient, presupunând astfel analize complexe, aprofundate - ce combină tehnicile histologice cu cele imunologice - în vederea identificării marker-ilor tumoralii precizării caracteristicilor intrinseci ale tumorii (prezența unor receptori, a unor anomalii celulare specifice), iar Rezultatele testelor IHC sunt utilizate pentru individualizarea tratamentelor oncologice (adică fiecare pacient să primească un anumit tip de tratament, cât mai adecvat tumorii pe care o are, cu toate caracteristicile ei). Astfel, având în vedere scopul acestor analize, contestatorul consideră că este de la sine înțeles că majoritatea analizelor se efectuează pe biopsii prelevate de la persoane în viață.

Mai mult, contestatorul arată că, deși echipamentele de pe pozițiile 1.7 și 1.11 sunt utilizate în laboratorul de Anatomie patologică, acestea nu sunt echipamente care influențează calitatea rezultatelor, având în vedere că: (a) echipamentul de pe poziția 1.7 este doar un simplu termostat în care se așează recipientii cu parafina pentru pretopirea acestora înainte de utilizare; iar (b) echipamentul de pe poziția 1.11 este „mobilier” de laborator utilizat pentru arhivarea cazurilor (lame histologice și blocuri) după diagnosticarea acestora - nefiind astfel destinate diagnosticului in vitro și, nefiind efectiv parte din Linie de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic.

În plus, având în vedere specificațiile tehnice solicitate în Caietul de sarcini pentru echipamentul de pe poziția 1.12 - Centrifuga, printre care "Să dispună de rotor fix cu 12 poziții a câte 15 ml și adaptoare pentru a putea centrifuga vacutainere cu volum de 5,7 și 10 ml", contestatorul subliniază că această cerință face trimitere către o centrifugă care nu își are utilitatea într-un laborator de Anatomie patologică, analizele de sânge nefiind obiectul de activitate a acestui laborator, fiind destinat departamentului de hematologie.

Pentru a preîntâmpina orice apărare a Autorității contractante pe considerente de loc de utilizare, contestatorul învederează faptul că, indiferent că secțiile de anatomie patologică și de prosectură se pot afla în același loc în cadrul Spitalului, ceea ce este cu adevărat relevant, în opinia sa, este caracterul de independență și scopul pe care îl vizează echipamentele, iar, în cazul de față, este evident că echipamentele solicitate în cadrul Procedurii sunt echipamente medicale de sine-stătătoare, independente, care servesc unor scopuri diferite.

În concluzie, contestatorul consideră, astfel cum a reținut și Consiliul în numeroase decizii, că este lipsit de relevanță faptul că echipamentele vor fi într-un spațiu comun, chiar și în măsura în care ar fi al aceluiași departament, acesta neputând constitui un argument pentru includerea lor în cadrul aceluiași lot, câtă vreme aceste echipamente nu sunt

interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte.

Astfel, contestatorul reiterează faptul că, toate cele 15 echipamente incluse în cadrul Procedurii sunt diferite, autonome și independente, îndeplinind scopuri diferite și nu se pot constitui într-un ansamblu unic funcțional interconectat.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că, fiind echipamente dedicate unor domenii medicale specializate diferite, acestea nu se regăsesc, în principiu, în portofoliul aceluiași operator economic. Astfel, produsele solicitate în cadrul Procedurii nu intră în categoria legală a „produselor similare”, motiv pentru care - pentru a respecta rigorile legislative - Autoritatea contractantă trebuia să divizeze Procedura în cel puțin trei loturi distincte.

Pe cale de consecință, contestatorul consideră că, prin conduită aleasă - respectiv aceea de a constitui un lot unic, Autoritatea contractantă a încălcat flagrant prevederile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 conform căreia „Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.”.

Mai mult, contestatorul menționează, astfel cum a arătat anterior, în acord cu bogata practică a Consiliului, că echipamentele solicitate sunt destinate unor scopuri diferite (în cazul de față, trei servicii diferite, cu scopuri diferite - anatomia patologică, hematologie și prosectura) și, mai mult, nu se regăsesc în portofoliul obișnuit al aceluiași furnizor/producător, astfel că acestea nu pot fi incluse în ceea ce legea descrie ca „produse similare”.

În sensul dat, contestatorul arată că sunt și considerentele Consiliului - într-o speță similară în care autoritatea contractantă a inclus în mai multe loturi globale echipamente diferite cu scopuri distincte - reținute în Decizia nr. 1423/C6/1207 din data de 05.07.2021, pag. 32-33:

„în concluzie, Consiliul constată că echipamentele aferente celor 3 loturi criticate, pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de atribuire, sunt diferite, astfel că, la acest moment, modalitatea în care autoritatea contractantă a impus furnizarea produselor aferente reprezintă o decizie nesustținută care, evident, restrânge concurența și nu stimulează participarea unui număr cât mai mare de operatori economici.

Astfel, prin interdicția ofertării pe un număr mai mare de loturi se restrânge semnificativ numărul posibilităților ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate categoriile de echipamente din cadrul lotului aferent, mai cu seamă pe piața specializată a echipamentelor medicale, în care producătorii și distribuitorii se axează, de regulă, pe anumite tipuri de echipamente. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea și/sau distribuția tuturor echipamentelor medicale în discuție, autoritatea contractantă limitează accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați pe mai puține tipuri de echipamente.”

contestatorul menționează că, odată inițiată procedura competitivă de licitație deschisă - cum este cazul Procedurii - Autoritatea contractantă nu poate să asigure unui anumit producător sau distribuitorilor acestuia o

poziție privilegiată, prin intermediul unei anumite componente specifice a loturilor și a unor cerințe minime obligatorii constructive specifice unui producător, întrucât ar nesocoti principiul accesului neîngrădit, care stă la baza procedurii de atribuire aleasă.

Prin derogare, pentru a se încadra în limitele legii, contestatorul arată că, o procedură care să fie deschisă unei sfere extrem de restrânse de operatori economici trebuie să dispună de o justificare detaliată, riguroasă și obiectivă a circumstanțelor care au determinat restrângerea concurenței, cu accent pe argumentele pentru care nu pot fi acceptate specificațiile tehnice comune.

Pe cale de consecință, contestatorul susține că achiziționarea separată - prin cel puțin trei loturi distincte: primul să conțină echipamentele de pe pozițiile 1.1, 1.2 și 1.15 dedicate prosecturii, al doilea echipamentul de pe poziția 1.12 dedicat hematologiei, iar al treilea să aibă ca obiect echipamentele solicitate pe pozițiile 1.3 - 1.11 și 1.13-1.14, dedicate anatomiei patologice - nu ar produce nicio repercusiune asupra eficienței actului medical și activității obișnuite a Spitalului, atât timp cât, din perspectiva Autorității contractante, obiectivul final al Procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur operator economic, pentru o valoare considerabilă, numărul de contracte pe care aceasta le încheie (fie pentru un lot global, fie pentru mai multe loturi) neprezentând nicio relevanță.

Totodată, contestatorul consideră că prin modul de grupare a aparatelor medicale în lotul criticat, fără nicio justificare obiectivă și reală pentru componența nelegală a acestuia, Autoritatea contractantă a încălcat și principiul eficienței utilizării a fondurilor publice, situație în care este certă obținerea unor prețuri unitare mult mai mari decât în situația în care Procedura ar fi fost divizată - situație ce ar permite participarea mai multor ofertanți, lărgind astfel piața și favorizând concurența. Astfel, operatorii economici interesați care nu vor oferta întreaga gamă de aparate medicale solicitate prin Procedură vor fi excluși, fie prin descurajarea de a participa la procedură, fie prin respingerea ofertelor acestora ca neconforme.

În același sens este și practica bogată și constantă a Consiliului care a stabilit că printr-o astfel de solicitare globală a mai multor echipamente diferite, autoritatea contractantă a încălcat dreptul operatorilor economici de a participa cu șanse egale la procedura de atribuire în condițiile în care prevederile art. 50 și art. 141 din Legea nr. 98/2016 interzic autorităților contractante, în mod expres, restrângerea artificială a concurenței prin modul de structurare a achizițiilor sau a unor elemente a acestora, prin favorizarea ori dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici.

Mai mult, contestatorul arată, după cum va arăta în continuare, că anumite produse din Procedură sunt în mod excesiv de detaliat descrise de către Autoritatea contractantă și conduc spre echipamente unice ale unor anumiți producători, fiind astfel definitiv blocat accesul în Procedură, iar libera concurență limitată, în mod nejustificat.

Pentru toate argumentele mai sus expuse, contestatorul solicită Consiliului să rețină că, la alcătuirea componenței Procedurii, Autoritatea contractantă a încălcat grav prevederile art. 50 și art. 141 din Legea nr.

98/2016, îngrădind nejustificat participarea la Procedură și afectând libera concurență, astfel că, se impune restructurarea Procedurii, cu respectarea prevederilor legale aplicabile, indicate și în cuprinsul prezentei contestații, prin divizarea în cel puțin trei loturi distincte, astfel cum a detaliat anterior.

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

Cu titlu preliminar, contestatorul apreciază că, se impune să arate că, în fapt, echipamentele solicitate pe pozițiile 1.3 - 1.14 constituie linia de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic, astfel că acestea sunt echipamente destinate diagnosticului, iar, potrivit dispozițiilor Directivei 98/79/CE, transpuse la nivel național prin Hotărârea Guvernului nr. 798/2003, pentru a putea fi plasate pe piața unică a Uniunii Europene, deci, pentru a putea fi folosite în scop de diagnostic în spitalele din România, acestea trebuie să poarte marcajul CE, marcaj ce semnifică faptul că aceste echipamente au fost supuse evaluării din punct de vedere al conformității cu cerințele aplicabile din Directiva 98/79/CE.

Astfel, ori de câte ori o autoritate contractantă dorește achiziționarea de dispozitive medicale pentru diagnostic, contestatorul menționează că acestea ar trebui să solicite operatorilor economici să demonstreze că acestea sunt conforme cu legislația menționată anterior, astfel încât să nu afecteze securitatea și sănătatea pacienților, utilizatorilor și, după caz, a altor persoane implicate - i.e., să dispună de marcaj CE - ce atestă că dispozitivele medicale au fost create și testate în acest scop.

Or, contestatorul arată, după cum se poate observa din lecturarea caietului de sarcini, că Autoritatea contractantă nu a inserat nicio cerință minimă obligatorie cu privire la certificarea IVD pentru echipamentele destinate diagnosticului pe care dorește să le achiziționeze, acesta fiind un prim indiciu al favorizării producătorului MEDITE - din informațiile liber disponibile pe website-ul acestuia (<https://www.medite.de/>) nu reiese existența unei certificări IVD pentru echipamentele solicitate prin caietul de sarcini al Procedurii.

Pentru claritate, contestatorul consideră că următoarea analogie este relevantă pentru situația în discuție: a achiziționa echipamente destinate diagnosticului histopatologic, care nu dețin certificare IVD/marcaj CE, este echivalent cu a achiziționa o mașină cu un anumit motor și număr de cai putere, dar care nu îndeplinește condițiile de mediu stabilite prin legislația în vigoare, astfel că mașina achiziționată nu va putea fi înmatriculată, deci nu va putea satisface nevoia care a generat achiziția - într-o atare situație fiind flagrant lezate principiile ce guvernează materia achizițiilor publice, în special principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

De asemenea, contestatorul consideră că, din simpla citire a caietului de sarcini se poate observa că cerințele minime obligatorii impuse în cazul echipamentelor de pe pozițiile 1.4, 1.5, 1.9 și 1.10 sunt efectiv traduse și copiate "cuvânt cu cuvânt" din broșurile tehnice ale unor echipamente produse de Medite, după cum rezultă din tabelele comparative anexate prezentei:

(i) Poziția 1.4 - Sistemul automat de procesare cu posibilitate procesare simultană multiplă diferențială solicitat conduce exclusiv către echipamentul TPC15 Duo/Trio al producătorului Medite -Anexa nr. 2;

(ii) Poziția 1.5 - Sistemul automat de colorare lame histologice conduce exclusiv către echipamentul TST 44 al producătorului Medite - Anexa nr. 3;

(iii) Poziția 1.9 - Microtomul automat solicitat conduce exclusiv către echipamentul Meditome A550 al producătorului Medite - Anexa nr. 4;

(iv) Poziția 1.10 - Criomicrotomul solicitat conduce exclusiv către echipamentul Cryostat M630 al producătorului Medite - Anexa nr. 5.

În plus, contestatorul învederează faptul că echipamentul de pe poziția 1.13 - Baia de imunohistochimie solicitat conduce către echipamentul 2100-Retriever, după cum rezultă din compararea specificațiilor tehnice incluse în Caietul de sarcini, cu cele din broșura tehnică a produsului, care poate fi accesată și la link-ul: <https://www.emsdiasum.com/microscopy/technical/datasheet/62706.aspx> - a se vedea și Anexa nr. 6.

De asemenea, contestatorul arată că în cadrul echipamentului de pe poziția 1.6 - Montator automat de lamele - există o solicitare imperativă de compatibilitate cu echipamentul de pe poziția 1.5: „Să fie compatibil să preia direct spre montare lamele din automatul de colorare”, iar în cazul echipamentului de pe poziția 1.5 - care conduce exclusiv către echipamentul TST 44 al producătorului Medite - se solicită „Să poată fi conectat cu automat dedicate și compatibil (conform specificațiilor din cadrul procedurii] de montare a lamelelor pe lama cu preluare automată din fluxul de lucru al automatului de colorare”. Astfel, contestatorul apreciază că prin stipularea acestei condiții de compatibilitate între cele două echipamente, ofertarea este blocată și pentru echipamentul de pe poziția 1.6, acesta trebuind să fie compatibil cu echipamentul TST 44 al producătorului Medite, deci, indirect, să fie, de asemenea, un echipament din portofoliul aceluiași producător favorizat.

Totodată, contestatorul învederează faptul și că, pe lângă copierea literală a specificațiilor din broșura Medite, în cadrul echipamentului de pe poziția 1.4, Autoritatea contractantă impune cerințe care descriu anumite detalii de ordin constructiv, irelevante pentru necesitățile sale obiective și disproporționate în raport de specificul Spitalului, iar nu cerințe de performanță, astfel cum impune legea. În concret, Autoritatea contractantă solicită ca „echipamentul să dispună de posibilitatea de a procesa minim 200 de casete per cos și un număr total de minim 600 de casete simultan”, impunând astfel o capacitate de procesare enormă, disproporționată și abuzivă prin raportare la numărul de probe rulate în fapt și la numărul de paturi ale Spitalului, menționat în organigrama acestuia (publicată pe site-ul Autorității contractante), pe care oricum nu o va utiliza în practică, solicitarea având, în opinia sa, doar menirea de a întări poziția privilegiată creată pentru producătorul Medite.

Contestatorul arată că, necorelarea și inconsecvența solicitărilor din caietul de sarcini (evidențiate mai sus) se regăsesc cu precădere în cadrul acestuia, ceea ce, în opinia sa, denotă că demersul de redactare a caietului de sarcini a constat, în principal, în preluarea specificațiilor tehnice de la produsele Medite și transformarea lor în cerințe minime obligatorii, fără ca Autoritatea contractantă să precizeze clar, expres și neechivoc care sunt necesitățile obiective și reale ale acesteia, motiv

pentru care singura concluzie pertinentă care se poate desprinde este că ansamblul caietului de sarcini a fost definit după o ofertă preconstituită - conduită nepermisă și nelegală într-o procedură de licitație deschisă.

Față de cele anterior expuse, contestatorul consideră că, chiar dacă Procedura ar fi divizată, niciun alt producător din piața de profil, cu excepția Medite, nu poate depune o ofertă conformă, întrucât niciun sistem al acestora nu poate îndeplini cumulativ toate specificațiile tehnice deosebit de detaliate solicitate pentru aceste produse, libera concurență fiind, în mod evident și nejustificat, blocată.

Astfel, pentru toate motivele prezentate anterior, și, în lipsa unor justificări obiective, reale din punct de vedere tehnic și/sau clinic, contestatorul consideră că se impune obligarea Autorității Contractante la eliminarea acestor cerințe - care reflectă strict caracteristici funcționale/constructive ale unor anumite produse și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acesteia, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

de asemenea, contestatorul apreciază că o necorelare similară se observă și la solicitările Autorității contractante în cazul echipamentelor de pe pozițiile 1.13. și 1.14., unde, arată că, deși Spitalul solicită un sistem automat de imunohistochimie (care efectuează tot procesul automat, integrând toate etapele), acesta solicită anterior și o baie de imunohistochimie - echipament ce era necesar, în trecut, în cazul tehnologiilor vechi de 20 de ani, pentru a efectua pre-tratamentul termic.

În prezent, având în vedere sistemele automate de imunohistochimie actuale, de ultimă generație, în acord cu progresul științific din domeniul medical, contestatorul menționează că această etapă pe care o realizează baia de imunohistochimie este realizată integrat, on-board, în cadrul sistemului automat. Astfel, prin solicitarea atât a unui sistem automat, cât și a unei băi de imunohistochimie, contestatorul susține că se dublează cerințele impuse, fără a exista, însă, vreo justificare a acestei solicitări în cadrul caietului de sarcini pentru limitarea accesului în Procedură.

Mai mult, contestatorul consideră că Autoritatea contractantă a elaborat specificațiile tehnice ale caietului de sarcini cu privire la Sistemul automat de imunohistochimie cu încălcarea principiilor proporționalității și nediscriminării, precum și cu încălcarea prevederilor legale aplicabile.

Cu titlu preliminar, în ceea ce privește Sistemul automat de imunohistochimie, contestatorul învederează că, Autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice aferente Sistemul automat de imunohistochimie astfel încât acestea să descrie și să conducă exclusiv către ofertarea sistemului Ventana produs de către „„„ Diagnostics (broșura echipamentului „„„ Ventana Benchmark GX care corespunde tuturor cerințelor din caietul de sarcini regăsindu-se în Anexa nr. 7), făcând practic imposibilă ofertarea unor alte sisteme de imunohistochimie existente pe piață, care ar putea satisface nevoile obiective ale Autorității contractante la același nivel de calitate și performanță.

Prin urmare, contestatorul arată că Autoritatea contractantă nu a urmărit să solicite anumite cerințe de performanță, ci doar a preluat toate specificațiile echipamentului „„„ Ventana Benchmark GX - acesta fiind singurul echipament de pe piață care poate îndeplini cerințele caietului de sarcini în integralitatea lor.

În continuare, contestatorul arată, în concret, specificațiile tehnice restrictive impuse de Autoritatea contractantă în definirea cerințelor minime obligatorii aferente Procedurii:

(i) În ceea ce privește cerința, „[...] protocoale IHC cu colorare dublă și triplă”

Contestatorul arată că, prin specificațiile incluse în Caietul de sarcini, se solicita ca sistemul ofertat să permită efectuarea de „[...] protocoale IHC cu colorare dubla si tripla”, deși în diagnosticul imunohistochimic uzual se utilizează colorare simplă, foarte rar fiind nevoie de colorare dublă, iar colorarea triplă nu este utilizată în diagnostic.

Mai mult, chiar dacă privită individual, această cerință nu are un caracter restrictiv, existând și alte sisteme de imunohistochimie care pot îndeplini punctual această cerință, contestatorul consideră că, din coroborarea acesteia cu restul caietului de sarcini, aceasta conturează poziția privilegiată creată de Autoritatea contractantă echipamentul „, Ventana Benchmark GX, care are protocoale IHC cu colorare dublă și triplă- a se vedea Anexa nr. 7 - broșura echipamentului „, Ventana Benchmark GX, din care redă un extras în scop de simplificare:

■ Automata IHC. Dual/Tripla IHC, ISH and FITC assays

Așadar, având în vedere că această cerință specifică caracteristicilor constructive ale echipamentului produs de „, nu are vocația de a satisface o nevoie și/sau cerințe de performanță menite să satisfacă necesități obiective ale Autorității Contractante, contestatorul susține că este evident că singura ei vocație este de bloca nejustificat accesul la Procedură.

Pentru motivele mai sus expuse arătate, contestatorul apreciază că se impune obligarea Autorității Contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională, constructivă a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acesteia, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

(ii) În ceea ce privește cerința „[...]utilizarea truselor de dezvoltare pe baza de polimer, fără biotina, utilizând cromogenii DAB, Naftol, Fast Red, Argint, BC1P, NBT”

Contestatorul subliniază că cromogenii utilizați frecvent în analize IHC și pentru care există kit-uri certificate IVD sunt DAB și Fast Red, restul cromogenilor solicitați în caietul de sarcini nu sunt utili pentru diagnostic IHC uzual, nefiind disponibile kit-uri certificate IVD pentru aceștia, fiind clasificați RUO (research use only). Astfel, contestatorul susține că, cromogenii Naftol, Argint, BCIP și NBT nu ar putea fi folosiți pentru diagnostic IHC uzual, motiv pentru care o astfel de cerință minimă și obligatorie pentru un sistem dedicat diagnosticului este restrictivă.

Raportat la cele de mai sus prezentate, contestatorul consideră că se impune obligarea Autorității Contractante la eliminarea acestei cerințe, pentru a elimina blocajul nejustificat în ofertarea oricăror soluții care răspund necesității obiective a Autorității contractante.

(iii) În ceea ce privește cerința „Sistemul asigură uniformizarea reactivului pe lama prin jet de aer cu traiectorie controlată, fără a afecta integritatea țesutului în timpul procesării”

Contestatorul arată că uniformizarea reactivilor pe lama este definitorie pentru a obține rezultate bune în procedeele de IHC, însă modul în care se obține acesta depinde de la producător la producător.

Or, contestatorul apreciază că, o detaliere atât de excesivă a metodei de uniformizare a reactivului pe lamă are vocația doar de a limita accesul altor producători la ofertare, având în vedere că, astfel cum a menționat anterior, nevoia Autorității contractante este aceea de a obține rezultate bune în procedeele IHC, iar acest obiectiv poate fi atins prin metode diferite fără însă a afecta nevoia reală a Autorității contractante.

În plus, contestatorul subliniază că și aceasta cerință, respectiv metoda descrisă la acest punct este specifică automatelor de Imunohistochimie Ventana produse de către „„, Diagnostics:

Achieve consistent, reproducible results

- *Standardizaze baking-through-counterstaining on a single platform*
- *Ensure uniform staining through independent slide heaters, liquid poverslip and air vortex mixing technologies*
- *Rely on 25years of proven experience and eight generations of automation*

Având în vedere caracterul restrictiv al acestei cerințe, care nu se fundamentează pe nicio nevoie obiectivă a Autorității Contractante, și care nu marchează niciun nivel superior de performanță, având vocația doar de a limita artificial concurența, contestatorul consideră că se impune eliminarea acesteia, fiind încălcat art. 155 din Legea nr. 98/2016 și principiul proporționalității.

(iv)În ceea ce privește cerința „Prevenția evaporării reactivilor de pe lama să se realizeze prin aplicarea unei pelicule de ulei alifatic fără a necesita consumabile”

Contestatorul subliniază, la fel ca în cazurile menționate anterior, că prevenția evaporării reactivilor este foarte importantă în economia reacțiilor IHC, însă și pentru aceasta fiecare producător dezvoltă tehnologii și metode proprii specifice, diferite de cele pe care le folosesc diferiți producători, sens în care, trebuie menționat că din punct de vedere tehnic și/sau funcțional, nu are importanță modul în care se realizează prevenția evaporării reactivilor de pe lamă, ceea ce contează fiind realizarea procedurii în condiții de eficiență și performanță.

Or, contestatorul precizează că, metoda cu peliculă de ulei alifatic este din nou specifică doar automatelor de imunohistochimie Ventana produse de către „„, Diagnostics, alți producători utilizând alte metode care pot asigura rezultate similare sau chiar superioare, de unde rezultă că fiecare sistem de imunohistochimie funcționează în condițiile optime declarate de producător, fiind excesivă impunerea unor anumite tehnologii/modalități de a ajunge la anumite rezultate, în condițiile în care necesitatea obiectivă a Autorității contractante este aceea de a obține respectivele rezultate și nu de a le obține printr-o anumită metodă.

Astfel, în lipsa unor motive/justificări obiective pentru o astfel de cerință minimă, ce detaliază excesiv caracteristicile sistemului de imunohistochimie, fără vreun beneficiu din punct de vedere al performanței, funcționalității, cu vocație de a favoriza un singur produs și de a le exclude automat pe celelalte, contestatorul consideră că se impune

obligarea Autorității Contractante la eliminarea acestei cerințe - care reflectă strict o caracteristică funcțională a unui anumit produs și nu o cerință de performanță menită să satisfacă o necesitate obiectivă a acesteia, fiind încălcat astfel art. 155 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, contestatorul susține că, caietul de sarcini nu respectă principiile fundamentale în domeniul achizițiilor publice, astfel cum au fost interpretate cu efect obligatoriu de către CJUE, având doar scopul de a bloca nejustificat accesul la Procedură, motive pentru care, solicită Consiliului remedierea caietului de sarcini, prin definirea specificațiilor tehnice prin raportare la necesitățile obiective, reale și documentate ale Spitalului.

2.4.3. Autoritatea contractantă a stabilit factorii de evaluare aferenți Procedurii cu încălcarea principiului proporționalității

Contestatorul arată că, autoritatea contractantă a stabilit doi factori de evaluare distincți, respectiv prețul ofertei cu o pondere de 70% și componenta tehnică cu o pondere de 30%.

Pentru componenta tehnică, cele 30 de puncte aferente sunt împărțite, după cum se arată, în funcție de 3 echipamente solicitate în Procedură, iar pentru fiecare dintre cele 3 sunt impuse câte două cerințe minime pe care echipamentul respectiv trebuie să le îndeplinească pentru a primi punctaj.

În concret, contestatorul arată că, în cazul sistemului automat de procesare cu posibilitate procesare simultană multiplă diferențiată:

u) Cerința minimă: Sistem de procesare linar cu axa XY capabil să efectueze trei procesări diferite simultan.

- Un sistem ce dispune de posibilitatea de a efectua 3 procesări diferite simultan - 0 puncte

- Un sistem ce dispune de posibilitatea de a efectua 4 procesări diferite simultan - 5 puncte

h) Cerința minimă: Echipamentul să dispună de posibilitatea de a procesa minim 200 de casete per cos și un număr total de minim 600 de casete simultan.

- Echipamentul care dispune de posibilitatea de a procesa 200 de casete per cos și un număr total de 600 de casete simultan 0 puncte

- Echipamentul care dispune de posibilitatea de a procesa o cantitate mai mare de 200 de casele per cos și un număr total mai mare de 600 de casete simultan- 5 puncte

Astfel, contestatorul arată că, un prim sub-factor de evaluare îl reprezintă capacitatea sistemului de a efectua minim 3 procesări diferite simultan. Contrar aparențelor, contestatorul susține că această cerință minimă NU reprezintă o cerință de performanță a sistemului - altfel spus, dacă un sistem e apt să efectueze mai multe procesări simultan, acest fapt nu echivalează cu un grad înalt de calitate și performanță, ci, din contră, un astfel de sistem prezintă risc major de lezare a siguranței probelor, aspect ce trebuie în mod evident evitat într-un laborator de imunohistochimie (probele prelucrate în acest caz fiind, deseori, obținute în urma unor operații complexe ale pacienților). Tehnologia de efectuare a mai multor procesări concomitent este învechită, motiv pentru care, contestatorul precizează că, în prezent, majoritatea producătorilor avizați

au optat pentru procesare standardizată. Mai mult, contestatorul arată că, deși cerința minimă este "să efectueze trei procesări diferite simultan", această cerință este punctată cu 0 puncte, iar doar un sistem ce dispune de posibilitatea de a efectua patru procesări diferite este punctat cu 5 puncte.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că majoritatea echipamentelor similare din piață (peste 80% dintre acestea) nu pot efectua 4 procesări simultan - iar, după cum a antamat anterior, nu pentru că nu ar îndeplini un nivel de performanță satisfăcător, ci pentru că mai multe procesări efectuate concomitent generează riscuri majore, prezentând, de asemenea, un pericol crescut pentru utilizator.

Astfel, contestatorul menționează că în momentul actual, cele mai performante astfel de sisteme efectuează o singură procesare standardizată și nu mai multe simultan (astfel cum solicită Autoritatea contractantă), acest lucru presupunând că sistemul efectuează fiecare procesare pe rând, asigurând siguranța probei.

Având în vedere că un factor de evaluare trebuie să reprezinte un avantaj pentru Autoritatea contractantă, iar în cazul de față acesta reprezintă chiar opusul ideii de performanță tehnică/funcțională pentru un sistem automat de imunohistochimie, contestatorul solicită Consiliului să oblige Autoritatea contractantă la eliminarea acestui sub-factor de evaluare nelegal.

de asemenea, contestatorul arată că al doilea sub-factor de evaluare îl reprezintă capacitatea de procesare a minim 600 de casete simultan. Or, contestatorul susține, după cum a arătat anterior, că o asemenea capacitate de procesare este excesivă, abuzivă și disproporționată prin raportare la numărul de probe rulate în fapt și la numărul de paturi ale Spitalului.

Astfel, contestatorul arată că, Autoritatea contractantă nu doar că solicită o capacitate de procesare pe care, oricum, în fapt, nu va ajunge să o utilizeze și va folosi sistemul mult sub capacitatea solicitată, ci stabilește această cerință minimă ca sub-factor de evaluare, îngrădind total accesul în Procedură, în lipsa oricărei justificări pentru solicitările sale exagerate, arbitrar și ilegale.

Având în vedere că nici această sub-factor nu este justificat și nici bazat pe criterii de performanță obiective, contestatorul consideră evident că rolul acestuia este doar acela de a contura intenția Spitalului de a favoriza produsele Medite și, implicit, de a exclude automat toate celelalte sisteme cu funcționalități similare. Pe cale de consecință, solicită Consiliului să oblige Autoritatea Contractantă la eliminarea acestui sub-factor de evaluare nelegal.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul solicită Consiliului să constate că Autoritatea contractantă a încălcat principiile tratamentului egal, nediscriminării și eficienței utilizării fondurilor publice prin modul de alcătuire a Procedurii, nesocotind flagrant art. 50 și art. 141 din Legea nr. 98/2016, cât și principiile transparenței și proporționalității la elaborarea factorilor de evaluare și a specificațiilor tehnice, precum și prevederile art. 49, art. 154, art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, utilizând o modalitate nepermisă de definire a acestor specificații tehnice.

110. Mai mult, contestatorul solicită Consiliului să constate că Autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, al tratamentului egal și al nediscriminării la elaborarea componentei, factorilor de evaluare și specificațiilor tehnice aferente Procedurii.

Astfel, ca urmare a constatării acestor încălcări ale legislației achizițiilor publice, contestatorul solicită Consiliului să oblige Autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, prin divizarea Procedurii astfel încât să rezulte cel puțin trei loturi distincte, prin stabilirea unor sub-factori de evaluare rezonabili, care să reprezinte un avantaj pentru Spital (și nu doar o specificație tehnică disproporționată specifică unui anumit producător) și prin redefinirea specificațiilor tehnice prin raportare la cerințe de performanță și/sau funcționale obiective, raportate la necesitățile sale obiective, reale.

Pentru toate argumentele mai sus expuse, contestatorul solicită admiterea Contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art. 8, art. 19 și art. 26 din Legea nr. 101/2016, art. 2 și 155 din Legea nr. 98/2016, precum și pe toate textele legale invocate în cuprinsul contestației

în probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri, fiind anexate, în susținere:

- (1) Anexa nr. 1 - împuternicire avocațială;
- (2) Anexa nr. 2 - Broșura tehnică TPC 15 Duo/Trio, împreună cu tabel comparativ;
- (3) Anexa nr. 3 - Broșura tehnică TST 44, împreună cu tabel comparativ;
- (4) Anexa nr. 4 - Broșura tehnică Meditome A550, împreună cu tabel comparativ;
- (5) Anexa nr. 5 - Broșura tehnică Cryostat M630, împreună cu tabel comparativ;
- (6) Anexa nr. 6 - Broșura tehnică 2100-Retriever, împreună cu tabel comparativ;
- (7) Anexa nr. 7 - Broșura tehnică „Ventana Benchmark GX”;
- (8) Anexa nr. 8 - Recipisa cauțiune.

Prin adresa nr. 20858/16.07.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 37030/19.07.2021, ... în calitate de autoritate contractantă, a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC „S.R.L.”, solicitând respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată, pentru următoarele:

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în scopul aplicării Legii nr. 98/2016, urmărind achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, cerințele formulate în caietul de sarcini au fost stabilite în baza unei largi documentări, a solicitării, analizei și necesarului laboratorului de anatomie patologie.

Astfel, analizând motivele contestatorului și susținerea acestuia privind nelegalitatea documentației de atribuire prin impunerea „drept cerințe minime obligatorii a unor specificații tehnice restrictive, care nu

permit tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire (...)", autoritatea contractantă consideră ca au fost respectate prevederile art. 154 din Legea achizițiilor publice, anume principiile fundamentale, respectiv:

- principiul transparenței;
- principiul promovării concurenței între operatorii economici, aplicând în componenta procedurii, principiile tratamentului egal, proporționalității și nediscriminării, statuate de Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice.

Contraargumentele S.J.U, ce poartă asupra solicitării contestatoarei privind divizarea procedurii, astfel încât să rezulte cel puțin trei loturi distincte, prin "stabilirea unor sub-factoride evaluare rezonabili care să reprezinte un avantaj pentru subscrisa (Spital) și redefinirea specificațiilor tehnice prin raportare la cerințe de performanță și/sau funcționale obiective, raportate la necesitățile sale obiective reale", au în vedere, cu precădere:

- Efectuarea cu maximă celeritate a achiziției publice de "Diverse aparate și produse medicale" , reprezentând o necesitate obiectivă, care nu suportă amânare, atât în contextul situației ca, subscrisa se află în stadiul de evaluare privind acreditarea care se bazează pe un proces de evaluare externă Independent și Imparțial, cu standarde profesionale internaționale specifice sistemului sanitar, bazată pe așa zisul „peer review” sau arbitraj și care are nevoie de o evaluare continuu (la fiecare trei ani) și o actualizare/punere la zi regulată introducând teme inovatoare și/sau eliminând teme care nu mai sunt de actualitate.

- s-a considerat oportun, nedivizarea contractului în loturi, ținând cont de tipul și destinația acestora și posibilitatea de interconectare pentru ca, toate echipamentele sunt destinate Serviciului de anatomie patologică întrucât prosectura este un compartiment din cadrul Serviciului, destinat stabilirii diagnosticului anatomopatologic necroptic, iar centrifuga reclamată aparține serviciului de hematologie este destinată prelucrării lichidelor biologice în cadrul compartimentului citologic al Serviciului de anatomie patologică. Apărarea contestatoarei, fără viza unor doctori de specialitate, nu poate conduce, în opinia sa, „decât la sugestia ca și-a dorit să primească, probabil, pe încredințare directă licitația, și ca niciun alt ofertant nu poate îndeplini cerințele solicitate prin caietul de sarcini.”

- fiind acoperirea nevoii obiective și urgente de dotare și modernizare și a posibilității aducerii actului medical la un înalt nivel de calitate. Divizarea, ar face executarea contractului mai dificilă din punct de vedere tehnic, dar și logistic, însemnând derularea unor contracte distincte, cu contractanți distincți, cu loturi care se pot atribui în date diferite și la o durată de timp îndepărtată luând în considerare posibile clarificări, contestații, etc, ceea ce ar putea pune în pericol finalizarea proiectului.

În plus, autoritatea apreciază că, se poate prezuma și o lipsă de compatibilitate tehnică a acestora și care ar afecta cu siguranță capacitatea sa de a gestiona respectivele contracte, având în vedere lipsa de personal;

Afirmația contestatoarei că „autoritatea contractantă a ales să definească specificațiile tehnice aferente Procedurii prin stabilirea de cerințe minime obligatorii restrictive, care conțin caracteristici funcționale specifice unui anumit producător și care nu răspund unor necesități

funcționale sau de performanță relevante...fiind astfel descalificați automat majoritatea operatorilor care operează în mod obișnuit pe această piață" se prezintă ca o ingerință în activitatea managerială a autorității contractante, impunând profilul propriu al bunurilor comercializate cu standarde și specificații sub cerințele prevăzute în documentația de achiziție publică.

De altfel, autoritatea contractantă consideră că aceasta nu poate cunoaște toți operatorii economici/distribuitorii de echipamente medicale pentru prelevarea, procesarea și diagnosticarea histopatologică, putând participa în asocieri cu alți operatori economici, astfel cum îi permite legislația în materie de achiziții publice, nefiind astfel restricționat sau blocat accesul la procedura de achiziție publică.

De asemenea, autoritatea menționează că „asta nu înseamnă că documentația de atribuire, în cazul de față caietul de sarcini este eronat/ilegal, atâta timp cât prin intermediul SEAP documentația a fost adusă la cunoștința operatorilor economici, posibil ofertanți, iar aceștia au posibilitatea de a transmite solicitări de clarificări cu privire la cerințele impuse”; contestatoarea putea uza de dreptul de a transmite o solicitare de clarificări, în ceea ce privește „introducerea în caietul de sarcini a specificațiilor tehnice minimale obligatorii”.

În concret, autoritatea contractantă susține că împărțirea pe loturi a unei achiziții revine autorității contractante fiind reglementată ca un drept al acesteia și nu ca o obligație, cu respectarea tuturor normelor stabilite de legiuitor, de altfel respectate.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , SC „S.R.L. a depus concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin care a solicitat respingerea ca neîntemeiate apărările invocate de Autoritatea contractantă, și, prin urmare, admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată,

în susținerea cererii sale, pe lângă argumentele expuse în Contestație, aducând și următoarele precizări, în replică la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, față de apărările Autorității Contractante.

În concret, față de apărările invocate de Autoritatea Contractantă în punctul său de vedere, contestatorul învederează următoarele:

I. Contestatorului consideră că apărările autorității contractante cu privire la modalitatea de alcătuire a lotului contestat sunt neîntemeiate.

Cu titlu preliminar, contestatorul arată că Autoritatea contractantă evită să formuleze apărări pertinente prin care să combată criticile de nelegalitate invocate, rezumându-se la a face simple susțineri care nu au vocația de a justifica nici: (a) modalitatea de alcătuire a lotului și nici [b] natura restrictivă a Caietului de sarcini.

Astfel, prin lipsa apărărilor de fond, contestatorul apreciază că Autoritatea contractantă achiesează la susținerile sale, confirmând în acest mod criticile de nelegalitate expuse pe larg în cadrul Contestației.

Deși prin Punctul de vedere, Autoritatea Contractantă justifică gruparea a 15 echipamente medicale separate, cu funcții independente, ce deserveșc scopuri diferite ținând cont de:

A. efectuarea cu maximă celeritate a achiziției publice de „Diverse aparate și produse medicale”

- fără a menționa denumirea completă a obiectului contractului, respectiv „Diverse aparate si produse medicale (LINIE DE PRELEVARE, PROCESARE SI DIAGNOSTIC HISTOPATOLOGIC)”

- în contextul că se află în curs de acreditare și că, urmărește o actualizare la zi prin introducerea de teme inovatoare și/sau eliminarea temelor care nu mai sunt de actualitate, ceea ce din punctul său de vedere este suficient pentru a demonstra necesitatea obiectivă și urgentă a Spitalului de a efectua "cu maximă celeritate" achiziția publică de echipamente medicale;

B. „acoperirea nevoii obiective și urgente de dotare și modernizare și a aducerii actului medical la un nivel înalt de calitate” - deși Spitalul nu a solicitat certificat IVD pentru produsele solicitate - acesta fiind necesar pentru a putea fi utilizate în scop de diagnostic în spitalele din România;

C. tipul, destinația echipamentelor și o aparentă posibilitate de interconectare, echipamentele fiind destinate Serviciului de anatomie patologică - deși echipamentele medicale solicitate sunt distincte, îndeplinesc scopuri diferite, autonome și independente și deserveșc, pe de o parte, domeniul medical al anatomiei patologice - respectiv produsele solicitate pe pozițiile 1.3-1.11 și 1.13-1.14 inclusiv și, pe de altă parte, domeniul medical al serviciului de prosectură - respectiv cele de pe pozițiile 1.1, 1.2 și 1.15, dar și un echipament destinat departamentului de hematologie -respectiv cel de pe poziția 1.12;

D. faptul că "divizarea ar face executarea contractului mai dificilă din punct de vedere tehnic, dar și logistic, însemnând derularea unor contracte distincte, cu contractanți distincți, cu loturi care se pot atribui în date diferite și la o durată de timp îndepărtată luând în considerare posibile clarificări, contestații etc, ceea ce ar putea pune în pericol finalizarea proiectului”;

E. prezumarea unei posibile lipse de compatibilitate tehnică;

F. posibilitatea operatorilor economici de a participa cu ofertă comună, în asociere;

G. posibilitatea operatorilor economici de a solicita clarificări;

H. ideea că împărțirea pe loturi constituie un drept al Autorității Contractante și nu o obligație;

contestatorul susține, astfel cum va arăta în continuare, că niciunul din aceste argumente nu este de natură să combată criticile aduse prin intermediul Contestației, fiind pure afirmații speculative, neveridice, de natură doar să inducă Consiliul în eroare.

A. „Efectuarea cu maximă celeritate a achiziției publice”

Cu privire la argumentul potrivit căruia efectuarea cu celeritate a unei proceduri de achiziție publică ar justifica o astfel de împărțire pe loturi - chiar dacă aceasta este nelegală, realizată cu încălcarea principiilor fundamentale atât în materia achizițiilor publice, cât și a dreptului concurenței, contestatorul consideră că acesta este neîntemeiat și raportat la principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Or, contestatorul susține că celeritatea nu poate fi invocată pentru a justifica: (1) alcătuirea loturilor într-o manieră menită să limiteze nejustificat concurența și să blocheze accesul în Procedură; (2) copierea specificațiilor tehnice aferente echipamentelor solicitate din broșurile tehnice ale unor anumite aparate determinate, aparținând anumitor

producători; și nici (3) stabilirea unor sub-factori de evaluare disproporționați, care nu reprezintă un avantaj real pentru Autoritatea contractantă stabiliți în mod nelegal.

Astfel, contestatorul consideră că apărările Autorității care invocă nevoia Spitalului de a efectua achiziționarea echipamentelor cu maximă celeritate nu sunt de natură a justifica blocarea totală a accesului în Procedură și limitarea liberei concurențe. Odată demarată o procedură competitivă de licitație deschisă, cum este cazul prezentei, Autoritatea contractantă nu poate să asigure unui producător sau distribuitorilor acestuia o poziție privilegiată, prin intermediul stabilirii unui lot global pentru 15 echipamente medicale distincte care nu se încadrează în categoria legală de „produse similare”, întrucât ar nesocoti principiul accesului neîngrădit, care stă la baza procedurii de atribuire aleasă.

Astfel, contestatorul învederează faptul că, indiferent de contextul redactării unei documentații de atribuire (cu celeritate sau nu), în momentul inițierii unei proceduri de achiziție publică, Autoritatea contractantă este obligată să respecte rigorile legislative din materia achizițiilor publice și să se asigure că prin deciziile sale aceasta nu aduce atingere principiilor ce guvernează această materie și nici prevederilor legale aplicabile.

Mai mult, contestatorul menționează că art. 224 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 statuează că:

"(1) Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni:

[...]

b) orice încălcare a prevederilor prezentei legi sau a actelor normative emise în aplicarea acesteia, având ca efect încălcarea dispozițiilor art. 2; (...)"

Pe cale de consecință, contestatorul subliniază că încălcarea principiilor atribuirii contractului de achiziție publică, precum, achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, nediscriminarea, tratamentul egal, transparența constituie contravenții în conformitate cu legislația privind achizițiile publice, fiind constatate ex post de către Curtea de Conturi și sancționate cu amendă contravențională.

B. „Acoperirea nevoii obiective și urgente de dotare și modernizare și a aducerii actului medical la un nivel înalt de calitate”

De altfel, contestatorul apreciază că demersul speculativ al Autorității contractante este relevant chiar prin conduita contradictorie a acesteia - deși precizează că necesitatea sa este de a achiziționa echipamente inovatoare, aflându-se în plin proces de acreditare, aceasta totuși nu formulează nicio apărare referitoare la faptul că a solicitat echipamente destinate diagnosticului pentru care însă nu s-a solicitat obligativitatea deținerii certificării IVD și nici cu privire la stabilirea unor sub-factori de evaluare nelegali care impun o tehnologie învechită, ce prezintă riscuri majore și care, în prezent, este abandonată de majoritatea producătorilor avizați tocmai din cauza riscurilor iminente pe care le prezintă.

Succint, contestatorul subliniază că pentru a putea fi utilizate în scop de diagnostic în spitalele din România, echipamentele de pe pozițiile

1.3,1.4,1.5,1.6,1.8,1.9,1.10,1.13 și 1.14 trebuie să dețină o certificare IVD specifică, acestea fiind destinate diagnosticului.

Mai mult, contestatorul precizează, astfel cum a arătat pe larg în Contestație, că în cazul sistemului automat de procesare cu posibilitate procesare simultană multiplă diferențiată, Autoritatea contractantă a stabilit doi factori de evaluare distincți, respectiv prețul ofertei cu o pondere de 70% și componenta tehnică cu o pondere de 30%, iar pentru componenta tehnică, cele 30 de puncte aferente sunt împărțite în funcție de 3 echipamente solicitate în Procedură, iar pentru fiecare dintre cele 3 sunt impuse câte două cerințe minime pe care echipamentul respectiv trebuie să le îndeplinească pentru a primi punctaj:

«a) Cerința minimă: Sistem de procesare linar cu axa XY capabil să efectueze trei procesări diferite simultan.

- *Un sistem ce dispune de posibilitatea de a efectua 3 procesări diferite simultan - 0 puncte*

- *Un sistem ce dispune de posibilitatea de a efectua 4 procesări diferite simultan - 5 puncte*

b) Cerința minimă: Echipamentul să dispună de posibilitatea de a procesa minim 200 de casele per cos și un număr total de minim 600 de casete simultan.

- *Echipamentul care dispune de posibilitatea de a procesa 200 de casete per cos și un număr total de 600 de casete simultan - 0 puncte*

- *Echipamentul care dispune de posibilitatea de a procesa o cantitate mai mare de 200 de casele per cos si un număr total mai mare de 600 de casete simultan - 5 puncte”.*

Contrar aparențelor, contestatorul precizează că această cerință minimă NU reprezintă o cerință de performanță a sistemului - altfel spus, dacă un sistem e apt să efectueze mai multe procesări simultan, acest fapt nu echivalează cu un grad înalt de calitate și performanță, ci, din contră, un astfel de sistem prezintă risc major de lezare a siguranței probelor, aspect ce trebuie în mod evident evitat într-un laborator de Anatomie patologică (probele prelucrate în acest caz fiind obținute în urma unor operații complexe ale pacienților). Tehnologia de efectuare a mai multor procesări concomitent este învechită, motiv pentru care, în prezent, majoritatea producătorilor avizați au optat pentru procesare standardizată. Mai mult, contestatorul arată că, deși cerința minimă este "să efectueze trei procesări diferite simultan", această cerință este punctată cu 0 puncte, iar doar un sistem ce dispune de posibilitatea de a efectua patru procesări diferite este punctat cu 5 puncte.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că majoritatea echipamentelor similare din piață (peste 80% dintre acestea) nu pot efectua 4 procesări simultan - iar, după cum a antamat anterior, nu pentru că nu ar îndeplini un nivel de performanță satisfăcător, ci pentru că mai multe procesări efectuate concomitent generează riscuri majore, prezentând, de asemenea, un pericol crescut pentru utilizator.

Astfel, se arată că, în momentul actual, cele mai performante astfel de sisteme efectuează o singură procesare standardizată și nu mai multe simultan (astfel cum solicită Autoritatea contractantă), acest lucru presupunând că sistemul efectuează fiecare procesare pe rând, asigurând siguranța probei.

C. „Tipul, destinația echipamentelor și o aparentă posibilitate de interconectare și prezumarea unei posibile lipse de compatibilitate tehnică”

Cu privire la argumentul potrivit căruia destinația echipamentelor, respectiv echipamente medicale destinate Serviciului de anatomie patologică ar justifica construirea unui lot global prin includerea mai multor echipamente de sine stătătoare, independente, cu funcții diferite destinate - unele fiind destinate diagnosticului, altele serviciului de prosectură, iar altul departamentului de hematologie, contestatorul arată că, atât Consiliul, cât și instanțele de judecată au reținut unitar că alcătuirea loturilor prin gruparea de produse și echipamente pe considerente de loc de utilizare este eronată, fiind efectuată cu eludarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, aducându-se astfel atingere implicită scopului organizării procedurii de atribuire, dar și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziției publice consacrate de art. 2 din același act normativ.

În susținere, contestatorul redă considerentele Consiliului reținute în:

(a) Decizia nr. 2425/C7/2653/28.12.2020:

"Din analiza componenței lotului 14 care face obiectul prezentei contestații, Consiliul reține că, deși echipamentele solicitate sunt din aceeași categorie, respectiv aparatură de laborator, ele sunt produse de sine stătătoare, independente unul de altul, care nu sunt interconectate în vederea funcționării, putând funcționa independent unele de altele. Este lipsit de relevanță faptul că echipamentele vor fi într-un spațiu comun al aceluiași departament; acesta neputând constitui un argument pentru includerea lor în cadrul aceluiași lot, câtă vreme aceste echipamente nu sunt interdependente, iar funcționarea unui nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte trei.

În aceste condiții, justificările autorității contractante de includere a mai multor tipuri de produse/echipamente în cadrul unui singur lot pe considerentul <loc de utilizare> nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 144 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele/echipamentele incluse în cadrul unui lot trebuie să facă obiectul unei atribuirii distincte, în funcție de și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate proiectului."

(b) Decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 2017/3574:

"Prin urmare, Consiliul urmează a determina caracterul de similaritate al produselor grupate în cadrul celor 2 loturi încât respectivele grupări să respecte condițiile legale de a îndeplini, în mod cumulativ, rigorile:

- de a avea utilizări identice sau similare;
- de a face parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în domeniu. (...)

Prin urmare, alcătuirea loturilor prin gruparea de produse și echipamente pe considerente de loc de utilizare - ATI și Bloc operator - este eronată, fiind efectuată cu eludarea dispozițiilor art. 18 alin. (3) și art.

141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. aducându-se astfel atingere implicită scopului organizării procedurii de atribuire, dar și principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziției publice consacrate de art. 2 din același act normativ, criticile contestatoarei SC PANSIPROD DISTRIBUȚIE SRL fiind astfel întemeiate."

Mai mult, contestatorul arată că, chiar și ANAP în cadrul Bibliotecii de spețe a reținut că "[...] oportunitatea de a lotiza depinde în mod direct de posibilitatea împărțirii contractului pe segmente ce pot fi realizate independent, de operatori economici diferiți."

Oricum, contestatorul apreciază că, prin apărările formulate, Autoritatea contractantă confirmă criticile de nelegalitate invocate în această privință, respectiv faptul că echipamentele incluse în același lot aparțin unor domenii medicale specializate diferite - anatomia patologică, prosectura și hematologia.

Cu privire la centrifugă (echipamentul de pe poziția 1.12), contestatorul arată că deși admite că aparține serviciului de hematologie, Autoritatea Contractantă alege să formuleze apărări tendențioase și speculative, invocând că aceasta ar fi destinată citologiei, ceea ce, în practică, este exclus.

Pentru a detalia, având în vedere specificația tehnică solicitată în Caietul de sarcini pentru Centrifuga, respectiv "Să dispună de rotor fix cu 12 poziții a câte 15 ml și adaptoare pentru a putea centrifuga vacutainere cu volum de 5,7 și 10 ml", contestatorul subliniază că această cerință face trimitere către o centrifugă care nu își are utilitatea într-un laborator de Anatomie patologică, putând fi utilizată doar pentru analize de sânge. Or, contestatorul susține că vacutainerele solicitate NU se pot folosi pentru lichidele biologice rezultate/utilizate în activitatea compartimentului de citologie.

21. Referitor la aparenta posibilitate de interconectare și/sau la prezumarea unei lipse de compatibilitate tehnică, contestatorul arată că, contrar celor susținute de Spital, cele 15 echipamente medicale NU se pot interconecta, ele nu constituie un potențial ansamblu interconectat, ci sunt echipamente distincte, autonome, de sine-stătătoare, chiar îndeplinind scopuri diferite, după cum a arătat pe larg în Contestație.

D. „Divizarea ar face executarea contractului mai dificilă din punct de vedere tehnic, dar și logistic”

De asemenea, contestatorul arată că nu poate fi de acord nici cu apărările Autorității contractante conform cărora divizarea lotului global ar face executarea contractului mai dificilă. Astfel, contrar susținerilor tendențioase ale Autorității contractante, contestatorul precizează că achiziționarea separată - prin loturi distincte astfel cum a detaliat prin Contestație - nu ar produce nicio repercusiune asupra eficienței actului medical și activității obișnuite a Spitalului, atât timp cât, din perspectiva Autorității contractante, obiectivul final al Procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate cu respectarea principiului eficienței cheltuirii fondurilor publice, iar nu acela de a încheia un număr limitat de contracte, cu un singur sau un număr restrâns de operatori economici, pentru o valoare considerabilă, numărul de contracte pe care aceasta le încheie (fie pentru un lot, fie pentru mai multe loturi) neprezentând nicio relevanță.

Pentru eliminarea oricărui dubiu, contestatorul apreciază că, în implementarea practică a achiziției produselor, fie într-un lot, fie pe loturi distincte, Autoritatea contractantă ar trebui oricum să gestioneze distinct produsele (i.e. instruire de specialitate separată, revizii separate), deoarece acestea reprezintă echipamente medicale de înaltă specializare, cu funcții distincte și care chiar intră în portofoliul unor producători diferiți.

Ad absurdum, contestatorul consideră că o astfel de justificare ar putea conduce la ideea că pentru Spital ar fi mai benefic să introducă în cadrul unei singure proceduri de achiziție publică întreg programul anual de achiziții, fără divizare pe loturi, tocmai pentru a asigura un ritm uniform de implementare, o compatibilizare deplină, o uniformizare etc.

Or, contestatorul consideră evident faptul că asigurarea celerității unei proceduri - inclusiv în sensul indicat de Spital - nu poate "discounta" principiile fundamentale și normele legale în materie de achiziții publice, drept concurențial sau gestiune a fondurilor europene.

Cu titlu ilustrativ, contestatorul redă considerentele Consiliului reținute în Decizia nr. 2425/C7/2653/28.12.2020:

„Prin urmare, Consiliul urmează a determina caracterul de similaritate al produselor grupate în cadrul lotului 14, încât să respecte condițiile legale de a îndeplini, în mod cumulativ, rigorile:

- de a avea utilizări identice sau similare;
- de a face parte din gama normala de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în domeniu, rigori care nu includ criterii de natura argumentelor invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 53331/04.12.2020, precum destinația/amplasarea comună a produselor în cadrul aceleiași secții (laboratorul de analize medicale) sau satisfacerea necesității utilizării unei tehnologii de ultimă generație, argumente care ar putea conduce la concluzia eronată că, pentru autoritatea contractantă, ar fi benefic să introducă în cadrul unei singure proceduri de atribuire întreg programul anual de achiziții, fără a fi nici măcar divizat în loturi, încât să fie realizată o uniformizare, compatibilizare, integrare în ritmul general al unui singur antreprenor, să nu se înregistreze probleme de livrare sau de garanție cu alți furnizori etc. ”

În sensul dat, contestatorul învederează Autorității contractante că procedurile de achiziție publică impun respectarea liberei concurențe și construirea acestora astfel încât participarea IMM-urilor să fie îngăduită și stimulată, nefiind permisă stabilirea componenței unor loturi prin gruparea, în cadrul unui lot unic, a mai multor echipamente ce nu se încadrează în definiția legală de „produse similare” - cea din urmă fiind conduita adoptată de Autoritatea contractantă, ce denaturează și restrânge concurența.

Or, contestatorul consideră că susținerile Autorității sunt pur declarative și lipsite de conținut practic, niciuna dintre apărările acesteia nici măcar nu tinde să arate că produsele incluse în același lot ar putea fi calificate drept „similare”. În realitate, asemenea susțineri nu pot fi expuse, din moment ce diferențele dintre aceste produse sunt evidente.

E. „Posibilitatea operatorilor economici de a participa cu oferta comună, în asociere”

Cu privire la posibilitatea operatorilor economici de a participa cu ofertă comună (i.e., asociere, subcontractare etc] la Procedură, contestatorul menționează că forma în care un operator economic alege să participe la o procedură de atribuire - ofertant sau candidat, individual sau în comun cu alți operatori economici, inclusiv sub forma de asociere este un drept al său și nu o obligație.

Astfel, contestatorul apreciază că prin conduita - nelegală - a Autorității contractante, aceasta a structurat loturile într-o manieră menită să restrângă artificial concurența, operatorii economici interesați a participa în Procedură fiind obligați să constituie o asociere, aspect confirmat chiar prin apărările sale, atunci când a menționat că: „putând participa în asociere cu alți operatori economici, așa cum îi permite legislația în materie de achiziții publice, nefind astfel restricționat sau blocat accesul la procedura de achiziție publică”, învederând faptul că, forma în care un operator economic alege să participe la o procedură de atribuire este un drept al său și nu o obligație.

În același sens, contestatorul arată că sunt și considerentele Consiliului din Decizia nr. 536/C7/334/338 din data de 16.03.2021, care a stabilit, într-o procedură similară în care autoritatea contractantă alcătuieste un lot unic pentru achiziționarea mai multor echipamente medicale distincte, independente și cu funcții diferite, următoarele:

„Astfel, Consiliul consideră că prin modul de grupare a echipamentelor, autoritatea contractantă a încălcat dreptul operatorilor economici de a participa cu șanse egale la procedura de atribuire în condițiile în care prevederile art. 50 din Legea 98/2016 interzic autorităților contractante, în mod expres, restrângerea artificială a concurenței prin modul de structurare a achizițiilor sau a unor elemente a acestora, prin favorizarea ori dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori economici.”

Mai mult, contestatorul menționează faptul că participarea în comun la o procedură de atribuire poate în anumite condiții să reprezinte o practică anticoncurențială. În acest sens, contestatorul arată că Consiliul Concurenței a emis "Ghidul privind respectarea regulilor de concurență în situația participării sub formă de asociere la o procedură de achiziție publică ", care printre altele atrage atenția operatorilor economici ca "Înainte să vă angajați în orice discuție cu operatori economici concurenți în vederea participării cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică, asigurați-vă că ați evaluat cu atenție propria poziție în ceea ce privește respectarea regulilor de concurență.". O astfel de evaluare presupune o analiză complexă din punct de vedere legal asupra pieței, procedurii și efectelor generate de o astfel de participare, ceea ce, implică costuri ridicate pentru operatorii economici.

De altfel, contestatorul precizează că, criteriile pentru împărțirea în loturi sunt în mod clar și expres prevăzute de art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, iar posibilitatea asocierii dintre operatorii economici nu se numără între aceste criterii.

În acest sens, contestatorul consideră că prin simplul fapt că operatorii economici interesați a participa în Procedură sunt obligați să se asocieze, restrângerea și limitarea liberei concurențe este demonstrată.

F. „Posibilitatea operatorilor economici de a solicita clarificări”

Contestatorul apreciază că și raportat la acest argument, Autoritatea contractantă face afirmații tendențioase cu privire la demersul său de a contesta documentația nelegală de atribuire, motivând aceste afirmații neprofesioniste prin faptul că subscrisa avea dreptul și puteam înainta solicitări de clarificare, prerogativă de care a înțeles să nu utilizeze prioritar contestării documentației de atribuire.

Or, contestatorul susține că solicitarea de clarificări nu constituie o condiție prealabilă necesar a fi îndeplinită pentru ca un operator economic să aibă acces la remediul de contestare a unei documentații de atribuire nelegale, astfel că, demersul său este doar manifestarea drepturilor oferite de lege în beneficiul operatorilor economici:

Contestatorul arată că, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ - jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”, iar scopul Legii nr. 101/2016 este, potrivit art. 1 alin. (3): „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.”

Oricum, contestatorul precizează că solicitarea de clarificări nu doar că nu este, dar nici nu poate constitui un remediu suficient și efectiv pentru operatorii economici nemulțumiți de conținutul documentației de atribuire, de vreme ce, prin utilizarea acestei prerogative, operatorii economici nu beneficiază de nicio garanție a demersului lor, răspunsul la solicitările acestora fiind la discreția autorităților contractante, care, în practică, în mod frecvent nu admit solicitările potențialilor ofertanți, menținând nelegalitatea documentației de atribuire.

Contestatorul reiterează că o conduită legală, în acord cu principiile în materie, ar fi presupus ca Autoritatea contractantă, prin deciziile sale, să nu îngreuească în niciun mod libera concurență, din contră, chiar să o stimuleze (1) prin solicitarea, de la bun început, a celor 15 echipamente medicale independente și autonome în cel puțin 3 loturi distincte astfel cum a detaliat pe larg în cadrul Contestației și astfel cum impune legea; și (2) prin redactarea specificațiilor tehnice prin raportare la necesitățile sale obiective, reale și documentate, fără a insera, ulterior copierii acestora din broșurile tehnice ale unor anumiți producători, specificații de ordin constructiv disproporționat de detaliate specifice acelor producători determinați.

G. „Ideea că împărțirea pe loturi constituie un drept al Autorității Contractante și nu o obligație”

În ceea ce privește argumentul potrivit căruia împărțirea pe loturi ar constitui un drept al Autorității Contractante și nu o obligație, contestatorul învederează că, împărțirea pe loturi deși nu este obligatorie, reprezintă totuși regula în materia achizițiilor publice, scopul fiind acela de a facilita

participarea întreprinderilor mici și mijlocii la proceduri de atribuire și de a încuraja astfel concurența. În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica temeinic decizia de a nu atribui contractul pe loturi, acest argument fiind susținut și de către ANAP, care prin intermediul Bibliotecii de spețe a reținut că:

"Speța 838 - împărțirea pe loturi este obligatorie? Data publicării: 23 apr. 2020,17:04:44 Răspuns:

Din analiza prevederilor legale incidente rezultă că deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă, în schimb, să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea, în acest sens, de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici."

Mai mult, contestatorul arată că prin Decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 1857/2016, Consiliul a reținut că:

"Raportat la dispozițiile legale în vigoare (diferite de cele statuate de legislația anterioară, respectiv OUG nr. 34/2006), împărțirea pe loturi a unui contract devine regula în materia achizițiilor publice, scopul fiind acela de a facilita participarea întreprinderilor mici și mijlocii la proceduri de atribuire și de a încuraja astfel concurența. În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica temeinic decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

[...]

Analizând produsele pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de atribuire și natura diferită a acestora, Consiliul apreciază că la această procedură de atribuire concurența reală ar putea fi asigurată doar prin participarea unor asocieri de operatori economici, iar în condițiile în care asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, caracterul restrictiv al modului de întocmire al documentației de atribuire este demonstrat.

[...]

În consecință, Consiliul apreciază că față de cele mai sus menționate, singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența o constituie împărțirea pe loturi a achiziției, ca singură modalitate de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006."

De asemenea, contestatorul precizează că această practică a fost consolidată și prin Decizia Consiliului publicată în Buletinul Oficial nr. 7084/2018:

"Față de prima critică, se reține că prezenta procedură are ca obiect achiziția de analizoare, respectiv două analizoare de biochimie și două de hematologie, inclusiv instalare și punere în funcțiune. [...]

Din economia dispozițiilor legale anterior citate, rezultă că, autoritatea contractantă are obligația de a justifica decizia sa de a nu atribui contractul pe loturi, însă, o astfel de justificare nu trebuie să fie una superficială, doar pentru a demonstra formal că obligația instituită de

legiutor în sarcina sa a fost îndeplinită, având în vedere, în principal, impactul direct al unei astfel de decizii asupra întreprinderilor mici și mijlocii, și, implicit, asupra asigurării unui cadru concurențial adecvat. [...]

Astfel cum a fost reținut mai sus, prin prezenta procedură se urmărește achiziționarea a două tipuri de echipamente de laborator care funcționează independent, nu reprezintă un tot unitar, au funcționalități diferite și sunt destinate unor scopuri diferite, respectiv unul efectuează analize de biochimie, iar celălalt de hematologie. În concluzie, nu poate fi reținut argumentul autorității contractante din cadrul strategiei de contractare, cum că obiectul procedurii nu poate fi divizat ca dimensiune sau pe baze calitative. Mai mult, nici justificările prezentate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, referitoare la acest aspect, nu pot fi reținute, dat fiind că desi cele două analizoare deserveșc același compartiment, ele nu sunt interdependente, fiind destinate efectuării unor analize diferite, astfel că achiziționarea lor separată nu afectează activitatea laboratorului. De asemenea, nici personalul insuficient de care dispune autoritatea contractantă în cadrul serviciului achiziției, nu poate constitui un motiv suficient pentru constatarea caracterului legal al deciziei de nedivizare pe loturi a prezentei achiziției. Cât privește posibilitatea microîntreprinderilor de a lua parte la această procedură prin intermediul unei asocieri, Consiliul reține că decizia de a participa la o procedură de achiziție publică individual sau în asociere cu alți operatori economici este un drept, iar nu o obligație a potențialilor ofertanți. Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că, în speță, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio justificare rezonabilă pentru decizia sa de a nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, încălcând astfel prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, Consiliul consideră că, prin limitarea accesului operatorilor economici doar la cei care pot ofera ambele tipuri de produse solicitate, autoritatea contractantă nu a respectat nici scopul aplicării Legii nr. 98/2016, respectiv, achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică (...).

Față de cele anterior expuse, Consiliul apreciază că, prin modalitatea de contractare a produselor într- un lot unic, în condițiile din prezenta speță, se aduce o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție, reprezentând un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia."

Mai mult, pentru cele menționate anterior, contestatorul consideră că nici aprecerile reținute în Adresa nr. 11178/14.04.2021 și preluate în Strategia de contractare, respectiv:

„Achiziționarea într-un singur lot conform acestui criteriu va permite asigurarea calității prelucrării probelor și implicit asigurarea calității actului medical diagnostic, precum și asigurarea permanentei și uniformizării fluxului de lucra și a trasabilitatii diagnosticului și evitarea situațiilor de întârziere a diagnosticului histopatologic peste termenul legal prevăzut, situație care are un impact deosebit în special pentru cazurile oncologice (dar și în celelalte patologii - inflamatorii, etc.), unde informațiile din buletinul histopatologic și citopatologic eliberat de anatomopatolog sunt esențiale pentru clinician (chirurg generalist, ginecolog, oncolog,

dermatolog, gastroenterolog, etc.) în stabilirea conduitei terapeutice ulterioare.

Acest aspect ar putea avea implicații pozitive pe termen lung asupra complexității cazurilor tratate în Spitalul Județean de Urgență, ceea ce ar putea determina creșterea indicatorilor de performanță.

Asigura totodată continuitatea contractării unor servicii de revizii și service pe întreaga linie de prelucrare, aspect absolut necesar pentru uniformizarea fluxului de lucru și permite și respectarea normelor legale în activitatea prosecturală, respectiv reducerea noxelor și a expunerii personalului la substanțe toxice în cursul necropsiilor și îmbălsămarilor și respectarea metodologiilor prevăzute în ghidurile MS."

- „Decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi:

Conform adresei cu nr 11178 din 14.04.2021, s-a optat pentru achiziționarea componentelor liniei de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic, într-un singur lot 3 acest criteriu asigurând calitatea prelucrării probelor și implicit asigurarea calității actului medical, precum și asigurarea permanenței și uniformizării fluxului de lucru și a trasabilității diagnosticului, evitarea situațiilor de întârziere a diagnosticului histopatologic."

nu pot susține în mod obiectiv constituirea unui lot global. Pentru a detalia, contestatorul arată că argumentele menționate la acest paragraf sunt relevante doar în ceea ce privește echipamentele dedicate diagnosticului histopatologic (echipamente regăsite la pozițiile 1.3,1.4,1.5,1.6,1.8,1.9 și 1.10 din Caietul de sarcini).

Pentru a detalia, contestatorul subliniază că în ceea ce privește „Calitatea prelucrării probelor și implicit asigurarea calității actului medical, precum și asigurarea permanenței și uniformizării fluxului de lucru și al trasabilității diagnosticului, evitarea situațiilor de întârziere a diagnosticului histopatologic", acestea nu sunt deloc afectate dacă masa de autopsie, trusa de orientare, autopsie și îmbălsămare sau targa electrohidraulică pentru ridicarea decedaților (pozițiile 1.1,1.2 și 1.15) nu sunt achiziționate în cadrul aceluiași lot, având în vedere că sunt destinate unor utilizări distincte și NU fac parte din gama normală de produse furnizate/comercializate de către aceeași operatori economici.

De asemenea, contestatorul apreciază că argumentarea conform căreia achiziția într-un singur lot consolidat a celor 15 echipamente ar asigura "reducerea noxelor și al expunerii personalului la substanțe toxice în cursul necropsiilor și îmbălsămarilor și respectarea metodologiilor prevăzute în ghidurile MS" nu poate fi susținută de niciun fundament real tehnic de performanță, atât timp cât în descrierile echipamentelor dedicate necropsiilor și îmbălsămarilor nu se solicita niciun fel de sistem pentru absorbția noxelor sau substanțelor toxice.

II. Apărările autorității contractante cu privire la specificațiile tehnice ale echipamentelor oferite sunt neîntemeiate

În ceea ce privește caracterul restrictiv al specificațiilor tehnice, contestatorul arată că, din simpla lectură a argumentelor Spitalului cuprinse în Punctul de vedere reiese că, în lipsa oricăror argumente pertinente, aceasta înțelege doar să distragă atenția de la concluzia

imposibil de ignorat că specificațiile tehnice pot fi îndeplinite doar de către un singur produs.

Astfel, în încercarea de a combate criticile de nelegalitate, contestatorul arată că, Spitalul pur și simplu declară că "cerințele formulate în caietul de sarcini au fost stabilite în baza unei largi documentări, a solicitării, analizei și necesarului laboratorului de anatomie patologică" și că afirmațiile sale referitoare la restricțivitatea specificațiilor tehnice reprezintă „o ingerință în activitatea managerială a subscrisei, impunând profilul propriu al bunurilor comercializate cu standarde și specificații sub cerințele prevăzute în documentație de atribuire."

Deși potrivit susținerilor Autorității Contractante cerințele tehnice minime obligatorii menționate în cadrul Caietului de sarcini sunt aparent rezultatul unei largi documentări - Spitalul făcând referire cel mai probabil la Anunțul de intenție nr. PI1001805 publicat în data de 02.02.2021 - contestatorul arată că:

a) Echipamentele solicitate pe pozițiile 1.3 - 1.14 constituie linia de prelevare, procesare și diagnostic histopatologic, astfel că acestea sunt echipamente destinate diagnosticului, iar, potrivit dispozițiilor Directivei 98/79/CE, transpuse la nivel național prin Hotărârea Guvernului nr. 798/2003, pentru a putea fi plasate pe piața unică a Uniunii Europene, deci, pentru a putea fi folosite în scop de diagnostic în spitalele din România, acestea trebuie să poarte marcajul CE, marcaj ce semnifică faptul că aceste echipamente au fost supuse evaluării din punct de vedere al conformității cu cerințele aplicabile din Directiva 98/79/CE.

Astfel, ori de câte ori o autoritate contractantă dorește achiziționarea de dispozitive medicale pentru diagnostic, acestea ar trebui să solicite operatorilor economici să demonstreze că acestea sunt conforme cu legislația menționată anterior, astfel încât să nu afecteze securitatea și sănătatea pacienților, utilizatorilor și, după caz, a altor persoane implicate - i.e., să dispună de marcaj CE - ce atestă că dispozitivele medicale au fost create și testate în acest scop.

Or, după cum se poate observa din lecturarea caietului de sarcini, Autoritatea contractantă nu a inserat nicio cerință minimă obligatorie cu privire la certificarea IVD pentru echipamentele destinate diagnosticului pe care dorește să le achiziționeze, acesta fiind un prim indiciu al favorizării producătorului MEDITE - din informațiile liber disponibile pe website-ul acestuia nu reiese existența unei certificări IVD pentru echipamentele solicitate prin caietul de sarcini al Procedurii.

b) o parte din cerințele minime solicitate NU reprezintă o cerință de performanță a sistemului, ci, din contră, un sistem ce îndeplinește respectiv cerințe prezintă risc major de lezare a siguranței probelor, aspect ce trebuie în mod evident evitat într-un laborator de imunohistochimie (probele prelucrate în acest caz fiind, deseori, obținute în urma unor operații complexe ale pacienților). Mai mult, tehnologia de efectuare a mai multor procesări concomitent este învechită, motiv pentru care, în prezent, majoritatea producătorilor avizați au optat pentru procesare standardizată.

Mai mult, reiterează faptul că, din simpla citire a caietului de sarcini se poate observa că cerințele minime obligatorii impuse în cazul

echipamentelor de pe pozițiile 1.4, 1.5, 1.9 și 1.10 sunt efectiv traduse și copiate "cuvânt cu cuvânt" din broșurile tehnice ale unor echipamente produse de Medite, în timp ce echipamentul de pe poziția 1.13 - Baia de imunohistochimie conduce către echipamentul 2100-Retriever, după cum rezultă din compararea specificațiilor tehnice incluse în Caietul de sarcini, cu cele din broșura tehnică a produsului.

Prin urmare, contestatorul susține că apărările Autorității contractante confirmă criticile sale în integralitatea acestora, motiv pentru care, solicită admiterea Contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

În concluzie, pentru toate argumentele expuse în Contestație și mai sus, contestatorul solicită admiterea Contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Diverse aparate și produse medicale (LINIE DE PRELEVARE, PROCESARE ȘI DIAGNOSTIC HISTOPATOLOGIC)”, cod CPV33190000-8. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. , criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul pentru depunerea ofertelor fiind 04.08.2021.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC „„S.R.L a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr.

De asemenea, Consiliul reține că procedura apare în SEAP suspendată.

Pe fondul contestației formulate de SC „„S.R.L, Consiliul retine următoarele:

Contestatorul aduce critici documentației de atribuire sub doua aspecte:

1. Contestatorul sustine ca neimpartirea pe loturi a procedurii incalca principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achizitie publica, iar justificarile aduse de autoritatea contractanta pentru achizitia tuturor produselor intr-un singur lot nu sunt valabile, in conditiile in care urmeaza a fi achizitionate 15 echipamente de sine-stătătoare, independente și diferite din punct de vedere al scopului utilizării lor.

2. Al doilea aspect criticat de contestator privește caracterul restrictiv al anumitor specificații tehnice.

Analizand prima critica formulata de contestator, Consiliul apreciaza ca aceasta este intemeiata din urmatoarele motive:

Potrivit prevederilor art. 141 alin (1) , (2) si (3) din Legea nr. 98/2016: „Art. 141. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

(3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi."

Consiliul retine ca, desi impartirea pe loturi este mentionat ca un drept al autoritatii contractante, aceasta are obligatia sa adapteze dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii precum si sa justifice argumentat decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

În ceea ce privește argumentul potrivit căruia împărțirea pe loturi ar constitui un drept al autorității contractante și nu o obligație, ANAP, prin intermediul Bibliotecii de spețe a reținut că:

"Speța 838 - împărțirea pe loturi este obligatorie? Data publicării: 23 apr. 2020,17:04:44 Răspuns:

Din analiza prevederilor legale incidente rezultă că deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă, în schimb, să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea, în acest sens, de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici."

În speta, nu sunt acceptabile argumentele autoritatii contractante în sprijinul deciziei de a achiziționa într-un singur lot, deoarece **echipamentele care urmează a fi achiziționate nu se încadrează în definiția legală de „pro ”, deoarece se restricționează drastic participarea la procedura, aceasta devenind accesibilă doar ofertanților care pot livra toate cele 15 echipamente și pentru ca, în mod evident, dimensiunea unicului contract care ar urma să fie semnat nu poate să corespundă capacității întreprinderilor mici și mijlocii.**

În cadrul Procedurii, a cărei valoare estimată este de 3.917.000 lei, sunt solicitate 15 echipamente, respectiv:

- 1.1 - Masă de autopsie prevăzută cu sistem de ventilație inversată;
- 1.2 - Trusă de orientare, autopsie și îmbălsămare;
- 1.3 - Stație de includere la parafină;
- 1.4 - Sistem automat de procesare cu posibilitate procesare simultană multiplă diferențială;
- 1.5 - Sistem automat de colorare lame histologice;
- 1.6 - Montator automat de montare lamele;
- 1.7 - Termostathistologic;
- 1.8 - Microtom semi-automat rotativ;

- 1.9 - Microtom automat;
- 1.10 - Criomicrotom;
- 1.11 - Mega arhivă histopatologică;
- 1.12 - Centrifugă de laborator;
- 1.13 - Baie de imunohistochimie;
- 1.14 - Sistem automat de imunohistochimie;
- 1.15 - Targă electrohidraulică pentru ridicarea decedaților.

Consiliul retine ca echipamentele medicale solicitate sunt distincte, îndeplinesc scopuri diferite, autonome și independente și deservește, pe de o parte, domeniul medical al anatomiei patologice - respectiv produsele solicitate pe pozițiile 1.3-1.11 și 1.13-1.14 inclusiv, pe de altă parte, domeniul medical al serviciului de prosectură - respectiv cele de pe pozițiile 1.1, 1.2 și 1.15, dar și un echipament destinat departamentului de hematologie -respectiv cel de pe poziția 1.12.

Apare ca evident ca echipamente ca masa de autopsie, trusa de orientare, autopsie și îmbălsămare sau targa electrohidraulică pentru ridicarea decedaților sunt destinate unor utilizări distincte, nu fac parte din gama normală de produse furnizate/comercializate de către aceeași operatori economici și nu există nicio rațiune pentru achiziționarea acestora într-un singur lot, nefiind viabil nici argumentul autorității contractante privind „*posibilitatea de interconectare*” a echipamentelor destinate Serviciului de anatomie patologică.

În ceea ce privește celelalte două argumente invocate de autoritatea contractantă în sprijinul deciziei de a achiziționa într-un singur lot și anume „*Efectuarea cu maximă celeritate a achiziției publice de "Diverse aparate și produse medicale"*” respectiv „*acoperirea nevoii obiective și urgente de dotare și modernizare și a posibilității aducerii actului medical la un înalt nivel de calitate*”, acestea sunt false argumente întrucât celeritatea sau urgenta dotării sunt asigurate mult mai cert în condițiile unei proceduri organizate pe loturi care ar permite participarea concurențială a unui mare număr de operatori economici specializați în livrarea unuia sau mai multe tipuri de echipamente din cele solicitate.

În consecință, Consiliul apreciază că argumentele exhaustive ale contestatorului detaliate atât în contestație cât și în concluziile scrise sunt pertinente, sunt în acord cu principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, sunt în acord cu jurisprudența CNSC și a Curților de Apel așa cum rezultă din numeroasele exemple cuprinse în conținutul prezentei decizii. Față de cele mai sus menționate, singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența o constituie împărțirea pe loturi a achiziției, ca singură modalitate de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006.

Consiliul nu poate dispune modul în care urmează a fi stabilite loturile ci poate doar constata că se impune împărțirea pe loturi, în condițiile organizării unei noi proceduri privind achiziția aceluiași echipamente de către autoritatea contractantă.

În consecință, Consiliul constată că se impune anularea procedurii de atribuire, neregulile constatate neputând fi remediate în cadrul aceleiași proceduri fără ca aceasta să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Avand in vedere situatia analizata care impune anularea procedurii de atribuire, nu mai are nicio relevanta analizarea criticilor formulate de contestator cu privire la specificatiile tehnice din caietul de sarcini.

În consecință, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit c) si alin (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC „„S.R.L în contradictoriu cu si va dispune anularea procedurii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit c) si alin (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC „„S.R.L în contradictoriu cu si dispune anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

