



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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. 1815/C5/2073

Data: 17.10.2019

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitentă, datată 01.10.2019, transmisă în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 39269/03.10.2019, ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administratori și, convențional, prin ... SPARL, cu sediul în municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare, instalare, punere în funcțiune «Incubatoare și Ecografe»”, LOT 2 – Incubatoare, cod CPV 33152000-0 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat suspendarea procedurii de atribuire cu privire la Lotul 2 până la soluționarea contestației, în conformitate cu art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la modificarea, în parte, a documentației de atribuire cu privire la Lotul 2, în sensul împărțirii echipamentelor medicale ce constituie obiectul Lotului 2 în două loturi distincte, eliminării specificațiilor tehnice contestate referitoare la parametrii tehnici și funcționali ai incubatorului, iar, în subsidiar, în ipoteza în care modificarea parțială a documentației de atribuire nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire cu privire la Lotul 2 și obligarea autorității contractante la reluarea acesteia în condiții de legalitate.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținere, autoarea contestației consideră că specificațiile tehnice pentru Lotul 2 favorizează un singur producător, respectiv ... SA, accesul celorlalți producători de aparate medicale fiind îngrădit, ceea ce conduce la încălcarea dispozițiilor Legii nr. 98/2016. În acest sens, se face trimitere la următoarele specificații tehnice din caietul de sarcini:

- „salteaua și suportul aferent să se poată roti la 360°, pentru a minimiza atingerile pacientului și a facilita accesul la copil”;
- „incubatorul să permită întreruperea alarmelor fără atingerea ecranului (hands-free), prin mișcarea mâinii în fața senzorului pentru oprire alarme”;
- „sistemul să fie prevăzut cu următoarele accesorii: aparat de ventilație mecanică portabil prevăzut cu turbină și mixer de aer și de oxigen, nou-născut”.

Contestatoarea învederează că autoritatea contractantă a inclus, în mod nelegal, în Lotul 2, două tipuri de echipamente diferite, respectiv incubatoare și aparate de ventilație mecanică portabile, fiind astfel necesară, în opinia acesteia, împărțirea Lotului 2 în două loturi distincte, întrucât sunt incluse două echipamente cu funcționalități diferite, respectiv, Incubatoare pentru nou-născuți și accesoriul „aparatele de ventilația mecanică portabilă”, care nu prezintă similitudini între ele, așa încât autoritatea contractantă să fie îndreptățită în a opta să le achiziționeze în cadrul unui singur lot de sine stătător.

În opinia contestatoarei, configurarea loturilor în cadrul procedurii ar trebui realizată prin raportare la natura produselor, în sensul în care acestea sunt identice sau similare, altfel spus, produsele din același lot, prin natura lor, sunt specii ale aceluiași gen, diferența între ele fiind așa-numita diferență specifică. Aceste susțineri sunt întemeiate pe dispozițiile legale ale art. 141 alin. (1)-(3) și art. 18 din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea observă că autoritatea contractantă cataloghează aparatul de ventilație mecanică ca fiind un accesoriu al incubatorului pentru nou-născuți, însă acestea sunt două echipamente diferite, care nu au caracteristici similare și care sunt reunite doar în mod artificial în cadrul Lotului 2, așa cum rezultă și din codurile CPV ale celor două, și anume, Incubatorul are codul CPV 33152000-0, fiind clasificat în clasa Aparatelor de radioterapie, de mecanoterapie, de electroterapie și de fizioterapie, iar Ventilatorul mecanic are codul CPV 33172200-8, fiind clasificat în clasa echipamentelor medicale de anestezie și reanimare.

... SRL susține că această clasificare CPV reflectă diferențele de natură dintre cele două produse, astfel, incubatorul este folosit în sălile de neonatologie și în sălile de naștere ale spitalelor în vederea îngrijirii nou născuților, iar ventilatorul mecanic este destinat folosirii în secția de terapie intensivă, rezultând că nu este îndeplinită condiția reglementată de dispozițiile art. 18 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cele două produse având utilizări diferite.

Având în vedere justificările de mai sus, contestatoarea apreciază că se impune ca Lotul 2 să fie divizat, la rândul său, în două loturi distincte, unul pentru incubatoare nou-născuți iar celălalt pentru ventilatoare mecanice.

În continuare, contestatoarea evidențiază specificațiile tehnice din caietul de sarcini pe care le consideră nelegale, solicitând eliminarea acestora, după cum urmează:

- „salteaua și suportul aferent să se poată roti la 360°, pentru a minimiza atingerile pacientului și a facilita accesul la copil”;
- „incubatorul să permită întreruperea alarmelor fără atingerea ecranului (hands-free), prin mișcarea mâinii în fața senzorului pentru oprire alarme”;
- „amprenta la sol mică, maxim 114x66 cm”;
- „ecran color tactil de minim 10”;
- „să permită filtrarea antimicrobiană prin intermediul unui filtru de aer integrat, care să filtreze particule cu dimensiunea de 0,5 μ (eficiența de filtrare bacteriană minim 99,5%)”;
- „prevăzut cu servo control pentru temperatură în intervalul funcțional 35-37,5°C, cu subdiviziuni de 0.1°C”;
- „temperatura aerului ajustabilă în intervalul funcțional 20-39°C, cu subdiviziuni de 0,1 °C”;
- „prevăzut cu servo control pentru umiditate, în intervalul funcțional 30-95%, cu subdiviziuni de 5%”;
- „să aibă posibilitatea de control manual al temperaturii aerului 20-30° cu increment de 0,1°”;
- „să fie dotat cu servo control al temperaturii nou-născutului: 35-37,5° cu increment de 0.1°”;
- „să aibă posibilitatea de monitorizare duală a temperaturii cutanate (2 senzori pe piele) cu acuratețe de ± 0,3° între 30° și 42°”;
- „să aibă cântar integrat care să măsoare între 300 g și 8 kg cu o precizie de cel mult ± 10 g”;
- „viteza aerului să fie în interior < 10 cm/sec”.

Față de cele mai sus precizate, contestatoarea consideră că procedura de atribuire este organizată prin încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv:

- nediscriminarea, întrucât autoritatea contractantă, prin modalitatea de redactare a specificațiilor din caietul de sarcini, favorizează unul dintre producătorii din piață (...);
- tratamentul egal, întrucât autoritatea contractantă oferă, pentru unul dintre producătorii de echipamente medicale, precum cele ce fac obiectul contractului (...), condiții mai bune în raport cu ceilalți producători, prin aceea că include, între specificațiile tehnice, cerințe funcționale pe care doar acest producător le încorporează în produsele sale;
- promovarea concurenței între operatorii economici, întrucât autoritatea contractantă, prin specificațiile tehnice contestate, determină

imposibilitatea altor producători (cu excepția ...), să depună ofertă în cadrul procedurii de atribuire.

... SRL solicită accesul la dosarul achiziției publice, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

În dovedire, ... SRL a depus la dosarul cauzei un set de înregistrări.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 39433/04.10.2019, contestatoarea ... SRL a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 205782169/1 din 03.10.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 30.252,10 RON.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 39488/04.10.2019, ... a comunicat strategia de contractare.

Prin adresa nr. 39611/2073 C5/04.10.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante ..., între altele, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea dosarului achiziției publice, a dovezii privind publicarea în SICAP a contestației, precum și a dovezii de transmitere a punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. 25650/09.10.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 40321/09.10.2019, autoritatea contractantă a remis punctul de vedere referitor la contestație, solicitând respingerea acesteia și, în același timp, precizând că, în baza prevederilor art. 9 din Legea nr. 101/2016, prin clarificarea nr. 25.425/08.10.2019, postată și în SEAP, a eliminat cerința ca „incubatorul să permită întreruperea alarmelor fără atingerea ecranului (hands-free), prin mișcarea mâinii în fața senzorului pentru oprire alarme”.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a se împărți Lotul 2 în două loturi distincte, autoritatea contractantă susține faptul că, anual, în Secția A.T.I. a Spitalului se efectuează, în medie, 5717 internări, din care 116 sunt pe Compartimentul de Neonatologie, instituția sa fiind singura unitate spitalicească ce deține Compartiment neonatologie și care rezolvă cazurile chirurgicale ale nou-născutului. Astfel, se arată că la stabilirea achiziționării într-un singur lot al incubatorului cu aparat de ventilație mecanică, spitalul a avut în vedere faptul că CT-ul și RMN-ul din cadrul acestuia se regăsesc în locații distincte, prin urmare, aparatul de ventilație mecanică portabil reprezintă un accesoriu obligatoriu al incubatorului pentru transportul pacientului neonat/prematur critic către serviciile CT și RMN, cât și transportul către Bloc Operator, luând în calcul că acești pacienți cu patologii multiple asociate sunt instabili și necesită asistarea ventilatorie permanentă.

În opinia autorității contractante, solicitarea contestatoarei de împărțire a Lotului 2 în 2 loturi distincte apare ca neîntemeiată, prin raportare la dispozițiile art. 141 alin. (1) și la cele ale art. 18 alin. (1) din HG nr. 395/2016, această decizie fiind un drept exclusiv al autorității contractante, pe care a hotărât să îl exercite cu privire la prezenta achiziție, în funcție de interesele proprii pe baza principiului asumării

răspunderii, cenzurarea acestui drept fiind posibilă numai în condițiile în care ar fi încălcate, în mod explicit, scopul și principiile enunțate la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, autoritatea contractantă consideră că nu are obligația de a împărți pe loturi o procedură de atribuire, acest aspect fiind lăsat la latitudinea ei, pe baza principiului asumării răspunderii, cu atât mai mult cu cât contestatoarea nu demonstrează că autoritatea contractantă a încălcat anumite prevederi legale, raportat la dreptul și nu la obligația acesteia din urmă de a diviza contractul pe loturi.

Referitor la modul în care autoritatea contractantă a ales să achiziționeze incubatorul și aparatul de ventilație mecanică, în cadrul unui lot unic, ... invocă dispozițiile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și pe cele ale art. 53 din același act normativ.

Referitor la criticile privind specificațiile tehnice din caietul de sarcini, autoritatea contractantă învederează că acestea sunt menținute datorită performanțelor și acurateței datelor pe care le transmit în vederea unei evaluări foarte precise a pacientului critic și sunt prezente în cadrul incubatoarelor de nou născuți ATOM (JAPONIA), HYBRID UNIT DUETTO (BRAZILIA), Tende VAV (TURCIA), SHELLY (SUA), precizând totodată că, pe piață mai există cel puțin o ofertă similară cu cea la care face trimitere contestatoarea.

În raport de cele mai sus precizate, autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat principiile menționate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2019 și nici prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. 25749/10.10.2019, transmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 40554/11.10.2019, autoritatea contractantă ... a remis dosarul achiziției publice, necesar soluționării contestației.

Prin adresa nr. 40533/2073 C5/10.10.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei transmiterea susținerilor sale referitoare la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă.

De asemenea, prin adresa nr. 40730/2073 C5/11.10.2019, Consiliul a invitat contestatoarea, la data de 14.10.2019, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

... SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 40533/2073 C5/10.10.2019, prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 40767/11.10.2019, precizând că își menține toate criticile solicitate în conținutul contestației, cu excepția solicitării de a se elimina cerința referitoare la „incubatorul să permită întreruperea alarmelor fără atingerea ecranului (hands-free), prin mișcarea mâinii în fața senzorului pentru oprire alarme”, întrucât aceasta a fost remediată de către autoritatea contractantă.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 41266/15.10.2019, contestatoarea a

formulat „Note scrise”, în cadrul cărora a combătut punctual susținerile transmise de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

În preambulul „Notelor scrise”, contestatoarea solicită Consiliului să pună în vedere autorității contractante depunerea la dosar a înscrisurilor care dovedesc efectuarea procedurii de consultare a pieței.

În ceea ce privește componența lotului 2, contestatoarea susține că din specificațiile tehnice cerute pentru incubatoare, rezultă că autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze incubatoare fixe (aparatură de ventilație mecanică nu este încorporat, ci poate fi oricând decuplat și conectat la un alt incubator) și nu incubatoare pentru transport [au încorporat (deci nu ca accesoriu), un aparat de ventilație mecanică], așa cum susține în cadrul punctului de vedere.

De asemenea, contestatoarea susține că stabilirea componenței lotului 2 este restrictivă și din prisma faptului că prețul unui aparat de ventilație mecanică este mai mare decât prețul unui incubator (30.000 Euro față de 20.000 Euro, iar din perspectiva pretinsului caracter accesoriu al ventilatorului mecanic invocat de Autoritatea Contractantă, prețul estimat pentru achiziționarea unui incubator cu acest accesoriu (126.050,42 lei conform Caietului de Sarcini) este prea mic pentru a putea fi oferit în condiții concurențiale.

Contestatoarea consideră că nici trimiterile autorității contractante la dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016 nu pot fi reținute, în condițiile în care, ofertantul trebuie să se asocieze cu un altul pentru a putea formula o ofertă care să întrunească toate cerințele caietului de sarcini, atestând astfel că echipamentele sunt diferite, fiind necesari doi producători, excepție făcând

În continuare, contestatoarea reiterează susținerile din contestație, combătând punctual argumentele autorității contractante referitoare la specificațiile tehnice contestate.

Prin adresa nr. 41345/2073 C5/16.10.2019, Consiliul a comunicat autorității contractante faptul că, în legătură cu „Notele scrise” formulate de contestatoare, ce i-au fost comunicate la data de 15.10.2019, are posibilitatea de a transmite la dosarul cauzei, în termen de o zi lucrătoare, eventualele susțineri.

Prin corespondența nr. 26476/16.10.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată al Consiliu sub nr. 41560/17.10.2019, autoritatea contractantă a formulat susțineri referitoare la notele scrise transmise de către contestatoare, solicitând respingerea argumentelor invocate de aceasta. Atașat acestui document autoritatea contractantă a prezentat înscrisuri aferente efectuării procedurii de consultare a pieței, anexând „specificările tehnice ale celor 2 operatori economici de care am făcut vorbire în întâmpinarea noastră cu precizarea că aceștia au depus o declarație de confidențialitate cu privire la toate documentele depuse în acest sens”.

În legătură cu componența lotului 2, autoritatea contractantă consideră eronată susținerea contestatoarei referitoare la faptul că

„pacienții neonat/prematur critic și care sunt conectați la un aparat de ventilație mecanică, nu pot fi supuși unor proceduri CT și RMN”, întrucât aceste explorări de urgență sunt recomandate de către medicul ATI, medicul chirurg, medicul neonatolog, existând pacienți care au beneficiat de aceste explorări, în condițiile în care autoritatea contractantă este singura care deține Compartiment de Neonatologie în cadrul Secției de Anestezie Terapie Intensivă, reiterând susținerile din punctul de vedere.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la prețul ventilatorului, autoritatea contractantă menționează că valoarea unui asemenea echipament pornește de la 7.500 euro.

În legătură cu celelalte critici, autoritatea contractantă reiterează susținerile din cadrul punctului de vedere.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare, având ca obiect, „Acord cadru de furnizare, instalare, punere în funcțiune «Incubatoare și Ecografe»”, cod CPV 33152000-0 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. CN1015281/22.09.2019, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 29.10.2019, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 2.352.941,19 RON.

Procedura de atribuire este divizată în două loturi, prezenta contestație vizând Lotul 2 – Incubatoare, având o valoare estimată de 1.512.605,04 RON.

Capătul de cerere referitor la suspendarea procedurii de atribuire a fost soluționat de Consiliu prin Încheierea nr. 1538/C5/2073 din 08.10.2019.

Contestatoarea ... SRL a făcut dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205782169/1 din 03.10.2019 emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria în valoare de 30.252,10 RON, corespondența datată 03.10.2019 fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 39433/04.10.2019.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui*

care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”], coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”].

Analizând contestația, Consiliu constată că aceasta vizează documentația de atribuire aferentă lotului 2 – Incubatoare, ... SRL considerând că aceasta favorizează un singur producător, respectiv ..., autoarea acesteia formulând următoarele critici:

- autoritatea contractantă a inclus în mod nelegal, în cadrul lotului contestat, două tipuri de echipamente diferite, respectiv incubatoare și aparate de ventilație mecanică portabile;

- următoarele specificații tehnice din caietul de sarcini sunt nelegale:

- salteaua și suportul aferent să se poată roti la 360°, pentru a minimiza atingerile pacientului și a facilita accesul la copil;
- incubatorul să permită întreruperea alarmelor fără atingerea ecranului (hands-free), prin mișcarea mâinii în fața senzorului pentru oprire alarme;
- amprenta la sol mică, maxim 114 X 66 cm;
- ecran color tactil de minim 10";
- să permită filtrarea antimicrobiană prin intermediul unui filtru de aer integrat, care să filtreze particule cu dimensiunea de 0,5μ, eficiență de filtrare bacteriană minim 99,5%;
- prevăzut cu servo control pentru temperatura în intervalul 35 -37,5°C, cu subdiviziuni de 0,1°C;
- temperatura aerului ajustabilă în intervalul funcțional 20 - 39°C, cu subdiviziuni de 0,1°C
- prevăzut cu servo control pentru umiditate, în intervalul funcțional 30 - 95%, cu subdiviziuni de 5%;
- să aibă posibilitatea de control manual al temperaturii aerului 20 - 30° cu increment de 0,1°;
- să fie dotat cu servo control al temperaturii nou-născutului: 35 - 37,5° cu increment de 0,1°;
- să aibă posibilitatea de monitorizare duală a temperaturii cutanate (2 senzori pe piele) cu acuratețe de ±0,3° între 30° și 42°;
- să aibă cântar integrat care să măsoare între 300 g și 8 kg cu o precizie de cel mult ±10g;

- viteza aerului să fie în interior <10cm/sec.

În legătură cu aceste critici, după primirea contestației, conform dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, postate în SEAP prin clarificarea nr. 24.425/08.10.2019, în sensul că a eliminat specificația tehnică potrivit căreia *„incubatorul să permită întreruperea alarmelor fără atingerea ecranului (hands-free), prin mișcarea mâinii în fața senzorului pentru oprire alarme”*. Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 40767/11.10.2019, contestatoarea a precizat că, în contextul măsurii de remediere luată de autoritatea contractantă, nu mai solicită eliminarea cerinței în discuție, astfel încât, Consiliul va lua act de renunțarea la modificarea cerinței în discuție.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că autoritatea contractantă a inclus în mod nelegal, în cadrul lotului contestat, două tipuri de echipamente diferite: incubatoare și aparate de ventilație mecanică portabile, Consiliul constată următoarele:

În analiza acestei critici Consiliul apreciază relevante următoarele dispoziții legale:

Raportat la critica analizată, în speță sunt incidente următoarele prevederi legale:

- Legea nr. 98/2016:

▪ art. 3 lit. lit. dd) potrivit căruia *„lotul”* reprezintă *„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”*;

▪ art. 18 alin. (1): *„(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”*;

▪ art. 50 alin. (1) și (2):

„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

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

▪ art. 141 alin. (1), (2) și (3):

„(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”;

- HG nr. 395/2016:

▪ art. 9 alin. (3) lit. f) – *„(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:*

(...)

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”.

Verificând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost divizată în 2 loturi, respectiv:

- lotul 1 – „Ecograf multidisciplinar”;
- lotul 2 – „Incubatoare”, lot contestat în prezenta cauză.

Analizând strategia de contractare înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 22885/18.09.2019, Consiliul constată că, ... a recurs la atribuirea pe loturi a contractului, menționând că echipamentele aferente lotului 1 și lotului 2 *„sunt strict necesare, atât pentru îmbunătățirea actului medical specific, cât și pentru acuratețea și promptitudinea acordării unui actul medical de înaltă performanță. De asemenea, acreditarea spitalului prevăzută de lege, nu poate fi asigurată decât cu aparatură de înaltă performanță specifică fiecărei specialități din structura organizatorică”.*

Din conținutul caietului de sarcini aferent lotului 2 – Incubatoare, rezultă că autoritatea contractantă a precizat în cadrul specificațiilor tehnice aferente acestuia, necesitatea ca *„Sistemul ofertat să fie prevăzut cu următoarele accesorii: (...) aparat de ventilație mecanică portabil prevăzut cu turbină și mixer de aer și de oxigen, nou-născut”.*

În ceea ce privește modul de stabilire a componenței lotului 2, contestat, în cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă a menționat următoarele: *„La stabilirea achiziționării într-un singur lot al incubatorului cu aparat de ventilație mecanică spitalul a avut în vedere faptul că CT-ul și RMN-ul din cadrul spitalului se regăsesc în locații distincte. Prin urmare, aparatul de ventilație mecanică portabil*

reprezintă un accesoriu obligatoriu al incubatorului pentru transportul pacientului neonat/prematur critic către serviciile CT și RMN, care se găsesc în locații distincte, cât și transportul către Bloc Operator luând în calcul că acești pacienți cu patologii multiple asociate sunt instabili și necesită asistarea ventilatorie permanentă”.

Din conținutul anunțului de participare nr. CN1015281/22.09.2019, publicat în SEAP, rezultă că autoritatea contractantă a indicat codul CPV asociat lotului 2 (Incubatoare) ca fiind 33152000-0.

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.

În speță, autoritatea contractantă a procedat la împărțirea pe loturi a contractului (lotul 1 și lotul 2), contestatoarea criticând faptul că, în cadrul lotului 2, au fost introduse două echipamente, respectiv incubator și ventilator mecanic, echipamente care nu sunt similare, având funcționalități diferite.

Analizând echipamentele incluse/grupate de către autoritatea contractantă în cadrul lotului 2 - Incubatoare, Consiliul constată că acestea au o natură diferită (incubator și ventilator mecanic). Astfel, Incubatorul, al cărui cod CPV este 33152000-0, face parte din clasa „aparater de radioterapie, mecanoterapie, electroterapie și fizioterapie”, (cod CPV 33150000-6), iar ventilatorul mecanic, al cărui cod CPV este 33172200-8, face parte din clasa echipamentelor medicale de „anestezie și reanimare” (cod CPV 33170000-2).

Consiliul apreciază ca fiind relevante dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele: *„(...) 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”.*

Dispozițiile legale anterior invocate sunt imperative, sintagma **„autoritatea contractantă va stabili”** fiind edificatoare, legislația română care a transpus legislația europeană incidentă, nelăsând exclusiv la dispoziția autorităților contractante stabilirea obiectului fiecărui lot, altfel spus stabilirea modalității de lotizare.

Consiliul nu poate reține justificarea autorității contractante în stabilirea elementelor componente ale lotului 2, referitoare la faptul că ventilatorul mecanic reprezintă un accesoriu obligatoriu al incubatorului, necesar pentru transportul pacientului critic către serviciile CT, RMN și Blocul operator, de vreme ce natura diferită a echipamentelor ce urmează a fi achiziționate în cadrul acestui lot nu presupune compatibilitate/ interdependență între acestea.

Nu se poate reține caracterul de similaritate al produselor grupate de către autoritatea contractantă în cadrul lotului 2, în condițiile în care Regulamentul (CE) nr. 213/2008 al Comisiei din 28 noiembrie 2007 prevede coduri CPV diferite pentru aceste produse [33152000-0 - Incubator (Rev.2) și 33172200-8 – Ventilatoare mecanice (Rev.2)].

În consecință, justificările autorității contractante de includere a celor două tipuri de echipamente (incubator și ventilator mecanic) în cadrul unui singur lot nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cele două tipuri de echipamente trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate proiectului. Având în vedere natura diferită a acestora, care implică diferiți operatori economici furnizori specializați pe fiecare categorie în parte, Consiliul apreciază că singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența, respectiv să respecte principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, o constituie împărțirea pe două loturi a echipamentelor incluse în cadrul lotului 2, respectiv „incubatoare” și „ventilatoare mecanice”.

Consiliul nu poate reține trimiterea autorității contractante la prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016 (*„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condițiile prevăzute de prezenta lege”*), deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, conform căruia subcontractant este *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite **părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități** care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*.

Consiliul constată că prin includerea în cadrul aceluiași lot a incubatoarelor și ventilatoarelor mecanice s-a restricționat accesul la procedura aferentă lotului 2, autoritatea contractantă excluzând posibilitatea depunerii unor oferte individuale.

De altfel, caracterul restrictiv al modului de alcătuire a lotului 2 este dovedit și de rezultatul consultării de piață, organizată de autoritatea contractantă în legătură cu aceleași echipamente. Astfel, din documentele aflate la dosarul cauzei și informațiile publicate în SEAP, Consiliul constată că autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de consultare a pieței nr. MC1007309/21.08.2019, având ca obiect „achiziție incubator”, printre specificațiile căruia s-a regăsit și dotarea sistemului cu „aparat de ventilație mecanică”. Aspectul supus consultării a fost „prețul”, **prin urmare nu și divizarea pe loturi**, deși art. 18 alin.

(3) din HG nr. 395/2016, stipulează următoarele: „Aspectele supuse consultării vizează, fără a se limita la acestea, potențiale soluții tehnice, financiare sau contractuale pentru satisfacerea nevoii autorității contractante, precum și aspecte legate de strategia de contractare, **inclusiv divizare pe loturi** sau posibilitatea solicitării de oferte alternative”. Din conținutul „Rezultatului procesului de Consultare a pieței pentru «Incubator»”, înregistrat sub nr. 21171/02.09.2019, rezultă că a depus ofertă **un singur** operator economic. Referirile autorității contractante la existența a doi operatori economici care ar fi participat la consultarea de piață nu poate fi reținute de Consiliu, în condițiile în care, așa cum s-a arătat anterior, această susținere nu este probată de informațiile publicate în SEAP în legătură cu consultarea de piață aferentă „Incubatorului”.

Conform dispozițiilor art. 139 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă **are dreptul** de a utiliza sau implementa opiniile, sugestiile sau recomandările primite în cadrul consultărilor prevăzute la alin. (1) pentru pregătirea achiziției și pentru organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire (...)”, iar art. 19 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016 stipulează că „orice persoană/organizație interesată transmite autorității contractante opinii, sugestii sau recomandări cu privire la aspectele supuse consultării, utilizând formele și mijloacele de comunicare precizate în anunțul privind consultarea” și „Autoritatea contractantă **poate lua în considerare** opiniile, sugestiile sau recomandările primite, în cazul în care le consideră relevante”.

Analizând specificațiile tehnice ale echipamentelor incluse în cadrul lotului 2, susținerile părților, probatoriile administrate de acestea și informațiile existente în SEAP în legătură cu prezenta procedura de atribuire și consultarea de piață organizată de autoritatea contractantă, Consiliul constată că există un număr mic de operatori economici care ar putea ofera, deopotrivă, incubatoare și aparate de ventilație mecanică în cadrul aceluiași lot.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază ca fiind întemeiată această critică a contestatoarei, Consiliul constatând caracterul restrictiv al modului de configurare a lotului 2.

Consiliul apreciază că singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența, respectiv să respecte principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006, o constituie împărțirea pe două loturi a echipamentelor incluse în cadrul lotului 2, respectiv „incubatoare” și „ventilatoare mecanice”.

Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de a solicita autorității contractante documentele aferente consultării de piață organizată pentru echipamentul „Incubatoare”, motivat, pe de o parte, de faptul că, potrivit art. 148 din HG nr. 395/2016, aceste documente nu fac parte din dosarul achiziției, iar pe de altă parte, motivat de faptul că aceste informații se regăsesc în SEAP, fiind aferente anunțului de consultare a pieței nr. MC1007309/21.08.2019, menționat în cadrul

strategiei de contractare, document la care contestatoarea a avut acces cu ocazia studierii dosarului la sediul CNSC.

Luând în considerare adresa Agenției Pentru Agenda Digitală a României nr. 65869/18.10.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 31552/18.10.2016, din cuprinsul căreia rezultă că loturile pot fi configurate doar odată cu documentația de atribuire, aceste informații nemaiputând fi modificate pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective, Consiliul constată că în cauză nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire aferentă lotului 2.

Având în vedere aspectele constatate cu ocazia analizării primei critici a contestatoarei, în scopul respectării principiului celerității, garantat de prevederile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul nu va mai analiza criticile formulate de aceasta în legătură cu anumite specificații tehnice aferente echipamentelor de la celelalte poziții, deoarece orice rezultat al respectivei analize este lipsit de eficiență. O eventuală admitere a acestor critici nu ar fi de natură să schimbe soluția pronunțată, autoritatea contractantă având astfel posibilitatea de a-și revizui singură specificațiile tehnice, în raport cu dispozițiile legale în vigoare și necesitățile sale.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la „reluarea procedurii de atribuire în condiții de legalitate” va fi respins ca inadmisibil, în condițiile în care organizarea și inițierea unei proceduri de atribuire este atributul exclusiv al autorității contractante, în speță având incidență principiul asumării răspunderii, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către ... SRL și va dispune anularea procedurii de atribuire aferentă lotului 2.

Capătul de cerere formulat de contestatoare, referitor la obligarea autorității contractante la plata „cheltuielilor de judecată prilejuite de prezentul litigiu”, va fi respins de Consiliu, ca nedovedit, în condițiile în care autoarea contestației nu a depus niciun fel de probe a cheltuielilor efectuate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și dispune anularea procedurii de atribuire aferentă lotului 2.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la „reluarea procedurii de atribuire în condiții de legalitate”.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la obligarea autorității contractante la plata „cheltuielilor de judecată prilejuite de prezentul litigiu”.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

MEMBRU COMPLET

....

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.