



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. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 5/2311/02.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 10186/02.03.2021, depusă de SRL, cu sediul social în, str., reprezentată legal prin Director general - și convențional de, cu sediul procesual ales pentru comunicarea tuturor actelor în, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea, pe loturi, a contractului având ca obiect Achiziția de aparatură medicală pentru, Lot 1-6, cod CPV 33100000-1 Echipamente medicale (Rev. 2), lot 4, contestatoarea a solicitat în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului 4 al procedurii, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii în ceea ce privește lotul 4, 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 SRL critică documentația de atribuire pentru lotul 4, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea susține că, în urma analizării prevederilor documentației de atribuire aferentă lotului 4, a constatat că acestea încalcă principiile proporționalității și tratamentului egal, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, conținând specificații tehnice restrictive și discriminatorii, de natură a bloca nejustificat accesul la procedură.

O primă critică se referă la faptul că autoritatea contractantă a inclus în cadrul lotului 4 al procedurii multiple sisteme de analize, care, în fapt, reprezintă cinci echipamente medicale (separate) cu funcționalități diferite, autonome și independente, destinate unor scopuri diferite, respectiv:

- Un sistem modular de imunologie și chimie clinică;
- Un analizor automat de hematologie;
- Un analizor automat de coagulare;
- Un sistem automat de analiză urinară (chimie și sediment);
- Un analizor automat de electroforeză.

Totodată, notează faptul că procedura are drept obiect atribuirea unui contract de furnizare/cumpărare echipamente medicale, pe o perioadă de 12 luni.

Sunt invocate prevederile art. 18, 50 și 141 din Legea nr. 98/2016, precum și deciziile Consiliului nr. 2427/C7/2653/28.12.2020, inclusiv cele din Buletinele Oficiale nr. 2017/3574, 1857/2016 și 7084/2018, considerându-se 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.

Față de prevederile legale și practica relevantă, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la divizarea lotului 4 și la redefinirea integrală a specificațiilor tehnice aferente echipamentelor medicale solicitate în cadrul acestuia.

O altă critică formulată de contestatoare se referă la nelegalitatea specificațiilor tehnice, acestea fiind considerate restrictive.

Făcând trimitere la prevederile legale și la practica judiciară în domeniul achizițiilor publice, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice aferente lotului criticat 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.

În cadrul lotului 4, autoritatea contractantă solicită mai multe produse diferite, care alcătuiesc cinci sisteme medicale separate, complet autonome, cu funcții independente, ce deservește scopuri diferite, grupate într-un lot global.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a îngreunat concurența, prin realizarea unei descrieri excesive a specificațiilor tehnice ale aparatelor medicale, în detalii irelevante pentru necesitățile sale obiective, detalii care fac practic imposibilă ofertarea unei soluții echivalente.

Or, deși toate cele cinci sisteme solicitate în cadrul Lotului 4 al procedurii par a avea o componentă similară, acestea nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte patru. Astfel, aparatele solicitate sunt pe deplin independente și autonome.

Pe cale de consecință, achiziționarea separată - prin loturi distincte pentru fiecare aparat medical solicitat în cadrul lotului 4 al procedurii - 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) neputând nicio relevanță.

Mai mult, prin modul de grupare a aparatelor medicale într-un singur lot, fără nicio justificare obiectivă și reală pentru componența nelegală a acestuia, autoritatea contractantă a încălcat și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, în această situație fiind certă obținerea unor prețuri unitare mult mai mari decât în situația în care fiecare aparat medical ar fi solicitat în cadrul unui lot distinct, fapt ce ar permite participarea mai multor ofertanți, lărgind astfel piața și favorizând concurența.

Totodată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a elaborat specificațiile tehnice ale caietului de sarcini cu încălcarea principiilor proporționalității și nediscriminării, precum și cu încălcarea prevederilor legale aplicabile.

Caracteristicile analizatoarelor de tipul celor solicitate urmează anumite principii în funcție de producător, iar detalierea excesivă a principiilor de funcționare ale aparatelor, după cum a procedat autoritatea contractantă, nu fundamentează satisfacerea unor nevoi obiective ale acesteia, ci doar restricționează produsele care ar putea fi oferite exclusiv la cele ale producătorilor ...

În acest sens, prezintă în detaliu o serie de cerințe restrictive raportat la specificațiile tehnice aferente celor 5 echipamente din cadrul lotului 4 contestat, susținând că sunt create pentru fiecare dintre acestea premisele ofertării unui produs unic:

Față de argumentele prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 3004/05.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 11069/05.03.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SRL, iar celelalte documente necesare soluționării cauzei fost transmise prin curier, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. 11265/08.03.2021.

Față de criticile formulate de SRL, autoritatea contractantă a precizat că a decis să ia unele măsuri de remediere care au fost postate în SEAP – Notificări măsuri de remediere nr. 2963/04.03.2021.

Cu privire la includerea celor cinci echipamente în cadrul lotului 4 al procedurii de achiziție, autoritatea contractantă precizează că a avut drept scop asigurarea continuității analizelor medicale și siguranței pacienților prin economisirea timpului pacientului și cel de luare a deciziilor de către medicii clinicieni implicați în actul medical. Cele cinci echipamente medicale au funcționalități diferite, sunt autonome și independente dar sunt destinate unui scop comun: testarea concomitentă a eșantioanelor probelor biologice recoltate pacienților Spitalului Municipal Analizoarele deserveșc simultan același pacient și sunt interdependente fiind destinate furnizării de servicii paraclinice complete care să răspundă necesităților de investigare a pacienților în ceea ce privește accesibilitatea, calitatea și intervalul de timp până la obținerea rezultatelor.

Metodele și procedurile de examinare corespund cerințelor standardului de asigurare a calitatii SR EN ISO 15189 specific laboratoarelor de analize medicale și legislației în vigoare.

Cu privire la specificațiile tehnice, autoritatea contractantă susține că nu a indicat un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu, la o origine sau la o producție specifică sau la standarde. Autoritatea contractantă consideră că nu a favorizat vreun operator economic. Aceste specificații vor fi întotdeauna considerate drept «sau echivalent» și sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a caracteristicilor produselor ce urmează a fi achiziționate.

Autoritatea contractantă precizează că la formarea lotului respectiv a avut în vedere și o cunoaștere unitară a modului de utilizare, întreținere și, ulterior, pentru asigurarea service-ului post garanție, în sensul că a apreciat ca produsele să provină de la același operator economic, atâta timp cât nu este restrânsă concurența.

Prin adresa nr. 5/2323/17.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 13372/17.03.2021, ... SRL a transmis concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității contractante, prin care a reiterat argumentele prezentate în cuprinsul contestației, solicitând admiterea acesteia și respingerea apărărilor de fond invocate de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 3626/22.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 14217/22.03.2021, autoritatea contractantă a transmis concluzii

scrise referitoare la concluziile depuse de SRL, aducând precizări suplimentare cu privire la modul de alcătuire a documentației de atribuire, în raport cu necesitățile sale, sens în care a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

În data de 24.03.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 14911/24.03.2021, autoritatea contractantă a transmis un "print screen" din SEAP privind suspendarea lotului 4.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare, având ca obiect Achiziția de aparatură medicală pentru, Lot 1-6, cod CPV 33100000-1 Echipamente medicale (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1028480/18.02.2021.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare este de 13.268.750,00 lei (din care, pentru lotul 4 contestat de 1.200.000,00 lei), fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate - preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 08.03.2021, ora 15:00. Pentru lotul 4 procedura este suspendată.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire pentru lotul 4, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului 4 al procedurii, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii pentru acest lot.

Contestatoarea a constituit cautiunea în sumă de 24.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) și (2¹) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206859270/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Victoria, la data de 25.02.2021.

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva faptului că, pentru lotul 4, autoritatea contractantă a cuprins 5 echipamente distincte, fără a recurge la împărțirea pe loturi a acestora, se reține că lotul are următoarea componență: 1. Un sistem modular de imunologie și chimie clinică; 2. Un analizor automat de hematologie; 3. Un analizor automat de coagulare; 4. Un sistem automat de analiză urinară (chimie și sediment); 5. Un analizor automat de electroforeză.

Totodată, se reține că atât societatea contestatoare, cât și autoritatea contractantă au susținut că echipamentele care compun lotul 4 criticat au funcționalități diferite, sunt autonome și independente.

Prin Strategia de contractare autoritatea contractantă a precizat că "... a decis împărțirea pe mai multe loturi a procedurii ținând cont de obiectul fiecărui contract, de similaritatea echipamentelor, de piața

concurențială, de profilul fiecărui posibil furnizor, fără a se îngreuna accesul operatorilor economici la prezenta procedură, cu precădere a microîntreprinderilor raportat la piața specifică concurențială a domeniului care face obiectul contractului/lor ce urmează a fi atribuit/e”.

Totodată, prin punctul de vedere față de contestație, spitalul a precizat următoarele: ”Includerea celor cinci echipamente în cadrul lotului 4 al procedurii de achiziție a avut drept scop asigurarea continuității analizelor medicale și siguranței pacienților prin economisirea timpului pacientului și cel de luare a deciziilor de către medicii ... implicați în actul medical. Cele cinci echipamente medicale au funcționalități diferite, sunt autonome și independente dar sunt destinate unui scop comun: testarea concomitentă a eșantioanelor probelor biologice recoltate pacienților Spitalului Municipal Analizările deservesc simultan același pacient și sunt interdependente fiind destinate furnizării de servicii paraclinice complete care să răspundă necesităților de investigare a pacienților în ceea ce privește accesibilitatea, calitatea și intervalul de timp până la obținerea rezultatelor.

Prin aportul informațiilor decisive în orientarea diagnosticului, tratamentului și prognosticului, analizele de laborator și celelalte explorări diagnostice constituie verigi importante în abordarea terapeutică. Aproximativ 60-70% din cele mai importante decizii privind diagnosticul primar, conduita terapeutică și monitorizarea răspunsului la tratament se bazează pe testele de laborator”.

În aceste condiții, devin incidente următoarele prevederi legale:

– art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 care cuprinde definiția pentru lot *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. 50 din Legea nr. 98/2016 (1) **Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.** (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

– art. 141 alin. (1) – (4) din Legea nr. 98/2016 (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. (4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

– art. 9 alin. (3) lit. f) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016 (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.

Se constată astfel că, deși prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorității contractante, și nu o obligație, pentru împărțirea pe loturi a contractului de achiziție publică care se intenționează a se atribui, în condițiile în care între echipamentele care fac obiectul lotului 4, respectiv activitatea acestora nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la atribuirea unui singur contract, ci a mai multora, după activitatea pe care o desfășoară, potrivit celor mai sus reținute.

Trimiterea spitalului din punctul de vedere la faptul că **Analizările deservesc simultan același pacient și sunt interdependente fiind destinate furnizării de servicii paraclinice complete care să răspundă necesităților de investigare a pacienților în ceea ce privește accesibilitatea, calitatea și intervalul de timp până la obținerea rezultatelor**, nu este o dovadă a faptului că cele 5 echipamente de la lotul 4 sunt interdependente.

Faptul că analizoarele deservesc simultan același pacient și sunt destinate furnizării de servicii paraclinice complete care să răspundă necesităților de investigare a pacienților în ceea ce privește accesibilitatea, calitatea și intervalul de timp până la obținerea rezultatelor, nu demonstrează că aceste echipamente sunt interdependente.

În fapt, și autoritatea contractantă a indicat la începutul punctului de vedere că **cele cinci echipamente medicale au funcționalități diferite, sunt autonome și independente**, dar sunt destinate unui scop comun.

Astfel, trebuie ca lotizarea procedurii să aibă în vedere activitatea/destinația echipamentelor în discuție, și nu scopul comun al acestora - testarea concomitentă a eșantioanelor probelor biologice recoltate pacienților Spitalului Municipal, în condițiile în care analizoarele deservesc simultan același pacient, fiind destinate furnizării de servicii paraclinice complete care să răspundă necesităților de investigare a pacienților în ceea ce privește accesibilitatea, calitatea și intervalul de timp până la obținerea rezultatelor.

Cât privește susținerea achizitoarei în referire la faptul că, la formarea lotului respectiv a avut în vedere o cunoaștere unitară a

modului de utilizare, întreținere și, ulterior, pentru asigurarea service-ului post garanție, în sensul că a apreciat ca produsele să provină de la același operator economic, este de reținut că un astfel de argument nu poate justifica adunarea celor 5 echipamente independente în același lot.

Și în cazul în care respectivele echipamente de la lotul 4 provin de la 5 ofertanți diferiți, acestea sunt oferite raportat la specificațiile tehnice impuse, astfel nu poate fi influențată asigurarea întreținerii și a service-ului post garanție.

Sunt de reținut și cele precizate de Curtea de Apel prin Decizia civilă nr. 1380/23.03.2017 "Din ansamblul dispozițiilor art. 141 din Legea nr. 98/2016 nu se poate concluziona că regula instituită de legiuitor este aceea de a obliga autoritatea contractantă să procedeze la atribuirea contractului de achiziție pe loturi, fiind evident că textul de lege vorbește despre un atare drept al autorității, iar nu despre o obligație în acest sens, cum a susținut petenta. Împrejurarea că la alin. (3) al aceluiași articol se face vorbire despre o obligație a autorității de a motiva decizia de a nu atribui contractul pe loturi nu poate conduce la o astfel de concluzie în cauză. Este evident că, în cazul în care este posibil ca, după natura contractului, acesta să poată fi atribuit pe loturi, autoritatea trebuie să justifice soluția adoptată de a proceda la atribuirea unui singur lot, prin motivarea deciziei sale. Însă împrejurarea că autoritatea are obligația de a justifica măsura adoptată nu se interpretează în sensul că decizia de atribuire pe loturi a contractului trebuie scoasă din sfera oportunității (măsură lăsată la latitudinea autorității contractante) și trecută în sfera măsurilor imperative, de la care autoritatea nu poate să se abată.

Este adevărat că măsura atribuirii pe loturi a contractului de achiziție favorizează participarea la proceduri a întreprinderilor mici și mijlocii, aceasta fiind și rațiunea modificărilor și transparentizării procedurilor de atribuire. Însă acest deziderat nu trebuie absolutizat, știut fiind că un prim principiu de bază al procedurii de achiziție este acela al interesului public și al cheltuirii resurselor publice în conformitate cu acest interes. Or, în speță, autoritatea contractantă și Consiliul au justificat măsura atribuirii unui singur lot, prin aceea că produsele solicitate sunt corelate ...".

Totodată, Curtea de Apel i, prin Decizia civilă nr. 3815/13.06.2014, a stabilit următoarele «... Curtea reține că, criticile petentei vizează, în esență, decizia autorității contractante de a reuni în cadrul unui singur contract de achiziție cinci coduri CPV diferite, apreciate ca fiind corespondente ale unor activități economice distincte, modalitate față de care s-a susținut că încalcă principiile legislației în materia achizițiilor publice, respectiv principiul proporționalității, al tratamentului egal, al nediscriminării și al eficienței utilizării fondurilor, ca urmare a faptului că, **nedivizând contractul pe loturi, deși sarcinile solicitate pot fi prestate de mai mulți operatori economici în cadrul unor contracte diferite, autoritatea contractantă a obstrucționat accesul la procedura de atribuire al operatorilor care nu pot sau nu doresc să intre într-o asociere în vederea participării la procedură.**

Curtea constată că petenta a susținut, mai întâi, că este lipsită de fundament juridic concluzia Consiliului în sensul că dispozițiile legale instituie un drept al autorității contractante de a uza de împărțirea pe loturi a obiectului achiziției, iar nu

o obligație, precum și că aceasta contravine vădit unei practici constante în materie a Consiliului Însuși și a instanțelor de judecată. În acest sens, petenta a apreciat că obligația autorității contractante de a proceda la divizarea pe loturi ori de a organiza proceduri de atribuire distincte în situații similare celei de față rezultă din coroborarea prevederilor art. 2 alin. (1) și (2), art. 17 și art. 28 alin. (3) din ordonanță, precum și art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2016.

Curtea nu poate reține aceste susțineri, ca urmare a faptului că dispozițiile învederate de către petentă nu susțin concluzia existenței unei obligații legale a autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul achiziției publice, concluzia Consiliului – în sensul existenței unei astfel de posibilități, iar nu a unei obligații – fiind legală și temeinică.

Astfel, Curtea constată că dispozițiile art. 28 alin. (3) din ordonanță se referă la **achiziționarea de servicii similare, situație ce nu se regăsește însă în prezenta cauză, ca urmare a faptului că obiectul achiziției publice este format din servicii diferite, între care există totuși un grad de interdependență**. În acest sens, Curtea apreciază că sunt corecte afirmațiile autorității contractante referitoare la faptul că serviciile de furnizare a sistemului informatic destinat gestiunii în format electronic a Registrului Agricol, de consultanță pentru managementul proiectului și de instruire nu pot fi catalogate ca fiind "similare", în sensul dispozițiilor legale precizate, obiectul acestora fiind esențialmente diferit, respectiv pachete software și sisteme informatice, servicii de dezvoltare software, servicii IT, consultanță, dezvoltare de software, internet și asistență mașini de procesare a datelor și servicii generale de consultanță în management. **De altfel, chiar petenta, în plângere, a subliniat că serviciile ce urmează a fi achiziționate sunt complet independente unele de altele, împrejurare ce vine să confirme concluzia anterior expusă.** [...]

În realitate, Curtea consideră că nici dispozițiile ordonanței și nici cele ale Hotărârii Guvernului nr. 925/2006 nu instituie obligația autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului. Absența unei astfel de obligații este corectă și logică, întrucât autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică în parte și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

De altfel, dispozițiile art. 23 din ordonanță reglementează situația inversă, prevăzând că "autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice".

Ca urmare, din interpretarea sistematică a tuturor dispozițiilor legale precizate, Curtea consideră că voința legiuitorului nu este în sensul indicat de petentă, întrucât operația de scindare a obiectului contractului apare doar ca o posibilitate a autorității contractante, de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune și fără a o deturna de la scopul său, în sensul de a nu o utiliza exclusiv pentru a sustrage diverse achiziții de la aplicabilitatea dispozițiilor legale din materie (de exemplu, achiziții prin atribuire directă). Altfel spus, scindarea contractului este reglementată ca o situație de excepție, iar nu ca regulă, așa cum petenta susține.

Examinând serviciile care formează obiectul contractului, [...] **Curtea consideră că este justificată decizia autorității contractante de a le cuprinde într-un singur lot, ca urmare a interdependenței ce există între acestea, respectiv a avantajelor ce pot fi furnizate de modalitatea de stabilire unitară a obiectului contractului.** Astfel, avantajele avute în vedere de

acestea constau într-o calitate superioară a modalității de implementare a proiectului, ca urmare a existenței unei echipe unitare, care să asigure atât implementarea, cât și managementul informatic, precum și a reducerii riscurilor de neconformitate, atât sub aspectul respectării calendarului activităților propuse, cât și sub cel al evitării neconformităților tehnice, care ar putea apărea în condițiile în care echipamentele hardware și software, precum și serviciile de instruire, implementare și management ar fi asigurate de operatori economici diferiți. [...]

Altfel spus, fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care, așa cum s-a arătat anterior, stabilește în funcție de condițiile concrete toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale. [...]

Aceeași concluzie este aplicabilă și susținerii petentei conform căreia obiectul contractului de achiziție publică este unul complex, eterogen și greu de atins, chiar imposibil pentru un singur operator economic. Curtea apreciază că, în lipsa unor dispoziții legale exprese și imperative, revine autorității contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (și aici trebuie subliniat că regula este aceea a priorității interesului public, în dauna celui privat, al operatorilor economici), modalitatea de atingere a acestora – ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentației și a întregii proceduri de atribuire – precum și respectarea legislației în materia achizițiilor publice. Or, în cauză, petenta nu a administrat probe din care să rezulte că acest echilibru nu a fost respectat, susținerile sale fiind simple aprecieri subiective.

Totodată, Curtea consideră că sunt perfect justificate susținerile Consiliului în sensul că, dacă un ofertant nu poate îndeplini singur obiectul contractului și condițiile din documentația de atribuire, el poate uza de facilitatea prevăzută ... respectiv are dreptul de a se asocia cu unul sau mai mulți operatori, în vederea depunerii unei oferte comune, care să satisfacă toate condițiile impuse de autoritatea contractantă și de legislația în materie.

Cât privește situația învederată de petentă – a unui operator economic ce nu poate îndeplini tot obiectul contractului și care nu dorește să se asocieze, Curtea reamintește considerentele expuse anterior, referitoare la prioritatea interesului public în fața celui particular.

Pentru toate aceste considerente și în temeiul dispozițiilor legale anterior amintite, Curtea urmează să respingă plângerea, ca nefondată» Cu toate că decizia Curții de Apel Ploiești are în vedere legislația anterioară (HG nr. 925/2016 și OUG nr. 34/2016) cele reținute sunt aplicabile speței în soluționare.

Se observă din deciziile amintite că instanțele de judecată au avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, și nu încăperea sau secția din spital în care vor fi amplasate.

Despărțirea în cinci loturi distincte a echipamentelor din lotul 4, după cum judicios a remarcat și contestatoarea, este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale (în care se poate include prin analogie și) au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate

realiza prin divizarea lotului 4 și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. **În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari.** O astfel de repartizare ar putea fi realizată 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. [...] Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în **eforturile lor de a facilita participarea**

IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de

aplicare al obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>):

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.**

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreși concurența a fost confirmat și în decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal: Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

Această critică este nefondată, întrucât **exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngreșiri pentru**

operatorii economici interesați să participe la licitație, într-o asemenea situație devenind abuzivă și contrară principiilor și scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanță.

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți la cei al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, și nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați.

Cât privește susținerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorității contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile și scopurile consacrate de ordonanță.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.

Asocierea constituie un drept al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu dorește.

Cu alte cuvinte, unitatea spitalicească nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele cinci tipuri de echipamente, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, cele 5 echipamente având funcționalități diferite, fiind autonome și independente, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării echipamentelor lotului 4 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 5 echipamente, dar, divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi. Prin urmare, dacă

cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire pentru lotul contestat.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie adoptate de autoritatea contractantă, precum și faptul că împărțirea pe loturi a procedurii nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii pentru lotul 4.

Fiind constatată necesitatea anulării procedurii pentru lotul 4, și împărțirea pe loturi distincte a celor 5 echipamente componente ale acestui lot, Consiliul nu se va mai pronunța asupra criticilor formulate de contestatoare în referire la specificațiile tehnice ale celor 5 echipamente de la lotul 4.

Față de cele constatate, Consiliu va admite contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu, și va anula procedura de atribuire pentru lotul 4.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu, și anulează procedura de atribuire pentru lotul 4.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 13 pagini.