

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1706/C2/1803

Data: 05.08.2021

Prin contestația nr. 5/2403/16.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37000/19.07.2021, formulată de SRL, cu sediul social în București, ..., înregistrată la ONRC sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin director general și convențional prin .., unde se solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire, pentru lotul 5, elaborată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de aparatură medicală pentru, lot 1-5, etapa a II-a”, s-au solicitat:

- „ în principal, să dispuneți obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente Lotului nr. 5 al procedurii, criticate prin prezenta contestație;

- în subsidiar, în măsura în care veți aprecia că nu mai sunt posibile măsuri de remediere, vă solicităm să dispuneți anularea procedurii în ceea ce privește lotul nr. 5, 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 aferentă lotului 5, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Preliminar, ... SRL arată că, anterior procedurii de față, autoritatea contractantă a organizat o altă procedură având același obiect, iar, în urma contestației formulată de societatea sa, CNSC a reținut nelegală alcătuirea lotului 4, care cuprindea 5 echipamente medicale (separate) cu funcționalități diferite, autonome și independente 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 și un analizor automat de electroforeză, cu o valoare estimată de 1.200.000 lei. Întrucât divizarea lotului 4 în acel stadiu al procedurii nu era posibilă, Consiliul a anulat procedura de achiziție publică, fără a mai analiza și specificațiile tehnice restrictive ale celor 5 echipamente, criticate prin contestație.

În cazul procedurii de față, astfel cum reiese din titlul obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, după cum se arată, aceasta reprezintă o reluare a procesului de achiziție anterior, reluare în cadrul căreia autoritatea contractantă ar fi trebuit să remedieze, în totalitate, aspectele de nelegalitate reținute de către Consiliu, dar și specificațiile tehnice restrictive aferente tuturor celor 5 echipamente, specificații ce creează poziții privilegiate pentru anumiți producători determinați și distribuitorii acestora.

Astfel, așa cum reiese din analiza prevederilor documentației de atribuire aferente lotului 5 al actualei proceduri, în opinia contestatorului, acestea nu reprezintă nimic altceva decât copierea efectivă a modalității nelegale de alcătuire a precedentului lot 4, fiind astfel evident că și aceasta 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.

Potrivit contestatorului, 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, la același nivel de calitate, necesitățile obiective ale acesteia. Procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat grav principiile nediscriminării, proporționalității și al tratamentului egal.

Mai mult, susține contestatorul, autoritatea contractantă a inclus în cadrul lotului 5 al procedurii aceleași echipamente solicitate anterior prin lotul 4, deci multiple sisteme de analize, care, în fapt, reprezintă șase 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 analizor de urină și
- Un analizor automat de electroforeză.

În plus, față de echipamentelor solicitate anterior, în componența Sistem modular de imunologie și chimie clinică, autoritatea contractantă a solicitat și un Aparat de dezinfecție pe cale aeriană/nebulizare, deși și acesta este un sistem de sine stătător, independent și autonom, cu funcționalitate diferită atât față de analizorul de imunologie, cât și față de cel de biochimie.

Din analiza celor redate, contestatorul susține că prin acest comportament, autoritatea contractantă nu doar că 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, având consecința evidentă a încălcării scopului aplicării Legii nr. 98/2016, respectiv „achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială”, ci ignoră și nesocotește considerentele și Decizia nr. 622/26.03.2021 a Consiliului.

În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea nelegalității documentației de atribuire pentru lotul 5 și a specificațiilor tehnice elaborate de autoritatea contractantă, susținând că, față de procedura anterioară, în prezent, autoritatea contractantă solicită, concomitent cu sistemul modular de biochimie și imunologie, un nebulizator destinat dezinfectării spațiului și suprafețelor, specificațiile tehnice aferente acestuia fiind incluse în mod suprinzător și nejustificat în cadrul specificațiilor tehnice aferente analizorului de imunologie, cele pentru nebulizator fiind chiar superioare numeric.

În argumentare, se susține că un nebulizatorul este un echipament de sine-stătător, destinat dezinfectiei spațiului și suprafețelor, deci îndeplinește un scop complet diferit față de cele două analizoare - de imunologie și biochimie - solicitate, astfel că solicitarea acestuia în cadrul aceleiași poziții încalcă flagrant prevederile legale în materie, cele trei echipamente neputând fi incluse în categoria legală a „produselor similare”.

Astfel, apreciază contestatorul, autoritatea contractantă nu s-a limitat la împiedicarea și îngrădirea concurenței 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, ci înțelege să realizeze și un lot global - Lotul nr. 5 - pentru achiziționarea a șase echipamente medicale distincte, complet autonome și independente, care ar fi trebuit solicitate fiecare printr-un lot distinct pentru conformitate cu prevederile legale, neputând urmări alt scop decât acela al blocării accesului la procedură.

Deși dreptul de a decide împărțirea pe loturi aparține autorității contractante, în opinia contestatorului, legea nu permite exercitarea lui discreționară, 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, în procesul de constituire a loturilor, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că deciziile sale privind alcătuirea acestora nu sunt de natură a limita concurență.

Or, deși toate cele șase sisteme solicitate în cadrul lotului nr. 5 al procedurii, cu excepția nebulizatorului, care nu constituie un sistem de analize, ci deservește dezinfecției suprafețelor, par a avea o componentă similară, acestea nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte. Astfel, aparatele solicitate sunt pe deplin independente și autonome, nu există similaritate între acestea, având funcționalități proprii și distincte, deci nu se încadrează în categoria legală a „produselor similare”.

Pe cale de consecință, achiziționarea separată, prin loturi distincte pentru fiecare aparat medical solicitat în cadrul lotului nr. 5 al procedurii, nu ar produce, potrivit contestatorului, 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 vreo relevanță.

Dimpotrivă, potrivit contestatorului, gruparea mai multor aparate medicale distincte și independente în cadrul unui singur lot global determină îngrădirea nejustificată a concurenței în cadrul procedurii, blocând nejustificat accesul acelor operatori economici care nu pot furniza cumulativ toate aparatele solicitate prin același lot, dar ar putea depune oferte pentru unele dintre acestea.

În atare situație, prin modul de grupare a aparatelor medicale într-un singur lot, fără nicio justificare obiectivă și reală pentru componenta nelegală a acestuia, autoritatea contractantă a încălcat și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, chiar europene în acest caz, 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, contestatorul subliniază că produsele sunt în mod excesiv de detaliat descrise de către autoritatea contractantă și conduc spre echipamente unice ale producătorilor. În plus, aceste produse nu se află integral în portofoliul obișnuit al distribuitorilor care activează pe piață, fiind astfel restricționată, în mod nejustificat, elaborarea unei oferte unice.

Prin urmare, contestatorul consideră că neîncadrarea celor șapte echipamente solicitate prin acest lot global criticat în categoria legală de „produse similare” este demonstrată, rezultând o restrângere nelegală a liberei concurențe și încălcarea flagrantă a prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

În concluzie, contestatorul apreciază că, având în vedere prezenta alcătuire a lotului nr. 5 este identică cu cea a precedentului Lot 4 contestat și anulat, cu singura diferență că, în prezent, pe poziția 1 se solicită, în plus, și un nebulizator, considerentele reținute de Consiliu prin Decizia nr. 622/C9/454/26.03.2021 sunt pe deplin și integral aplicabile în cazul de față.

În continuare, contestatorul detaliază în mod succint cerințele prevăzute la lotul 5 care, în opinia sa, sunt restrictive, după cum urmează:

1. Sistem modular de imunologie și chimie clinică;

- Capacitatea de lucru minim 220 probe/oră,
- Volum probă utilizat sub 200 µl,
- Capacitatea de încărcare probe: minim 200 poziții,
- Omogenizare prin vortexare,

2. Analizatorul de chimie;

- Program special pentru prevenția contaminării încrucișate,
- Capacitate de încărcare simultană cu probe să fie min. 300, se pot include probele în urgență, pozițiile de calibratori și controale,
- Dimensiunile sistemului să nu depășească: 4000 mm (lungime) x 1100 mm (lățime) x 1200 mm (înălțime); greutate: maxim 1100 kg,
- Număr minim probe introduse prin unitatea de transfer probe: 250; Sertarele de probe să aibă 10 poziții pentru recipiente,
- Să prezinte minim 25 sertare a câte 10 locuri identificabile prin culori și coduri de bare pentru probe,

3. Analizator automat de hematologie;

- Volumul de sânge utilizat: maxim 100 µl pentru sânge venos și maxim 50 µl pentru sângele capilar,
- Să raporteze minim următorii parametri: număr leucocite; limfocite, monocite, neutrofile, eozinofile, bazo file, granulocite imature - în număr absolut și procentual; număr eritrocite, hemoglobină, hematocrit, VEM, HEM, CHEM, RDW-CV, RDW-SD, eritroblaști în număr absolut și procentual, număr trombocite, VQIMBL trombocitar mediu, plachetocrit, macrotrombocite număr absolut și raport, reticulocite în număr absolut și procentual, expresia de hemoglobină a reticulocitelor. fracția reticulocitelor imature, fracția de trombocite imature,
- Să poată determina celularitatea din LCR, lichide peritoneale și pleurale (nr. total leucocite. nr. total de celule, nr și procent celule mononucleare, nr și procent celule polimorfonucleare, nr. eritrocite),
- Mod de operare continuu cu trecere între mod sânge/LCR fără timp de așteptare,

- Să aibă funcție de retestare automată prin recircularea stativului, fără intervenția operatorului,

- Domeniul de linearitate minim: 0-500 x 10⁹/l pentru leucocite, 0-8.5 x 10⁹/l pentru eritrocite, 0-250 g/l pentru hemoglobina, 0-75% pentru hematocrit, 0-5000 x 10⁹/l pentru trombocite, 0-0,8 x 10¹²/l pentru reticulocite" și ..Precizia minimă (CV): 2,5% pentru leucocite, 1,5% pentru eritrocite, 1,0% pentru hemoglobină, 1,5% pentru hematocrit, 4,0% pentru trombocite.

4. Analizator automat de coagulare;

- Principii de măsurare: coagulometric, cromogenic, imunochimic,

- Sistem de răcire al reactivilor: min. 10 poziții,

- Reactivii să fie setați pe tava de reactivi pe două poziții diferite astfel încât dacă volumul de lucru este mare, sa fie posibil utilizarea flaconului original de reactiv, iar în cazul în care se dorește testarea doar a 2-3 probe, reactivul să fie plasabil în orificiu potrivit unui flacon Eppendorf,

- Să aibă capacitatea de a stoca mai multe curbe de calibrare pentru a nu risipi volume suplimentare de reactivi, cost pentru calibratori si timp, foarte util laboratorului,

- Încărcarea cu un număr de celule de reacție astfel încât să ofere analizorului o autonomie de minim 60 minute de lucru,

5. Sistem automat de analiză urinară (chimie și sediment);

Analizor automat de urină,

- Să nu necesite reactivi speciali sau calibratori lichizi,

- Capacitatea de lucru: minim 200 probe/oră,

Analizor automat de sediment urinar,

- Să utilizeze tehnologia microscopiei, rezultatele să fie interpretate prin procesarea imaginilor de către un soft,

- Vizualizarea imaginii să fie atât în câmp luminos cât și în contrast de fază,

- Microscopul încorporat să poată fi utilizat și în mod manual pentru observarea microorganismelor mobile,

- Să identifice automat cel puțin următoarele elemente: eritrocite; leucocite; leucocite conglomerate; cilindri hialini; cilindri patologici; celule epiteliale scuamoase; celule epiteliale nescuamoase; bacterii-bacili; bacterii-coci; levuri; oxalat de calciu monohidrat și dihidrat, acid uric, triplu fosfat; mucus; cristale amoife; spermatozoizi,

- Să nu necesite reactivi lichizi,

- Capacitate de lucru: minim 120 probe/oră.

6. Analizor automat de electroforeză;

- Pentru analiza proteinelor serice, sistemul sa prevada un număr de maxim 10 migrări pe o folie sau pe gel,

- Să fie sistem complet automat să organizeze automat încărcarea tuturor reactivilor, precum și calibrarea procesului de electroforeză,

- Etapele de electroforeză, începând de la aplicarea probei până la afișarea ferogramei cu defalcarea concentrațiilor fracțiilor separate să fie efectuată în mod automat, fără intervenția utilizatorului,
- Analizorul să dispună de port USB pentru a permite o conexiune rapidă și fiabilă cu computerul,
- Să efectueze după fiecare proces de electroforeză operațiunile de eliminare a reactivilor uzați și spălarea sistemului în mod automat la pornirea unui nou ciclu de electroforeză, reactivii să fie alimentați în mod automat" și „Citirea foliei sau a gelului să fie inclusă în ciclul de lucru, să se efectueze automat, fără a necesita intervenția utilizatorului,
- Programul de evaluare și interpretare a ferogramelor să permită editarea,
- Parametrilor analitici și depistare automată a infecțiilor,
- Să dispună de alarme audio-vizuale în caz de defectiune
- Managementul fazelor: reglarea duratei, curent de migrare/tensiune.

Prezentând argumente care, în opinia sa, demonstrează caracterul restrictiv al specificațiilor tehnice enumerate mai sus, contestatorul concluzionează că autoritatea contractantă a încălcat grav principiile proporționalității și egalității de tratament atunci când atât a stabilit atât componența, cât și cerințele funcționale aferente echipamentelor incluse în Lotul nr. 5 al procedurii, precum și prevederile art. 155 și 156 din Legea nr. 98/2016 utilizând o modalitate nepermisă de definire a acestor specificații tehnice.

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

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat cu adresa nr. 858/27.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 38792/27.07.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca tardiv formulată.

În susținerea excepției invocată, autoritatea contractantă precizează că, raportat la documentația de atribuire publicată în data de 06.07.2021 și valoarea estimată a contractului, mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 din Legea nr. 98/2016, termenul de contestare este de 10 zile, astfel că ultima zi în care putea fi formulată contestație împotriva documentației de atribuire era data de 16.07.2021 și nu 19.07.2021, așa cum reiese că ar fi înregistrată la CNSC.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă prezintă argumente în susținerea lotizării procedurii de atribuire, prin raportare la prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, susținând că obligația lotizării a fost respectată, produsele au fost grupate în cele 5 loturi pentru a evita riscul ca echipamentele medicale să nu respecte activitatea specifică fiecărei secții.

Referitor la lotul 5, autoritatea contractantă susține că acesta cuprinde exclusiv echipamentele medicale utilizate în laborator. Toate produsele au același scop, respectiv testarea probelor de la pacienți în cadrul Laboratorului, deci sunt produse similare și pot face obiectul unui singur lot, indiferent de valoarea acestuia.

Având în vedere definiția lotizării, așa cum este prevăzut la art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, se consideră de către autoritatea contractantă că toate echipamentele au utilizări similare, respectiv efectuarea testelor în cadrul Laboratorului. Operatorii economici cu activitate în acest domeniu comercializează sau pot comercializa toate produsele din lot.

De asemenea, potrivit autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță faptul că produsele nu sunt interdependente, deoarece dispozițiile art. 18 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, reglementează foarte clar, exclusiv 2 condiții pentru ca produsele să fie calificate similare. În niciun act normativ nu există obligația ca produsele aceluiși lot să fie interdependente. Pentru calificarea produselor drept similare și, pe cale de consecință, gruparea acestora într-un singur lot, este necesară și suficientă îndeplinirea celor două cerințe: produsele să fie destinate unor utilizări identice sau similare și să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate în sectorul respectiv.

Deși există prevederi legale exprese în acest sens, contestatorul refuză să ia în considerare opțiunea unei asocieri în scopul depunerii unei oferte. Cu alte cuvinte, acesta încearcă să "modeleze" lotizarea în funcție de produsele pe care le comercializează, dar refuză să ia în calcul "restructurarea" activității și să depună ofertă în asociere cu alți operatori economici, ignorând cu desăvârșire necesitățile autorității contractante.

De altfel, mai susține autoritatea contractantă că a ales codul CPV al procedurii *33100000-1 Echipamente medicale*, deci toate produsele ce fac obiectul achiziției sunt echipamente medicale, nefiind vorba despre produse distincte, fără nicio legătură între ele. În atare situație, nu se poate vorbi despre o distorsionare a concurenței prin lotizare, în condițiile în care există o asemenea lotizare (5 loturi), dar aceasta nu corespunde intereselor individuale ale contestatorului.

În ceea ce privește lotizarea într-o manieră care să permită accesul întreprinderilor mici și mijlocii, conform art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă supune atenției că această cerință a fost respectată prin faptul că întreaga procedură a fost împărțită în 5 loturi, pe de o parte, și, pe de altă parte, prin faptul că lotul 5 reprezintă aproximativ 10% din valoarea întregii proceduri, fiind, de altfel, și cel mai mic lot ca valoare.

Criticile invocate prin prisma Legii concurenței nr. 21/1996, în opinia autorității contractante, sunt neavenite, motivat de faptul că prin

specificațiile tehnice contestate, nu se intervine în activitatea operatorilor economici și, pe cale de consecință, nu le afectează acestora libertatea de comerț și/sau activitatea cotidiană.

În ceea ce privește specificațiile tehnice, potrivit autorității contractante, acestea au fost elaborate în conformitate cu legislația în vigoare și în scopul satisfacerii autorității contractante și într-o manieră care permite tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire, fără a fi introduse obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Prin urmare, toate cerințele criticate de contestator ce vizează lotul 5, autoritatea contractantă le menține, apreciind că se impune păstrarea lor așa cum au fost ele elaborate. În susținerea acestei decizii, autoritatea contractantă prezintă o serie de argumente.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 5/2419/02.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 40200/03.08.2021, contestatorul răspunde punctului de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea, ca neîntemeiată, a excepției tardivității invocată de aceasta, precum și respingerea apărărilor de fond, ca neîntemeiate, și admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Referitor la excepția tardivității formulării contestației, ... SRL susține că a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, postată în SEAP la data de 06.07.2021. Raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare de 10 zile curge începând cu următoare zi luării la cunoștință de actul atacat postat în SEAP la data de 06.07.2021, în speță, 07.07.2021. Termenul limită de depunere a eventualelor contestații, se împlinea la data de 16.07.2021.

Așa cum reiese din analiza documentelor vizate de poștă, cât și din confirmările primite pe e-mail, contestația a fost transmisă în data de 16.07.2021, în termenul impus de lege. În atare situație, excepția invocată de autoritatea contractantă nu se susține.

Referitor la apărările autorității contractante față de alcătuirea lotului nr. 5 al procedurii, contestatorul reiterează cele susținute în contestație, subliniind că argumentele din punctul de vedere privind lotizarea lotului 5 nu doar că nu reprezintă criterii pentru ca anumite echipamente să fie catalogate drept *produse similare*, dar sunt și excesiv de generale și irelevante în acest context, având în vedere alcătuirea eterogenă a lotului din echipamente medicale diferite, utilizate în scopuri diferite, cu funcționalități specifice diferite, autonome și independente unele de altele.

Cu privire la argumentul potrivit căruia destinația echipamentelor, respectiv echipamente medicale de laborator, justifică construirea unui singur lot prin includerea mai multor echipamente de sine stătătoare, independente, cu funcții diferite, cu invocarea deciziei CNSC nr.

2425/C7/2653/28.12.2020 și a deciziei publicată în Buletinul oficial sub nr. 2017/3574, contestatorul supune atenției 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.

Concluzionând, contestatorul apreciază că la alcătuirea componenței lotului nr. 5 al procedurii, autoritatea contractantă a încălcat grav prevederile art. 50 și 141 din Legea nr. 98/2016, îngrădind nejustificat participarea la procedură și afectând libera concurență. Astfel, se impune restructurarea lotului, cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

În plus, subliniază contestatorul, apărările autorității contractante în ceea ce privește caracteristicile tehnice pentru specificațiile aferente lotului 5 criticat, nu fac altceva decât să adâncească neclaritatea lor, având ca efect eliminarea oricăror altor produse și blocarea nejustificată a accesului în procedură.

Față de toate motivele prezentate, contestatorul solicită respingerea excepției de tardivitate invocată de autoritatea contractantă și reținerea temeiniciei criticilor cu privire la nelegalitatea modalității de elaborare a specificațiilor tehnice aferente procedurii și constatarea faptului că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, al tratamentului egal și al nediscriminării la elaborarea componenței și specificațiilor tehnice aferente Lotului nr. 5. Ca urmare a constatării acestor încălcări ale legislației achizițiilor publice, solicită Consiliului obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire aferente acestui lot prin divizarea Lotului nr. 5 în cel puțin șase loturi distincte și obligarea acesteia la redefinirea specificațiilor tehnice prin raportare la cerințe de performanță și/sau funcționale obiective, raportat la necesitățile sale reale, documentate.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de aparatură medicală pentru, lot 1-5, etapa a II-a”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1032537/06.07.2021, la care a anexat documentația de atribuire. Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la 23.07.2021, iar, criteriul de atribuire, „cel mai bun raport calitate-preț”.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire pentru lotul 5, ... SRL, consemnând cauțiunea aferentă potrivit dispozițiilor art.

611 din Legea nr. 101/2016, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Conform informațiilor disponibile în SEAP, asociat anunțului de participare aferent acestei proceduri, lotul 5, contestat, apare ca fiind suspendat în faza de *Depunere ofertă*.

Având a se pronunța, cu prioritate, în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, asupra excepției tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul reține că actul atacat, în speță documentația de atribuire aferentă lotul 5, a fost publicat, în SEAP, la data de 06.07.2021, drept care, termenul de 10 zile aplicabil prin raportare la valoarea estimată a procedurii, calculat potrivit art. 5 din același act normativ, s-a împlinit în data de 16.07.2021. De altfel, și autoritatea contractantă este de acord cu data de 16.07.2021 ca fiind ultima zi în care putea fi formulată contestația.

Potrivit documentelor probatorii, contestația a fost comunicată Consiliului și autorității contractante, inițial prin e-mail, la data de 16.07.2021, ora 17.04, dar și prin poștă, la aceeași dată, constatându-se, așadar, respectarea termenului legal de contestare.

Pe fond, examinând susținerile părților și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul reține că nemulțumirea contestatorului vizează, pe de o parte, decizia autorității contractante de a cuprinde, în cadrul lotului 5-Laborator, 6 produse, în opinia sa, distincte, iar, pe de altă parte, specificațiile tehnice stabilite de achizitoare pentru aceste produse, apreciate de reclamant, ca restrictive.

Trecând la analizarea primului aspect criticat, este observat faptul că, așa cum rezultă din informațiile procedurii disponibile în SEAP, prezenta procedură de achiziție publică a fost împărțită de achizitoare în 5 loturi, ultimul lot, denumit generic de către autoritatea contractantă LABORATOR, având următoarea componență:

1. Sistem modular de imunologie și chimie clinică, conform specificațiilor din caietul de sarcini;
2. Analizor automat de hematologie, conform specificațiilor din caietul de sarcini;
3. Analizor automat de coagulare, conform specificațiilor din caietul de sarcini;
4. Analizor de urină, conform specificațiilor din caietul de sarcini;
5. Analizor automat de electroforeză, conform specificațiilor din caietul de sarcini.

Se mai reține că, în cadrul caietului de sarcini, în secțiunea aferentă caracteristicilor tehnice minimale ale analizorului de imunologie, la pct. 18, a fost cerut și un aparat de dezinfecție pe cale aeriană/nebulizare.

Prin urmare, se observă, așa cum subliniază și contestatorul, că lotul 5 – Laborator, cuprinde 6 echipamente medicale distincte.

O deosebită importanță în dezlegarea prezentei pricini o are situația relevată de contestator cu privire la cauza care a format obiectul

dosarului CNSC nr. 454/2021, soluționat prin decizia nr. 622/C9/454/26.03.2021.

Astfel, se reține că, prin această decizie, care a căpătat caracter definitiv, Consiliul a soluționat contestația formulată de către același operator economic, ... SRL, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată de aceeași autoritate contractantă, ..., procedură aferentă anunțului de participare nr. CN1028480. Similar situației de față, una dintre criticile contestatorului din respectiva cauză a făcut referire la componența lotului 4 al procedurii contestate la acea dată, și anume:

1. Sistem modular de imunologie si chimie clinica, conform specificatiilor din caietul de sarcini.

2. Analizor automat de hematologie, conform specificatiilor din caietul de sarcini.

3. Analizor automat de coagulare, conform specificatiilor din caietul de sarcini.

4. Analizor de urina, conform specificatiilor din caietul de sarcini.

5. Analizor automat de electroforeza, conform specificatiilor din caietul de sarcini.

În urma analizei efectuată, Consiliul a concluzionat că „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”, stabilind „necesitatea anulării procedurii pentru lotul 4, și împărțirea pe loturi distincte a celor 5 echipamente componente ale acestui lot”.

Soluția pronunțată de Consiliu a fost de admitere a contestației depusă de SRL și de anulare a procedurii de atribuire pentru lotul 4, contestat.

Revenind la cauza dedusă judecății, se constată că autoritatea contractantă a demarat prezenta procedură de achiziție publică, împărțită pe loturi, în cadrul căreia lotul 5, contestat, este format, în esență, din aceleași echipamente ca cele care au format obiectul lotul 4 din procedura anterioară și cu privire la care Consiliul a reținut necesitatea împărțirii pe loturi distincte.

Chiar dacă, în prezenta cauză, cele stabilite la nivelul deciziei nr. 622/C9/454/26.03.2021 nu pot fi opuse ca autoritate de lucru judecat, întrucât nu sunt îndeplinite condițiile art. 431 alin. (1) C. proc. civ. - „Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”, actele atacate prin cele două contestații fiind diferite, considerentele și soluția adoptată prin respectiva decizie intră sub efectul puterii de lucru judecat, statuat la alin. (2) al aceluiași temei legal.

Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, impune

consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Astfel, Consiliul nu poate face abstracție de raționamentul ce răzbate din decizia nr. 622/C9/454/26.03.2021, mai cu seamă că aceasta a avut ca obiect chiar legalitatea introducerii, în cadrul aceluiași lot, a aceluiași tip de echipamente medicale ca cele care formează lotul 5 al prezentei proceduri de achiziție publică.

Raționamentul avut în vedere de Consiliu, în cadrul respectivei decizii, subzistă, sub toate aspectele, și de această dată, echipamentele medicale structurate de autoritatea contractantă în cadrul lotului 5 având funcționalități diferite, fiind autonome și independente.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea lotului 5 în mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru cinci loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

De asemenea, despărțirea pe mai multe loturi este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii, obligație instituită în sarcina autorităților locale de Legea nr. 346/2004 (din care, prin analogie, face parte și unitatea achizitoare).

Legislația națională (art. 3 alin. 1 lit.dd, art. 50 , art. 141 alin 1-4 din Legea nr. 98/2016 și art. 9 alin. 3 lit. f din HG nr. 395/2016), cât și cea europeană sunt în aceeași direcție, promovarea concurenței între operatorii economici însemnând, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Prin strategia de contractare, autoritatea contractantă a justificat împărțirea pe loturi a procedurii luând în considerare *„obiectul fiecărui contract, de similaritatea echipamentelor, de piața concurențială, de profilul fiecărui posibil furnizor, fără a se îngredi 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.”*, fără niciun fel de referire la considerentele pentru care a decis structura fiecărui lot în parte.

În plus, prin punctul de vedere formulat în cauză, autoritatea contractantă subliniază faptul că lotul 5 cuprinde exclusiv echipamentele medicale utilizate în Laborator, toate produsele au același scop, respectiv testarea probelor de la pacienți în cadrul Laboratorului, fiind, în opinia sa, produse similare și care pot face obiectul unui singur lot.

Însă, subliniază Consiliul, nu doar destinația este aceea care decide lotizarea unei achiziții, și, în esență, componența unui lot, primordială fiind obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

2009, CoNISMa (C305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), că *unul dintre*

obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer

Rundfunk și alții [C337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în

interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009,

Assitur, C538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în

această privință, că această deschidere spre concurența cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.

Necesitatea deschiderii pieței a fost 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***

permite participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

Nu se poate impune, în opinia Consiliului, nici ca operatorul economic interesat să participe la procedură să apeleze la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr.5480/05.12.2013: *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.*

Așa cum s-a arătat și în decizia nr. 622/2021, „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”.

În concluzie, Consiliul reiterează concluziile stabilite la nivelul deciziei nr. 622/C9/454/26.03.2021, rămase definitive, aplicabile întocmai și în prezent și reține caracterul întemeiat al criticilor contestatorului vizând componența lotului 5 –Laborator, fiind necesar ca autoritatea contractantă să modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării echipamentelor lotului 5 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru produsele componente ale acestui lot.

Similar situației anterioare, reține Consiliul că divizarea achiziției pe loturi, reținută a se impune pentru restabilirea legalității procedurii, 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, cererea de divizare fiind întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire pentru lotul 5, contestat.

Față de soluția prefigurată, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte critici ale contestatorului, vizând specificațiile tehnice solicitate pentru echipamentele solicitate în cadrul lotului 5, o asemenea analiză fiind de prisos câtă vreme acest lot urmează să fie anulat. Pe cale de consecință, respectivele critici sunt rămase fără obiect.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, respectiv cererea subsidiară privind anularea procedurii, și va dispune anularea procedurii de atribuire pentru lotul 5.

Raportat la soluția pronunțată, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere principal privind remedierea documentației de atribuire.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, respectiv cererea subsidiară privind anularea procedurii și anulează procedura de atribuire pentru lotul 5.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere principal privind remedierea documentației de atribuire.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii 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.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....

.....

.....

....