



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 2203/C3/2451

Data: 05.12.2019

Prin contestația nr. 3948/15.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46766/15.11.2019, înaintată de SRL, cu sediul social în, str....., nr. 34, ..., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. J40/ 12399/2008, având CUI, reprezentată legal prin Director General Dr., formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de SANATORIUL BALNEAR DE RECUPERARE MEDICALĂ, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str....., nr. 2, județul, în procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect "FURNIZARE, MONTAJ, PUNERE ÎN FUNCȚIUNE APARATURĂ MEDICALĂ CÂT ȘI INSTRUIRE PERSONAL ÎN VEDEREA UTILIZĂRII ACEASTORA", Lotul 1, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1016605, publicat în SEAP la 05.11.2019, s-a solicitat:

1) să se constate că, prin modul de compunere a obiectului lotului 1 – Aparatură medicală de imagistică, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

2) să se dispună anularea lotului 1, având în vedere modul de împărțire a lotului și republicarea acestuia cu respectarea legislației în vigoare.

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

Prin contestația nr. 3948/15.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46766/15.11.2019, înaintată de SRL, formulată împotriva documentației de atribuire, la lotul 1, întocmită de SANATORIUL BALNEAR de RECUPERARE

MEDICALĂ, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect "FURNIZARE, MONTAJ, PUNERE ÎN FUNCȚIUNE APARATURĂ MEDICALĂ CÂT ȘI INSTRUIRE PERSONAL ÎN VEDEREA UTILIZĂRII ACEASTORA", s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea critică modul în care autoritatea contractantă a stabilit obiectul lotului 1, în cadrul căruia solicită ofertarea unor produse cu specificitate fundamental diferită, ceea ce îngreunează accesul operatorilor economici care dispun de sisteme medicale net superioare din punct de vedere tehnic, dar care nu dispun de posibilitatea de ofertare a tuturor sistemelor din componența lotului 1.

Susține contestatoarea că lotul 1 conține 5 sisteme medicale care sunt, în fapt, echipamente diferite. În acest sens, menționează că nu există niciun grad de similaritate între cele 5 sisteme medicale, prin natura tehnologiilor distincte pe care acestea le folosesc, respectiv echipamentul DEXA este un echipament de imagistică de radiologie ce utilizează și emite radiații X, în vreme ce ecografele sunt sisteme de imagistică de radiologie care utilizează ultrasunete. În același timp, defibrilatorul este un dispozitiv care monitorizează și readuce la normal ritmul cardiac, prin impulsuri electrice, iar electrocardiograful analizează semnalele electrice și impulsurile generate de cord.

În opinia contestatoarei, niciunul dintre aceste dispozitive nu reprezintă echipamente de imagistică, ci echipamente de monitorizare sau analiză a semnalelor cardiace.

Mai mult, arată că, potrivit Normelor de Securitate radiologică în practicile de radiologie de diagnostic și radiologie intervențională (Ordinul CNCAN nr. 173/ 16.10.2013), spre deosebire de ecografe, aparatele de radiologie trebuie să fie instalate de personal autorizat care demonstrează competență în activitățile de manipulare.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă trebuia să configureze obiectul lotului nr. 1 în funcție de specificitatea/particularitățile echipamentelor, deoarece acestea prezintă diferențe esențiale sub cel puțin 3 aspecte generale:

- modul în care funcționează și scopul imediat pentru care sunt utilizate;
- specializările ce trebuie obținute de operatorii economici pentru comercializarea și instalarea acestora;
- specializările ce trebuie obținute de personalul utilizator din cadrul unităților spitalicești.

Or, autoritatea a combinat atât achiziția unor echipamente de tipul ecografelor cât și a unor echipamente de radiologie.

Mai precizează contestatoarea că echipamentele de tipul ecografelor funcționează pe bază de ultrasunete și au rolul de a permite vizualizarea, în timp real, a diferitelor structuri anatomice cu ajutorul ultrasunetelor. Ecografia (rezultatul produs de echipament) este o metodă imagistică sigură, fără efecte adverse asupra structurii

examine, care nu folosește radiații și nu necesită o pregătire specială a pacientului.

În schimb, echipamentele radiologice folosesc radiații ionizante pentru a produce imaginea unui obiect și, spre deosebire de ecografe, unde analiza propriu-zisă este realizată în timp real de medicul specialist prin manipularea echipamentului, în cazul aparatelor de radiologie echipamentul realizează întreaga investigație iar medicul specialist analizează rezultatul furnizat de aparat.

Consideră contestatoarea că autoritatea ar fi trebuit să observe că, devreme ce pentru o serie de echipamente ce fac obiectul lotului nr. 1 este necesară obținerea unei autorizări speciale în vederea furnizării și instalării acestora, echipamentele radiologice presupun implicarea unor resurse cu specializări diferite față de cele implicate pentru furnizarea și instalarea celorlalte tipuri de echipamente (ecografe).

Menționează contestatoarea că, deși Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorităților contractante de a organiza procedura de atribuire pe loturi, acest drept este condiționat de justificarea deciziei de a nu împărți procedura pe loturi sau de a împărți procedura pe loturi, în literatura de specialitate europeană s-a reținut că «împărțirea pe loturi sub imperiul Directivei 24/2014 este supus principiului *divide sau justifică*, principiu care reiese cu evidență din prevederile art. 46 din Directivă ...».

Luând în considerare că sunt 5 tipologii distincte de aparate, unul cu care se realizează ecografi, altul cu care se realizează radiografii, altul pentru monitorizare a impulsurilor electrice ale cordului, altul pentru readucerea la normal a ritmului prin impulsuri electrice emise de sistem, în opinia contestatoarei, potrivit art. 181 din Legea nr. 98/2016, se impune împărțirea acestui lot în cel puțin 4 loturi.

În replică, autoritatea contractantă, cu adresa nr. 5973/19.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47910/22.11.2019, a transmis la dosarul cauzei punctul de vedere referitor la contestația formulată de SRL, prin care solicită respingerea contestației cu consecința menținerii documentației de atribuire în forma inițială, argumentând că, în opinia sa, această modalitate de constituire a loturilor nu restricționează nici concurența, nici nu îngreuează participarea operatorilor economici interesați, deoarece scopul final și utilitatea aparatelor cuprinse în cadrul lotului 1 sunt evidente, pe de o parte, iar pe de altă parte, gruparea echipamentelor de imagistică medicală corespunde, în totalitate, prevederilor art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește stabilirea componenței lotului 1, în conformitate cu specializarea de investigație medicală.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă precizează că imagistica medicală însumează tehnici și proceduri folosite pentru a obține imagini cu caracter medical care relevă aspecte structurale și funcționale normale sau patologice pentru organisme vii, având utilitate clinică și medical științifică.

Radiologia diagnostică are ca subramuri radiologia convențională, ecografia (sonografia) și senologia.

Autoritatea contractantă are ca obiect de activitate recuperarea medicală și sunt necesare aparate medicale de imagistică pentru confirmarea, evaluarea în mod corect și documentarea cursului unei afecțiuni, precum și în evaluarea răspunsului la tratament.

Cu adresa nr. 4029/21.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47772/22.11.2019, contestatoarea a transmis la dosarul cauzei concluzii scrise prin intermediul cărora reiterează aspectele din cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 6107/27.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48640/27.11.2019, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei concluzii scrise prin intermediul cărora reiterează argumentele deja expuse prin punctul de vedere.

La solicitarea Consiliului, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 6250/03.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 49452/03.12.2019, din care rezultă că la lotul 1 s-au înscris 5 operatori economici, dar a depus ofertă unul singur.

Ulterior, prin adresa nr. 4195/03.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 49652/04.12.2019, contestatoarea a transmis la dosarul cauzei concluzii scrise prin intermediul cărora reiterează aspectele din cuprinsul contestației.

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

În vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare având ca obiect "FURNIZARE, MONTAJ, PUNERE ÎN FUNCȚIUNE APARATURĂ MEDICALĂ CÂT ȘI INSTRUIRE PERSONAL ÎN VEDEREA UTILIZĂRII ACEASTORA", SANATORIUL BALNEAR de RECUPERARE MEDICALĂ, în calitate de autoritate contractantă, a inițiată o procedură de licitație deschisă, împărțită pe două loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1016605 în 05.11.2019 și a documentației de atribuire.

Împotriva modalității de compunere a echipamentelor aferente Lotului 1 – Aparatură medicală de imagistică, ... SRL solicită anularea lotului 1, întrucât autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, restricționând accesul la procedură.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a depus recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de 16.296 lei, emisă de CEC Bank–Sucursala Gara de Nord, în data de 13.11.2019, sub nr. 205873760/1.

Analizând criticile contestatoarei SRL de compunere a obiectului Lotului 1 - Imagistică: „1. Ecograf; 2. Defibrilator portabil; 3. Electrocardiograf portabil; 4. Aparat dezvoltare radiografii; 5. Aparat Dexa”, Consiliul le consideră întemeiate.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul constată că echipamentele medicale cuprinse de autoritatea contractantă în cadrul lotului 1 sunt diferite și cu destinații distincte în cadrul unității medicale, după cum și societatea contestatoare a indicat, nu există argumente care să justifice încadrarea acestora într-un singur lot distinct, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă.

În acest context, Consiliul reține că echipamentele ce fac obiectul lotului 1 sunt diferite, iar operatorii economici, interesați de participarea la procedură, este posibil să nu dețină în portofoliu toate echipamentele solicitate, participarea astfel cu o ofertă conformă fiind imposibilă.

Din modalitatea în care autoritatea contractantă a configurat componența lotului 1, rezultă că operatorii economici participanți la procedură au obligația să prezinte ofertă pentru toate echipamentele solicitate de aceasta, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă vor fi excluși, prin respingerea ofertelor ca neconforme.

În privința componenței lotului 1 (achiziționarea celor 5 tipuri de echipamente), chiar dacă sunt destinate actului medical în general, prin includerea acestora în cadrul unui singur lot, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce atingere principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea achizițiile publice. Altfel spus, exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să nu conducă la încălcarea principiilor legale, aceasta fiind ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței cât mai multor furnizori de echipamente medicale.

Totodată, deși nu este interzisă gruparea acestor echipamente independente într-un singur lot, dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la procedură, ea devine abuzivă și contrară principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, sunt avute în vedere și dispozițiile art. 1 din HG nr. 395/2016, care stabilesc că, în procesul de realizare a achizițiilor publice, orice situație, pentru care nu există o reglementare explicită, se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Or, prin includerea celor 5 echipamente, în cadrul lotului 1, se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți la cel/cei care are/au în portofoliul comercial aceste echipamente.

De asemenea, dispozițiile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, stabilesc că, 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. Or, actele aflate la dosarul cauzei (strategie de contractare, punct de vedere etc), nu confirmă o justificare, în acest sens.

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat de participarea la procedură, dar care nu poate oferi toate cele 5 echipamente, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea componentei lotului 1, Consiliul stabilește că împărțirea echipamentelor aferente acestui lot în mai multe loturi, este legală.

În circumstanțele reținute mai sus, având în vedere că, din punct de vedere obiectiv și legal, lotizarea achiziției nu o afectează cu nimic pe autoritatea contractantă, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu are niciun motiv legal să refuze realizarea ei.

Luând în considerare aspectele prezentate, stadiul procedurii (s-a depus o singură ofertă), Consiliul constată că cererea contestatoarei, de divizare a echipamentelor aferente lotului 1 în mai multe loturi, este întemeiată, dar finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

Având în vedere aspectele prezentate, Consiliul constată incidența următoarelor prevederi:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 referitoare la definiția lotului, respectiv 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), (2) și (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. (...) (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”.

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, Consiliul va admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu SANATORIUL BALNEAR de RECUPERARE MEDICALĂ și va anula procedura de atribuire aferentă lotului 1, pentru imposibilitatea măsurilor de remediere.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu SANATORIUL BALNEAR de RECUPERARE MEDICALĂ și anulează procedura de atribuire aferentă lotului 1, pentru imposibilitatea măsurilor de remediere.

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