

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., înaintată de, cu sediul social în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, atribut fiscal RO, reprezentată legal prin, în calitate de director general, împotriva modului de întocmire a documentației de atribuire elaborată de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- să se constate că, prin modul de compunere a obiectului lotului ..
-, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conducând la restricționarea accesului la procedura de atribuire mai multor operatori economici ce activează pe piața de comercializare a echipamentelor de tipul celor care fac obiectul achiziției;
- pe cale de consecință, anularea lotului având în vedere modul de împărțire în lotul contestat și republicarea acestuia cu respectarea legislației în vigoare.

Prin cererea de intervenție nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, atribut fiscal RO, reprezentată legal de administrator, a solicitat respingerea contestației formulate de

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a configurat defectuos obiectul lotului ... prin includerea unor echipamente cu funcționalități și de natură diferite.

Arată că lotul conține 23 poziții care sunt, în fapt, echipamente diferite, respectiv aspirator portabil chirurgical, ..., masa chirurgicală electrohidraulică, aspirator chirurgical, lampă sciatică cu picior, electrocardiograf cu 12 canale, electrocauter, linie videoendoscopie

digestivă cu accesorii și trusă de endoscopie digestivă intervențională și accesorii endoscopie intervențională, ecograf (sondă convexă și liniară), turn urologie inferioară, masă urologică pentru endoscopie inferioară, ecograf cu 3 sonde (.....), bioptic gun (pistol puncție prostatică), negatoscop pentru radiografii, electrocardiograf, analizor automat hematologie, analizor urină, ecograf general abdominal, negatoscop, set doppler multidoppy, ecograf general abdominal, electrocardiograf cu 12 canale, monitor funcții vitale IM8B.

Aceasta menționează faptul că nu există niciun grad de similaritate între cele 23 tipuri de sisteme medicale prin natura tehnologiilor distincte pe care acestea le folosesc.

Astfel, susține că modul de compunere a lotului 2 conduce la încălcarea dispozițiilor art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să configureze obiectul lotului 2 în funcție de specificitatea/particularitățile echipamentelor ce se intenționează a fi achiziționate, acestea prezentând 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.

Susține că cel mai evident aspect în acest sens îl reprezintă faptul că, în cadrul lotului 2, autoritatea contractantă a combinat atât achiziția unor echipamente de tipul „ecografelor” cât și achiziția unor aparate de laborator de analize medicale, sisteme de chirurgie și electrocardiografe și monitoare de funcții vitale.

Astfel, autoarea contestației arată că echipamentele de tipul „ecograf” funcționează pe bază de ultrasunete și au rolul de a permite vizualizarea, în timp real, a diferitelor structuri anatomice cu ajutorul ultrasunetelor, ecografia fiind o metodă imagistică sigură, fără efecte adverse asupra structurilor examinate și care poate vizualiza orice structuri anatomice, cu limitări la nivelul plămânului, osului și creierului, din care se pot vizualiza doar anumite părți, iar, în cazul creierului, doar la vârste tinere, când suturile dintre oasele care alcătuiesc cutia craniană, nu sunt închise.

Mai arată că rezultatul datelor achiziționate cu ajutorul ecografelor, în baza principiilor de funcționare ce stau la bază sunt redate sub formă de imagine sau succesiune de imagini în timp real.

Cu privire la electrocardiograf cu 12 canale, contestatoarea arată că acesta este un dispozitiv care înregistrează grafic variațiile de potențial electric care iau naștere în timpul activității cardiace. Menționează că miocardul generează un câmp electric care se propagă până la suprafața pielii de unde câmpul electric poate fi înregistrat prin

plasarea unor electrozi în anumite puncte ale corpului uman. Graficul care rezultă din această înregistrare se numește electrocardiogramă (ECG).

Cu privire la negatoscop pentru radiologii, negatoscop, susține că este un ecran de perete, luminos, folosit pentru examinarea prin transparență a negativelor fotografice și a radiografiilor, mai precis pentru citirea filmelor radiologice și mamografie, destinate pentru utilizarea în secțiile de radiologie.

Referitor la monitorul de funcții vitale, arată că este un dispozitiv care înregistrează și afișează în timp real diferiți parametrii, iar semnalul de ieșire este redat sub formă de grafic, nu imagine.

Cu privire la aspiratorul portabil chirurgical, arată că acesta este un dispozitiv medical care se utilizează pentru aspirația lichidelor în timpul intervențiilor chirurgicale (mucus, sânge etc).

Referitor la masă chirurgicală electrohidraulică, lampă sciatică picior, masă urologică pentru endoscopie inferioară, susține că acestea nu reprezintă sisteme medicale de diagnostic sau tratament, ci reprezintă piese de mobilier special proiectate pentru utilizarea medicală.

Referitor la electrocauter, arată faptul că un cauter este alcătuit dintr-o tijă metalică prevăzută la extremitate cu un fir de platină, adus la incandescență cu ajutorul curentului electric. Susține că acesta este folosit pentru incizii și coagulări rapide.

Cu privire la turn urologie inferioară arată că este sistem de explorare a tractului urinar inferior pentru diagnostic și tratament chirurgical prin vizualizarea în timp real a țesuturilor cu ajutorul unei camere de mici dimensiuni.

Referitor la, contestatoarea menționează că este un sistem de vizualizare a anatomiei rino-faringo-laringo-traheala cu ajutorul unei camere de mici dimensiuni.

Cu privire la linie videoendoscopie digestivă cu accesorii și trusă de endoscopie digestivă intervențională și accesorii endoscopie intervențională, arată că este un sistem de explorare a sistemului gastrointestinal prin vizualizarea în timp real a țesuturilor cu ajutorul unei camere de mici dimensiuni.

Concluzionând, menționează că autoritățile contractante au obligația de a stabili obiectul loturilor într-o manieră obiectivă astfel încât să asigure posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor operatori economici.

În susținere, sunt invocate decizii ale Consiliului: Decizia nr. 248/C10/117 din 01.02.2017; Decizia nr. 2203/C3/2451 din 05.12.2019; Decizia identificată la adresa http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/B02014_2238.pdf; Decizia identificată la adresa http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2013/B02013_2223.pdf.

Nu în ultimul rând, contestatoarea subliniază că în cauză sunt aplicabile și prevederile art. 50 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, susține că este evident că gruparea tuturor acestor produse într-un lot restricționează grav participarea la procedura de atribuire și libera concurență pe piața acestor produse, fiind încălcate flagrant prevederile art. 141 și art. 50 din Legea nr. 98/2016.

În drept, sunt invocate dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea contestației ca fiind introdusă de o persoană fără calitate și lipsită de interes, iar, pe fond respingerea contestației, ca nefondată și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține că nu are calitatea de persoană vătămată sau interes în raport cu capetele de cerere formulate, iar, pe fond aspectele invocate de aceasta sunt neîntemeiate și nefondate.

Sunt invocate prevederile art. 2 din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă menționează că, prin parcurgerea întregului cadru legislativ, incident și în special, prin art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, se constată intenția legiuitorului de a promova și facilita accesul IMM-urilor la procedurile de achiziții publice, inclusiv prin prevederile privind împărțirea pe loturi a contractului de achiziție publică.

Susține că acest fapt derivă chiar din 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”*.

Arată că, prin prevederile legale referitoare la împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție publică, legiuitorul vizează dimensionarea obiectului contractelor individuale exclusiv:

- pentru a corespunde mai bine nevoilor autorității contractante;
- pentru a corespunde mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii;
- pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor;
- sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

Precizează că autoarea contestației nu critică documentația de atribuire decât exclusiv prin prisma unei presupuse încălcări a dispozițiilor art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește componența lotului, dispoziții care nu îi pot aduce atingere intereselor sale, aceasta nefăcând parte din categoria întreprinderilor mici și mijlocii, și prin urmare, nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a acestui act al autorității contractante.

Referitor la capătul de cerere subsidiar, autoritatea contractantă susține că acesta se întemeiază pe admiterea capătului de cerere principal, contestatoarea solicitând anularea lotului

Menționează că autoarea contestației nu urmărește remedierea modului de împărțire în cadrul lotului contestat, ci exclusiv anularea lotului, fapt ce nu poate servi intereselor sale legitime.

Aceasta precizează faptul că legislația în materie prevede că, în conformitate cu principiul disponibilității, anularea procedurii de atribuire intervine în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

Pe fond, autoritatea contractantă consideră solicitările contestatoarei nefondate și neîntemeiate.

Susține că, potrivit art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 pentru a putea fi considerate produse similare și incluse în cadrul aceluiași lot, este necesar ca produsele să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, în același timp, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.

Analizând produsele incluse în cadrul lotului, autoritatea contractantă constată că, deși nu sunt identice, aceste produse sunt similare din punct de vedere al utilizării lor, fiind încadrate legal în categoria dispozitive medicale, conform definiției acestora din HG nr. 54/2009.

Astfel, precizează că toate echipamentele ce fac obiectul lotului reprezintă echipamente utilizate de personal de specialitate medical în vederea realizării actului medical.

În plus, arată că aceste produse fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul echipamentelor medicale, inclusiv din gama normală de produse a contestatoarei, fapt ce demonstrează încă o dată similaritatea.

În acest sens, autoritatea contractantă anexează extrase prin care demonstrează că produsele incluse în lotul contestat fac parte din oferta curentă a contestatoarei.

Mai mult, arată că susținerea conform căreia autoritatea trebuia să rețină în modul de compunere al lotului contestat trei aspecte generale, respectiv „modul în care funcționează și scopul imediat pentru care sunt utilizate”, „specializările ce trebuie obținute de operatorii economici pentru comercializarea și instalarea acestora” și „specializările ce trebuie obținute de personalul utilizator din cadrul unităților spitalicești” reprezintă doar o opinie a contestatoarei, nefiind întemeiată sau argumentată din punct de vedere legal/tehnic.

Autoritatea contractantă menționează că încercarea contestatoarei de a lega opinia sa de prevederile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nu este justificată având în vedere Clasificarea Ocupațiilor din România (COR) și Clasificarea Activităților din Economia Națională

(CAEN) unde nu sunt identificate meserii sau specializări distincte implicate în furnizarea doar a unor produse incluse în lot, spre deosebire de restul.

Arată că invocarea faptului că utilizarea sistemelor de ecografie poate fi realizată „doar de către medici care au obținut certificatul de competență în ecografie (modul teoretic și practic)” arată că perspectiva contestatoarei este eronată în raport cu prevederile legii, stabilirea obiectului lotului pe baze calitative „în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate” fiind realizată pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor, nu pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la personalul beneficiarului/autorității contractante.

În ceea ce privește susținerea potrivit căreia este îngăduit 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", autoritatea contractantă susține că societatea contestatoare nu face referire la imposibilitatea sa de a furniza anumite produse, ci invocă un potențial interes lezat al unor potențiali operatori economici, pe care însă nu și-l însușește.

Menționează că întemeierea criticii contestatoarei pe menționarea în fișele tehnice a cabinetului în care se vor utiliza echipamentele medicale achiziționate rămâne, nefondată, arătând că inclusiv produse identice pot fi utilizate în cabinete diferite, fapt din care nu decurge că acestea ar trebui incluse în loturi distincte.

În ceea ce privește extrapolarea obligației autorității contractante de a justifica decizia de a nu împărți pe loturi, aceasta menționează că, la împărțirea pe loturi, legiuitorul reține în sarcina autorității contractante exclusiv condiția includerii informațiilor privind dimensiunea și obiectul loturilor în documentele achiziției, și nu justificarea care a stat la baza stabilirii acestora.

De asemenea, invocă Normele metodologice din 2 iunie 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește Decizia nr. 248/C10/117 din 01.02.2017, invocată de contestatoare, autoritatea contractantă consideră că, în mod corect, Consiliul a decis că, în același lot, nu se pot „cuprinde categorii diferite de produse și pe cale de consecință ar trebui să implice diferiți operatori economici, furnizori specializați pe fiecare categorie în parte”.

Referitor la Deciziile identificate la adresele http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/B02014_2938.pdf și http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2013/B02013_2223.pdf arată că acestea au la baza adoptării lor, legislație abrogată, în cadrul căreia inclusiv principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt diferite.

De asemenea, arată că în baza art. 10 lit. (f) din Legea nr. 101/2016, obligația de a motiva în fapt criticile formulate revine contestatoarei care are și obligația de a face dovada susținerilor sale și nu formularea unor critici cu caracter general care se bazează pe aprecieri pur speculative.

Autoritatea contractantă anexează dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție formulată, ... solicită respingerea contestației formulată de, ca nefondată.

Aceasta apreciază că toate produsele solicitate în lotul 2 sunt produse similare, având aceeași destinație, fără a avea utilizări speciale sau caracteristici ce nu pot fi găsite ușor în piață.

Intervenienta consideră că admiterea contestației și anularea lotului este de natură a leza interesele sale prin faptul că timpul necesar pentru anularea procedurii și reluarea acesteia reprezintă întârzieri care, în piața dinamică a echipamentelor medicale, pot genera inclusiv creșteri de preț din partea furnizorilor, ce se vor reflecta în prețurile produselor pe care intenționează să le oferteze.

Totodată, susține că însăși reluarea procedurii prin divizarea lotului va genera un volum de muncă suplimentar ce se traduce în costuri pe care societatea sa trebuie să le suporte.

În susținere sunt invocate și dispozițiile art. 141 din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, susține că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică.

Urmare a primirii punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă și a cererii de intervenție formulate de, contestatoarea a transmis concluziile scrise nr., înregistrate la Consiliu cu nr. ... solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Contestatoarea arată că își menține în totalitate criticile formulate în cadrul contestației, adăugând suplimentar următoarele precizări:

. Referitor la excepțiile procesuale ridicate de autoritatea, cu privire la contestație, privind lipsa calității de persoană vătămată și lipsa de interes în promovarea contestației, aceasta arată că nu și-a întemeiat dreptul de a contesta pe dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 ci, a făcut referire la respectivele dispoziții legale doar pentru a-și argumenta criticile.

Aceasta susține că scopul urmărit prin promovarea contestației a fost de a-și proteja propriile interese legitime care sunt lezate prin modul nelegal în care autoritatea contractantă a procedat la configurarea obiectului lotului

De asemenea, contestatoarea arată că excepția invocată de autoritatea contractantă este netemeinică prin simplul fapt că are chiar și calitatea de IMM. În acest sens, invocă dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 346/2004.

Mai menționează faptul că potrivit datelor din bilanțul contabil pentru anul 2020, a avut un număr mediu de ... de salariați, iar cifra de faceri netă a fost de lei, echivalentul a euro.

În ceea ce privește cererea de anulare a procedurii de atribuire, susține că aceasta nu poate fi de natură să califice contestația ca fiind lipsită de interes având în vedere faptul că instituția anulării procedurii este prevăzută de legislația în materia achizițiilor publice și, prin urmare, o asemenea cerere poate fi formulată de orice persoană.

Contestatoarea subliniază că cererea sa principală este de a se constata că modul în care a fost elaborată documentația de atribuire pentru lotul 2 încalcă dispozițiile legale, iar cererea de anulare a procedurii are un caracter subsidiar.

Referitor la susținerea autorității contractant potrivit căreia căruia în gama normală de produse care sunt furnizate de către se regăsesc produsele similare incluse în lotul ..., contestatoarea precizează că nu are în portofoliul de produse următoarele tipuri de echipamente solicitate a fi oferite: masă chirurgicală hidraulică, lampă sciatică cu picior; linie videoscopie digestivă cu accesoriu, turn urologie inferioară, masă urologică, pistol puncție, negatoscop, set doppler multidoppy.

2. Referitor la apărările de fond formulate de autoritatea contractantă, contestatoarea reiterează faptul că aceasta a inclus în obiectul lotului o listă de 23 de produse care nu pot fi considerate produse similare întrucât au întrebuințări total diferite; nu sunt interdependente din punct de vedere tehnic; sunt dedicate chiar unor specializări medicale diferite.

Cu privire la susținerea autorității contractante potrivit căreia produsele incluse în cadrul lotului ... reprezintă produse similare întrucât se încadrează în categoria echipamentelor medicale, contestatoarea arată că în accepțiunea Vocabularului comun privind achizițiile publice aprobat prin Regulamentul (CE) NR.213/2008 AL COMISIEI din 28 noiembrie 2007 în noțiunea de (cod CPV - 33100000-1) sunt incluse produse dintre cele mai diverse, cu întrebuințări fundamental diferite (echipamente de imagistică ecografică, instrumente dentare, consumabile medicale, mobilier medical, aparate de sterilizare).

Contestatoarea reiterează faptul că autoritatea contractantă trebuia să configureze obiectul lotului în funcție de specificitatea/particularitățile echipamentelor ce se intenționează a fi achiziționate, acestea prezentând 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.

Astfel, arată că cele mai evidente diferențe între produsele ce fac obiectul lotului sunt reprezentate de „modul în care funcționează și scopul imediat pentru care sunt utilizate”.

Aceasta susține că prin modul în care a fost configurat obiectul Lotului ..., autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 50 din Legea nr. 98/2016.

3. Referitor la cererea de intervenție transmisă de, contestatoarea solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată.

În drept, sunt invocate dispozițiile art. 21 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... a formulat cerere de intervenție prin care formulează răspuns la criticile contestatoarei. Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

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

Licitația deschisă a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare din data de, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora 15:00, valoarea estimată a contractului ce urmează a se încheia fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de, în data de, prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei.

Analizând criticile contestatoarei, Consiliul reține că aceasta este nemulțumită de modul de compunere a obiectului Lotului – În speță, Consiliul reține că are calitatea de persoană vătămată întrucât nu poate participa la procedura de atribuire astfel cum a fost configurată de către autoritatea contractantă. În aceste condiții, Consiliul constată că, în aceasta fază a procedurii de atribuire, ... îndeplinește condițiile cumulative de persoană vătămată, stipulate de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, având interes în participarea la prezenta procedură, motiv pentru care excepția invocată de autoritatea contractantă va fi respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva faptului că, pentru lotul 2, autoritatea contractantă a cuprins 23 echipamente distincte, fără a recurge la împărțirea pe loturi a acestora, Consiliul reține că lotul 2 are următoarea componență: Aspirator portabil chirurgical, ..., Masa chirurgicală electrohidraulică, Aspirator

chirurgical, Lampă sciatică cu picior, Electrocardiograf cu 12 canale, Electrocauter, Linie videoendoscopie digestivă cu accesorii și trusă de endoscopie digestivă intervențională și accesorii endoscopie intervențională, ecograf (sondă convexă și liniară), Turn urologie inferioară, Masă urologică pentru endoscopie inferioară, Ecograf cu 3 sonde (... (pistol puncție prostatică), Negatoscop pentru radiografii, electrocardiograf, Analizor automat hematologie, Analizor urină, Ecograf general abdominal, Negatoscop, Set doppler multidoppy, ecograf general abdominal, Electrocardiograf cu 12 canale, Monitor funcții vitale IM8B.

Totodată, Consiliul constată că echipamentele care compun lotul criticat au funcționalități diferite, sunt autonome și independente.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul constată că echipamentele medicale cuprinse de autoritatea contractantă în cadrul lotului 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, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă.

În acest context, Consiliul reține că echipamentele ce fac obiectul lotului ... 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 ..., 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 .. (achiziționarea celor 23 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 achizițiilor 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

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 23 echipamente, în cadrul lotului, 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 oferta toate cele 23 echipamente, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea componentei lotului .., 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.

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 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, 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.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul reține și cele precizate de Curtea de Apel București 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 ... ”.

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”.

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 București, 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, autoritatea contractantă nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele 23 tipuri de echipamente, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În aceste condiții, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, cele 23 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 aferente lotului ... și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 23 echipamente, dar, divizarea achiziției pe loturi, la acest moment, 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

Față de cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliu va admite contestația depusă de, în contradictoriu cu, și va anula procedura de atribuire pentru lotul

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația depusă de, în contradictoriu cu, și anulează procedura de atribuire pentru lotul

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

....