

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. 2027/C2/2204

Data: 10.09.2021

Prin contestația nr. 5/2444/23.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 44164/24.08.2021, formulată de SRL, cu sediul social în București, ..., înregistrată la ONRC sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin director general și convențional prin, cu sediul în București, ..., unde se solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire, pentru lotul 4, elaborată de . I, 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 „Dotarea spitalului Orășenesc Regele Carol I cu echipamente medicale pentru creșterea capacității de gestionare a crizei COVID-19”, cod CPV principal, 33100000-1 – Echipamente medicale, s-au solicitat:

„- în principal, să dispuneți obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului nr. 4 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. 4, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică documentația de atribuire aferentă

lotului 4, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Ca o primă critică, ... SRL arată că, din analiza prevederilor documentației de atribuire aferente lotului 4 al procedurii, 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, apreciind astfel că sunt încălcate grav principiile nediscriminării, proporționalității și al tratamentului egal.

A doua critică vizează faptul că autoritatea contractantă a inclus în cadrul lotului 4, șapte echipamente medicale separate cu funcționalități diferite, autonome și independente, destinate unor scopuri diferite, respectiv:

- Sistem modular de imunologie si chimie clinică;
- Analizor automat de hematologie;
- Analizor automat de coagulare;
- Analizor de urină;
- Analizor automat de electroforeza;
- Analizor automat de bacteriologie;
- RTPCR.

În opinia contestatorului, acest aspect conduce la o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție, și reprezintă un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia, cu consecința evidentă a încălcării scopului aplicării Legii nr. 98/2016, respectiv *achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială*.

În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea nelegalității documentației de atribuire pentru lotul 4 și a specificațiilor tehnice, susținând că, prin modul în care a stabilit componența lotului criticat, autoritatea contractantă încalcă atât legislația concurențială, cât și legislația în materia achizițiilor publice, afectând concurența pe piața relevantă a procedurii de achiziție publică.

Cu invocarea prevederilor art. 50, ale art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 și pe cele ale art. 141 alin. (2) din același act normativ, contestatorul arată că aceste prevederi au fost, în practică, interpretate în mod constant de către CNSC în sensul obligării autorității contractante la a respecta reguli stricte privind împărțirea achiziției pe loturi. În scop ilustrativ, se redau considerațiile Consiliului reținute în Decizia nr. 2425/C7/2653/28.12.2020 și alte decizii similare speței în cauză, în care Consiliul a reținut că gruparea echipamentelor în cadrul aceluiași lot nu poate avea în vedere considerentul locului utilizării acestora.

În cauza prezentă, după cum se arată, cele șapte echipamente solicitate de autoritatea contractantă sunt destinate unor scopuri diferite, astfel încât solicitarea lor în cadrul aceleiași lot încalcă flagrant prevederile legale în materie, întrucât echipamentele nu sunt incluse în categoria produselor similare, astfel cum aceasta este definită de lege.

Deși toate cele șapte echipamente solicitate în cadrul lotului nr. 4 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”.

În opinia contestatorului, achiziționarea separată prin loturi distincte pentru fiecare aparat medical solicitat în cadrul lotului nr. 4 al procedurii, nu ar produce nicio repercusiune asupra eficienței actului medical și activității obișnuite a spitalului, atât timp cât, din perspectiva autorității contractante, obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur operator economic, pentru o valoare considerabilă, numărul de contracte pe care aceasta le încheie fie pentru un lot global, fie pentru mai multe loturi, neprezentând nicio relevanță.

Dimpotrivă, apreciază contestatorul, 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.

Totodată, subliniază contestatorul, prin modul de grupare a aparatelor medicale într-un singur lot, fără nicio justificare obiectivă și reală pentru componența nelegală a acestuia, autoritatea contractantă a încălcat și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, 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.

În concluzie, operatorii economici interesați care nu vor oferi întreaga gamă de aparate medicale solicitate prin acest lot vor fi excluși, fie prin descurajarea de a participa la procedură, fie prin respingerea ofertelor acestora, ca neconforme.

Pentru argumentele prezentate, contestatorul solicită Consiliului să rețină că, la alcătuirea componenței lotului nr. 4 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. Prin urmare, se impune astfel restructurarea lotului, cu respectarea prevederilor legale.

În continuare, contestatorul prezintă considerații generale privind nelegalitatea specificațiilor tehnice, apreciind că acestea încalcă principiile proporționalității și nediscriminării.

Astfel, subliniază contestatorul, pentru poziția *Analizator de urină*, cerințele: *capacitate de testare de minim 400 teste/oră, să efectueze minim 400 teste/oră, să măsoare minim 14 parametri, scanarea semnalului CIS să se facă cu minim 5 lungimi de undă, să dispună de obiectiv de înaltă rezoluție 40X, cameră de înaltă rezoluție cu 4 milioane pixeli, capturarea de 800 de imagini cadru de probă, să dispună de tehnologie de diagnosticare și actualizare sistem la distanță*, au ca scop favorizarea unui anumit producător, cu consecința implicită nelegală de limitare a concurenței și excludere a producătorilor concurenți, fără vreo justificare obiectivă, raportate la nevoile sale reale.

Concluzionând, contestatorul susține că autoritatea contractantă a impus drept cerințe minime obligatorii caracteristici funcționale, constructive, ale unui anumit produs determinat de pe piață, caracteristici care nu răspund unei necesități obiective a acesteia, ci au doar efectul eliminării oricăror alte echipamente, blocând nejustificat accesul la procedură.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă a deciziei.

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

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat cu adresa nr. 8639/27.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 45196/27.08.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca fiind pur speculativă, neprobată și, în consecință, nefondată, netemeinică, precum și respingerea ei, ca fiind depusă de un operator economic lipsit de interes.

Prezentând un scurt istoric al procedurii, autoritatea contractantă susține că întreaga contestație formulată de SRL este fundamentată pe o serie de presupuneri și nu poate fi primită ca fiind suficient probată în înțelesul legii civile, invocând în acest sens lipsa de interes în formularea acesteia, întrucât nu a formulat clarificări cu privire la modul de formare a lotului 4 contestat.

În elaborarea documentației de atribuire, se precizează de către autoritatea contractantă că au fost implicate cadrele medicale și specialiști din cadrul instituției medicale și au avut ca sursă informațiile și materialele acestora provenite din schimbul de experiență cu alți specialiști din disciplina medicală profesată, congrese, simpozioane, târguri și cursuri de specialitate unde aceștia au participat dar mai ales opțiunile tehnice au fost extrase din documentațiile tehnice depuse în cadrul studiului de piață organizat de autoritatea contractantă în procesul

de elaborare a cererii de finanțare, ca act declanșator al Contractului de Finanțare nr. 584/07.06.2021.

Cu privire la opțiunea tehnică a tehnologiilor ce urmează a fi utilizată în cadrul unității spitalicești precum și modul în care a fost efectuată lotizarea, potrivit autorității contractante, aceasta reflectă exigentele tehnice ale specialiștilor și corespund indicatorilor unei investiții durabile și sustenabile, obiective esențiale în cheltuirea fondurilor publice, prin exercitarea dreptului și nu a obligației prevăzută la art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției, de a lotiza produsele bazat pe destinația echipamentelor și anume Diagnosticul In-Vitro conformitate cu Directiva 98/79/EEC al Dispozitivelor de Diagnostic In-Vitro.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă considerații generale privind modul de lotizare a procedurii, care, în opinia acesteia, sunt în măsură să justifice decizia luată, arătând că indicatorii avuți în vedere în ceea ce privește lotizarea au impact economic, social și de mediu.

De asemenea, în justificarea modului în care s-a efectuat lotizarea, s-a avut în vedere calitatea sporită atât a serviciilor de garanție, cât și a mentenanței echipamentelor, fiind scăzută frecvența intervențiilor de service ce pot perturba activitatea precum și evitarea situațiilor în care activitatea devine imposibilă datorită defectării echipamentelor.

În opinia autorității contractante, prin lotizarea și asumarea pentru întreaga secție a echipamentelor, este posibilă organizarea mult mai eficientă pentru ambele părți implicate a unui program eficient de service și o implementare corectă a garanției și post-garanției și totodată este asigurată o instruire unitară și eficientă a întregii secții la momentul instalării, inclusiv prin asigurarea compatibilității tehnice și calitative a produselor, avantaj cu puternic impact social prin îmbunătățirea actului medical.

Alegațiile contestatorului referitoare la restrângerea concurenței prin modul de lotizare, potrivit autorității contractante, nu pot fi susținute și nici nu pot fi acceptate, ținând cont de considerentele expuse ce exprimă clar exigențele investiției ce se dorește a fi efectuată, precum și cele ale Comisiei Europene, prin politicile de concurență, care nu recunoaște practicile producătorilor și furnizorilor de a acorda limite teritoriale absolute pentru anumiți distribuitori, însă identificarea unor astfel de practici nu intră în atribuția autorității contractante.

De subliniat este că echipamentele și tehnologiile invocate de contestator sunt disponibile pe piața din România, prin mai mulți distribuitori, ceea ce creează cadrul legal și competițional al derulării unei proceduri de licitație deschisă.

De asemenea, de avut în vedere este că, potrivit art. 53 din Legea nr. 98/2016, se oferă posibilitatea operatorilor economici să se asocieze

în vederea participării în cadrul procedurii cât și pentru a acoperi cerințele minimale și obligatorii ale caietului de sarcini.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază și susține că structura lotului 4 – laborator de analize medicale, criticat de contestator, s-a făcut cu respectarea prevederilor art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că tehnologiile solicitate în documentația de atribuire nu aparțin unui singur producător, acestea sunt disponibile spre comercializare din partea mai multor distribuitori, fapt care, în mod evident, demonstrează că nu este favorizat un anumit operator economic sau un anumit producător. Prin urmare, prevederea caietului de sarcini conform căreia „*Orice referire în cuprinsul prezentului caiet de sarcini prin care se indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabricație sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și NU au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. Aceste specificații vor fi considerate ca având mențiunea sau echivalent, în sensul prevederilor art. 156, alin. (3) din Legea nr. 98/2016*”, nu este formală - pentru fiecare tip de echipament propus existând minim doi distribuitori/producători.

Referitor la capătul de cerere subsidiar, privind anularea procedurii în ceea ce privește lotul 4, autoritatea contractantă solicită a fi respins, motivat de faptul că lotizarea produselor aferente lotului 4 - Laborator de analize medicale s-a făcut în conformitate cu prevederile legale incidente și cu respectarea întocmai principiilor prevăzute de legislația în vigoare privind achizițiile publice.

Pentru motivele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca fiind pur speculativă, neprobată și, în consecință, nefondată, netemeinică, precum și respingerea acesteia, ca fiind depusă de un operator economic lipsit de interes.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 5/2454/06.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 46971/07.09.2021, contestatorul răspunde punctului de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea, ca neîntemeiată, a excepției lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă și, ca nefondate și neîntemeiate, apărările formulate.

Referitor la excepția lipsei de interes în formularea contestației, ... SRL susține că interesul său este personal, născut și actual și are calitatea de persoană vătămată, întrucât forma actuală a documentației de atribuire îi creează un prejudiciu prin imposibilitatea de a participa cu ofertă în procedură.

Referitor la apărările de fond invocate de autoritatea contractantă, contestatorul le apreciază neîntemeiate, reiterând cele susținute în contestației cu privire la nelegalitatea modalității de alcătuire a lotului 4 și implicit a cerințelor caietului de sarcini.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 9030/09.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 47548/09.09.2021, autoritatea contractantă formulează un punct de vedere față de concluziile scrise transmise de contestator, susținând caracterul legal al cerințelor impuse prin documentație.

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 „Dotarea spitalului Orășenesc Regele Carol I cu echipamente medicale pentru creșterea capacității de gestionare a crizei COVID-19”, cod CPV principal, 33100000-1 – Echipamente medicale, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1033773/13.08.2021, la care a anexat documentația de atribuire.

Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la 15.09.2021, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire pentru lotul 4, consemnând cauțiunea aferentă potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Asupra excepției lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă, cu privire la care Consiliul este ținut să se pronunțe cu prioritate, în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, se reține că, în susținerea ei, SPITALUL ORĂȘENESC REGELE CAROL I nu prezintă alte argumente în afara faptului că petentul, anterior formulării contestației, nu a procedat la solicitarea de clarificări în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016.

Însă, contrar aprecierii autorității contractante, interesul în formularea unei contestații privind documentația de atribuire nu este condiționat de parcurgerea unei etape de clarificări, fiindu-i recunoscut oricărei persoane care se consideră vătămată de condițiile de participare stabilite de achizitoare.

Plecând, totuși, de la premisa indicată de autoritatea contractantă, Consiliul arată că aspectele de nelegalitate reclamate prin contestație nici nu puteau forma obiectul unor clarificări la documentația de atribuire, nefăcând referire la informații neclare care să necesite o lămurire.

În acest context, excepția invocată va fi respinsă.

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 4- Laborator analize medicale, 7 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 6 loturi, Lotul 4, denumit generic de către autoritatea contractantă Laborator analize medicale, având următoarea componență:

- Sistem modular de imunologie si chimie clinica
- Analizor automat de hematologie
- Analizor automat de coagulare
- Analizor de urina
- Analizor automat de electroforeza
- Analizor automat de bacterologie
- RTPCR.

Prin urmare, se observă, așa cum subliniază și contestatorul, că Lotul 4 – Laborator analize medicale, cuprinde 7 echipamente medicale distincte, cu funcționalități diferite, autonome și independente.

Față de structura fiecărui lot în parte, constată Consiliul că singurele justificări se regăsesc în punctul de vedere transmis la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, în esență, acestea făcând referire la indicatori de ordin economic, social și de mediu.

În soluționare, Consiliul reține relevanța următoarelor 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*

obligăția 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.

*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.

Art.42 alin.2 din Directiva 2014/24 impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctul 35).

Se constată, astfel, că legislația națională, 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.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea produselor ce urmează a fi achiziționate în mai multe loturi, este, în opinia Consiliului justificată, în condițiile în care, din perspectiva autorității contractante nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru șapte loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie, așa cum în mod corect sesizează și contestatorul, achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur

contract, cu un singur agent economic. Temerile autorității contractante referitoare la deficiențele ce pot apărea în perioada de garanție sau post garanție nu sunt suficiente pentru a justifica o restricționare a concurenței, aspectele invocate putând fi eliminate prin intermediul stabilirii unor condiții de participare la procedură adecvate.

De asemenea, reține Consiliul că 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).

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de includerea, în cadrul aceluiași lot, a unor echipamente independente, ca funcționalitate, Consiliul constată caracterul întemeiat al criticilor contestatorului.

Prin împărțirea respectivelor echipamente pe loturi distincte și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea contractantă creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Reține Consiliul că, nu doar destinația sau pretinsele dificultăți care ar putea apărea în derularea viitorului contract sunt acelea care decid 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. Or, *Sistem modular de imunologie si chimie clinica* poate fi livrat la fel de bine și în situația în care celelalte analizoare solicitate sunt livrate de alt furnizor sau viceversa.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

2009, CoNISMă (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 permită 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.*

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

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

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi distincte a celor 7 echipamente care formează obiectul lotului contestat, se constată a fi întemeiate, cele 7 echipamente având funcționalități diferite, fiind autonome și independente.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesar a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire a lotului 4,

contestat, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor solicitate în cadrul lotului 4 și al acceptării depunerii de oferte pentru fiecare echipament în parte.

Însă, ținând cont de cele învederate de Agenția pentru Agenda Digitală a României prin corespondența nr.65869/18.10.2016 și anume „(...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.”, dar și prin adresa nr.3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, potrivit cu care „Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor.”, Consiliul reține că divizarea produselor aferente lotului 4 în mai multe loturi 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, este fără echivoc faptul că adoptarea măsurilor de remediere despre care s-a făcut vorbire în cuprinsul deciziei este imposibilă, situație în care apare ca lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

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

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 4, 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 4.

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 lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă.

Admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu SPITALUL ORĂȘENESC REGELE CAROL I, în calitate de autoritate contractantă, respectiv cererea subsidiară privind anularea procedurii și anulează procedura de atribuire pentru lotul 4.

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,

.....

...