

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1308/C1/1301, 1327

Data: 17.06.2021

Prin contestația nr. 2241/27.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27599/27.05.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, prin reprezentant legal, împotriva conținutului documentației de atribuire, elaborată de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect: „Achiziția de echipamente medicale și de protecție pentru implementarea proiectului: «Dotarea Secției A.T.I. din cadrul Spitalului Orășenesc, în vederea consolidării capacității de gestionare a crizei sanitare COVID 19»”, cod CPV 33100000-1, s-a solicitat:

- constatarea că, prin modul de compunere a obiectului lotului 2, s-au încălcat dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ceea ce conduce la restricționarea accesului la procedura de atribuire a mai multor operatori economici ce activează pe piața de comercializare a echipamentelor de tipul celor care fac obiectul achiziției;

-, având în vedere modul de împărțire în cadrul lotului și republicarea acestuia, cu respectarea legislației în vigoare.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25574/18.05.2020, SC SRL, cu sediul în ... 2, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, prin reprezentant legal, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, s-a solicitat admiterea contestației:

- obligarea autorității contractante la modificarea parțială a documentației de atribuire cu privire la lotul 1 și anume împărțirea echipamentelor medicale în cincisprezece (15) loturi distincte, astfel încât documentația de atribuire să respecte principiile atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- în subsidiar, dacă modificarea parțială a documentației de atribuire nu este posibilă, anularea documentației de atribuire cu privire la lotul nr. 1 și reluarea procedurii de achiziție publică cu privire la aceste loturi, dacă va fi cazul.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 1301/2021 și nr. 1327/2021, au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul SC ... SRL, în calitate de potențial ofertant în cadrul procedurii de achiziției publice în discuție, critică modul de întocmire a documentației de atribuire pentru lotul 2 - Echipamente medicale, respectiv faptul că autoritatea contractantă a configurat defectuos obiectul acestui lot, prin includerea unor echipamente cu funcționalități și natură diferite, aspect care restrânge în mod nejustificat concurența, îngrădind 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 2, și conduce la încălcarea principiilor achizițiilor publice.

Astfel, lotul 2 conține 5 poziții care sunt, în fapt, echipamente diferite (electrocardiograf cu 12 derivații, videolaringoscop, ecograf, aparat radiologie mobil, laringoscop), între care nu există niciun grad de similaritate, prin natura tehnologiilor distincte pe care acestea le folosesc, și care necesită servicii de instalare distincte, respectiv, spre deosebire de ecograf sau aparatul de radiologie, restul sistemelor vor necesita instalare și instruire a personalului utilizator total diferite și fără nicio legătură între acestea.

De asemenea, raportat de dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul stabilește criterii clare în funcție de care autoritățile contractante au obligația de a proceda la configurarea achizițiilor prin împărțirea în mai multe loturi. Mai precis, criteriile „calitative” trebuie înțelese și aplicate prin raportare la „diversele meserii și specializări implicate”.

Așadar, contestatorul susține că, în fapt, 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.

În acest sens, cel mai evident aspect îl reprezintă faptul că, în cadrul lotului 2, autoritatea contractantă a combinat atât achiziția unor echipamente de tipul „ecografelor”, cât și achiziția unui aparat de radiologie. Spre deosebire de celelalte sisteme, utilizarea sistemelor de ecografie pentru atribuirea unui diagnostic se poate face doar de către medici care au obținut certificatul de competență în ecografie (modul teoretic și practic).

În susținere, contestatorul prezintă funcționalitățile aparatului de radiologie, electrocardiografului cu 12 derivații, laringoscopului și videolaringoscopului, precum și considerentele reținute de CNSC în: Decizia nr. 248/C10/117 din 01.02.2017, Decizia nr. 2203/C3/2451 din 05.12.2019, Deciziile identificate la adresele: http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BQ2014_2938.pdf, http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2013/BQ2013_2223.pdf, în ceea ce privește obligația autorităților contractante de a stabili obiectul loturilor într-o manieră obiectivă astfel încât să asigure posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor operatori economici.

Contestatorul subliniază 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 împărți sau nu procedura pe loturi, în literatura de specialitate europeană, reținându-se 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 Directiva 24/2014.

Este evident astfel că obligația de a justifica decizia de a nu împărți o procedură de atribuire pe loturi nu este pur formală ci reprezintă o condiție obligatorie pentru ca autoritatea contractantă să poată exercita dreptul de a organiza procedura de atribuire într-o anumită structură a loturilor sau fără împărțirea pe loturi. În acest context, este eronată o interpretare potrivit căreia aceasta ar fi obligată să justifice doar dacă împarte sau nu procedura pe loturi nu și cum realizează această împărțire, deoarece o astfel de interpretare ar lipsi de efect practic prevederile art. 46 alin. (1) teza a II-a din Directiva nr. 24/2014, respectiv art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În concret, s-ar presupune că autoritatea contractantă ar fi obligată doar să justifice împărțirea într-un anumit număr de loturi, fără a expune care sunt criteriile care au condus la respectivul număr de loturi. Or, fără a analiza în concret care este obiectul fiecărui lot și de ce s-a decis gruparea produselor din cadrul fiecărui lot, decizia de a împărți procedura pe loturi este lipsită de orice justificare obiectivă.

Astfel, cu privire la lotul 2, autoritatea contractantă nu justifică decizia de a împărți astfel lotul și confirmă practic că nu și-a îndeplinit obligația prevăzută de art. 141 din Legea nr. 98/2016 în acest sens.

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

Având în vedere că sunt mai multe tipologii distincte de aparate, respectiv o parte realizează ecografii, altele monitorizează impulsurile electrice ale cordului, altele sunt utile pentru medicina de urgență, iar aparatul de radiologie poate fi manipulat și utilizat doar cu anumite condiții specifice, deoarece utilizează radiații ionizante, contestatorul consideră că, în aplicarea art. 181 din Legea nr. 98/2018, se impune împărțirea lotului 2 în loturi diferite.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 27766/28.05.2021, SC ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207230155/1, tranzacția: 1089904434/ 1883109340 din data de 26.05.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de 26.996,19 lei.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, prin adresa nr. 2430/10.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 30264/10.06.2021, SC ... SRL depune „Concluzii scrise” precizând că își menține în totalitate criticile formulate în cadrul contestației nr. 2241/27.05.2021 iar suplimentar face următoarele precizări:

Analizând argumentele prezentate de autoritatea contractantă, SC ... SRL constată că acestea nu sunt de natură să demonstreze caracterul nefondat al criticilor sale (cum susține autoritatea contractantă), fiind extrem de generale, cu referiri inclusiv la produsele ce se doresc a fi achiziționate în cadrul lotului contestat și care, mai degrabă, privesc necesitatea achiziționării produselor iar nu raționamentul obiectiv avut în vedere atunci când s-a stabilit obiectul concret al loturilor.

De asemenea, împrejurarea că toate echipamentele ce se doresc a fi achiziționate în cadrul lotului 2 sunt destinate utilizării în cadrul secției ATI, nu poate reprezenta un argument pertinent pentru a justifica necesitatea achiziționării tuturor acestor produse într-un singur lot.

Autoritatea contractantă ar fi trebuit să observe foarte ușor faptul că, de vreme ce pentru o serie de echipamente ce fac obiectul lotului 2 este necesară obținerea unei autorizări speciale în vederea furnizării și instalării acestora, rezultă și că aceste echipamente (radiologice) presupun implicarea unor resurse cu specializări diferite decât cele implicate pentru furnizarea și instalarea celorlalte tipuri de echipamente (de ex. ecografe).

Totodată, se poate observa și că autoritatea contractantă a combinat în obiectul achiziției mai multe tipuri de aparate destinate unor specializări diferite și care vor fi utilizate de persoane specializate diferite, aspecte pe care organizatoarea procedurii ar fi trebuit să le aibă în vedere.

În susținerea criticilor sale, contestatorul prezintă și argumentul că echipamentele ce fac obiectul lotului 2 fac parte din categorii de produse diferite, conform Vocabularului comun privind achizițiile publice, aprobat prin Regulamentul nr. 213/2008, după cum urmează:

1. Electrocardiograful cu derivații este identificat prin codul CPV 33123200-0 Aparat de electrocardiografie și face parte din categoria de produse 33123000-8 Echipament de examinare cardiovasculară.

2. Ecograful este identificat prin codul CPV 33112200-0 Ecograf și face parte din categoria de produse 33112000-8 Echipament de imagistică ecografică, cu ultrasunete și Doppler.

3. Aparatul de radiologie mobil face parte din categoria de produse 33111000-1 Aparat de radiologie.

4. Videolaringoscopul și laringoscopul nu sunt identificate printr-un cod CPV dedicat, astfel că pot fi încadrate în categoria 33124000-5 Aparat și accesorii de diagnosticare și de radiodiagnosticare.

Așadar, conform legislației naționale, regula în materia achizițiilor publice o reprezintă împărțirea achiziției în mai multe loturi în funcție de criteriile stabilite de legiuitor. Prin excepție, doar în ipoteza în care o asemenea împărțire nu este în mod obiectiv posibilă, autoritatea contractantă are dreptul de a nu diviza contractul, prezentând o justificare pertinentă în acest sens. Așadar, chiar dacă autoritatea contractantă a realizat o împărțire a achiziției în mai multe loturi, nu înseamnă de principiu că a și respectat obligația stipulată de lege cu privire la structurarea achiziției în funcție de „criteriile” prevăzute de norma legală.

Contrar afirmației autorității contractante, produsele incluse în acest lot nu sunt unele similare și în niciun caz nu fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate-comercializate de operatorii economici care desfășoară activități constante în domeniul de activitate al comerțului cu echipamente medicale. Este de ordinul evidenței că operatorii economici implicați în acest domeniu nu au cum să furnizeze în mod real toate aceste tipuri de produse, activitatea lor fiind concentrată pe comerțul cu echipamente destinate anumitor specialități bine determinate.

În susținere, contestatorul evocă considerentele din Decizia nr. 2892/C5/3140 din 12.11.2018.

2. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25574/18.05.2020, SC SRL critică documentația de atribuire aferentă lotului 1, care îi îngrădește accesul la procedura de atribuire, încălcând astfel prevederile Legii nr. 98/2016, în ceea ce privește promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice.

În susținere, contestatorul arată că, potrivit caietului de sarcini ce stă la baza desfășurării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă dorește să achiziționeze într-un singur lot (lotul 1) diverse tipuri de echipamente cu funcționalități fundamental diferite și care nu prezintă similitudini de natură să-i confere acesteia dreptul de a le combina în cadrul obiectului unui lot de sine stătător.

Consideră că acest mod de structurare a achizițiilor încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, întrucât configurarea loturilor ar trebui realizată în funcție de natura produselor, acestea trebuind să fie identice sau similare și să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, în conformitate cu dispozițiile art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016. Or, analizând categoriile de produse și specificațiile tehnice incluse în configurația caietului de sarcini, se observă că acestea nu sunt similare, ci fundamental diferite, atât din punctul de vedere al naturii cât și a scopului pentru care sunt utilizate, având coduri CPV și funcționalități diferite. Autoritatea contractantă avea obligația respectării dispozițiilor art. 49 și 50 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul susține că, prin modul impropriu de structurare al obiectului achiziției, autoritatea contractantă restricționează nepermis participarea la procedura de atribuire a acelor operatori economici care au posibilitatea de a oferi doar anumite categorii de produse care satisfac necesitatea acesteia, cum este cazul SC SRL, care are în portofoliu, cu referire la obiectul lotului 1, doar monitoare funcții vitale și aparate de ventilație mecanică, fiind nevoită să achiziționeze de la concurență sau de la alți operatori economici celelalte echipamente medicale, la un preț mult mai mare decât cel care ar fi putut fi obținut în cazul în care acestea ar fi oferite direct de producătorii acestora sau de către o firmă specializată în „pachete”.

În acest sens, contestatorul evocă prevederile art. 141 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale Directivei 2014/24/CE, pct. 78, menționând că, în cadrul divizării pe loturi, pentru achizițiile de produse/servicii/lucrări similare, categoriile lotizate trebuie să fie de aceeași natură/același tip iar specificațiile tehnice să fie analoage, întrucât scopul urmărit de legiuitor este asigurarea accesului unui număr cât mai mare de operatori economici la procedura de atribuire. Așadar, pentru a asigura o concurență reală și efectivă în procedura de atribuire, legiuitorul stabilește în sarcina autorității contractante obligația de a realiza o împărțire a achiziției în mai multe loturi, prin includerea unor produse cu specificații tehnice/utilizare asemănătoare.

Dar, autoritatea contractantă nu a structurat obiectul lotului 1 într-o manieră care să asigure promovarea concurenței ci, dimpotrivă, prin includerea unor produse fundamental diferite se restricționează

accesul la procedura de atribuire sau se forțează operatorii economici să se asocieze/să obțină produsul ce nu este în portofoliul lor de la concurență, la un preț mult mai mare.

Ca exemplu, în acest sens, contestatorul prezintă cele reținute de CNSC în jurisprudența sa, respectiv: Decizia nr. 248/C10/117 din 01.02.2017 și Deciziile identificate pe site-ul CNSC cu numerele: B02014_2938.pdf, B02013_2223.pdf și B02019_10606.pdf, și anexează un exemplu cu privire la opțiunea altor autorități contractante (în speță Spital Dr.C.T.Sparchez) de a împărți obiectul achiziției în loturi multiple, grupând diferitele echipamente, potrivit scopului fiecărui tip de echipament medical în parte.

Nu în ultimul rând, contestatorul învederează că prin împărțirea pe loturi nu este limitată, în niciun fel, posibilitatea fiecărui operator economic participant la procedură de a oferi pentru toate loturile distincte ce ar rezulta în urma împărțirii lotului 1.

Mai mult, precizează că, având în vedere termenul limită de depunere a ofertelor (09.06.2021), care este foarte apropiat de cel al publicării procedurii (20.05.2021), o asociere între mai mulți operatori economici sau, după caz, obținerea de oferte competitive, de către un operator economic (de tip „packager”) de la foarte mulți producători de echipamente diverse, este în mod obiectiv imposibil de realizat.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 28758/03.06.2021, SC ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207234417/1, tranzacția: 1090465266/1883650736, din data de 28.05.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de 21.834,00 lei.

Prin adresa de înaintare nr. 10281/02.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 30433/11.06.2021, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției publice, împreună cu punctul său de vedere nr. 10191/08.06.2021 privind contestațiile formulate de SC ... SRL și SC SRL, solicitând respingerea contestațiilor ca nefondate, pentru următoarele motive:

În fapt, autoritatea contractantă a depus cererea de finanțare pentru proiectul Dotarea Secției A.T.I. din cadrul Spitalului Orășenesc, în vederea consolidării capacității de gestionare a crizei sanitare COVID 19, cod proiect 141842, prin Programul Operațional de Infrastructura Mare, cod apel: POIM/819/9/1/Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19. Obiectivul general al proiectului fiind consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 respectiv îngrijirea și tratamentul cazurilor de infecție cu virusul SAR - CoV - 2 prin dotarea secției A.T.I a Spitalului Orășenesc cu echipamente/dispozitive/aparatură medicală necesare pentru tratamentul pacienților.

Toate produsele sunt destinate dotării secției A.T.I și fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, cel al echipamentelor medicale.

La determinarea și justificarea valorii estimate, s-a ținut cont de prevederile cap. I, secțiunea a 4-a, paragraful 3 - Modul de calcul al valorii estimate a achiziției, din Legea nr. 98/2016, modificată și actualizată, și cap. II, Secțiunea a 2-a, Estimarea valorii achiziției publice și alegerea modalității de atribuire, din HG nr. 395/2016, modificată și actualizată, respectiv s-a considerat că toate produsele care fac obiectul achiziției sunt produse similare, așa cum sunt acestea definite la art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Altfel spus, autoritatea contractantă consideră că aplicabilitatea dispozițiilor art. 18 alin. (3) din Legea 98/2016 nu se verifică la stabilirea loturilor, ci la stabilirea valorii estimate a achiziției, toate produsele care se achiziționează prin acest proiect fiind similare, valoarea estimată a procedurii este valoarea cumulată a tuturor produselor.

În ceea ce privește împărțirea pe loturi a achiziției, autoritatea contractantă susține că a avut în vedere respectarea prevederilor art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, sens în care, ținând cont de specificul proiectul, a împărțit achiziția în 4 loturi distincte, respectiv:

- LOT 1 - Echipamente medicale pentru secția de anestezie și terapie intensivă: Monitor pacient multiparametru + pachet aplicații cardiace - 5 buc; Defibrilator - 2 buc; Pat ATI cu accesorii - 5 buc; Aparat ventilare mecanică - 5 buc; Aparat anestezie - 2 buc; Frigider sânge min. 110 litri - 1 buc; Infuzomat - 5 buc; Injectomat - 5 buc; Pulsoximetru - 2 buc; Ventilator portabil - 2 buc; Analizor de gaze sangvine pentru determinări ASTRUP - 1 buc; Analizor de gaze sangvine electroliți și metaboliți (Aparat ELISA) - 1 buc; CP AP - 2 buc; Concentrator O₂ - 3 buc;

- LOT 2 - Echipamente medicale de diagnosticare: Electrocardiograf cu 12 derivații - 1 buc; Videolaringoscop - 2 buc; Ecograf - 3 buc; Aparat radiologie mobil - 1 buc; Laringoscop - 3 buc;

- LOT 3 - Echipamente de sterilizare: Autoclav vertical 101 1 - 1 buc; Echipament neutralizare deșeuri (autoclav) - 2 buc;

- LOT 4 - Echipamente de protecție: Botoși impermeabili-acoperitori încălțăminte - 125 buc; Combinezon protecție agenți infecțioși - 125 buc; Dezinfectant mâini-100 buc; Dezinfectant suprafețe - 50 buc; Dezinfectant instrumentar - 50 buc; Halat chirurgical - 50 buc; Mască filtru FFP2 - 350 buc; Mască chirurgicală 3 pliuri 3 straturi - 2000 buc; Mască filtru FFP3 - 100 buc; Mască oxigen copii - 50 buc; Mască oxigen adulți - 50 buc.

De asemenea, susține că și-a manifestat dreptul de a recurge la împărțirea pe loturi a procedurii, pentru a asigura un nivel sporit de

concurență, pentru a evita riscul dependenței de un singur furnizor și pentru a se asigura că piața răspunde la nevoile autorității contractante, astfel că, înainte de a realiza efectiv împărțirea pe loturi:

- a analizat ofertele de preț primite de la furnizori pentru aceste echipamente, tocmai în ideea de a nu restricționa accesul la procedura și pentru a nu restrânge concurența.

- a analizat site-uri furnizorilor de echipamente medicale;

- a verificat încadrarea în clasificarea realizată de către ..., din punct de vedere al performanțelor și al domeniului de specialitate, conform căreia aparatura și echipamentele medicale se grupează în:

- a) dispozitive medicale pentru ATI, exemple: aparate de anestezie, aparate de ventilație pulmonară, defibrilatoare, incubatoare nou-născuți, monitoare funcții vitale, mese de terapie intensivă, unitate mobilă de aspirație, paturi terapie intensivă.

- b) dispozitive medicale pentru uz general spitalicesc, exemple: paturi electrohidraulice, sterilizatoare cu abur/aer cald, tărgi.

- c) dispozitive medicale reutilizabile pentru chirurgie, exemple: mese de operație, lămpi operație, aspiratoare chirurgicale, reflector cu picior, dispozitive pentru laparoscopie, echipamente de electrochirurgie.

- d) dispozitive medicale pentru diagnostic în vitro, exemple: analize de hematologie, biochimie, urină, electroforeză, microscop de laborator, termostate, centrifugi, coagulometre.

- e) dispozitive medicale electromecanice: diagnostic explorări funcționale - exemple: EKG, EEG, EMG, ecografie, audiometrie, dispozitive pentru endoscopie, dispozitive pentru testare efort; terapie cu aerosoli - cu ultrasunete, cu unde, cu curenți, cu microunde, cu vacuum, băi galvanice, biciclete ergonomice, magneto-terapie.

- f) dispozitive medicale pentru stomatologie - exemple: fotoliu dentar, compresor dentar, aparat detartraj etc;

- g) dispozitive medicale pentru optica și oftalmologie, exemple: frontometre, tonometre, keratometre, instrumente pentru testări oftalmologice, lămpi cu fantă.

- h) dispozitive medicale pentru imagistică medicală, exemple: RMN;

- i) dispozitive medicale pentru diagnostic și tratament cu radiații ionizate, exemple: CT, accelerator liniar, RX.

- urmare a acestei analize, a hotărât împărțirea achiziției în patru loturi: un lot pentru echipamentele de protecție a personalului, un lot pentru echipamentele care se vor folosi în tratarea bolnavilor internați la secția de ATI a spitalului, un lot pentru echipamentele care se vor folosi la diagnosticare și un lot pentru echipamentele care se vor folosi la sterilizarea deșeurilor rezultate din actul medical;

În susținere, autoritatea contractantă evocă punctul de vedere ANAP, exprimat prin speța nr. 831/23.04.2020 și Decizia CNSC publicată în BO2018_6572.

În final, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- inițial a fost publicat anunțul de participare numărul CN1028146 din 04.02.2021;

- la lotul 3 a fost depusă contestație, solicitându-se modificarea caracteristicilor tehnice ale echipamentelor, care a fost admisă, luându-se măsurile de remediere care se impuneau. Nu s-a depus nicio ofertă pentru lotul 3;

- chiar dacă pentru lotul 1 și 2 au fost depuse oferte, analizându-se decizia CNSC primită pe lotul 3, s-a considerat că se impun măsuri de remediere și pentru aceste loturi, în ceea ce privește caracteristicile tehnice solicitate. Fiind în faza de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a anulat procedura pentru cele două loturi;

- s-a reluat procedura pentru lotul 1 și 2, fiind publicat în acest sens anunțul de participare CN1031110/20.05.2021;

- lotul nr. 4 a fost deja atribuit.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect: „Achiziția de echipamente medicale și de protecție pentru implementarea proiectului: «Dotarea Secției A.T.I. din cadrul Spitalului Orășenesc, în vederea consolidării capacității de gestionare a crizei sanitare COVID 19»”, cod CPV 33100000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN1031110/20.05.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 2.441.470,29 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Analizând obiectul contestațiilor formulate împotriva documentației de atribuire, Consiliul reține că atât SC ... SRL (lotul 2) cât și SC SRL (lotul 1), critică modul nelegal de constituire a loturilor de produse din obiectul achiziției în sensul nedivizării articolelor pe loturi corespunzătoare fiecărui produs în parte, aspect care ar aduce atingere scopului Legii nr. 98/2016 de promovare a concurenței între operatorii economici și principiilor eficienței utilizării fondurilor publice, nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, motiv pentru care, Consiliul le va analiza în mod unitar, raportându-se la prevederile documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Potrivit pct. II.2.4 din Fișa de date, obiectul aferent **Lotului 1** – „Echipamente medicale pentru secția de anestezie și terapie intensivă”, este următorul:

- „- Monitor pacient multiparametru + pachet aplicații cardiace - 5 buc;
- Defibrilator - 2 buc;
- Pat ATI cu accesorii - 5 buc;

- Aparat ventilare mecanica - 5 buc;
- Aparat anestezie - 2 buc;
- Frigider sange min 110 litri - 1 buc;
- Infuzomat - 5 buc;
- Injectomat - 5 buc;
- Pulsoximetru - 2 buc;
- Ventilator portabil - 2 buc;
- Analizor de gaze sangvine pentru determinări ASTRUP - 1 buc;
- Analizor de gaze sangvine electroliți și metaboliți (Aparat ELISA) - 1 buc;
- CPAP - 2 buc;
- Concentrator O2 - 3 buc;
- Aspirator portabil (Aspirator secreții) - 2 buc",

iar,
obiectul aferent **Lotului 2** – „Echipamente medicale de diagnosticare”, este următorul:

- „- Electrocardiograf cu 12 derivații - 1 buc
- Videolaringoscop - 2 buc;
- Ecograf - 3 buc;
- Aparat radiologie mobil - 1 buc;
- Laringoscop - 3 buc”.

Analizând organizarea procedurilor de achiziție și modul de împărțire a achizițiilor pe cele 2 loturi, Consiliul reține incidența următoarele texte legale în materie:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: „*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. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate (...). (3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare; b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”;

- 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) și (2) 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”;*

- art. 17 din HG nr. 395/2016: *„(1) Autoritatea contractantă alege procedura de atribuire în funcție de următoarele aspecte: a) valoarea estimată a achiziției; b) complexitatea contractului/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit; c) îndeplinirea condițiilor specifice de aplicare a anumitor proceduri de atribuire. (2) În aplicarea art. 11 alin. (2) din Lege, autoritatea contractantă are obligația ca, la alegerea procedurii de atribuire, să se raporteze la valoarea estimată a produselor, serviciilor și lucrărilor care sunt considerate similare în condițiile de la alin. (1)”.*

Din normele legale precizate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valoarea estimată a tuturor achizițiilor cu același obiect sau destinații de utilizare identică sau similară, date în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție.

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că 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.

Prin urmare, Consiliul urmează a determina caracterul de similaritate al produselor grupate în cadrul loturilor 1 și 2, încât

respectiv grupări să respecte condițiile legale de a îndeplini, în mod cumulativ, rigori:

- de a avea utilizări identice sau similare;
- de a face parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în domeniu,

rigori care nu includ criterii de natura argumentelor invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, precum destinația comună a produselor sau satisfacerea necesității, argumente care ar putea conduce la concluzia eronată că, pentru autoritatea contractantă, ar fi benefic să introducă în cadrul unei singure proceduri de atribuire întreg programul anual de achiziții, fără a fi nici măcar divizat în loturi, încât să fie realizată o uniformizare, compatibilizare, integrare în ritmul general al unui singur antreprenor, să nu se *înregistreze „probleme de livrare sau de garanție”* cu alți furnizori etc.

Din analiza componenței loturilor 1 și 2, Consiliul reține că, în cadrul loturilor contestate au fost incluse echipamente medicale prin raportare exclusiv la destinația / activitatea care se desfășoară într-o secție de anestezie și terapie intensivă (Lotul 1) sau activitatea de diagnosticare (Lotul 2), și nicidecum prin raportare la specificitatea / particularitățile echipamentelor care urmează a se achiziționa.

Mai mult, nu se poate reține caracterul de similaritate al produselor grupate de către autoritatea contractantă în cadrul loturilor contestate în condițiile în care Regulamentul (CE) nr. 213/2008 al Comisiei din 28 noiembrie 2007 prevede coduri CPV diferite pentru aceste produse, ca de exemplu:

- Lotul 1 - 33182100-1 Defibrilator;
 - 33172100-7 Aparat anestezic;
 - 33123210-3 Sistem de monitorizare cardiacă.
- Lotul 2 - 33112200-0 Ecograf;
 - 33111000-1 Aparat de radiologie;
 - 33123200-0 Aparat de electrocardiograf .

Astfel, de exemplu (lotul1) dacă echipamentul *„defibrilator”* are ca principiu de funcționare aplicarea unui șoc electric și are rolul de a reabilita cordul din fibrilație ventriculară, asistolă sau tahicardia ventriculară, ajutând astfel la restabilirea unui ritm cardiac normal, *„sistemul de monitorizare cardiacă”* de funcții vitale sunt dispozitive care permit stabilirea/obținerea și monitorizarea unor parametri vitali.

Situația este similară și în cazul echipamentelor din cadrul lotului 2, de exemplu dacă *„Ecograful”* este un dispozitiv medical cu ajutorul căruia se pot examina organele interne, în baza imaginilor furnizate, acesta bazându-se pe reflexii ale undelor sonore la nivelul unor interfețe, un computer primește aceste ultrasunete și le folosește pentru a crea imagini, *„Laringoscopul”* este un instrument format dintr-o oglindă

montată la capătul unei tije, cu ajutorul căruia se examinează cavitatea laringelui.

Prin urmare, din analiza componenței loturilor 1 și 2 care face obiectul prezentelor contestații, Consiliul reține că, deși echipamentele solicitate sunt destinate pentru desfășurarea aceleiași activități, respectiv: secție de anestezie și terapie intensivă (Lotul 1) sau activitatea de diagnosticare (Lotul 2), ele sunt produse de sine stătătoare, independente unul de altul, cu utilizări diferite, care nu sunt interconectate în vederea funcționării, putând funcționa independent unele față de altele. Este lipsit de relevanță faptul că echipamentele vor fi instalate într-un spațiu comun al aceluiași departament, acesta neputând constitui un argument pentru includerea lor în cadrul aceluiași lot, câtă vreme aceste echipamente nu sunt interdependente, iar funcționarea unuia nu depinde și nu afectează funcționarea niciunuia dintre celelalte trei.

În consecință, justificările autorității contractante de includere a mai multor tipuri de produse/echipamente în cadrul unui singur lot pe considerentul „*loc de utilizare*” nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele/echipamentele incluse în cadrul unui lot trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate proiectului de Uniunea Europeană (Programul Operațional Infrastructura-POIM).

Desigur că, împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 mai sus iterate, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Consiliul nu poate reține nici susținerile autorității contractante referitoare la faptul că societatea contestatoare poate să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici sau să subcontracteze deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, conform căruia subcontractant este *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București în **Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. 8396/2/2018**, respectiv: *„Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei”*.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestațiile formulate de SC ... SRL și SC SRL în contradictoriu cu și să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestațiile formulate de SC ... SRL și SC SRL în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini