



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

**În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. ... / ...**

**Data: ...**

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către SC ... SRL, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... județul ... în cadrul procedurii de licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică privind atribuirea acordului - cadru de furnizare reactivi, loturile 15, 25 și 42 cod CPV 33696000-5, s-a solicitat anularea procedurii de achiziție, cu referire strictă la loturile nr. 15, 25 și 42.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

## **DECIDE**

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

## **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă indicată mai sus, organizată de ..., critică opțiunea autorității contractante de a licita „la pachet” mai multe produse în cadrul loturilor contestate, în lipsa unui element unificator care să justifice o astfel de opțiune.

Astfel, contestatoarea critică prevederile documentației de atribuire, care sunt de natură a restrânge în mod artificial concurența, permițând accesul la contracte de furnizare finanțate din fonduri bugetare sau asimilate acestora, numai unor operatori economici și îngrădind accesul la procedură altor operatori economici, nesocotind, astfel, prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În fapt, contestatoarea menționează că autoritatea comasează în cadrul acestor loturi, produse fără legătură necesară între ele, atât din punct de vedere comercial cât și funcțional, realizând astfel pachete de produse într-o configurație arbitrar stabilită de autoritate și nemotivată din perspectiva constrângerilor rezonabile ale autorității sau a obiectivelor vizate de aceasta prin încheierea unui acord-cadru de furnizare reactivi. Prevederile documentației de atribuire relative la aceste loturi sunt elocvente pentru modul în care autoritatea stabilește aceste „pachete de produse”, accesibile numai acelor operatori economici care, întâmplător sau nu comercializează toate aceste produse, deși nicio constrângere de ordin tehnic sau legal nu impune astfel de configurații de comercializare: Lot nr. 15 denumire: Linia ELISA – analizor imunologie. Clasificare CPV - 33696000-5 Reactivi și produse de contrast. Cantitatea și domeniul. Cantitatea min. = 2; cantitate max. = 28. Valoarea estimată fără TVA 25.620,00 RON.

Autoritatea contractantă, prin intermediul comunicării nr. 32.021/11.09.2014, postată în SEAP ca răspuns la o solicitare de clarificare formulată de către un operator economic, precizează: „*Trusele solicitate în cadru lotului 15 se lucrează pe analizorul semiautomat imunologie - linia ELISA*”.

Astfel, contestatoarea afirmă că autoritatea impune livrarea de produse (truse) în anumite seturi, apreciind că împrejurarea utilizării acestor truse pe același analizor ar implica furnizarea în pachet a tuturor acestor truse, deși acestea sunt constructiv și funcțional diferite între ele, iar utilizarea fiecăreia dintre aceste truse nu este legată în niciun fel de utilizarea celorlalte truse din cadrul lotului. Trusele din cadrul lotului nr. 15 nu sunt interdependente (rezultatele obținute nu depind unul de altul), fiind destinate testării unor parametri diferiți, cu consecința lipsei oricărei rațiuni, alta decât comoditatea redactorului documentației, pentru comasarea acestora în cadrul acestui lot. De vreme ce niciun fel de rațiuni ce țin de caracteristicile intrinseci ale produselor de livrat, de modul lor de exploatare sau de maniera lor de comercializare nu impun constrângerea achiziționării la pachet, rezultă cu evidență că opțiunea autorității de a solicita prin documentație o astfel de configurație

particulară de produse este rezultatul exclusiv al arbitrariului și nu a vreunor constrângeri legitime și rezonabile, conduită care are însă consecința restrângerii artificiale a concurenței la acei operatori economici care se întâmplă să comercializeze exact acea configurație de produse, excluzând operatorii economici care, deși pot avea un comerț semnificativ cu astfel de produse, se poate întâmpla să nu livreze, date fiind politicile lor de piața, unul sau mai multe dintre produsele artificial comasate.

Mai mult, analizorul semiautomat nu creează obligativitatea participării cu reactivi Elisa de la un anumit producător, care să aibă caracteristici tehnice compatibile cu aparatul, astfel că orice trusă Elisa care respectă normele CE este compatibilă cu aparatul și poate fi acceptată.

Lot nr. 25 denumire: Metode manuale laborator microbiologie. Descriere succintă: Metode manuale laborator microbiologie. Clasificare CPV – 33696000-5 Reactivi și produse de contrast. Cantitatea și domeniul. Cantitatea min. = 2, cantitatea max. = 2000. Valoarea estimată fără TVA: 350.176,86 RON.

Contestatoarea susține că reactivii a căror furnizare se urmărește prin licitarea acestui lot sunt reactivi diferiți. Deși aparțin aceluiași domeniu de testare (microbiologie), fiecare produs din cadrul lotului poate fi oferat separat, fiind destinat pentru efectuarea de testări diferite, fără ca vreo împrejurare de ordin tehnic sau legal să poată motiva comasarea acestora în același lot. Utilizarea acestor reactivi se face prin "metode manuale" de testare, astfel cum rezultă chiar din cadrul documentației, ceea ce implică faptul că nu există un aparat care să creeze o dependență de un anumit tip de reactivi cu specificații tehnice unice, dependența care, în mod singular, ar fi justificat această artificială comasare de produse.

În concluzie, singurul element de unitate al acestor produse a căror furnizare autoritatea o solicită comasat rezidă în faptul că urmează a fi utilizate în cadrul aceluiași laborator, însă acest motiv ce ține exclusiv de comoditatea celor însărcinați cu achizițiile publice în cadrul autorității contractante nu poate constitui fundamentul restrângerii concurenței și discriminării operatorilor economici ce activează în domeniu funcție nu de capacitatea lor de livrare a produselor farmaceutice, în general, ci de opțiunea operatorilor economici pentru o configurație anumită a produselor pe care urmează a le comercializa în cadrul comerțului lor.

În fapt, prin acest mod de redactare a documentației autoritatea stabilește că intenționează să intre în raporturi juridice numai cu operatorii economici a căror configurație de produse comercializate, atributul exclusiv al conducerii executive a acestor companii și nu al autorității, se întâmplă să fie cu fidelitate același ca cel preferat de autoritatea contractantă.

Lot nr. 42 denumire: Reactivi virusologie PN de Transplant de Celule Stem Hematopoetice Periferice și Centrale. Descriere succintă: Reactivi virusologie PN de Transplant de Celule Stem Hematopoetice Periferice și Centrale. Clasificare CPV – 33696000-5 Reactivi și produse

de contrast. Cantitatea și domeniul. Cantitatea min. = 8, cantitatea max. = 24. Valoarea estimată fără TVA: 151.200,00 RON.

Contestatoarea afirmă că reactivii sunt diferiți și urmează a fi utilizați în cadrul unor proceduri medicale diferite, vizând finalități diferite (analize), cu consecința ca orice comasare a acestor reactivi (nume generic care însă indică produse diferite, funcție de scopul vizat de analiza care utilizează un anumit reactiv) valorează comasarea unor produse diferite, nedependente în utilizare, necondiționate de niciun fel de proces tehnologic de exploatare care să poată justifica sau să impună o utilizare comună a acestor produse.

Faptul că autoritatea a decis organizarea acestei proceduri în scopul încheierii unui acord cadru cu un singur operator nu poate constitui fundamentul juridic al distorsionării concurenței prin accesul la procedură numai a operatorilor care au capacitatea de a livra această arbitrară configurație de produse. Nu suntem în prezența unei limitări impuse de lege, de realitățile pieței sau de constrângerile obiective ale autorității contractante, ci în situația unei alegeri eronate a procedurii de către aceeași autoritate, cu consecința ca orice eventuală apărare a autorității bazată pe constrângerile inerente procedurii valorează invocarea propriei culpe în alegerea procedurii, atribut suveran al autorității, conduită prohibită de principiul de drept de generală aplicabilitate potrivit căruia *nemo propriam turpitudinem allegans*.

Formarea unor pachete de produse trebuie justificată prin caracteristici intrinseci ale produselor sau prin constrângeri legate de utilizarea lor și, în nicio ipoteză de lucru, nu poate fi justificată nici prin constrângerile procedurii de achiziție selectate chiar de autoritate, nici prin faptul că vor fi utilizate în cadrul aceluiași laborator și cu atât mai puțin prin rațiuni de comoditate.

Respectarea în activitatea de achiziții publice a principiilor statuate de legiuitor prin prevederile art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, are ca finalitate urmărită, garantarea unui mediu concurențial onest, a unei reacții rezonabile și proporționate a autorității contractante, cu consecința directă a încheierii contractelor de achiziție publică în cele mai bune condiții de preț și termen pe care instituția publică le poate obține prin respectiva procedură.

Orice nesocotire a oricăruia dintre aceste principii are consecințe directe și inevitabile în privința dezideratului urmărit de legiuitor prin preluarea în legislația națională, cu referire aici la OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, a Directivelor Europene nr. nr. 2004/18/CE și 2004/17/CE, în sensul lipsei certitudinii obținerii de către autoritatea contractantă a celor mai bune condiții disponibile pe piață, urmare a concursului loial dintre operatorii economici.

Așa fiind, respectarea nu numai a textelor de lege expres statuate de legiuitor, dar și a principiilor ce constituie fundamentul activității de achiziții publice, reprezintă obligații legale ale autorităților contractante, încălcarea lor valorând juridic potențiala compromitere a finalității urmărite de legiuitor, cu urmarea directă a angajării răspunderii

persoanelor ce se fac vinovate de tulburarea mediului concurențial sau de iresponsabilă administrare a fondurilor publice.

Includerea în documentația de atribuire, cu titlu de obiect derivat al procedurii de achiziție publică și a viitorului contract de furnizare, a unor produse care nu se subsumează unui obiectiv unitar al autorității contractante, care nu au o rațiune intrinsecă de a fi achiziționate împreună („la pachet”), alta decât decizia arbitrară a autorității contractante, constituie o flagrantă încălcare a acestor principii.

Contestatoarea face precizarea că organizarea unor proceduri de achiziție cu obiect complex nu constituie, în sine, o încălcare a principiilor și normelor legale incidente în materia achizițiilor publice, în măsura în care decizia licitării „la pachet” este justificată prin constrângeri obiective ale autorității contractante, generate de o unitate de scop (cu titlu de exemplu, nu este ilegală contractarea serviciilor de punere în operă sau de montare și punere în funcțiune a bunurilor achiziționate prin aceeași procedură; în acest exemplu, legătură de scop a contractului de servicii și al celui de furnizare este evidentă).

Astfel, nevoia autorității contractante de dobândire a unui obiectiv cu funcționalitate sau destinație unitară legitimează licitarea împreună a mai multor componente, tocmai datorită existenței acestui element unificator obiectiv: funcționalitatea sau destinația comună (elementele disparate sunt reunite într-un tot funcțional care se licitează „la pachet”, dată fiind interdependența de utilizare a acestor elemente și inutilitatea dobândirii lor separate). Este însă ilegală comasarea arbitrară a unor produse în cadrul aceleiași proceduri, funcție de alegerile subiective sau interesate ale funcționarului public responsabil.

Atunci însă când comasarea unor bunuri într-o singură procedură de achiziții nu este în niciun fel justificată de autoritate sau este urmarea unei comodități a persoanelor responsabile de realizarea documentațiilor de atribuire suntem în prezența unei grave încălcări a principiilor incidente achizițiilor publice.

Din perspectiva achizițiilor publice este irelevant dacă această comasare survine ca urmare a interesului vreunui angajat al autorității contractante de a favoriza un anumit furnizor (conceperea pachetului de așa manieră încât anumiți furnizori să fie avantajați, iar altora să li se îngreuească participarea la procedură) sau ca urmare a simplei comodități sau necunoașteri a legii, dat fiind că urmările acestei maniere de licitare sunt aceleași: încălcarea tuturor principiilor incidente achizițiilor publice, însoțită de prejudicierea directă a bugetului autorității contractante și afectarea gravă a mediului concurențial.

Deși potrivit prevederilor art. 17 din OUG nr. 34/2006 „autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire”, autoritatea contractantă ... prin modul de stabilire a obiectului derivat al celor trei loturi contestate, încalcă toate aceste principii.

- Principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal.

Includerea în documentația de atribuire a unor combinații particulare de produse, intenționată sau nu, conduce în mod ineluctabil la favorizarea unor furnizori și defavorizarea altora, dat fiind că, în raport de combinația de produse stabilită arbitrar de autoritate, vor putea participa la procedura de achiziție numai acei ofertanți care, potrivit comerțului lor, au în stoc/producție/ofertă respectiva combinație de produse.

Devine astfel evident că printr-un demers al autorității contractante, modul de elaborare a documentației de atribuire, accesul nediscriminatoriu la procedură a tuturor operatorilor economici interesați și tratamentul egal al acestora este iremediabil afectat.

În fapt, autoritatea contractantă, elaborând în această manieră o documentație de atribuire, stabilește că accesul operatorilor economici la contracte finanțate din fonduri publice este permis numai în măsura în care aria de activitate a operatorului economic respectiv se suprapune în mod fidel selecției arbitrare de produse operată de autoritate.

Pe cale de consecință a celor mai sus expuse este evident că producătorii/importatorii a căror arie de produse comercializate este mai redusă decât cea vizată de autoritate, vor fi activ discriminați prin această manieră de elaborare a documentațiilor de atribuire și vor fi subiectul unui tratament inegal, prin raportare la situația operatorilor economici a căror gamă de produse se întâmplă să corespundă perfect alegerii subiective operate de autoritatea contractantă.

Funcționarul responsabil cu elaborarea documentației de atribuire, cunoscând prevederile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „Specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”, are obligația de a lua măsurile care se impun pentru ca suma produselor ce urmează a fi achiziționate să nu conducă la o restrângere artificială a concurenței prin împiedicarea participării la procedură a unor operatori economici interesați, ceea ce însă în prezenta procedură nu s-a întâmplat.

- Principiul transparenței. Atunci când constrângerile autorității contractante impun licitarea „la pachet” a mai multor produse independente între ele, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să justifice cu claritate motivele obiective pentru care comasarea bunurilor ce fac obiectul procedurii de achiziție se impune. Pregătirea unor liste de produse ce urmează a fi achiziționate, fără redactarea unei note justificative privind motivele ce justifică licitarea „la pachet” a unor

produse care ar putea fi, la fel de bine, achiziționate independent unele de altele, constituie o violare manifestă a principiului transparenței.

Faptul că legislația națională nu cuprinde o prevedere expresă privind obligativitatea redactării unei astfel de note justificative înainte de elaborarea documentației de atribuire are două motive:

- Licitarea „la pachet” nu constituie una dintre manierele de licitare dezirabile, prevăzute de lege, astfel că legiuitorul nu a procedat la statuarea condițiilor în care astfel de proceduri, cu caracter excepțional, se vor organiza;

- Licitarea „la pachet”, atunci când este urmarea unei constrângeri obiective a autorității contractante și nu a interesului subiectiv al unui funcționar, este operată în acord cu legea, așadar în acord cu principiile incidente achizițiilor publice, astfel cum art. 2 alin. (1) din HG nr. 925/2006 dispune. În aceste situații observarea acestor principii implică justificarea expresă a deciziei de comasare, în caz contrar comasarea rămânând o derogare de la maniera dezirabilă și comună de ofertare, în niciun fel justificată prin perspectiva legii speciale, așadar aprobată de conducătorul autorității contractante fără explicarea motivelor pentru care comasarea de produse este necesară, legală și dezirabilă.

- Principiul utilizării eficiente a fondurilor publice. În mod evident, încălcarea principiilor tratamentului egal și a nediscriminării conduce ineluctabil la vicierea concurenței, prin restrângerea artificială a acesteia. Numai anumiți operatori economici vor putea depune o ofertă pentru aceste loturi în timp ce alți operatori vor fi împiedicați să participe la procedură deși, la limită, ar putea ofera, potrivit comerțului lor, 99% din produsele artificiale cumulate de autoritate în aceeași procedură, îngustarea artificială a concurenței, în sensul existenței pe piață a unui număr satisfăcător de actori pentru a asigura o concurență reală, însă o parte din aceștia sunt împiedicați să participe la proceduri ca urmare a conduitei ilegale a autorităților contractante, generează receptarea de către autoritate a unui număr mai mic de oferte.

În aceste condiții, de diminuare semnificativă a concurenței dintre operatorii economici, ofertele receptate de către autoritate vor conține, în mod previzibil și chiar verificabil, condiții de preț și execuție mai puțin avantajoase autorității contractante. Este de notorietate și superfluu a mai fi argumentat că precondiția obținerii celor mai bune condiții existente pe piață implică încurajarea activă a concurenței loiale dintre operatorii economici și nu îngrădirea accesului unora la procedurile de achiziție publică.

În final, contestatoarea susține că, maniera de licitare „la pachet” nu poate conduce decât la o nesocotire a principiului utilizării eficiente a fondurilor publice întrucât îngustarea concurenței are consecința inevitabilă a angajării unor fonduri bugetare suplimentare pentru executarea respectivului contract de achiziție publică.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației precum și punctul său de vedere nr. 33484/23.09.2014, înregistrat la Consiliu cu nr. 27703/23.09.2014, în care solicită respingerea contestației și emiterea unei decizii în sensul

continuării procedurii de achiziție publică în temeiul art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă consideră contestația ca fiind nefondată pentru următoarele motive:

În conformitate cu prevederile art. 142 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă a ales încheierea acordului-cadru pe o perioadă de 24 luni, cu un singur operator economic, conform art. 147 din OUG nr. 34/2006 prin aplicarea procedurii de licitație deschisă, având la bază următoarele:

- Necesitatea asigurării necesarului de reactivi utilizați în secțiile din cadrul ... în urma centralizării acestora pe loturi distincte de către conducătorii/șefii de secție/medici specialiști;

- Prevederile art. 23 din OUG nr. 34/2006, respectiv autoritatea contractantă a luat în considerare în determinarea valorii estimate și alegerea procedurii de atribuire prin încadrarea produselor (reactivi utilizați în laboratoarele autorității contractante) în aceeași grupă/cod CPV 33696000-5 Reactivi și produse de contrast, fără a diviza atribuirea în mai multe contracte distincte;

- Regulile de estimare a valorii contractului de achiziție publică prevăzute la cap. 2, Secțiunea a 2-a din OUG nr. 34/2006, rezultând valoarea estimată pentru cantitatea maximă de 44.396.007,03 lei.

- Ținând cont de valoarea estimată, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare în SEAP și în JOUE conform art. 55 din OUG nr. 34/2006,

- Conform cap. II.1.8) Împărțire pe loturi din anunțul de participare nr. ... atribuirea se face pe unul sau mai multe loturi.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă precizează că a respectat întru-totul cadrul legislativ al achizițiilor publice, concluzia conform căreia s-a făcut o alegere eronată a procedurii fiind absurdă și voit tendențioasă.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că în situația în care contestatoarea avea nelămuriri cu privire la unele aspecte din cuprinsul documentației de atribuire, aceasta ar fi putut să-și exercite dreptul conferit de art. 78 din OUG nr. 34/2006 și să solicite clarificări, la care s-ar fi răspuns în termenul legal și s-ar fi furnizat toate detaliile necesare în vederea elucidării acestora.

În deplină conformitate cu prevederile art. 35 din OUG nr. 34/2006, ... în calitate de autoritate contractantă, a prevăzut în cadrul documentației de atribuire specificații tehnice alcătuite astfel încât să permită fiecărui produs să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante, respectând prevederile legislației în materie de achiziții publice.

Având în vedere cele precizate anterior corelat cu dispozițiile art. 35 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și în baza principiului asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. g) din același act normativ, autoritatea contractantă susține că are dreptul și este în măsură să aprecieze necesitățile sale, raportat la specificul activității pe care o desfășoară.



De asemenea, autoritatea contractantă învederează următoarele:

- referitor la Lotul 15 Linia Elisa - analizor imunologie, trusele de reactivi pentru diversele determinări prin metoda Elisa au fost grupate în același lot, deoarece sunt reactivi destinați aceluiași analizor numit Linia Elisa.
- referitor la Lotul 25 Metode manuale laborator microbiologie, reactivii pentru metodele manuale de bacteriologie au fost grupați la categoria Metode manuale laborator microbiologie, deoarece fac parte din aceeași categorie de metode – metode manuale de microbiologie.
- referitor la Lotul 42 Reactivi virusologie PN de Transplant de celule stem hepatopoetice periferice și centrale, acești reactivi au fost grupați într-un singur lot, deoarece toți au ca scop testarea virusologică (HBs, HCV, HIV, Sifilis, CMV-IgM și IgG) a potențialilor donori de măduvă, utilizând o linie Elisa clasică.

În final, autoritatea contractantă precizează că întreaga argumentație a contestatoarei este menită în mod nefundamentat să susțină concluzia anulării procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 6653/25.09.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 27893/25.09.2014, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante în care menționează că susținerile autorității contractante sunt lipsite totalmente de orice minimă legătură cu conținutul contestației, încercând a da aparența furnizării unui răspuns pertinent în condițiile în care pare să aibă ca scop tocmai evitarea furnizării unor explicații temeinice față de criticile privind încălcarea tuturor principiilor incidente achizițiilor publice.

Contestatoarea susține că criticile sale nu au vizat nici măcar tangențial modul de determinare a valorii estimate, ci au vizat încălcarea de către autoritate a principiilor transparenței, tratamentului egal etc. Așadar, autoritatea nu răspunde punctual acestor critici, însă afirmă că a respectat prevederile legale privind estimarea valorii, după care concluzionează în sensul respectării în tot a „cadrelui legislativ al achizițiilor publice”.

Referitor la afirmația autorității contractante potrivit căreia contestația este întemeiată pe răspunsul său la o solicitare de clarificare, contestatoarea afirmă că o astfel de afirmație ridică, în mod rezonabil, problema exercitării cu bună credință de către autoritate a drepturilor procesuale, întrucât, pe de o parte, contestația este întemeiată pe conținutul documentației de atribuire, pe care îl și atacă, făcând referire tangențială la această clarificare, și, pe de altă parte, însăși eventuala întemeiere a unei contestații pe un răspuns la clarificare nu poate în sine valora „caracterul tendențios și neîntemeiat” al unei critici.

Contestatoarea apreciază că această formulare, ilustrând cu evidență o sincopă de logică între premisa (întemeierea contestației pe o clarificare, fapt neadeverat și perfect legal chiar în cazul în care ar fi fost real) și concluzii, a fost inserată neglijent de către autoritatea contractantă nu în scopul furnizării vreunei credibile argumentații, ci în scopul nepermis al culpabilizării contestatorului, veșnic dușman al autorității contractante, insistând exagerat pentru aplicarea și respectarea legii. În activitatea de achiziții o astfel de practică nu poate

fi decât cenzurată de către organul administrativ-jurisdicțional, în scopul eradicării, autoritățile contractante trebuind să înțeleagă că respectarea legii nu este un scop singular al ofertanților, ci scopul comun al tuturor actorilor procesului de achiziție publică, deci și al autorităților contractante și nu numai al ofertanților și organelor de control.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia, dacă SC ... SRL ar fi avut "nelămuriri cu privire la unele aspecte din conținutul documentației de atribuire", ar fi putut solicita clarificări, nefiind necesară contestarea documentației, contestatoarea afirmă că nu are niciun fel de nelămuriri privind conținutul documentației, astfel că niciun fel de solicitare de clarificare nu ar fi putut fi formulată.

Mai mult, impunerea prin documentație a licitării „la pachet” nu este o chestiune care poate fi soluționată printr-un răspuns la o solicitare de clarificare. Această manieră de comasare de produse în cadrul aceluiași lot nu poate fi cenzurată decât prin anularea procedurii și nu prin vreun răspuns al autorității la o solicitare de clarificare, oricare ar fi conținutul solicitării sau al răspunsului. Încălcarea principiilor achizițiilor publice, cu consecința îngustării artificiale și ilegale a concurenței, izvorăște din chiar prevederile documentației de atribuire, de o manieră care împiedică promovarea de către autoritate a oricăror măsuri corective, astfel că achiesarea la lege nu poate fi făcută decât prin anularea procedurii de achiziție în ceea ce privește loturile vizate.

De asemenea, contestatoarea afirmă că nu a pus în discuție în cadrul contestației dreptul autorității contractante de a-și determina necesitățile, ci modul în care autoritatea contractantă își satisface necesitățile identificate, dat fiind că odată determinate, aceste necesități vor fi procurate prin organizarea unor proceduri de achiziții în cadrul cărora autoritatea are obligații legale de respectat.

Așa fiind, faptul că autoritatea își determină liber necesitățile nu implică în nicio manieră de interpretare că satisfacerea acestor necesități prin intermediul procedurilor de achiziții este la fel de liberă, autoritatea putând organiza proceduri fără nicio constrângere de ordin legal.

În cadrul acestei spețe, autoritatea a determinat necesități și tinde la satisfacerea lor într-o manieră venind în vădit conflict cu legea întrucât comasarea produselor fără legătură intrinsecă între ele în cadrul aceluiași lot conduce în mod ineluctabil și de necontestat la îngustarea concurenței și accesul la procedură numai a operatorilor al căror comerț se întâmplă să se potrivească perfect cu modul arbitrar în care autoritatea a realizat aceste liste de produse comasate. Rezultă din cele de mai sus că apărările autorității vizează din nou aspecte care nu au fost ridicate în contestație - dreptul autorității de a-și determina necesitățile - evitând însă să răspundă la chestiunea contestată, respectiv modul ilegal de satisfacere a acestor necesități, prin organizarea unei proceduri care derogă nepermis de la prevederi legale și principii de generală aplicare în materia achizițiilor publice.

Referitor la critica privind comasarea de produse diferite și lipsite de legătură intrinsecă între ele, în cadrul aceluiași lot, contestatoarea susține că autoritatea contractantă admite faptul că gruparea de

produse în cadrul Lotului 15 are ca motivație faptul că se urmărește achiziționarea de "reactivi destinați aceluiași analizor numit Linia Elisa".

Deci, autoritatea determină necesitatea procurării mai multor tipuri de reactivi, fără legătură intrinsecă între ei, care însă urmează a fi utilizați pe același aparat. În viziunea autorității, odată determinată necesitatea și dat fiind că aceste produse, diferite între ele și lipsite de orice interconținere, urmează a fi utilizate pe același dispozitiv, justifică comasarea lor în cadrul aceluiași lot.

Legătura dintre aceste produse, astfel cum chiar autoritatea admite în cadrul punctului său de vedere, nu este una ce ține de caracteristici intrinseci ale produselor, ci de modul ulterior de utilizare, prin exploatarea aceluiași aparat. Însă, aceste produse sunt perfect independente, iar legătura dintre ele este astfel în mod vădit una subiectivă, lipsită de orice legătură cu produsele de livrat în sine. Astfel de comasări al căror temei rezidă în modul de utilizare ulterioară a produselor, funcție de circumstanțe subiective ale autorității (aparatură) și nu de circumstanțe obiective ale produselor ce fac obiectul procedurii conduce în mod evident la restricționarea accesului la procedură numai a acelor operatori economici care se întâmplă să aibă un comerț destul de larg încât să comercializeze toate produsele comasate de autoritate într-un singur lot.

De asemenea, contestația susține că lotul 25 cuprinde produse comasate întrucât, astfel cum explică autoritatea, toate produsele fac parte din categoria celor care vor fi utilizate prin „*metode manuale de microbiologie*”. Din nou, în concepția autorității primează modul ulterior de utilizare și nu caracteristicile intrinseci și obiective ale produselor.

Comasarea produselor în cadrul Lotului 42 are ca temei, din nou, faptul că scopul urmărit de autoritate prin procurarea mai multor reactivi este unul unitar, testarea virusologică. În acest mod, numai pentru faptul că mai mulți reactivi, diferiți între ei, au o finalitate asemănătoare - realizarea unor teste virusologice - se apreciază de către autoritate că se poate proceda și la o comasare comercială.

În cadrul procedurilor de achiziții, spre deosebire de procedurile medicale, gruparea produselor nu poate fi dezirabil făcută pe criterii categoricale medicale (finalitatea medicală a tuturor acestor teste este realizarea de teste virusologice), ci pe criterii exclusiv comerciale. Nu importă în cadrul procedurii de achiziții în ce fel pot fi grupați acești reactivi din punct de vedere medical, în ce grupe și ce categorii, ci importă în mod exclusiv dacă, din punct de vedere strict comercial, realizarea acestor pachete de produse conduce sau nu la îngustarea artificială a concurenței, caz în care încălcarea principiilor tratamentului egal și al eficienței utilizării a fondurilor publice este evidentă.

Nu are nicio relevanță faptul că din punct de vedere medical, științific, anumite produse pot fi încadrate în anumite grupe, categorii, clase, întrucât suntem în prezența unei proceduri de achiziție publică, în cadrul căreia gruparea produselor se face din altă perspectivă decât cea medicală și este permisă numai cu respectarea principiilor achizițiilor publice, încălcate în această procedură.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă încearcă, conștient sau nu, să profite de faptul că nesocotirea legii este mai puțin evidentă în acest caz, dată fiind natura produselor de achiziționat, cu referire la caracteristicile și modul de utilizare al acestora.

Se mai arată că, dacă utilizăm argumentul autorității contractante pentru comasare, utilizarea produselor de achiziționat pe același aparat, în cadrul unei proceduri ipotetice, având ca obiect derivat alt tip de produse, încălcarea flagrantă a legii devine evidentă. Astfel, dacă în locul reactivilor care urmează a fi utilizați de un același analizor, imaginăm o procedură de achiziții vizând procurarea consumabilelor aferente unui parc auto, logica autorității contractante conduce la nepermise concluzii, a căror cenzurare este tocmai atributul Consiliului. Așadar, dacă o autoritate contractantă deține un autoturism în parcul său și intenționează să procure necesarul de consumabile aferente unui exercițiu bugetar (așadar, determinarea legitimă a necesității), va ajunge la concluzia că va avea nevoie în exploatarea aceluiași autoturism de carburanți, uleiuri de schimb, piese de schimb consumabile, eventuale piese de caroserie, asigurări RCA și CASCO, cauciucuri, servicii de spălare interioară și exterioară etc.

Apreciind că toate aceste produse și servicii vor fi utilizate pe același utilaj (autoturismul în cazul ipotetic, respectiv analizorul, în cazul contestat), în logica cenzurabilă a autorității contractante, toate aceste produse și servicii diferite între ele, ar putea fi comasate într-un singur lot sau o singură procedură, întemeindu-se astfel nu pe o unitate generată de caracteristici intrinseci ale produselor, ci pe o unitate generată de modul ulterior de exploatare. Or în cazul validării unei astfel de maniere de redactare a documentației de atribuire, vor putea participa la procedură numai acei operatori economici care, potrivit comerțului lor, comercializează atât combustibili, cât și piese de schimb, și care furnizează și asigurări RCA și prestează și servicii de spălare autoturisme.

În mod perfect simetric, gruparea unor reactivi între ei, utilizați în scopuri finale diferite, numai în temeiul utilizării lor pe același aparat, conduce la aceeași îngustare artificială a concurenței prin selectarea operatorilor economici dezirabili funcție de combinații de produse, realizate subiectiv de autoritate.

În final, contestatoarea apreciază că răspunsurile autorității nu sunt de natură a furniza argumente pentru legalitatea procedurii, mai mult, valorează în sine o admitere a criticilor privind motivele inacceptabile din punct de vedere legal, pentru care s-a procedat la această comasare de produse.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă organizată pe 143 loturi, în vederea atribuirii acordului cadru având ca obiect "Furnizare reactivi", prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din

09.09.2014, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 44.396.007 lei, fără TVA.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație vizând loturile 15, 25 și 42, SC ... SRL, solicitând anularea procedurii de atribuire pentru aceste loturi.

În ceea ce privește aspectele de fond contestate, solicitarea petentei ca autoritatea să reorganizeze achiziția astfel încât un lot să nu cuprindă decât un singur produs se dovedește a fi lipsită de suport legal și neîntemeiată. În legislația în vigoare privind achizițiile publice, nu este prevăzută expres o astfel de obligație pentru autoritatea contractantă. Dimpotrivă, potrivit art. 10 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea contractului pe loturi cu condiția de a preciza acest lucru în documentația de atribuire. Așadar, autoritatea contractantă are opțiunea fie de a atribui un contract global, pentru toate produsele, fie de a recurge la divizarea pe loturi a achiziției. În plus, nicăieri nu se prevede obligația autorității de a alcătui loturile numai dintr-un singur produs, cum cere contestatoarea.

Cu toate acestea, pentru a facilita accesul la licitație al operatorilor interesați, ... a recurs la împărțirea achiziției în 143 de loturi, deși cadrul normativ îi permitea și o achiziție globală, în condițiile în care nu se aduce atingere principiilor care guvernează materia achizițiilor publice.

Pe de altă parte, legislația actuală prevede posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea subcontractanți în vederea participării la procedura de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea de furnizare a tuturor produselor sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului. Nimic nu împiedică operatorul economic contestator să se asocieze cu furnizorii articolelor pe care el nu le poate comercializa, ori să subcontracteze furnizarea acestora, după cum nimic nu împiedică operatorul să realizeze el însuși furnizarea lor, prin comenzi de procurare de pe piața internă sau externă.

La dosarul cauzei, contestatoarea nu a depus nicio dovadă din care să rezulte restricționarea participării sale prin nedivizarea contractului în sute de loturi, aferente fiecărui produs în parte, sau afectarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice. Argumentul că se îngrădesc drepturile operatorilor interesați nu este suficient prin el însuși pentru a proba vreo îngrădire pentru respectivii operatori și, în consecință, pentru a impune autorității contractante împărțirea achiziției în sute de loturi. Mai mult, în cadrul lotului 25, există 6 poziții care cuprind câte 2 kit-uri, fiole sau cutii, fiind improprie organizarea unei proceduri și desemnarea unui câștigător al unui acord cadru pentru 2 bucăți dintre reactivii respectivi.

În speță, prin alegerea atribuirii a 143 de acorduri-cadru de achiziție publică, respectiv prin divizarea achiziției în 143 de loturi de articole medicale, grupate în funcție de necesitățile comunicate de secțiile de specializate ale spitalului, nu se poate concluziona că autoritatea contractantă a adus o atingere substanțială principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică sau că îngrădește accesul

operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere/subcontractare.

În legătură cu divizarea pe loturi a contractelor, în decizia civilă nr. 2193 din 13 octombrie 2011, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat că atribuirea contractului pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante și nu se poate stabili în sarcina acesteia vreo obligație în sensul atribuirii de contracte distincte pe loturi. În același sens sunt și decizia nr. 1 din 11 ianuarie 2012 a Curții de Apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 2026/R din 3 noiembrie 2011 a Curții de Apel Târgu Mureș, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal.

Cu toate acestea, pot exista situații în care autoritățile contractante să abuzeze de dreptul pe care li-l conferă ordonanța, într-o asemenea măsură încât să încalce principiile care guvernează atribuirea contractelor de achiziție, cu precădere nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea. Dar, în circumstanțele concrete ale speței de față, având în vedere că achiziția este deja împărțită în 143 de loturi, în cadrul cărora produsele nu sunt de altă natură între ele, ci sunt produse spitalicești comune (reactivi de laborator), asocierea sau subcontractarea ori procurarea de la un alt furnizor sau de la producător nu constituie o dificultate insurmontabilă pentru operatorii economici care nu au în oferta lor toată gama de articole cerute de autoritate în cadrul loturilor contestate, motiv pentru care Consiliul stabilește că autoritatea, prin gruparea în 143 de loturi a produselor pe care urmărește să le achiziționeze, nu și-a exercitat, în mod abuziv, dreptul pe care i-l conferă dispozițiile normative precitate.

De altminteri, redivizarea achiziției pe loturi corespunzătoare fiecărui produs, ar conduce la anularea procedurii pentru aceste loturi, fapt de natură a produce perturbări în activitatea spitalului, respectiv imposibilitatea desfășurării activității unor secții, în defavoarea beneficiarilor serviciilor de sănătate.

Sunt relevante și cele statuate de Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 6982 din 21 august 2013:

*Curtea reține că aceste dispoziții legale consacără dreptul autorității contractante, și nu obligația acesteia de a defalca pe loturi achiziția publică, ca prerogativă a autorității contractante, sub rezerva respectării art. 23 din ordonanță. Această prerogativă a autorității nu se poate exercita în mod arbitrar, dar petenta avea obligația de a face dovada că, prin decizia de a nu diviza pe loturi contractul de achiziție publică, s-ar aduce atingere principiilor liberei concurențe între agenții economici și eficienței utilizării a fondurilor publice”.*

În speța în analiză, Consiliul reține că nu există niciun argument pentru care lotul 15, Linie ELISA-analizor imunologie, ar trebui împărțită procedura pe 8 subploturi, lotul 25 –Metode manuale de laborator microbiologie în 45 subploturi, sau pentru lotul 42 Reactivi teste imunologice PN de Transplant de celule Stem hematopoetice, periferice și centrale în 6 subploturi.

Neavenit este și exemplul folosit de contestatoare potrivit căruia dacă o autoritate contractantă deține un autoturism în parcul său și intenționează să procure necesarul de consumabile aferente unui exercițiu bugetar (carburanți, uleiuri de schimb, piese de schimb consumabile, eventuale piese de caroserie, asigurari RCA și CASCO, cauciucuri, servicii de spalare interioară și exterioară etc), toate aceste produse și servicii fiind utilizate de aceeași mașină, în logica autorității contractante toate aceste produse și servicii diferite între ele, ar putea fi comasate într-un singur lot sau o singură procedură. Exemplul este incomparabil față de situația de speță, deoarece serviciile și produsele exemplificate sunt diferite, fiind codificate chiar în diviziuni diferite, or, în cazul procedurii în analiză, produsele fac parte din aceeași categorie, respectiv cod CPV 33696000-5 Reactivi și produse de contrast.

Demn de remarcat este și numărul foarte mare al pozițiilor în listele cuprinse în cele 143 loturi, existând loturi cu 97 poziții, 76 poziții, 33, 52 etc, fapt de natură a îngreuna excesiv derularea acordurilor cadru și a contractelor subsecvente în măsura în care s-ar încheia contracte pentru fiecare poziție din lot în parte. De asemenea, este valid argumentul autorității contractante potrivit căruia reactivii au fost grupați pe loturi în funcție de destinație, în ceea ce privește Lotul 15 Linia Elisa - analizor imunologie, trusele de reactivi pentru diversele determinări prin metoda Elisa au fost grupate în același lot, deoarece sunt reactivi destinați aceluiași analizor numit Linia Elisa. De asemenea, Lotul 25 Metode manuale laborator microbiologie, reactivii pentru metodele manuale de bacteriologie au fost grupați la categoria Metode manuale laborator microbiologie, deoarece fac parte din aceeași categorie de metode - metode manuale de microbiologie, iar Lotul 42 Reactivi virusologie PN de Transplant de celule stem hepatopoetice periferice și centrale, acești reactivi au fost grupați într-un singur lot, deoarece toți au ca scop testarea virusologică (HBs, HCV, HIV, Sifilis, CMV-IgM și IgG) a potențialilor donori de măduvă, utilizând o linie Elisa clasică. Astfel, autoritatea contractantă are nevoie de toți reactivii aferenți unui lot, or gruparea potrivit destinației o protejează pe aceasta de riscul aprovizionării defectuoase doar cu o parte a produselor, fapt ce ar conduce la imposibilitatea diagnosticării și tratării pacienților.

Este lesne de observat că procedura de față este de interes strategic pentru instituția organizatoare, deci o eventuală anulare a acesteia, pentru loturile 15, 25 și 42, astfel cum solicită contestatoarea, trebuie să se bazeze pe încălcări grave ale legii, or contestatoarea nu a depus astfel de dovezi care să susțină indubitabil vinovăția autorității contractante, încălcarea gravă a legii, imposibilitatea remedierii încălcărilor și eventuala prejudiciere a intereselor sale prin modul de organizare a procedurii în analiză.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în

contradictoriu cu ..., iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, dispune  
continuarea procedurii de atribuire pentru loturile 15, 25 și 42.

Redactată în 4 exemplare, cuprinde șaisprezece pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...