



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., 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 Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1407/10.07.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12938/13.07.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ..., CUI ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinetul de Avocat ..., ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare, instalare, punere în funcțiune și training aparatură medicală pentru proiectul de investiții "Reabilitarea, reamenajarea, modernizarea și dotarea Ambulatoriului integrat al Spitalului ... din ..., județul ...", lotul 1 - Aparatură de radiologie imagistică și imagistică ecografică, coduri CPV 33100000-1, 51410000-9 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 10.08.2015, organizată de ..., cu sediul în ..., ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire pentru lotul 1, iar în subsidiar obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire și la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale, pentru același lot. Prin decizia sa nr. .../.../.../..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ... SRL nr. 1407/10.07.2015, în contradictoriu cu ..., și anulează procedura de atribuire a contractului de furnizare, instalare, punere în funcțiune și training aparatură medicală pentru proiectul de investiții "Reabilitarea, reamenajarea, modernizarea și dotarea Ambulatoriului integrat al Spitalului Orășenesc ...din ..., județul ...", lotul 1 - Aparatură de radiologie imagistică și imagistică ecografică, coduri CPV 33100000-1, 51410000-9 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 10.08.2015.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ... SRL reclamă conținutul documentației de atribuire aferente licitației menționate în partea introductivă a deciziei, lotul 1, învederând în motivare că, pentru echipamentele ce formează lotul 1 (aparatură de radiologie imagistică și imagistică ecografică), cu o valoare estimată de 8.766.393 lei, fără TVA, autoritatea a impus specificații tehnice restrictive, de natură a descuraja participarea contestatoarei la licitație. O astfel de specificație este cea din fișa tehnică 86A pentru computer tomograf: "Tensiune anodică selectabilă între min. 80 - 140 kV", întrucât:

- cu cât tensiunea maximă este mai mare, cu atât doza crește;
- echipamentele moderne au o captare foarte bună a sistemului detector, iar doza și, implicit, tensiunea anodică nu trebuie crescute foarte mult;
- echipamentele care au o tensiune de maxim 130 KV sunt superioare din punct de vedere tehnologic, sub aspectul detectorilor ofertați.

Modificarea intervalului la min. 80 - 130 kV este necesară pentru a permite contestatoarei să participe la licitație, cu un echipament superior tehnologic, pentru respectarea principiului tratamentului egal și scopului legislației achizițiilor publice de a promova concurența între operatorii economici, dar și prin raportare

la prevederile art. 35 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Referitor la cerința "focar mare: $\leq 1,2 \times 1,2$ mm" se arată că punctul focar este definit și măsurat de fiecare producător conform recomandărilor standardului IEC 60336:2007 care stabilește, de asemenea, și valoarea maximă permisă a acestuia.

Pentru a maximiza eficiența focarelor în diferențierea tesuturilor, reducând la minimum expunerea pacientului, este necesar ca sistemele de computer tomografie să utilizeze o doză limitată de raze X de energie joasă (< 140 keV). Totodată, sistemele trebuie să achiziționeze datele rapid, deoarece pacientul nu trebuie să se miște în timpul scanării. Echipamentele de ultimă generație folosesc detectori cu arie de acoperire mare, de înaltă eficiență și surse de raze X cu putere mare și pete focale de dimensiuni mari.

Cele mai importante variabile care determină cât de eficientă va fi o sursă de raze X pentru o anumită sarcină sunt dimensiunea petei focale, spectrul de energii cu raze X generate, precum și intensitatea razelor X.

Dimensiunea petei focale definește parțial rezoluția potențial spațială a unui sistem de computer tomografie prin determinarea numărului de posibile căi sursă-detector care pot intersecta un punct dat în obiectul scanat.

Spectrul de energie definește capacitatea de penetrare a razelor X, precum și atenuarea relativă la trecerea lor prin materiale de densitate diferită. Razele X de energie mai mare vor pătrunde mai eficient decât cele de energie mică, dar sunt mai puțin sensibile la schimbările în densitatea materialului și compoziție.

Intensitatea razelor X afectează în mod direct raportul semnal-zgomot și, astfel, claritatea imaginii. Intensitățile mari cresc statisticile de numărare care stau la baza algoritmului de reconstrucție, dar necesită de cele mai multe ori un punct focal mare.

În speță, dimensiunile punctelor focale stabilite de autoritatea contractantă în fișa tehnică sunt arbitrare, dat fiind că:

- valoarea maximă permisă a punctului focal este stabilită conform standardului IEC 60336;

- potrivit art. 36 alin. (2) din ordonanța, *"în cazul în care autoritatea contractantă definește specificațiile tehnice din caietul de sarcini prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate, atunci nici o ofertă nu poate fi respinsă dacă ofertantul demonstrează prin orice mijloc adecvat că produsele, [...] oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale solicitate deoarece sunt conforme cu: a) un standard național care adoptă un standard European; b) o omologare tehnică europeană; c) o specificație tehnică comună utilizată în Comunitatea Europeană;*

d) un standard internațional; e) alte reglementari tehnice elaborate de organisme de standardizare europene. [...]."

Se impune acceptarea tuturor echipamentelor care indeplinesc specificația prin încadrarea în cerințele standardului IEC 60336.

Și pentru aparatul RMN full body specificațiile tehnice (cuprinse în fișa tehnică 43A) sunt restrictive, limitând posibilitatea de ofertare a sistemelor produse de Toshiba Medical Systems.

De exemplu, cerința "omogenitatea tipică minimă a câmpului magnetic pentru un volum sferic cu diametrul de 45 cm: ≤ 0.85 ppm", în condițiile în care datele furnizate de Toshiba Medical Systems oferă măsurători de omogenitate la distanțele de 10, 20, 30, 40 și 50 cm, deci fără subdiviziuni de 5 cm.

În consecință, se impune reformularea cerinței pentru omogenitatea măsurată a câmpului magnetic în sensul în care aceasta să fie "maxim 2 ppm la FOV maxim pentru toate cele 3 axe (x, y, z)".

Sistemul pe care contestatoarea intenționează să îl ofere în cadrul procedurii de atribuire este cel mai nou membru din seria sa, imbinând atât beneficii clinice și economice, cât și tehnologie avansată de producție și utilizare.

La un număr de 8 canale de recepție, tehnologia și aplicațiile disponibile sunt similare celor propuse de ceilalți producători de sisteme RM cu mai multe canale de recepție. Se impune obligarea autorității la reformularea cerinței "număr de canale independente de recepție: minim 16".

În aceeași situație este și cerința "computer gazdă - procesor dual de minim 2,5 GHz", întrucât computerele sistemelor propuse este de minim 2,4 GHz, extrem de aproape de cea specificată în fișa tehnică, iar diferența de valoare nu afectează calitatea imaginii sau a fluxului de lucru. Viteza trebuie diminuată și pentru procesorul de imagine, iar capacitatea RAM ar trebui scăzută de la 16 GB, la 12 GB, reformularea fiind: "procesor dual de minim 2,93 GHz. RAM minim 12 GB".

Legat de cerința "Stație de post-procesare independent de sistemul de achiziție - Procesor dual de minim 8 GHz; Hard disk pentru stocarea imaginilor: minim 2Tb", fiecare producător echipează produsele sale cu capacitatea optimă de prelucrare a datelor ce asigură un flux de lucru rapid și competitiv, adaptat cerințelor utilizatorilor.

Pentru a nu fi restrictivă față de sistemele oferite de Toshiba Medical Systems, se impune reformularea cerinței astfel: "Procesor dual de minim 2,93 GHz, Hard disk pentru stocarea imaginilor: minim 600 GB (0,6TB)".

Referitor la clauzele din modelul de contract de furnizare, potrivit celei 10.4, "echipamentele medicale ce urmează a fi

achiziționate prin prezenta procedura vor fi fiabile si economice, apte pentru utilizarea intensiva (24 ore/zi, 7 zile pe saptamana) pe intreaga durata de utilizare (atât in perioada de garanție cât si in perioada de post garanție)". Clauza redată este abuzivă, întrucât creează in detrimentul furnizorului si contrar cerințelor bune-credinte un dezechilibru semnificativ intre drepturile si obligațiile părților, in sensul ca impune angajarea si atragerea răspunderii furnizorului pentru echipamentele furnizate care, în mod absurd, ar trebui să funcționeze non-stop si pe intreaga durata de utilizare, atât in perioada de garanție, cât și post garanție.

Autoritatea impune obligații disproporționate și oneroase pentru furnizor. Niciun echipament nu poate fi folosit non-stop, 24 ore/zi, 7 zile pe săptămână, specificațiile tehnice si manualul de utilizare al acestuia, emis de producător, nepermițând o asemenea utilizare.

Conform clauzei 18.5. alin. (5) din contractul de furnizare, *"produsele care, in timpul perioadei de garanție, le înlocuiesc pe cele defecte beneficiaza de o noua perioada de garanție care curge de la data înlocuirii produsului"*.

Perioada de garanție convenționala pentru produse este cea agreată de parti, inclusiv pentru produsele care in perioada de garanție le înlocuiesc pe cele defecte ce beneficiaza de o noua perioada de garanție care curge de la data înlocuirii produsului, dar care nu poate depasi perioada de garanție maxima agreată de parti.

Clauza este de natura a conduce către concluzia ca noua perioada de garanție va prelungi pentru o perioada nedeterminată de timp durata garanției acordate inițial de ofertant, ceea ce este și contrar art. 1716 si următoarele din Codul civil.

Atât timp cât părțile au convenit prin contract o garanție convenționala pentru buna funcționare a produsului, este evident ca si produsele care, in timpul perioadei de garanție, le înlocuiesc pe cele defecte beneficiaza de diferența de perioada de garanție agreată de parti pentru întregul produs. In caz contrar, perioada de garanție s-ar prelungi la nesfârșit, ceea ce contravine dispozițiilor legale privind garantarea de către vânzător pentru un timp determinat a bunei funcționari a bunului vândut.

Includerea de clauze nerezonabile, care nu sunt in acord cu practicile de piața, are drept consecința riscul excluderii unor operatori economici seriosi. În Ordinul nr. 543/2013 se prevede că: *"in cazul introducerii unor clauze care impun contractantului asumarea unor riscuri disproporționate fata de practicile de piața, candidații vor avea tendinta fie sa se retraga din competitie (reducandu-se astfel in mod artificial concurenta), fie sa incerce sa se eschiveze: a) prin introducerea de rezerve (care sunt in mod normal inacceptabile in cadrul unei proceduri deschise); sau b)*

acceptandu-le formal, dar incercand sa le ocoleasca in faza de executie a contractului. Pentru evitarea acestor consecințe, este recomandabil ca documentația de atribuire si clauzele de executie sa fie conforme cu standardele de piața in domeniu."

Or:

- atragerea răspunderii furnizorului pentru echipamentele furnizate care, in mod absurd, ar trebui sa funcționeze non-stop si pe intreaga durata de utilizare atat in perioada de garanție, cat si post garanție; si

- stipularea posibilității prelungirii pentru o perioada nedeterminata a duratei garanției oferite inițial de furnizor, prin inlocuirea produselor defecte cu produse noi, sunt in mod indubitabil clauze care stabilesc riscuri disproporționate in sarcina contractantului, avand drept consecința determinarea atat a contestatoarei, cat si a altor operatori economici de pe piața echipamentelor medicale, de a nu participa la licitație.

Scopul legislației achizițiilor publice este de a garanta ca procedurile de achiziție publica nu sunt organizate de o maniera care conduce la distorsionarea pieței. În paragraful (74) din preambulul la Directiva 2014/24/UE se arată că: "Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie sa permită ca achizițiile publice sa fie deschise concurenței si sa indeplineasca obiectivele de sustenabilitate. In acest scop, ar trebui sa fie posibila prezentarea unor oferte care sa reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor si a specificațiilor tehnice de pe piața, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanta legate de ciclul de viata si de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor si a serviciilor."

In plus, întrucât contractul aferent lotului 1 are un obiect complex, autoritatea trebuia sa îl imparta în mai multe loturi, in vederea respectării principiilor nediscriminării, tratamentului egal si utilizării eficiente a fondurilor. Autoritatea contractanta a grupat fara nicio justificare echipamente medicale care nu au legătură intre ele, precum echipamente de tipul ecograf urologie, ecograf cardiologie, ecograf neurologie, linie artroscopie etc. cu echipamente de tipul computer tomograf, rezonanta magnetica. Autoritatea trebuie sa aiba in vedere posibilitatea atribuirii contractelor pe loturi pentru a nu restrânge concurența intre operatorii economici in mod nejustificat.

Consiliul a anulat numeroase proceduri de achiziție publica motivat de faptul ca autoritatea a restrâns concurența prin nedivizarea pe loturi. In același sens s-au pronunțat și instanțele.

Un alt argument in susținerea divizării in mai multe contracte a lotului 1 este reprezentat de recomandările incluse in Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului IMM-urilor la

contractele de achiziții publice, cod la care face trimitere și Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, în preambulul careia se arată ca: "[...] pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. [...] 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 a 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 în loturi obligatorie în anumite condiții."

Divizarea în mai multe loturi este o modalitate de a garanta respectarea principiului tratamentului egal și accesul nerestricționat la procedura într-un context competitiv. Îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară prin prezentarea a maximum două contracte din care să rezulte furnizarea de produse similare este deosebit de anevoioasă atunci când contractul în raport de care se stabilește similitudinea produselor are drept obiect 20 de produse diferite.

În punctul său de vedere nr. 41379/20.07.2015 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 13539/21.07.2015, autoritatea contractantă susține, în apărare, că specificațiile tehnice din caietul de sarcini nu sunt restrictive, iar criticile contestatoarei sunt superficiale și nesusținute de motive solide care să demonstreze o eventuală restricționare în participarea la licitație a operatorilor economici. De asemenea, criticile aduse unor clauze contractuale sunt nefondate, nefiind limitată participarea la procedură.

La momentul "proiectării prezentului proiect", autoritatea a avut în vedere o serie de caracteristici minimale pentru aparatura medicală, care să poată corespunde nevoilor sale și care să permită participarea operatorilor economici la procedură. Autoritatea nu a luat în calcul favorizarea unui anumit producător, drept pentru care consideră că sunt nefondate criticile referitoare la specificațiile tehnice, întrucât nu s-au impus valori fixe/exacte în cadrul fișelor tehnice pentru echipamente, ci s-a solicitat îndeplinirea minimumului de cerințe. Autoritatea contractantă cunoaște cel mai bine care este necesitatea să și stabilească criteriile de calificare și selecție, dar și specificațiile tehnice care satisfac cel mai bine nevoia sa.

Specificațiile tehnice ale acestei achiziții reflectă necesitățile autorității și au fost stabilite ca urmare a informării cu privire la noutățile și inovațiile apărute în sectorul medical, a consultării personalului medical al Ambulatoriului, precum și prin prospectarea pieței de profil de către proiectantul care a întocmit fișele tehnice ale

aparaturii medicale supuse licitației. Speculația contestatoarei referitoare la favorizarea agenților economici nu poate fi reținută, întrucât intervalele cuprinse în fișele tehnice oferă flexibilitate operatorilor economici. Faptul că un anumit tip de aparatură produsă de Toshiba Medical Systems nu corespunde nevoilor autorității contractante, ca un caz izolat, nu poate reprezenta un argument valid și suficient pentru a insinua nelegalitatea procedurii organizate de

Caietele de sarcini nu pot fi modificate printr-un act de compromis unilateral avantajos, în beneficiul unui anumit operator economic care dorește să oferteze o anumită marcă de produse sau, mai specific, un anumit produs, având în vedere că însuși principiul egalității de șanse invocat repetat de contestatoare, precum și principiul nediscriminării, anulează din start orice acțiune de favorizare a unui ofertant prin crearea unor criterii sau specificații care să îi fie "*dedicate*".

De altfel, prin contract nu se urmărește favorizarea unui anumit producător, având în vedere că se acceptă ca fiind conforme toate ofertele care conțin produse ce respectă cerințele tehnice minime. Dimpotrivă, este evident că, prin modificarea specificațiilor tehnice în mod dedicat pentru dealerul Toshiba, ale cărui produse prezintă aparent specificații tehnice diferite, s-ar crea condițiile încălcării frauduloase a principiilor de organizare a procedurilor de achiziție publică.

Computer tomograf - fisa tehnică 86A, cerința "tensiune anodică selectabilă între: min. 80-140kV":

Intervalul "min. 80-140kV" nu restricționează participarea operatorilor la procedura de atribuire. Dimensionarea este în funcție de valoarea estimată a contractului și de nevoile de investiții. SC ... SRL afirmă că "*echipamentele care au o tensiune de maxim 130 kV sunt superioare din punct de vedere tehnologic sub aspectul detectorilor oferați*", însă fără a aduce argumente, date relevante. Nu reiese de nicăieri ce autoritate în domeniu a dispus că echipamentele cu tensiunea de maximum 130 kV sunt mai bune decât cele cu tensiunea de min. 80-140 kV.

Autoritatea nu poate întocmi sau modifica oferta astfel încât o anumită marcă și un anumit produs să poată participa la licitație, întrucât ar echivala cu "*dedicarea*" documentației de atribuire către un anumit operator economic. Orice operator economic ar putea solicita autorității să modifice specificațiile tehnice astfel încât să poată îndeplini și el condițiile de participare la procedură. S-ar crea un cerc vicios în cadrul căruia ar prevala nu interesul public și principiile legale în forma lor pură, ci interesul privat al agenților economici.

Și cerința focarului $\leq 1,2 \times 1,2$ mm reflectă nevoile de aparatură identificate pentru buna funcționare a secțiilor din ambulatoriul care face obiectul investiției. Cerința nu este restrictivă, având în vedere că a fost prevăzută o valoare orientativă maximă: "*mai mic sau egal*". În cazul în care ofertantul dorește să ofere produse conforme standardelor internaționale de specialitate, ele nu contravin specificațiilor din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, impunerea de către ofertanți a modificării specificațiilor tehnice stabilite de proiectantul specialist nu e o bună practică, întrucât specificațiile tehnice ale echipamentelor trebuie să fie atât permissive pentru participarea la licitație a operatorilor economici, cât și adaptate unor cerințe specifice, în conformitate cu nevoile autorității contractante. Astfel, atât timp cât specificațiile tehnice respectă standardele aplicabile și nu descurajează concurența prin impunerea unor elemente rare la nivelul echipamentelor, nu se pot opera modificări la specificațiile tehnice doar pentru a corespunde în mod special echipamentului unui anumit producător, respectiv furnizor.

Și criticile legate de specificațiile tehnice pentru aparatul RMN full body, fișa tehnică 43A, sunt nefondate, în sensul în care în documentația de atribuire nu se aduce în discuție nicio marcă de echipamente, iar solicitarea de modificare a specificațiilor pentru a fi accesibilă producătorului Toshiba nu poate fi susținută ca fiind legală din punct de vedere al achizițiilor publice.

Contestatoarea consideră că neîncadrarea măsurătorilor oferite de produsul Toshiba Medical Systems în prevederile cuprinse la nivelul fișei tehnice a produsului ar trebui să determine o modificare "dedicată" a caietului de sarcini, astfel încât să se permită și echipamentelor Toshiba să participe. În fond, contestatoarea nu prezintă nicio încălcare a vreunei prevederi legale referitoare la specificația tehnică aferentă omogenității tipice a câmpului magnetic, ci se rezumă la a preciza că un anumit producător (Toshiba Medical Systems) nu fabrică RMN-uri cu diametre cu subdiviziuni de 5. Este lipsită de fundament solicitarea SC ... SRL de a modifica anumite caracteristici tehnice pe considerentul că producătorul bunului pe care intenționează să îl ofere nu îl produce. O licitație publică nu are scopul de a oferi posibilitatea unui singur producător de a oferi respectivelor produse, ci de a crea condițiile unei concurențe loiale și competitive, în acord cu nevoile autorității contractante.

Nu se impune nicio modificare în conținutul caietului de sarcini, întrucât specificațiile tehnice permit participarea unei "varietăți de furnizori", fără a pune în primejdie principiul concurenței.

Observația contestatoarei conform căreia se impune reformularea specificației tehnice în acord cu numărul de canale de

recepție ale sistemului, prin propunerea numărului de 8 canale, nu poate fi reținută, întrucât solicitarea a minimum 16 canale independente de recepție la nivelul sistemului RF de emisie/recepție nu contravine în niciun mod solicitării de minimum 8 canale la nivelul bobinei pentru corp, astfel încât să pună operatorii în dificultate la întocmirea ofertei.

În fapt, interesul petentei este de a obține concesiile care să îi permită participarea la licitație cu un echipament construit pe alte tipuri de specificații.

Cerința "Computer gazdă - Procesor dual de minim 2,5 GHz" și cerința "Stație de post-procesare independent de sistemul de achiziție - Procesor dual de minim 8 GHz; Hard disk pentru stocarea imaginilor: minim 2Tb" - modificările pe care petenta le solicită ar putea avea implicații dintre cele mai grave, în contextul în care orice operator economic interesat de participarea la procedură ar putea solicita ca autoritatea contractantă să facă rabat de la specificațiile tehnice, astfel încât să se poată califica, printr-o ofertă conformă. Este absurdă declarația contestatoarei conform căreia, prin reducerea valorii de GHz la procesoarele duale, reducerea memoriei RAM și a capacității de stocare pe hard disk nu sunt afectate calitatea și performanța echipamentului.

Capacitatea de stocare a hard disk-ului propus de petenta este cu 70% mai mică față de specificațiile din fișele tehnice - de la 2.000 de megabiți (2Tb) la doar 600 de megabiți (0,6Tb); valoarea memoriei de acces RAM este redusă cu 25% față de specificațiile din fișele tehnice - de la 16 GB la 12 GB; valoarea procesorului e redusă cu 63,38% față de specificațiile din fișele tehnice - de la 8 GHz la 2,93 GHz. Propunerile contestatoarei ar crea un dezavantaj major autorității, întrucât ar implica o reducere substanțială a capacității echipamentelor, alături de faptul că ar atrage "angajarea într-o serie de fapte reprobabile, prin încălcarea frauduloasă a legii" în sensul modificării specificațiilor tehnice pentru deservirea directă a intereselor unui operator economic.

Referitor la clauza 10.4 - "Echipamentele medicale ce urmează a fi achiziționate prin prezenta procedură vor fi fiabile și economice, apte pentru utilizarea intensivă (24 ore/zi, 7 zile pe săptămână) pe întreaga durată de utilizare (atât în perioada de garanție cât și în perioada de post garanție)", clauză calificată de contestatoare drept abuzivă, ea reprezintă o clauză de maximă importanță în cadrul Ambulatoriului Spitalului Orășenesc "...". Furnizorul trebuie să aibă în vedere faptul că beneficiarul investiției este o instituție publică medicală ce va deservi aproximativ 75.000 de persoane, cu program de funcționare non-stop, respectiv va primi un flux de pacienți la orice oră, prezentând diverse simptome și nevoi de intervenție. Prin urmare, solicitarea ca echipamentele să fie "apte pentru utilizarea

intensivă (24 ore/zi, 7 zile pe săptămână)" nu implică în mod necesar că aparatura chiar va fi utilizată non-stop, ci că nivelul său de rezistență și performanță trebuie să permită (să fie apt pentru) utilizarea în aceste condiții. E de la sine înțeles că echipamentele se vor utiliza doar în caz de nevoie, în timpul liber fiind lăsate în stand-by sau în orice condiție recomandată de producător.

Dacă urgențele se vor materializa într-o utilizare intensivă pe parcursul uneia sau mai multor zile, unitatea medicală trebuie să fie capabilă să deservească pacienții cu promptitudine, la orice oră. Un pacient care necesită o tomografie sau un RMN de urgență nu poate fi lăsat să aștepte o perioadă de timp în care aparatura trebuie să staționeze din cauza utilizării anterioare.

Astfel, clauza 10.4 nu este abuzivă și nu are scopul de a descuraja participarea la procedură, ci de a responsabiliza furnizorii.

Clauza 18.5 alin. (5) - "*Produsele care, în timpul perioadei de garanție, le înlocuiesc pe cele defecte beneficiază de o nouă perioadă de garanție care decurge de la data înlocuirii produsului*": în conformitate cu fiecare fișă tehnică, aparatura medicală oferită trebuie să respecte o perioadă stabilită de garanție și de post-garanție. Atunci când se impune înlocuirea echipamentelor defecte cu alte echipamente, solicitarea de la nivelul clauzelor contractuale este ca echipamentele aduse ca înlocuitori să prezinte aceeași perioadă de garanție. Orice produs furnizat care "nu îndeplinește perioada de garanție" stabilită prin contract trebuie să fie înlocuit cu un produs care să satisfacă aceleași specificații tehnice pe care ar fi trebuit să le satisfacă produsul inițial, retras din circuit. În situația în care produsul înlocuit nu oferă aceeași perioadă de garanție, este evident că nici specificațiile tehnice nu vor fi la același nivel calitativ solicitat de autoritatea contractantă.

Este absurd a pretinde că această cerință este disproporționată și nelegală în condițiile în care furnizorul ar trebui să fie sigur de calitatea produselor sale în momentul în care își asumă o anumită perioadă de garanție. În cazul defectării produselor, la nivelul spitalului vor exista situații dificile de management al pacienților, timp în care unitatea medicală este incapabilă să deservească o populație care poate avea nevoie urgentă de examene medicale de imagistica.

În cazul în care furnizorul ar înlocui produsul defectat cu un produs cu o durată de garanție mai scăzută, incidența acestor cazuri reprezintă un risc asumat. Autoritatea ar fi într-un dezavantaj grav în cazul în care echipamentele de înlocuire prezintă caracteristici inferioare.

Singurul caz în care prelungirea perioadei de garanție a produselor ar putea fi pe o perioadă nedeterminată ar fi cel în care

produsele livrate nu ar respecta nivelul de calitate și fiabilitate impus prin documentația de atribuire.

Cu privire la lotizare, autoritatea a procedat conform legii, divizând achiziția în 3 loturi: lotul 1 - Radiologie imagistica și imagistica ecografica; lotul 2 - Dispozitive medicale de specialitate; lotul 3 - Aparatură laborator, igienă, pachet prim ajutor. Fiecare dintre cele 3 loturi înglobează mai multe elemente, având în vedere imposibilitatea de a stabili un număr exagerat de loturi, care ar îngreuna derularea procedurilor de achiziție publică în cadrul proiectului și ar crea un risc major, deja întâmpinat de ... în mai multe ocazii, de a rămâne cu loturi neofertate, din cauza atractivității scăzute a componentelor loturilor. Astfel, în cadrul lotului 1 au fost cumulate echipamentele din sfera radiologiei imagistice și imagisticii ecografice. Afirmația conform căreia echipamentele din lotul 1 nu au legătura între ele este eronată și nejustificată.

În cazul în care s-ar realiza o lotizare mai detaliată a aparaturii medicale, care nu este necesară, trebuie avut în vedere faptul că se va încuraja ofertarea selectivă a echipamentelor medicale având valori mai mari - spre exemplu tomograful și aparatul RMN full body. Or, în aceste condiții, autoritatea s-ar afla în riscul major de a rămâne cu loturi neofertate, întrucât operatorii economici vor viza în speță aparatul RMN și tomograful.

Autoritatea consideră că nedivizarea contractului permite operatorilor economici care ar furniza mai multe repere din lista de aparatură medicală să acorde reduceri de preț, deoarece atunci când se achiziționează de la unul și același producător mai multe produse achizitorul primește reduceri de preț și se poate obține un preț mic pentru un produs de înaltă calitate, care, achiziționat separat, într-un lot distinct, nu ar avea cum să primească o reducere de preț.

În cadrul ofertei, operatorul integrează și o serie de costuri cum sunt: întocmirea ofertei, transport, manipulare etc., iar în cazul în care s-ar livra un număr mai redus de echipamente, aceste costuri ar crește direct proporțional pe fiecare echipament ofertat în parte. Astfel, selectarea unui singur operator economic pentru produse similare va încuraja ofertarea echipamentelor la un preț inferior sumelor cumulate, asigurându-se o utilizare judicioasă a fondurilor din proiect.

Din punct de vedere practic, divizarea în loturi distincte a lotului 1 - Radiologie imagistică și imagistică ecografică contravine normelor de procedură și încadrării în codurile CPV, întrucât aparatura componentă a lotului poate fi încadrată, conform nomenclatorului CPV, la aparate de diagnostic prin imagistică medicală. Adițional, destinația componentelor lotului 1 este cea de a

asigura lanțul de diagnosticare ecografie si computer tomografie, deci nu există motive în a se crea loturi distincte.

Față de aspectele menționate, se solicită constatarea că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate si, pe cale de consecință, respingerea contestației.

Punctul de vedere este retransmis de autoritate și cu nr. 41437/21.07.2015.

La 24.07.2015, în urma studierii înscrisurilor aflate la dosarul cauzei, SC ... SRL solicită Consiliului suplimentarea probatoriului cu referatele de necesitate aferente lotului 1, solicitare pe care Consiliul o găsește neîntemeiată. Într-adevăr, din motive necunoscute, achizițoarea nu a depus la dosarul litigiului copia referatelor, presupunând că ele există, însă lipsa acestora nu afectează în niciun fel examinarea contestației adresată de SC ... SRL. Art. 255 alin. (1) C. proc. civ. prescrie că probele trebuie să ducă la soluționarea procesului, ceea ce nu se verifică în speță de proba cu respectivele rapoarte, care nu este concludentă (indispensabilă), motiv pentru care Consiliul respinge cererea petentei de administrare a ei. Documentele de la dosar sunt suficiente pentru a fi analizate în mod corespunzător obiecțiile pe care le aduce petenta. Aceasta nu poate însărcina Consiliul să ceară autorității diverse documente, doar pentru că dorește ea să le studieze în vederea identificării de noi argumente în sprijinul contestației.

La 27.07.2015 este primit la Consiliu răspunsul din partea contestatoarei nr. 1426/27.07.2015 prin care se combate punctul de vedere formulat de autoritate. Conținutul răspunsului nu va fi redat aici, pentru a nu încărca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, însă va fi avut în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de aparatură medicală pentru proiectul de investiții "Reabilitarea, reamenajarea, modernizarea si dotarea Ambulatoriului integrat al Spitalului Orășenesc ...din ..., județul ...", aparatură estimată valoric la 12.081.910 lei, fără TVA. Achiziția este divizată în trei loturi, respectiv: lotul 1 - radiologie imagistica si imagistica ecografica; lotul 2 - dispozitive medicale de specialitate; lotul 3 - aparatura laborator, igiena, pachet prim ajutor.

Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații,

considerând că, pentru lotul 1, ea cuprinde cerințe restrictive, SC ... SRL a atacat-o la Consiliu, în termen legal, prin contestația ce formează obiectul prezentei cauze, solicitând anularea licitației sau, în subsidiar, adoptarea de măsuri de remediere.

Consiliul nu este ținut să analizeze obiecțiile formulate de contestatoare în ordinea în care aceasta le-a expus în acțiunea sa. În speță, dat fiind că invalidarea hotărârii autorității de grupare a 20 de tipuri de produse în cadrul lotului 1 are ca efect anularea licitației, prin prisma imposibilității de redivizare a ei, Consiliul apreciază că se impune pronunțarea cu prioritate asupra legalității și temeiniciei formării lotului 1. Asupra acestui aspect sesizat de reclamantă, Consiliul observă că, într-adevăr, atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date a achiziției, autoritatea a prevăzut că achiziția este divizată în trei loturi, dintre care lotul 1 are valoarea cea mai mare (8.766.393 lei, fără TVA) și este compus din:

- Negatoscop 43 x 80 cm, carcasa metalică, tub fluorescent circular
- Negatoscop 40 x 43 cm, carcasă metalică, tub fluorescent circular
- Aparat Roentgen diagnostic digital
- Mașină automată de dezvoltat pentru filme
- Echipament de protecție radiologică
- Computer tomograf
- Aparat Roentgen dentar
- Ecograf digital Doppler color pentru cabinetul de urologie cu sistem automat de dezinfectie a sondelor
- Ecograf digital Doppler color pentru cabinetul de chirurgie
- Doppler Vascular periferic cu sonde 2 MHz
- Ecograf digital Doppler Color pentru cabinet interne
- Ecograf digital Doppler Color pentru cabinetul de cardiologie
- Ecograf digital Doppler Color pentru cabinetul de obstetrica-ginecologie
- Ecograf digital Doppler color pentru cabinetul de pediatrie
- Doppler Vascular periferic cu sonde de 4 si 8 Mhz
- Ecograf digital Doppler color pentru cabinetul de neurologie
- Ecograf Doppler color pentru cabinetul nefrologie
- Ecograf digital Doppler color pentru cabinetul de gastroenterologie
- Aparat RMN full body
- Artroscop pentru aplicații musculoscheletale

Așadar, pentru lotul 1, organizatoarea licitației dorește să încheie un contract având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de echipamente diferite: negatoscop, artroscop, ecografe, RMN, aparate Roentgen, computer tomograf, aparat dezvoltat filme. Reiese cu certitudine că autoritatea nu intenționează să procure un singur produs, ci 20. În pofida acestei diversități, atribuirea este globală, pe întreaga gamă de produse supuse licitației la lotul 1. Fiecare dintre produse are fișa lui tehnică, în care sunt trecute specificațiile tehnice particulare dorite de autoritate. Dacă nu se respectă una dintre aceste specificații, oferta

va fi respinsă pentru toate produsele, chiar dacă pentru unele specificațiile sunt îndeplinite în totalitate.

La modul cum este redactată în prezent documentația de atribuire pentru lotul 1, fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru cele 20 de tipuri de produse, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme. Neacceptând divizarea lotului, garanția de participare a fost stabilită prin raportare la valoarea estimată a întregului lot (2% din 8.766.393 lei, fără TVA), autoritatea impunând ofertanților constituirea unei garanții de participare de 175.327 lei. De asemenea, criteriile de calificare au fost stabilite și prin raportare la cele 20 produse, ofertanții trebuind să fie autorizați de Ministerul Sănătății pentru activitățile de comercializare, reparare, verificare și punere în funcțiune pentru fiecare dintre echipamentele oferite.

Totodată, operatorii economici vor prezenta o cifră medie de afaceri globală care vizează activitatea pe ultimii 3 ani (2012, 2013, 2014) cu o valoare cel puțin egală cu 17.532.786 lei, pentru lotul 1.

Ca experiență similară, ei vor prezenta lista privind principalele livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani din care să rezulte furnizarea de produse similare în valoare cumulată de minimum 8.766.393 lei, fără TVA, pentru lotul 1, în baza unuia, maximum două contracte.

În privința organizării procedurii în vederea achiziționării celor 20 de produse, chiar dacă au destinații similare, de la un unic contractant, prin interzicerea împărțirii pe loturi și impunerea condițiilor cumulative de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce în mod vădit atingere atât scopului ordonanței de urgență nr. 34/2006, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiilor legale al nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică. În pofida argumentului adus de autoritate, că ordonanța invocată nu o obligă la divizarea contractului, atribuirea pe loturi reprezentând un drept, iar nu o obligație, Consiliul subliniază că principiile evocate anterior (nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea) prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor. De asemenea, ele primează și față de argumentul managementului facil al contractului, autoritatea fiind ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței între cât mai mulți furnizori de echipamente medicale, indiferent dacă preferă

comoditatea administrării unui singur contract de achiziție pentru lotul 1. Altfel spus, concurența nu poate fi sacrificată doar pentru că angajații Orașului ... sau ai Spitalului Orășenesc "Ioan Lascăr" preferă comoditatea gestionării executării unui singur contract pentru 20 de echipamente medicale.

Prin urmare, deși nu este interzisă gruparea acestor echipamente nesimilare și independente într-un singur contract (un singur lot), dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din ordonanță (promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici).

Art. 17 din ordonanță statuează expres că 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, iar art. 2 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 stabilește că, în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență.

Prin interdicția ofertării pe loturi separate a celor 20 de produse se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate cele 20 de categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a dispozitivelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de dispozitive, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață și cuprinsă de autoritate în caietul de sarcini. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate comercializarea tuturor celor 20 de tipuri de echipamente, autoritatea înfrânge accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați, cum este și cazul contestatoarei SC ... SRL. Nu toți furnizorii de computer-tomografe sunt și furnizori de artroscopie sau de ecografe, de exemplu, și viceversa.

Din parcurgerea caietului de sarcini întocmit de autoritate se observă că furnizarea fiecărui tip de aparat este independentă de furnizarea celorlalte. Nicăieri nu se arată că ele trebuie să fie livrate doar împreună și doar de un singur operator economic, mai ales că nu se achiziționează un ansamblu unitar de produse medicale interconectate, ci produse separate.

După cum s-a reținut anterior, se poate acoperi necesitatea autorității de livrare a aparatelor chiar dacă ele provin de la ofertanți diferiți, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate. Ordonanța nu interzice un număr "exagerat" de loturi, ci dimpotrivă, urmărește acordarea unei șanse și micilor

profesioniști, respectiv promovarea accesului cât mai larg la procedură, prin fragmentarea corespunzătoare a achiziției (există numeroase licitații derulate în SEAP cu sute de loturi, în special licitațiile pentru medicamente). Art. 8 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 interzice orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale care restrâng, împiedică sau denaturează concurența.

Temerea rămânerii cu "loturi neofertate din cauza atractivității scăzute" nu poate constitui o scuză pentru restrângerea accesului operatorilor la întreaga licitație. Cum s-a arătat, dacă un producător de computer-tomografe nu livrează și artroscoape, el nu va avea nicio șansă de a participa la licitație și de a își comercializa produsul. Similar, un producător de artroscoape nu va putea licita tocmai pentru că el nu livrează computer-tomografe. Sunt puține cazurile în care un producător are în obiectul său de activitate curentă producerea a tuturor celor 20 categorii de produse diferite între ele, inclusiv în privința codurilor CPV (nu au aceleași coduri aparatele de radiologie, imagistică Doppler, imagistică RMN, tomografie și endoscopie, după cum judicios a sesizat și contestatoarea).

Poate fi aplicabil prin analogie raționamentul art. 51 din Ordonanța nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, care interzice expres condiționarea vânzării către consumator a unui produs de cumpărarea unei cantități impuse sau de cumpărarea concomitentă a unui alt produs sau serviciu. De asemenea, este interzisă prestarea unui serviciu către consumator, condiționată de prestarea altui serviciu sau de cumpărarea unui produs.

Similar, art. 10 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului interzice condiționarea vânzării către consumator a unui produs, de cumpărarea unei cantități impuse sau de cumpărarea concomitentă a unui alt produs sau serviciu. De asemenea, este interzisă prestarea unui serviciu către consumator, condiționată de prestarea altui serviciu sau de cumpărarea unui produs.

Conform art. 1 lit. c) din Legea nr. 12/1990 privind protejarea populației împotriva unor activități de producție, comerț sau prestări de servicii ilicite, reprezintă contravenție condiționarea vânzării unor mărfuri de cumpărarea altor mărfuri.

Dacă între comercianți este interzisă practica forțării achiziționării altor produse odată cu cele dorite, cu atât mai mult autoritățile nu pot forța operatorii să oferteze un produs "neatractiv" pentru ele doar pentru a putea să liciteze produsele pe care vor să le vândă.

Pe de altă parte, dacă unele produse sunt "neatractive", riscul Spitalului Orășenesc "Ioan Lascăr" este de a nu le achiziționa nici

măcar pe cele "attractive", dacă firmele furnizoare, din cauza grupării produselor, sunt îndemnate să nu participe la licitație.

Nici argumentul că ofertarea grupată de către un singur operator economic facilitează întocmirea ofertei, transportul și manipularea nu poate fi validat de Consiliu. Posibila existență a 2, 3 sau 20 de furnizori, fiecare pe segmentul său de echipamente medicale, nu îngrădește cu nimic activitățile de ofertare, transport și manipulare. Faptul că există un singur furnizor sau 20 nu trebuie să preocupe autoritatea, ci, astfel cum s-a arătat în paginile anterioare, asigurarea unei concurențe cât mai mari, respectiv obținerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe o bază numeroasă de selecție a contractanților, la prețuri cât mai avantajoase cu putință.

Necesitatea deschiderii pieței, prin redivizarea achiziției în mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru 20 de loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă. Menținerea grupării achiziției, în scopul atribuirii unui singur contract, este și de natură să trezească suspiciuni, în sensul intenției autorității contractante de a favoriza o anumită sau anumite firme, din numărul limitat al acelor care au în obiectul de activitate furnizarea celor 20 de tipuri de aparate (interzisă expres atât de legislația achizițiilor publice, cât și de cea penală), fără nicio legătură cu argumentele protejării intereselor economice ale autorității și managementului contractului, susținute de autoritatea contractantă.

Despărțirea în mai multe loturi a achiziției, după cum judicios a remarcat și contestatoarea, este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale (din rândul cărora face parte și ...) au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea achiziției pe loturi și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

De altminteri, în Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice (*European Code of Best Practices Facilitating Access by Small and Medium-sized Enterprises - SMEs - to Public Procurement Contracts*), Comisia Europeană a evocat că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze

această posibilitate pentru a restrânge libera competiție. [*"The subdivision of public purchases into lots clearly facilitates access by SMEs, both quantitatively (the size of the lots may better correspond to the productive capacity of the SME) and qualitatively (the content of the lots may correspond more closely to the specialised sector of the SME). Furthermore, sub-dividing contracts into lots and thereby further opening the way for SMEs to participate, broadens competition, which is beneficial for the contracting authorities provided that this is appropriate and feasible in the light of the respective works, supplies and services concerned. Against this background, contracting authorities should keep in mind that, while they are allowed to limit the number of lots tenderers can bid for, they must not use this possibility in a way which would impair the conditions for fair competition. In addition, making it possible to tender for an unlimited number of lots has the advantage that it does not discourage general contractors from participating and the growth of enterprises."*].

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: "Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. [...] În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului."

Deși în legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, conform cărora autoritatea trebuie să urmărească sporirea concurenței la procedura de achiziție, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor care ar putea fi, la fel de bine, să fie achiziționate separat.

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 nedivizarea achiziției în mai multe loturi, Consiliul stabilește că se

impune reîmpărțirea achiziției, astfel încât și firma contestatoare să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le comercializează.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea achiziției în mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot sau pentru 20 de loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

Prin reîmpărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice, iar nu cum argumentează autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 41379/21.07.2015.

Nici nu poate intra în discuție posibilitatea livrării echipamentelor medicale prin intermediul a unu, doi sau chiar 20 de furnizori, oricare dintre aceste variante fiind adecvată pentru asigurarea necesarului autorității contractante. De pildă, computer-tomograful poate fi livrat la fel de bine și în situația în care artroscopul este livrat de alt furnizor sau viceversa, neexistând niciun impediment. În realitate, aparatele dorite de autoritate se pot livra și deconta individual, de operatori economici diferiți, cu sau fără supravegherea unui integrator de proiect. Divizarea pe mai multe loturi a achiziției nu presupune niciun decalaj, contractele separate putându-se încheia în același timp.

Este veridic faptul că este mai comod pentru ... să atribuie un singur lot unui singur operator economic, însă comoditatea nu îi dă dreptul respectivei instituții publice să încalce principiile ce guvernează materia achizițiilor publice prin atribuirea unui lot divers, la care operatorii economici specializați pe un singur tip de echipament medical nu au acces (fie din cauza obiectului vast al contractului, care le excede propriul obiect de activitate, fie din cauza cerințelor de calificare impuse).

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui asemenea operator, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele guvernamentale. Protecția liberei concurențe și a libertății comerțului are statut constituțional (art. 135 din Legea fundamentală), iar: "*Libertatea comerțului apare ca fiind o cerință fundamentală a economiei de piață, care se concretizează în participarea neîngrădită a comercianților la schimburile de mărfuri și servicii. [...] Totodată, concurența*

presupune o confruntare loială între comercianții care acționează pe același segment de piață și oferă consumatorilor produse similare. În scopul creării cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție, statul trebuie să susțină o politică concurențială corectă, aceasta jucând un rol esențial în facilitarea liberei circulații a mărfurilor, în stimularea inițiativei participanților la activitatea de comerț, realizând și funcția de garanție a unei economii de piață" – decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007.

Pretextul managementului livrărilor nu poate fi validat de Consiliu. Posibila existență a doi sau mai mulți furnizori, fiecare pe segmentul său de echipamente medicale, nu îngrădește cu nimic managementul livrărilor.

În fine, potrivit Codului civil, art. 14 alin. (1) și art. 15:

- orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri;

- niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar buneicredințe.

Presupunând că pârâtul nu ar avea nicio obligație de a rediviza achiziția, ci doar un drept, din textele reproduse rezultă că acest drept nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, fără scopul a vătăma sau păgubi pe altul, neexcesiv și rezonabil.

În circumstanțele reținute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic relotizarea achiziției, iar o astfel de relotizare – cum s-a evidențiat – îi este absolut necesară contestatoarei și altor profesioniști care livrează doar un singur tip de aparatură medicală pentru a putea accede la licitația pendinte, Consiliul consideră că ... nu are niciun motiv să refuze realizarea ei, cu excepția abuzului de drept, interzis de normele legale precitate. Cu alte cuvinte, prin răspunsul negativ exprimat, autoritatea dă dovadă de rea-credință și se face vinovată de săvârșirea unui abuz de drept împotriva contestatoarei.

Pe de altă parte, actuala structură a lotului 1 este în dezavantajul autorității, care riscă să respingă o ofertă conformă pentru 19 produse, doar pentru că nu respectă o anumită specificație tehnică pentru produsul 20. Rămânând grupate, este posibil ca autoritatea să nu achiziționeze niciun aparat, deoarece o simplă neconformitate, la oricare dinte aparatele respective, duce la respingerea ofertei pentru toate aparatele. În altă ordine de idei, dacă ar rediviza lotul 1, șansele autorității de a atribui contractul pentru fiecare aparat în parte ar crește.

Poziția autorității pârâte aduce atingere și principiului proporționalității, descris în decizia Curții Constituționale nr. 266/2013 în sensul că orice măsură luată trebuie să fie adecvată - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară - nu depășește ceea ce este necesar pentru îndeplinirea scopului și proporțională - corespunzătoare scopului urmărit. În jurisprudența Curții Europene de Justiție, nu de puține ori s-a statuat că "principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60). În condițiile amintite, este evident că pârâtul și-a exercitat dreptul într-un mod excesiv și nerezonabil, urmărind sau acceptând să pună în dificultate, să creeze inconveniente în participarea individuală la licitație a operatorilor specializați doar pe un anumit tip de gaze medicale.

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

Într-o speță similară, fiind dedusă instanței de judecată decizia Consiliului de obligare a autorității la împărțire pe loturi, Curtea de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raționând că, prin admiterea contestației de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenți economici, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeași linie, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat în decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 că, dacă gruparea produselor într-un singur lot determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați în participarea la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor ordonanței, pe care autoritatea este obligată să le respecte.

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngrădi concurența a fost confirmat și în decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal:

Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

Această critică este nefondată, întrucât **exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, într-o asemenea situație devenind abuzivă și contrară principiilor și scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanță.**

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți la cei al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, și nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați.

Cât privește susținerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorității contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile și scopurile consacrate de ordonanță.

Aceeași instanță, în decizia civilă nr. 5445 din 2 decembrie 2013 a reținut că, "într-adevăr, în cuprinsul dispozițiilor ordonanței nu se prevede în mod expres obligația autorității contractante de a diviza obiectul contractului de achiziție publică, ci se stabilește dreptul ei de a forma loturi, cu respectarea anumitor condiții [în acest sens fiind art. 23 și 27-29 din ordonanță, precum și art. 10 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006]. Cu toate acestea, Curtea constată că, în anumite împrejurări, dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu formarea de loturi pentru atribuirea contractului poate deveni în același timp și o obligație, iar aceasta ar derivă din necesitatea respectării tuturor obligațiilor stabilite în sarcina sa prin ordonanță și normele de aplicare, precum și a principiilor generale statuate la art. 2 din ordonanță."

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: "În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul

motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți."

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea redivizării în mai multe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul relotizării produselor solicitate la lotul 1 și al acceptării depunerii de oferte pe mai multe loturi, cu reducerea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare în funcție de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta.

Dar, redivizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, 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, aspect relevant Consiliului în cuprinsul adresei Centrului Național de Management pentru Societatea Informațională nr. 10006/21.03.2013 (*"În cazul în care autoritatea contractantă inițiază procedura de atribuire în SEAP prin atribuirea unui singur contract sau a mai multor contracte pe loturi, configurația tehnică în SEAP nu permite reîmpărțirea achiziției în mai multe loturi sau comasarea loturilor. Precizăm că la nivelul fișei de date a achiziției, secț. II.1.8) - Împărțire în loturi, autoritatea contractantă decide dacă procedura este împărțită pe loturi sau nu. După publicarea invitației/anunțului de participare nu se poate interveni din punct de vedere tehnic la nivelul fișei de date"*). Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

În considerarea celor prezentate, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația depusă de SC ... SRL și va anula licitația deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare, instalare, punere în funcțiune și training aparatură medicală pentru proiectul de investiții "Reabilitarea, reamenajarea, modernizarea și dotarea Ambulatoriului integrat al Spitalului Orășenesc ...din ..., județul ...", lotul 1 - Aparatură de radiologie imagistică și imagistică ecografică, coduri CPV 33100000-1, 51410000-9 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 10.08.2015, organizată de

Referitor la clauza contractuală 10.4: "*Echipamentele medicale ce urmează a fi achiziționate prin prezenta procedură vor fi fiabile și economice, apte pentru utilizarea intensivă (24 ore/zi, 7 zile pe săptămână) pe întreaga durată de utilizare (atât în perioada de garanție cât și în perioada de post garanție)*", ea este regăsită și în

caietul de sarcini, pag. 7. Este adevărat că ofertanții pot propune amendarea clauzelor contractuale, în temeiul art. 36 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, însă la fel de adevărat este și că ei nu pot propune modificarea caietului de sarcini.

Legislația pe linie de achiziție publică nu împiedică folosirea sintagmei "utilizare intensivă în perioadele de garanție și post-garanție", însă îi prescrie autorității să precizeze în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire [art. 33 alin. (1) din ordonanță]. În speță, semnificația noțiunilor este atât neclară, cât și contradictorie pe alocuri, deci contrară art. 33 alin. (1) din ordonanță.

Expresia "utilizarea intensivă" nu se confundă cu cea de "24 ore/zi, 7 zile pe săptămână", aceasta din urmă însemnând o utilizare permanentă, fără întreruperi, fără pauze, non-stop. Din explicațiile aduse în punctul de vedere reiese că, în realitate, autoritatea nu urmărește ca aparatura să fie utilizată non-stop, ci doar "în caz de nevoie, în timpul liber fiind lăsate în stand-by sau în orice condiție recomandată de producător". Așadar, există o contradicție între redactarea clauzei și voința autorității. Faptul că se face trimitere la "aptitudinea utilizării intensive 24 ore/zi, 7 zile pe săptămână" înseamnă tocmai ca aparatele trebuie să permită o asemenea utilizare, însă în gama de echipamente medicale solicitate de autoritate intră și dispozitive de înaltă precizie, cum este computer-tomograful, ce nu permit folosirea "24 ore/zi, 7 zile pe săptămână" pe durata celor 13 ani de garanție și post-garanție impuse, întrucât progresul tehnic nu este atât de avansat pentru a elimina riscul de supraîncălzire/uzură prematură, respectiv pauzele pentru răcire sau service periodic. Este puțin probabil ca, la acest moment, să existe inventat și produs un computer tomograf cu regimul de funcționare neîntreruptă pe durata celor 13 ani stabilită de autoritate. Capacitatea de stocare termică de minimum 6 MHU, coroborată cu cea de disipare de minimum 810 KHU/min, presupune perioade de repaus pentru evitarea supraîncălzirii tomografului/reducerea nivelului de zgomot imagistic.

Autoritatea nu poate cere operatorilor, în etapa de elaborare a ofertelor, să intuiască ce a dorit să spună prin sintagma "24 ore/zi, 7 zile pe săptămână", respectiv să își fundamenteze oferta pe simple presupuneri, iar pe de altă parte, condiția ca unele aparate medicale de înaltă precizie ce formează lotul 1 să funcționeze 13 ani în continuu trebuie considerată drept imposibilă tehnic și, în consecință, nescrisă (art. 1402 C. civ.). Este unanim admis că nicio persoană nu se poate îndatora la o obligație imposibilă (*ad imposibile nulla est obligatio*), iar imposibilitatea utilizării non-stop

a computer-tomografului în decursul a 13 ani este una notorie și absolută (obiectivă), adică un asemenea regim de funcționare nu poate fi atins de niciun tomograf și nici asumată de vreun ofertant.

Într-adevăr, Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să achiziționeze un echipament de o performanță mai scăzută, întrucât s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse ale căror caracteristici corespund întocmai necesităților sale obiective, prevăzute la art. 35 alin. (2) din ordonanță, însă nici trece cu vederea peste condiția imposibilă tehnic regăsită la clauza contractuală 10.4 și în caietul de sarcini.

Drept urmare, pentru a respecta rigorile art. 33 alin. (1) din ordonanță, dar și pentru a evita eventuale neplăceri în etapa de implementare a contractului, se impune ca autoritatea să elimine din documentația de atribuire sintagma "24 ore/zi, 7 zile pe săptămână" aferentă regimului de funcționare a aparaturii de la lotul contestat ori să îi atribuie semnificația reală și dincolo de echivoc. În redactarea actuală, practic, cu excepția celor cauzate de forța majoră, orice defecțiune a aparatelor ivită în decursul celor 13 ani de funcționare fără oprire ar atrage răspunderea contractuală a furnizorului pentru încălcarea clauzei 10.4.

În Ghidul privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene ce trebuie urmate de autoritățile de management și organismele intermediare în procesul de verificare a procedurilor de achiziții publice, aprobat prin Ordinul nr. 543/2.366/1.446/ 1.489/1.441/879/2013, la cap. IV – Recomandări privind managementul procedurii de atribuire (aplicabile beneficiarilor), pct. 5 – Redactarea contractului, se prevede că, dacă în contract sunt clauze nerezonabile, care nu sunt în acord cu practicile de piață, există riscul de a exclude operatorii economici serioși. Cu titlu de exemplu se menționează că, în cazul introducerii unor clauze care impun contractantului asumarea unor riscuri disproporționate față de practicile de piață, candidații vor avea tendința fie să se retragă din competiție (reducându-se astfel în mod artificial concurența), fie să încerce să se eschiveze:

a) prin introducerea de rezerve (care sunt în mod normal inacceptabile în cadrul unei proceduri deschise); sau

b) acceptându-le formal, dar încercând să le ocolească în faza de execuție a contractului.

Pentru evitarea acestor consecințe, este recomandabil ca documentația de atribuire și clauzele de execuție să fie conforme cu standardele de piață în domeniu.

SC ... SRL critică și clauza contractuală 18.5: "*Produsele care, în timpul perioadei de garanție, le înlocuiesc pe cele defecte beneficiază de o nouă perioadă de garanție care decurge de la data înlocuirii produsului.*", însă această clauză este formulată clar și nu

aduce atinge dispozițiilor legale. Contestatoarea însăși recunoaște că perioada garanției de bună funcționare este cea agreată de părți, respectiv convențională.

Este de subliniat că orice contract de achiziție publică este un contract administrativ, nu unul comercial (civil), în lumina definiției contractului de achiziție publică și a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Fiind un contract cu ajutorul căruia administrația publică (sau entitățile asimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, avându-se în vedere și obiectul său, se consideră că regimul juridic aplicabil contractelor administrative este unul exorbitant de drept public. Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general. În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește prin executarea contractului o satisfacție completă și continuă.

Orice contract cu o autoritate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului. În consecință, și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale. Nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume clauza exorbitantă 18.5 din modelul contractului de achiziție publică. Aceeași lege organică a contenciosului administrativ instituie regula conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Art. 1.716 alin. (1) și (2) C. civ. dispun că vânzătorul care a garantat pentru un timp determinat buna funcționare a bunului vândut este obligat, în cazul oricărei defecțiuni ivite înăuntrul termenului de garanție, să repare bunul pe cheltuiala sa. Dacă reparația este imposibilă sau dacă durata acesteia depășește timpul stabilit prin contract sau prin legea specială, vânzătorul este obligat să înlocuiască bunul vândut. Clauza nu este una neuzuală, în sensul codului (art. 1.203), ci dimpotrivă, fiind regăsită în mod frecvent în documentațiile de atribuire, putând fi asimilată unei uzanțe (o simplă căutare pe internet evidențiază numeroasele cazuri în care a fost utilizată clauza în practica achizițiilor publice).

Nici aceste texte legale și nici altele nu interzic autorității să propună în modelul de contract că, pentru produsul care îl înlocuiește pe cel defect, va curge o nouă perioadă de garanție. Producătorul trebuie să fie conștient că produsele de folosință

Îndelungată ce urmează a fi achiziționate trebuie să fie corespunzătoare din punct de vedere tehnic cel puțin în perioada de garanție declarată. Cu alte cuvinte, ofertarea unui produs care nu este în măsură să funcționeze fără probleme măcar pe durata de garanție atrage răspunderea culpabilă a producătorului, iar beneficiarului Spitalul Orășenesc "Ioan Lascăr" din ... nu i se poate imputa defectarea produsului utilizat în condiții normale pe durata garanției acordate.

În viziunea contestatoarei ar însemna că se poate oferta un produs ce nu este fiabil, respectiv care trebuie înlocuit de numeroase ori în perioada de garanție de trei ani, știind că la finalul acesteia nu va avea nicio obligație de a înlocui produsul nefiabil. Totodată, contractantul va fi încurajat să aducă un produs cu probleme, ce nu va funcționa minimum trei ani, mai cu seamă dacă defectarea [inerentă a] lui necesită o înlocuire în partea de final a perioadei de garanție.

În punctul său de vedere, autoritatea a arătat că, în mod firesc, dorește ca produsul de înlocuire să satisfacă aceleași caracteristici tehnice ca și cel inițial, inclusiv sub aspectul funcționării corespunzătoare pe durata de garanție stabilită în caietul de sarcini (trei ani).

De altminteri, în dreptul pozitiv a și existat la un anumit moment o dispoziție conform căreia "produsele de folosință îndelungată care înlocuiesc produsele defecte în cadrul termenului de garanție vor beneficia de un nou termen de garanție, care curge de la data preschimbării produsului" [Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, art. 14 alin. (3), forma inițială].

Art. 1.169 C. civ. prescrie că părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri, iar clauza contractuală 18.5 se încadrează în aceste limite și nici nu este disproporționată.

Față de situația faptică și de drept evocată mai sus, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de petentă este de prisos, ea neputând schimba soarta procedurii de atribuire inițiată de autoritatea contractantă, în sensul compatibilizării ei cu dispozițiile legale, ci dimpotrivă, poate conduce la confirmarea existenței și a altor abateri, de natură să întărească soluția de anulare a licitației pentru lotul 1, dispusă mai sus, mai cu seamă că, în pofida vehemenței ce transpare din punctul de vedere al autorității, aceasta din urmă nu aduce argumente de ordin tehnic împotriva celor care fundamentează contestația, respectiv care să probeze că specificațiile tehnice impuse reflectă, într-adevăr, necesitățile obiective ale spitalului și nu au caracter discriminatoriu

[între altele, societatea contestatoare a prezentat indicii temeinice că doar un singur tip de computer tomograf/aparat RMN (GE Healthcare) răspunde integral cerințelor din fișa tehnică].

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și opt de pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...