



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 863/29.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ..., împotriva documentației de atribuire aferentă lotului 1 al procedurii, elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Furnizare gaze medicale și servicii conexe aferente*, cod CPV 24111500-0 – *Gaze medicale (Rev.2)*, s-au solicitat următoarele: *obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în mai multe loturi a lotului 1 din prezenta achiziție, respectiv oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și protoxid de azot; obligarea autorității contractante să comunice valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent și să indice prețul unitar estimat pentru fiecare produs solicitat; accesul la dosarul achiziției publice; în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire; suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 863/29.06.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., SC ... SRL critică documentația de atribuire aferentă lotului 1 al procedurii, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Furnizare gaze medicale și servicii conexe aferente*, solicitând cele redată în partea introductivă.

În susținerea capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, SC ... SRL arată că data limită de depunere a ofertelor este 23.07.2020, ora 15:00, termen care, în opinia sa, indiferent de celeritatea procedurii de soluționare a contestației, nu poate oferi intervalul de timp necesar Consiliului pentru soluționarea acesteia.

Contestatoarea precizează că, potrivit cap. II.1.4 „*Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*”, din fișa de date a achiziției, încheierea unui contract de furnizare al acestor produse și servicii conexe aferente este de strictă necesitate pentru desfășurarea, în bune condiții, a activității medicale de către autoritatea contractantă, astfel încât să poată oferi un act medical de calitate superioară.

Supune atenției Consiliului faptul că procedura de achiziție gaze medicinale și servicii conexe aferente, cu număr de referință ..., inițiată prin anunțul de participare nr. ..., în valoare estimată de ... lei, fără TVA, organizată de către aceeași autoritatea contractantă a fost contestată de către societatea sa, motivul fiind nedivizarea pe loturi, iar contestația a fost admisă prin decizia C.N.S.C. nr. ... din

Menționează că, ulterior emiterii deciziei C.N.S.C., procedura de atribuire susmenționată a fost reluată de către autoritatea contractantă în forma actuală, valoarea estimată, fără TVA, a acordului-cadru fiind modificată de la ... lei la ... lei, obiectul acordului-cadru fiind împărțit pe trei loturi: Lotul 1 „*Oxigenul medicinal lichefiat (ambalat în stocator criogenic), Oxigenul medicinal comprimat (ambalat în butelii de diferite capacități), Protoxidul de azot medicinal (ambalat în butelii de diferite capacități), Servicii conexe pentru livrarea acestor produse*; lotul 2 - *Dioxidul de carbon medicinal*; lotul 3 - *Amestecul de gaz (50% oxigen medicinal si 50% protoxid de azot medicinal)*).

SC ... SA precizează că, în cadrul contestației admisă prin decizia C.N.S.C. nr. ... din ... a solicitat divizarea obiectului contractului pe mai multe loturi, după cum urmează: ...), însă, în actuala procedură, autoritatea contractantă „*a făcut împărțirea pe loturi tot cum a considerat de cuviință, respectiv grupând produsele: oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și protoxid de azot*”, invocând, în acest sens, argumentele prezentate în fața Consiliului în litigiul anterior, respectiv: „*Se dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat, precum și a protoxidului de azot să se facă de un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența.*”

Divizarea pe loturi ar presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care din furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv”.

Față de cele expuse, apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat decizia Consiliului, deși, aparent, a efectuat împărțirea pe loturi.

Menționând că autoritatea contractantă dorește achiziționarea următoarelor produse: oxigen medicinal lichefiat; oxigen medicinal gazos; protoxid de azot medicinal; dioxid de carbon medicinal; amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot, autoarea contestației consideră că, prin gruparea celor trei gaze într-un lot unic, lotul 1, respectiv: oxigen medicinal lichefiat; oxigen medicinal gazos; protoxid de azot medicinal, spitalul își menține atitudinea anterioară emiterii deciziei de către Consiliu.

Învederează faptul că, în temeiul dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, *„având un caracter definitiv și executoriu și putere de lucru judecat”*, iar *„revocarea deciziei, (...), fără ca aceasta să fi făcut obiectul unei căi de atac constituie o atingere nepermisă a principiului securității juridice și încrederii legitime”*. În acest context, apreciază că nesanționarea comportamentului entității contractante ar crea o practică în acest sens în nerespectarea deciziilor CNSC, sens în care redă dispozițiile art. 224 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, contestația arată că oxigenul medicinal (atât cel lichefiat cât și cel comprimat), protoxidul de azot medicinal sunt produse diferite, aspect reținut și în decizia C.N.S.C.

De asemenea, subliniază faptul că, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, a fost introdus suplimentar și un echipament denumit *„regulator inteligent”*, care este, în fapt un pulsoximetru automat utilizat în spital, ce asistă personalul medical. Precizând că acesta este un dispozitiv medical ce măsoară mai mulți factori și nu are legătură cu obiectul contractului de furnizare gaze medicale, fiind încadrat în altă categorie de produse și purtător de altă valoare a TVA-ului față de gazele medicale ce formează obiectul acordului-cadru, petenta consideră că a fost inserat în documentația de atribuire de către autoritatea contractantă pentru a restrânge concurența.

În sprijinul susținerilor sale redă un extras din caietul de sarcini privind specificațiile tehnice ale pulsoximetrului:

„- 2 Regulatoare inteligente pe oxigen cu următoarele specificații tehnice: Greutate fizică max. 1850g, dimensiuni: 205 x 265 x 95 mm, dimensiunea afișajului: 7 inch, alimentare: 100-240 V ca, 50/60 Hz, intrare CC: 12. V CC, capacitate baterie: 1.5 ore, Litiu Polimer, citirea SpO2: 70% - 100% = 2. frecvența cardiacă: 40-240 = 5, debit: 0 - 15 l/min”.

Menționează că autoritatea contractantă a explicat necesitatea achiziționării acestui echipament ca având legătură cu obiectul

acordului-cadru, „asigurând alimentarea suplimentară cu oxigen pentru oxigenarea stabilă a sângelui prin reglarea continuă a debitului de oxigen pentru pacient”, însă, în realitate, acest dispozitiv medical a fost introdus pentru a restrânge participarea potențialilor ofertanți la unul sigur care poate livra acest dispozitiv cu greutatea fizică de max. 1850 g, dimensiuni 205 x 265 x 95 mm, dimensiune afișaj 7 inch, alimentare 100-240Vca, același singur ofertant care poate oferta aceste produse grupate într-un lot unic.

În același sens, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a introdus următoarea cerință: „Termenul de instalare a echipamentelor avizate ISCIR pentru punere în funcțiune este de 15 zile lucrătoare de la data finalizării platformei de beton pe care se va instala stocatorul (dacă este cazul)”.

Consideră că prin această solicitare se restricționează accesul altor operatori economici la procedura de atribuire, cu excepția actualului furnizor al lotului 1 al achiziției.

Susține că termenul de 15 zile pentru punerea în funcțiune este un termen în care nu pot fi obținute avizele și autorizațiile ISCIR, termenul de emitere al acestora fiind, conform legislației în vigoare, de 30 de zile. În sprijinul susținerilor sale redă dispozițiile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 554/2001.

Raportat la cele menționate, apreciază ca fiind evident faptul că o autorizare ISCIR a instalației de stocare și distribuție oxigen medicinal nu poate fi obținută de niciun operator economic în termenul solicitat, cu excepția operatorului economic ..., actualul furnizor al spitalului.

O altă specificație tehnică a caietului de sarcini considerată a fi restrictivă de către contestatoare este cea potrivit căreia „Ofertanții vor ține cont de următoarele aspecte: „- furnizorul va amenaja spațiul necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului necesar, va suporta costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, dacă este cazul și execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid (declarație pe propria răspundere și documentație tehnică de montaj, inclusiv stație de butelii)”.

Susține că, în fapt, înainte de desemnarea câștigătorului, spitalul cere ofertanților să pună la dispoziție documentația tehnică de montaj, deși aceasta activitate se va realiza doar de către operatorul economic desemnat câștigător și presupune proiectul tehnic al instalației de stocare și distribuție oxigen medicinal lichefiat, proiect tehnic ce presupune cheltuieli ce nu pot fi efectuate la faza aceasta a achiziției, ci ulterior, semnării contractului de furnizare.

Apreciază că, și în această situație, singurul operator economic care poate prezenta aceasta documentație este actualul furnizor, el având deja instalațiile montate la sediul autorității contractante.

Reclamând faptul că spitalul nu cunoaște dacă este cazul sau nu să se execute noi fundații betonate, autoarea contestației consideră că, în această împrejurare, „trebuie anulată procedura și refăcută strategia

de contractare, (...), prin detalierea tuturor necesităților acesteia, nu operatorii economici trebuie să determine dacă fundația betonată trebuie executată sau nu”.

Față de cele prezentate, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a respectat etapa de planificare a procedurii de atribuire prevăzută de dispozițiile art. 9 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016.

Prin urmare, consideră că procedura de atribuire în modalitatea publicată încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, prin faptul că autoritatea contractantă intenționează să încheie contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate la lotul 1: oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos, protoxid de azot medicinal.

Subliniază că autoritatea contractantă obligă operatorii economici să livreze un dispozitiv medical cu specificații tehnice foarte exacte, în termenul de 15 zile, solicitând documentații care implică cheltuieli suplimentare și inutile pentru un participant la procedură care nu este actualul furnizor.

În sprijinul susținerilor sale invocă art. 42 alin. (2) din Directiva 2014/24 care impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice, precum și Hotărârea CJUE din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, punctul 35.

Învederează faptul că, prin decizia pronunțată în procedura anterioară, Consiliul a dispus admiterea contestației formulate de SC ... SRL și anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic pentru aceste gaze dacă poate să justifice faptul că execuția contractului, din punct de vedere tehnic, ar fi prea dificilă sau costisitoare pentru ea sau nu este în măsură să coordoneze executarea contractului de achiziție publică.

Consideră că refuzul autorității contractante de a atribui contractul prin divizarea lotului 1 în 3 loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

De asemenea, susține că, prin modul în care a înțeles să desfășoare procedura, respectiv să achiziționeze toate tipurile de produse de la un singur ofertant, spitalul a încălcat atât scopul achizițiilor publice, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consideră că se impunea ca, ulterior emiterii deciziei C.N.S.C., obiectul achiziției să fie împărțit în cinci loturi astfel, cum a solicitat în

contestația anterioară și nu în trei, astfel cum a decis autoritatea contractantă.

Arată că, în punctul de vedere privind contestația anterioară, autoritatea contractantă a menționat că furnizarea gazelor medicinale trebuie să se facă de către un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența, însă Consiliul a reținut că, *„din parcurgerea caietului de sarcini, nu rezultă că există o interdependență între cele 5 tipuri de produse, astfel încât să fie necesară încheierea acordului-cadru cu un singur operator economic. Responsabilitatea spitalului privind trasabilitatea și farmacovigilența, astfel cum a arătat și contestația, nu este acoperită prin achiziționarea produselor de la un singur operator economic, această responsabilitate existând indiferent de modul de achiziție a produselor, de la un singur sau de la mai mulți”*.

Contestația susține că, prin împărțirea acestei proceduri în trei loturi, se menține pentru lotul 1 obligativitatea ca cele 3 gaze să fie achiziționate de la un singur operator economic, iar reducerea numărului de produse de la cinci la trei nu este suficient pentru a face dovada punerii în aplicare a deciziei C.N.S.C. mai sus amintită.

Prezentând codurile CPV pentru fiecare produs în parte, respectiv: oxigen medicinal lichefiat - CPV 24111900-4 oxigen (Rev.2); oxigen medicinal gazos - CPV 24111900-4 oxigen (Rev.2); dioxid de carbon - CPV 24112100-3 dioxid de carbon (Rev.2); entonox - CPV 24112200-4 oxizi de azot (Rev.2); protoxid de azot - CPV 24112200-4 oxizi de azot (Rev.2), contestația consideră că autoritatea contractantă nu a decis gruparea oxizilor de azot într-un lot unic datorită *„valorii atrăgătoare rezultate prin gruparea oxigenului lichefiat cu oxigenul comprimat și protoxidul de azot și, în niciun caz, cea a oxizilor de azot”*, prin gruparea efectuată reușind restrângerea pieței în mod evident.

În acest sens, consideră relevantă conduita autorității contractante din anul 2015, când, în cadrul unei proceduri cu obiect similar, a grupat toate gazele medicale într-un singur lot, singura diferență fiind că, la acel moment, nu solicita și dioxidul de carbon medicinal, rezultatul constând în participarea unui singur operator la procedură. Arată că, în același mod a procedat și în anul 2020.

Se face trimitere la cerințele ISO 9001:2008. Trasabilitatea, indiferent dacă autoritatea contractantă cumpără un produs sau cinci produse într-un lot sau cinci loturi, se face separat, pe fiecare produs în parte pentru că există producțiile mai multor produse, chiar dacă ele provin de la un singur producător. În cazul unui distribuitor este și mai evident faptul că acesta poate lua oxigen medicinal lichefiat de la un producător, oxigen medical comprimat de la alt producător și protoxid de azot de la cu totul alt producător, în acest caz trasabilitatea se face la fiecare producător.

Contestația susține că, în cazul în care s-ar asocia cu alt producător/distribuitor astfel cum sugerează autoritatea contractantă

sau ar subcontracta, trasabilitatea s-ar face tot separat, pe fiecare asociat/subcontractor.

SC ... SRL apreciază că, deși are posibilitatea de a nu diviza lotul 1 în măsura în care este adecvat și fezabil, această posibilitate nu trebuie folosită de achizitoare în așa fel încât să restrângă concurența, astfel cum procedează în acest caz, unde, deși contractul a fost împărțit pe loturi, valoarea lotului 1 (achiziție 3 gaze medicale) este mai mare decât valoarea estimată anterior pentru toate cele 5 gaze.

Față de cele expuse, contestatoarea invocă principiile tratamentului egal și nediscriminării, precum și cel al proporționalității în atribuirea contractelor de achiziție publică.

Arată că, în dispozitivul deciziei nr. ... din 15.04.2020, Consiliul a obligat autoritatea contractantă *„să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe loturi”*.

Conchide că autoritatea contractantă a încălcat, din nou, dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, afectându-i interesul legitim de a participa la procedura de atribuire.

Precizând că obiectul achiziției pentru lotul 1 este încheierea unui acord-cadru pe o perioadă de 48 de luni pentru produsele: oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și protoxid de azot lichid, SC ... SRL solicită Consiliului să oblige spitalul să divizeze lotul 1 al acestei achiziții, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedura și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

În opinia sa, unicul furnizor de gaze medicale al spitalului este

Consideră că, prin păstrarea lotului unic pentru toate produsele ce fac obiectul lotului 1 se restricționează accesul operatorilor economici la procedură și nu se asigură cadrul legal pentru achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

Învederează faptul că aceste gaze necesită autorizație de punere pe piață, autorizație de fabricație, certificat de bună practică de fabricație, licență de transport pentru gaze medicinale ADR, autorizații ISCIR și dovada înregistrării în CANAMED, iar în România există un singur furnizor care deține toate aceste documente pentru cele trei gaze medicinale în cadrul grupului din care face parte.

În sprijinul susținerilor sale face trimitere la solicitările de la cap. III 1.1.b *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”* din fișa de date a achiziției și consideră ca fiind evidente restricționarea accesului la procedură și încălcarea principiilor nediscriminării și proporționalității.

Totodată, invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016, precum și considerentul introductiv din Directiva europeană 2014/24/CE, în cadrul căreia sunt subliniate aspecte importante de care autoritățile contractante trebuie să țină cont atunci când elaborează cerințele pentru procedurile de achiziție.

În ceea ce privește accesul egal la procedura de atribuire arată că, în situația de față, oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal

comprimat, dioxidul de carbon, și protoxidul de azot sunt produse cu destinații diferite și sunt produse/furnizate de operatori autorizați în acest sens. Fiecare autorizație se obține pentru fiecare produs în parte, și în niciun caz pentru toate cele trei produse.

Sunt invocate principii consacrate de Codul European de Bune Practici, art. „1.1 Divizare în loturi”, ce reglementează expres că *„Directivile referitoare la achiziții publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi”*.

Contestatoarea consideră că se impune împărțirea achiziției, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura în cauză, creându-se astfel premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice și în condiții de eficiență economică.

Subliniind faptul că operatorii economici specializați pe un singur tip de gaze nu au acces fie din cauza obiectului contractului, care excede propriului obiect de activitate, cum este cazul său, fie din cauza cerințelor impuse prin documentația de atribuire, petenta invocă art. 32 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, care, la alin. (2) prevede ca *„autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența”, situație care apare, în mod evident, în această procedură pentru lotul 1.*

De asemenea, se invocă decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007 și prevederile art. 14 alin. (1) și art. 15 din Codul civil.

În același sens, arată că împărțirea pe loturi este permisă de legiuitor conform prevederilor art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind descrisă ca un drept de care autoritățile pot uza, în condițiile legii.

Redând definiția lotului de la art. 3 alin. (2) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea apreciază că decizia autorității contractante de a nu lotiza lotul 1 trebuie să aibă în vedere cel puțin:

- gradul de interdependență între obiectele loturilor, însă produsele care formează obiectul procedurii de față sunt medicamente diferite, nu există niciun grad de interdependență între ele, astfel după cum a reținut și Consiliul în decizia sa;

- realizarea pe loturi face executarea contractului dificilă din punct de vedere tehnic și/sau costisitoare în raport de avantajele potențiale ale lotizării, însă, în procedura de față, nu se poate vorbi de dificultatea executării contractului, iar din punct de vedere al prețului, sigur atribuirea contractului pe mai multe loturi ar aduce o economie importantă în spitalului, acesta neatribuind contractul la valoarea maximă estimată având un singur ofertant ca până acum;

- activitatea de coordonare a contractanților, funcție de loturile atribuite, să fie de natură a afecta gestionarea respectivelor contracte de către entitatea contractantă, însă nu este cazul, indiferent dacă este vorba de un singur contractant sau de mai mulți, produsele care fac

obiectul acestei proceduri nu impun coordonarea sau gestionarea diferită a livrărilor produselor respective, ele sunt medicamente și vor fi comandate individual, recepționate individual, transportate individual, astfel după cum a reținut și Consiliul în decizia sa.

Susținând că valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent nu se regăsește în documentația de atribuire astfel cum a fost publicată, SC ... SRL solicită Consiliului „*să oblige autoritatea contractantă să comunice valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent și să indice prețul unitar estimat pentru fiecare produs solicitat în cadrul lotului 1 al achiziției*”.

Arată că, deși autoritatea contractantă este obligată să evidențieze elementele/detaliile minime din care să rezulte modul în care a fost stabilită valoarea estimată, respectiv prețurile unitare/totale ale necesităților care fac obiectul acordului-cadru, aceasta a omis să insereze aceste informații în documentația de atribuire.

Consideră că forma actuală a documentației de atribuire relevă nerespectarea dispozițiilor art. 175 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prezentând sub formă tabelară necesarul de gaze medicale pentru 48 de luni, contestatoarea susține că nici pe baza acestor informații nu poate fi determinată valoarea celui mai mare contract subsecvent și, în plus, autoritatea contractantă era obligată să comunice prețul estimat unitar care a stat la baza estimării acordului-cadru.

Subliniază faptul că la stabilirea cerințelor minime de calificare autoritatea contractantă trebuie să țină cont de factori precum complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/acordului-cadru ce urmează a fi încheiat.

Totodată, arată că autoritatea contractantă este obligată să justifice criteriile de calificare și selecție, acestea evidențiind relevanța în raport cu natura și complexitatea contractului și modul de respectare a principiului proporționalității, fapt care nu s-a întâmplat în cazul acestei proceduri de atribuire.

Față de cele expuse, solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

În drept au fost invocate dispozițiile art. 8 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții legale incidente în cauză.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

La dosarul cauzei a fost depusă, atașat exemplarului original al contestației, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de ..., în valoare de ... lei.

Prin punctul de vedere nr. 24013/06.07.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca neîntemeiată.

Răspunzând punctual criticilor contestatoarei, autoritatea contractantă arată următoarele:

În ceea ce privește solicitarea SC ... SRL privind divizarea lotului 1 în mai multe loturi, spitalul, redând dispozițiile art. 141 alin. (3) din

Legea nr. 98/2016, precizează că a hotărât să achiziționeze produsele care constituie obiectul prezentei proceduri recurgând la împărțirea pe loturi și alegând soluția care corespunde cel mai bine necesităților sale, de natură a nu genera riscuri suplimentare.

Învederează faptul că toate produsele aferente procedurii de atribuire au aceeași sferă de aplicabilitate, având aceeași destinație și interdependențe prin lotizarea propusă. Produsul amestecul gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot este un amestec echimolecular de oxigen medicinal și protoxid de azot medicinal, la fel dioxidul de carbon medicinal, iar prin raportare la dispozițiile legale susinvocate, orice ofertant are posibilitatea să participe la procedura de atribuire în asociere sau să subcontracteze.

Autoritatea contractantă susține că în cadrul contestației a constatat numeroase referiri la documentația de atribuire, care nu au tangență cu cele criticate.

Astfel, arată că, la primul punct al contestației, autoarea acestea se referă la împărțirea în mai multe loturi a lotului 1, făcând trimitere la secțiunea „Componente tehnice” din caietul de sarcini, deși aceasta nu are tangență cu lotizarea.

Spitalul precizează că nu a putut identifica care este legătura între termenul de instalare a echipamentelor avizate ISCIR și solicitarea de defalcare a lotului 1 sau corespondența directă între amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului criogenic cu aceeași solicitare.

Subliniază că, în general, a stabilit aceleași condiții tehnice de amplasament și în licitația anterioară, contestată în luna aprilie de către SC ... SRL, iar în această primă contestație petenta nu a făcut nicio referire la documentația de atribuire vizând amplasarea și condițiile de montaj.

În ceea ce privește solicitarea de divizare a lotului 1, autoritatea contractantă precizează că, punând în aplicare decizia C.N.S.C. nr. ... din ..., *„a luat mai multe măsuri de remediere și ducere la îndeplinire, eliberând o nouă documentație în mai multe loturi”*.

Învederează Consiliului faptul că produsele solicitate pentru lotul 1 sunt gaze medicale identice ca adresabilitate, care se administrează pacienților internați în cadrul unității spitalicești, iar această administrare, în cadrul procedurilor medicale chirurgicale, se face simultan pentru oxigen și pentru protoxidul de azot.

Arată că, deși SC ... SRL tratează aparent în mod superficial clauza 753 – „Identificare și trasabilitate” din ISO 9001:2008, spitalul o considera foarte importantă, deoarece, în cazul unei culpe medicale, pe structura unui singur furnizor pentru aceste gaze medicale se poate identifica, în mod facil, care din produsele componente nu au fost conforme. Susține că, în cazul în care cele două gaze au furnizori diferiți, va fi greu de stabilit neconformitatea - cei implicați prezentând documente de conformitate, existând astfel riscul ca fiecare dintre furnizori să-și paseze responsabilitatea unul altuia.

În acest context, spitalul consideră necesar și preventiv menținerea lotului 1 în actuala configurație.

De asemenea, menționează că, pe site-ul companiei, SC ... SRL, la capitolul „Produse-Gaze medicale”, informații prin care certifică posibilitatea furnizării gazelor medicale (oxigen de uz medical, oxigen de uz medical lichid, protoxid de azot de uz medical, protoxid de azot de uz medical lichid) astfel cum sunt formulate în cerințele lotului 1.

Raportat la cele expuse, consideră ca *„fiind lipsită de temei și total falsă/inexactă”* susținerea contestatoarei privind restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire.

Învederează faptul că, pentru a respecta decizia Consiliului, spitalul a lotizat celelalte produse care formează obiectul procedurii, respectiv bioxidul de carbon medicinal și entonoxul medical, pentru care contestatoarea, probabil, nu deține documentele solicitate în documentația de atribuire sau nu sunt atractive din punct de vedere comercial.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei potrivit căreia ar avea dreptul, nu și obligația de a se asocia în vederea participării la licitație, spitalul precizează că o autoritatea medicală este îndreptățită să își impună și să-și susțină cerințele caietului de sarcini în concordanță cu necesitățile sale medicale, nevoi care nu trebuie să fie restrictive.

În consecință, arată că, în ceea ce privește gazele naturale, este necesară existența autorizației de punere pe piață, a certificatului de bună practică de fabricație, a licenței de transport, respectiv dovada înregistrării în CANAMED, etc., iar orice operator economic care dorește să participe la o procedură de atribuire având ca obiect gaze medicale este obligat să dețină aceste documente.

Referitor la afirmația contestatoarei potrivit căreia ar exista un singur furnizor care deține aceste documente în România, spitalul susține că aceasta nu corespunde realității și exemplifică că ..., pe site-ul său, prezintă, în cadrul câmpului de căutare „Produse și livrarea” posibilitatea de a furniza gaze medicale și medicinale.

În concluzie, arată că societatea contestatoare are în portofoliu toate produsele care fac parte din această licitație, iar obținerea autorizațiilor necesare de la Agenția Națională a Medicamentului pentru a putea fi utilizate în scop medical intră în sarcina fiecărui furnizor.

Subliniază faptul că punerea pe piață de gaze medicinale autorizate ca medicament presupune responsabilități și obligații, inclusiv plata taxei de clawback pentru produsele respective și de aceea orice companie care dorește să ofere gaze medicinale care să fie utilizate în tratamentul pacienților internați trebuie să respecte legislația în vigoare.

De asemenea, învederează faptul că orice companie care deține autorizație de distribuție medicamente poate distribui produse cu autorizația de punere pe piață deținută de alte companii, dacă încheie contracte de distribuție cu aceștia. Consideră că este decizia operatorilor economici dacă și cu ce producători încheie contracte de

distribuție și ce produse includ în portofoliu, pentru a fi comercializate în România.

În plus, autoritatea contractantă precizează că, în clasamentul codurilor CPV, la articolul 24111500-0 Gaze medicale (Rev. 2) sunt considerate toate gazele care au spectru de aplicabilitate medical, iar codurile subliniate de către contestatoare, respectiv: 24111900-4 – Oxigen, 24112100-3 - Dioxid de carbon și 24112200-4 - Oxizi de azot, sunt prezentate de legiuitor drept coduri CPV separate, fiind gaze cu utilitate diferită față de cea medicală (adresabilitate tehnică în industrie, alimentație publică, uz veterinar, etc.).

Menționează că, însăși contestatoarea, în catalogul propriu de produse furnizate, face distincția între gaze de uz medical și uz nemedical, precizând: oxigen, oxigen avio lichid, oxigen de uz medical și protoxid de azot, respectiv protoxid de azot de uz medical”.

Astfel, autoritatea contractantă *„consideră tendențioasă și neprofesională trimiterea gazelor medicale pentru uz uman în domenii nonmedicale prin indicarea altor clase de coduri CPV”*.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei privind comunicarea valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent și indicarea prețului unitar estimat pentru fiecare produs solicitat, autoritatea contractantă precizează că este de acord să comunice valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, și anume: lot 1 – ... lei, corespunzător cantităților precizate în caietul de sarcini, pagina 1; lot 2 – ... lei; corespunzător cantităților precizate în caietul de sarcini, pagina 1; lot 3: ... lei; corespunzător cantităților precizate în caietul de sarcini, pag. 1.

Susține că, în ipoteza în care autoritatea contractantă ar furniza valorile estimate pentru fiecare componentă aferentă lotului 1, operatorii economici ar fi tentați să oferteze prețuri cât mai apropiate sau identice de cel estimat, împrejurare care ar genera încheierea unui contract cu o valoare neavantajoasă pentru autoritate.

În opinia spitalului, ofertanții trebuie să alcătuiască oferta corespunzător costurilor proprii și nu valorilor estimate de către autoritate, acestea având un rol limitativ maximal.

În același sens, arată că prin existența produselor componente ale lotului 1 în cadrul catalogului propriu, contestatoarea are posibilitatea, pentru cantitățile precizate caietul de sarcini la lotul 1, să întocmească oferta atât pentru oxigenul medical, cât și pentru protoxidul de azot medical, cumulat.

În ceea ce privește solicitarea SC ... SRL de acces la dosarul achiziției publice, spitalul precizează că aceasta nu o vizează.

Menționează că, deși celelalte aspecte prezentate în contestație nu au legătură cu motivarea acesteia, având în vedere criticile SC ... SRL, dorește să precizeze că *„regulatorul inteligent nu îndeplinește funcția aberantă de pulsoximetru medical”*, neavând legătură directă cu pacientul.

Subliniază faptul că societatea contestatoare a avut posibilitatea de a-i solicita clarificări în acest sens, însă nu a făcut acest lucru. Arată că, dacă ar fi făcut acest lucru, ar fi aflat că rolul acestor regulatoare inteligente de oxigen este acela de a asigura continuitatea alimentării spitalului cu oxigen, în cazul unei avarii în zona stocatorului. Regulatoarele simt căderea de presiune cauzată de avarie și comută automat alimentarea cu oxigen către cele două stații de butelii cu rol de back-up, astfel încât să nu fie perturbată alimentarea spitalului cu oxigen.

Precizează că, în acest context de siguranță sporită, a solicitat și sistemul de telemetrie care monitorizează de la distanță cantitatea de oxigen medical existent în stocator, fără a fi nevoie de intervenția personalului spitalului.

Referitor la critica SC ... SRL privind inserarea în caietul de sarcini a următoarei cerințe: *„Termenul de instalare a echipamentelor avizate ISCIR pentru punere în funcțiune este de 15 zile lucrătoare de la data finalizării platformei de beton pe care se va instala stocatorul (dacă este cazul)”*, autoritatea contractantă precizează că, având în vedere prevederile standardului ISO 7396-1:2016 privind sistemele de distribuție gaze medicinale, a luat în considerare un termen real și corect pentru instalarea echipamentelor.

În opinia sa, termenul de 15 zile lucrătoare este un termen real și suficient pentru instalarea echipamentelor, luând în considerare și decretarea stărilor de urgență și alertă în contextul pandemiei COVID-19. Precizează că termenul susindicat nu are nicio legătură cu termenul necesar pentru „ISCIR-izarea” echipamentelor, contestatoarea făcând confuzii nefirești.

Arată că, pentru „ISCIR-izare”, în conformitate cu Legea nr 544/2001, art. 7, instituțiile publice au obligația să răspundă în scris la solicitarea informațiilor de interes public, în termen de 10 sau, după caz, în cel mult 30 de zile de la înregistrarea solicitării, iar spitalul solicită un termen de 15 zile lucrătoare pentru instalarea echipamentelor ce se considera deja ISCIR-izate (altfel legal nu ai voie să le instalezi) de la finalizarea platformei betonate.

Astfel, solicitarea furnizorului pentru obținerea avizelor ISCIR putând fi făcută încă de la data semnării acordului-cadru, astfel existând un termen suficient pentru a respecta cerința legală susmenționată, deoarece nu a fost impus un termen pentru execuția platformei betonate.

Referitor la susținerea petentei potrivit căreia aceste gaze au nevoie de autorizație de punere pe piață, autorizație de fabricație, certificat de buna practică de fabricație, licență de transport pentru gaze medicinale ADR, autorizații ISCIR și dovada înregistrării în CAIMAMED și în România există doar un singur furnizor care deține toate aceste documente pentru cele trei gaze medicinale în cadrul grupului din care face parte, autoritatea contractantă precizează că, potrivit caietului de sarcini, avizul de funcționare pentru dispozitive medicale emis de

Ministerul Sănătății se solicită pentru stația de butelii/baterii și nu pentru gazele medicale.

Spitalul subliniază faptul că trebuie să se asigure că ofertantul are competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziții publice care urmează a fi atribuit.

Învederează faptul că această solicitare are rolul de a o asigura de capacitatea operatorilor economici pentru interconectarea instalației de stocare la rețeaua de conducte a spitalului conform ISO 7396-1, astfel încât la utilizatorul final (pacientul) să ajungă gaze medicale cu puritatea conform Autorizației de punere pe piață.

Menționează că, prin solicitarea și a celorlalte autorizații, spitalul nu a încălcat principiile nediscriminării și al tratamentului egal, aceste autorizații având rolul de a garanta competențele tehnice și profesionale ale ofertanților și derularea, în condiții optime, a acordului-cadru.

Învederează faptul că societatea contestatoare are dreptul, nu și obligația de a solicita și de a obține aceste autorizații în vederea participării la proceduri de furnizare gaze medicale, iar cerințele fișei de date a achiziției (cap.III.1.1.B) au bază legală și corespund necesităților proprii ale spitalului.

Reiterează faptul că SC ... SRL are în portofoliu toate produsele care fac parte din această licitație, obținerea autorizațiilor necesare de la Agenția Națională a Medicamentului pentru a putea să le utilizeze în scop medicinal intrând în sarcina fiecărui furnizor.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/ 2016 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 900 din 10.07.2020, înregistrată la CNSC cu nr. ..., SC ... SRL a transmis concluziile scrise, ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin care își mențione criticile indicate în cadrul contestației.

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

... a inițiat procedura de licitație deschisă online, organizată pe loturi în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Furnizare gaze medicale și servicii conexe aferente, cod CPV 24111500-0 – Gaze medicale (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru ce urmează a se încheia este ... lei, fără TVA, data limită pentru primirea ofertelor fiind ..., ora

Criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar obiectul contractului este divizat pe 3 loturi, lotul contestat fiind lotul 1: ..., fără TVA.

Nefiind de acord cu modul de elaborare a documentației de atribuire, pentru lotul 1, SC ... SRL a depus contestația în cauză.

Prin Încheierea nr. ... din ..., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

În ceea ce privește invocarea, de către contestatoare, a dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în sensul că autoritatea contractantă nu ar fi respectat Decizia CNSC nr. ... din ..., aferentă contestației formulate în cadrul procedurii de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr. ..., Consiliul nu o va reține ca întemeiată, deoarece, norma legală de mai sus vizează fiecare procedură în parte. Or, în cazul de față contestația nr. 863/29.06.2020, înregistrată la CNSC cu nr. ..., se raportează la procedura de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr.

Din analiza prezentei contestații, Consiliul constată că prima critică a SC ... SRL vizează faptul că autoritatea contractantă, întrucât a grupat următoarele produse: oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și protoxid de azot medicinal, într-un singur lot, respectiv lotul 1, pe de o parte, nu a ținut cont de decizia anterioară a CNSC (nr. ... din ...), iar, pe de altă parte, că produsele în cauză sunt diferite, subliniind că autoritatea, prin păstrarea lotului unic pentru aceste produse, încalcă principiul nediscriminării și principiul proporționalității. În opinia contestatoarei, ... dorește să încheie prezentul acord-cadru „cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze”.

În legătură cu acest aspect, Consiliul are în vedere fișa de date a achiziției, unde la cap. II.2.1) – *Denumire lot*, se menționează: „Oxigenul medicinal lichefiat (ambalat în stocator criogenic), Oxigenul medicinal comprimat (ambalat în butelii de diferite capacități), Protoxidul de azot (ambalat în butelii de diferite capacități), Servicii conexe pentru livrarea acestor produse”. De asemenea, în caietul de sarcini sunt descrise, printre altele, pentru lotul 1 aceleași produse.

Dispozițiilor art. 141 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 stabilesc următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

(3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta **are obligația de a justifica decizia** de a nu atribui contractul pe loturi”.

Potrivit normelor legale citate mai sus, nu este prevăzută explicit obligația expresă ca autoritatea contractantă să recurgă la divizarea pe loturi, însă, art. 2 alin. (2) lit. a), b) și e) din Legea nr. 98/2016 impune, în mod evident, respectarea, de către autoritatea contractantă, a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv: *nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea*, care au ca scop asigurarea și mărirea concurenței, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor, care ar putea fi, la fel de bine, achiziționate separat.

De asemenea, atunci când autoritatea contractantă alege să nu atribuiască pe loturi achiziția anumitor produse, în cazul de față: *oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și protoxid de azot medicinal*, conform art. 141 alin. (3) din Legea 98/2016, este obligată să justifice această decizie astfel încât să demonstreze că nu restrânge concurența.

Relevante, în aceste sens, sunt și prevederile art. 50 alin. (1) și (2) din același act normativ, conform cărora:

„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumii operatori economici”.

Potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă, prin intermediul strategiei de contractare, prezintă *„justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”.*

Din verificarea Strategiei de contractare nr. 20904/ 12.06.2020, Consiliul constată că justificarea de a nu se atribui pe loturi diferite cele trei produse în discuție se rezumă doar la afirmația: *„Autoritatea contractantă dorește furnizarea oxigenului medicinal (lichefiat și comprimat) și a protoxidului de azot medicinal de către un singur ofertant deoarece protoxidul de azot medicinal nu se poate utiliza decât în combinație cu oxigenul medicinal”.*

Or, această explicație nu este de natură a convinge de necesitatea ca cele trei produse să fie livrate de același furnizor. De altfel nici justificarea autorității contractante din punctul său de vedere, conform căreia *„în cazul unei culpe medicale, pe structura unui singur furnizor pentru aceste gaze medicale se poate identifica, în mod facil, care din produsele componente nu au fost conforme”*, autoritatea susținând că *„în cazul în care cele două gaze au furnizori diferiți, va fi greu de stabilit neconformitatea – cei implicați prezentând firește documente de*

conformitate – existând astfel riscul ca fiecare dintre furnizori să-și paseze responsabilitatea unul altuia (...)”, nu este una concludentă astfel încât să justifice imposibilitatea furnizării separate a produselor în cauză.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul apreciază că, indiferent de numărul de furnizori, responsabilitatea pentru produs incumbă producătorului care, în general, nu se află în relație directă cu autoritatea contractantă, ci cu ofertantul care va fi declarat câștigător. Prin urmare, acest aspect se poate acoperi prin intermediul cauzelor contractuale și nu prin evitarea divizării pe loturi.

În concluzie, Consiliul constată că cele trei produse, pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de atribuire, sunt diferite, chiar dacă destinația lor este aceeași, astfel că gruparea acestora într-un singur lot reprezintă o decizie nesustținută care, evident, restrânge concurența și nu stimulează participarea unui număr cât mai mare de operatori economici.

Astfel, prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate cele trei categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a gazelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de gaze, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea și/sau distribuția tuturor celor trei tipuri de gaze, autoritatea limitează accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați pe mai puține tipuri.

Prin urmare, la modul cum este redactată în prezent documentația de atribuire, fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru cele trei tipuri de produse, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme.

Față de cele evocate, Consiliul stabilește că 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 contractantă creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice, iar promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Astfel, în opinia Consiliului, autoritatea contractantă nu este afectată de împărțirea pe loturi a celor trei produse dimpotrivă, aceasta va realiza o utilizare eficientă a fondurilor.

Analizând produsele pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de atribuire și natura diferită a acestora, Consiliul apreciază că la această procedură de atribuire concurența reală ar putea fi asigurată doar prin participarea unor asocieri de operatori economici, iar în condițiile în care asocierea nu

este o obligație ci un drept al operatorilor economici, caracterul restrictiv al modului de întocmire al documentației de atribuire este demonstrat. În cazul contractelor de furnizare, subcontractarea nu este posibilă având în vedere definiția subcontractantului stipulată de art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, conform căruia subcontractant este *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: *În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți*.

De asemenea, relevant, în acest sens, și art. 3 lit. lit. dd) din Legea nr. 98/2016, care definește noțiunea de lot astfel: *„fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”*.

Pentru toate motivele expuse mai sus, Consiliul consideră că cerințele documentației de atribuire, așa cum a fost publicată inițial, sunt cerințe de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 98/2016. Astfel, neîmpărțirea pe loturi pentru cele trei produse indicate, conduce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura susmenționată, iar procedura se va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice.

În consecință, Consiliul apreciază că față de cele mai sus menționate, singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența o constituie împărțirea pe loturi a lotului

1, ca singură modalitate de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006.

În justificare acestei concluzii, Consiliul are în vedere, în primul rând, faptul că prin Decizia CNSC nr. ... din ..., prin care s-a soluționat contestația nr. 355/20.03.2020, înregistrată la CNSC cu nr. ..., formulată de către aceeași contestatoare, împotriva aceleiași autorități contractante, respectiv ..., pe aceleași aspecte din cadrul documentației de atribuire, s-a admis respectiva contestație, în cadrul acesteia din urmă regăsindu-se, printre altele, următoarele precizări:

„Prin modul în care a ales desfășurarea procedurii, respectiv achiziția tuturor tipurilor de produse de la un singur ofertant, autoritatea contractantă a încălcat atât scopul legii achizițiilor publice, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea).

Așadar, exercitarea drepturilor achizitoare, inclusiv cel privind împărțirea pe loturi, trebuie să se circumscrie principiilor amintite, aceasta trebuind să urmărească asigurarea unei concurențe reale și accesul cât mai multor operatori economici la procedură.

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate cele cinci categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a gazelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de gaze, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea și/sau distribuția tuturor celor cinci tipuri de gaze, autoritatea înfrânge accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați pe mai puține tipuri.

(...)

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, dacă situația concretă impune divizarea:

Art. 141. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

(3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

(...)

În circumstanțele reținute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic lotizarea achiziției, iar o astfel de lotizare – cum s-a evidențiat – îi este absolut necesară contestatoarei și altor profesioniști care livrează doar un singur tip de gaze medicale pentru a putea accede la licitația pendinte,

Consiliul consideră că spitalul nu are niciun motiv să refuze realizarea ei. Nu doar destinația este aceea care decide lotizarea unei achiziții, primordială fiind obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția. Altfel spus, nimic nu oprește autoritatea să divizeze achiziția chiar dacă obiectul este identic.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează ([https:// achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1](https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1)):

Din analiza prevederilor legale incidente, rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/ acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

SC ... SRL a oferit două exemple pertinente, respectiv achizițiile organizate de către ... (patru loturi) și ... (patru loturi), în care divizarea a permis participarea la licitație a mai multor companii, mai cu seamă că piața de nișă din România este extrem de restrânsă. De asemenea, judicios contestatoarea a scos în evidență că, în cazurile în care autoritățile publice au preferat să organizeze achizițiile grupat, respectiv fără a recurge la lotizare (... și ...), la acestea a participat unicul furnizor, care a semnat acordurile-cadru la valorile estimate, neexistând concurență. Actuala configurație a licitației, în care ... urmărește să achiziționeze cinci tipuri de gaz medical de la un singur furnizor (unicul furnizor din România autorizat și capabil să ofere întreaga gamă, până la dovada contrară, pe care spitalul nu a fost în măsură să o aducă), coroborată cu mijloacele de probă prezentate de contestatoare, din care reiese că unicul operator autorizat de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru punerea pe piață care acoperă toată gama de gaze cerute este ..., determină Consiliul să concluzioneze că, și la licitația pendinte, spitalul va semna acordul-cadru tot cu ..., contrar prescripțiilor legale care îi impun asigurarea măcar a unei minime concurențe (loiale, desigur).

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

După cum a fost punctat și în amintita decizie nr. ..., 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 București, 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 București, 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.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.

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

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

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe loturi. Dar, divizarea 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. Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat Consiliul și prin decizia nr. ..., prin care s-a soluționat contestația formulată de aceeași contestatoare, ... SRL, împotriva procedurii de licitație deschisă organizată de ..., pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de gaze medicale, cod CPV 24111500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 13.04.2020.

De asemenea, au fost pronunțate în același sens deciziile nr. ... și"

De asemenea, în aceeași decizia s-a dispus anularea procedurii de atribuire, întrucât măsurile de remediere a documentației de atribuire nu au mai putut fi adoptate, fiind indicate, în mod clar, pe de o parte, alte decizii ale CNSC care au stabilit aceeași concluzie, iar pe de altă parte hotărâri ale instanțelor care au avut aceeași finalitate.

Or, în condițiile în care, decizia de mai sus nu a fost atacată în instanță, fiind astfel definitivă, iar autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire în cauză, prin publicarea anunțului de participare nr. ..., fără să țină seama de cele dispuse și stabilite prin această decizie, astfel încât să elaboreze o documentație de a atribuire în sensul indicat, a riscat, pe baza principiului asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (20 lit. f) din Legea nr. 98/2016, ca și în cazul de față procedura de atribuire să aibă aceeași finalitate, respectiv de anulare a ei, deoarece remedierile/modificările care se impun a fi efectuate de către autoritatea contractantă, asupra documentației de atribuire, referitor la lotul 1, nu se mai pot fi realiza.

În ceea ce privește critica societății contestatoare asupra produsului „regulator de presiune integrat”, în sensul că ar fi un produs de sine stătător, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, deoarece, pe de o parte acesta reprezintă un accesoriu la butelia de 2l și de 10 l de oxigen medicinal comprimat, și care asigură continuitatea alimentării spitalului cu oxigen, în cazul în care se întâmplă o avarie. Referitor la acest aspect, Consiliul ține seama de următoarea explicație a autorității contractante: „aceste regulatoare inteligente, ce se montează în zona stocatorului de oxigen simt căderea de presiune cauzată de avarie și comută automat alimentarea cu oxigen către cele două stații de butelii cu rol de back-up, astfel încât să nu fie perturbată alimentarea spitalului cu oxigen (...)", care nu a fost combătută de contestatoare

prin concluziile scrise. Prin urmare, nu se poate face vorbire de inițierea unui lot doar pentru aceste produse. De altfel, nici în contestație și nici prin concluziile scrise, SC ... SRL nu a solicitat alocarea unui lot distinct.

În legătură cu criticile societății contestatoare asupra următoarelor cerințe din caietul de sarcini: *«Ofertanții vor ține cont de următoarele aspecte: „- furnizorul va amenaja spațiul necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului necesar, va suporta costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, dacă este cazul și execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid (declarație pe propria răspundere și documentație tehnică de montaj, inclusiv stație de butelii)”»*, respectiv: *„Termenul de instalare a echipamentelor avizate ISCIR pentru punere în funcțiune este de 15 zile lucrătoare de la data finalizării platformei de beton pe care se va instala stocatorul (dacă este cazul)”*, în sensul că acestea ar fi restrictive, Consiliul le va respinge ca neîntemeiate, întrucât este evident că, prin folosirea sintagmei „**f**” și nu „ofertantul”, autoritatea contractantă vizează operatorul economic a cărui oferta va fi desemnată câștigătoare, deci cu care se va încheia și derula prezentul contract de achiziție publică.

Referitor la capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a comunica *„valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent și să indice prețul unitar estimat pentru fiecare produs solicitat”*, având în vedere achiesarea autorității contractante din punctul de vedere nr. 24013/06.07.2020, înregistrat la CNSC cu nr. ..., Consiliul îl va respinge ca rămas fără obiect.

Luând în considerare cele prezentate și ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în ceea ce privește lotul 1, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și va anula procedura de atribuire, doar în ceea ce privește lotul 1.

Va respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a comunica *„valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent și să indice prețul unitar estimat pentru fiecare produs solicitat”*.

Va respinge, ca nefondate, celelalte critici.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de asigurare a unei minime concurențe, astfel încât la licitație să poată participa mai mult decât un singur operator economic, indiferent dacă el este sau nu chiar actualul furnizor de gaze medicale al autorității contractante.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către SC ... SRL, cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ... și anulează procedura de atribuire, doar în ceea ce privește lotul 1.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a comunica *„valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent și să indice prețul unitar estimat pentru fiecare produs solicitat”*.

Respinge, ca nefondate, celelalte critici.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare.

Președinte,

...

...

Membru,

...

...

Membru,

...

...

Redactată în 4(patru) exemplare originale, conține ... pagini.