CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., formulată de ..., cu sediul în ..., împotriva documentației de atribuire și răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. ..., emise de către ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului - cadru, având ca obiect „...”, coduri CPV ..., s-a solicitat remedierea încălcării legislației privind achizițiile publice, prin anularea răspunsului nr. ..., modificarea documentației de atribuire după cum urmează:

- atribuirea pe loturi a “contractului de achiziție” ce face obiectul procedurii în discuție;
- eliminarea din documentația de atribuire a cerinței constând în prezentarea avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, în scopul demonstrării îndeplinirii condițiilor legate de capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- eliminarea cerinței constând în instalarea echipamentelor avizate de ISCIR în termen de 10 zile de la data semnării contractului;

și, în subsidiar, în măsura în care nu este posibilă remedierea prin modificarea documentației de atribuire, anularea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă online, cu etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii acordului - cadru, având ca obiect *„...”*, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Autoarea contestației arată că, prin notificarea prealabilă din ..., a formulat aceleași solicitări autorității contractante, la data de .... fiindu-i comunicat că nu va fi adoptată nicio măsură de remediere dintre cele solicitate.

... apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat obligația de a diviza în loturi acordul – cadru.

În acest sens, contestatoarea precizează că obiectul contractului, ar trebui, în mod necesar să fie divizat în loturi distincte, cel puțin în ceea ce privește produsele care vor fi furnizate, acestea fiind diferite, invocând dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Față de cele de mai sus, autoarea contestației consideră că autoritatea contractantă restrânge în mod artificial concurența între potențialii operatori economici participanți la procedura de atribuire sau chiar împiedică participarea unora în condițiile în care nu au furnizori/distribuitori a tuturor produselor ce se intenționează a fi achiziționate.

De asemenea, se arată că, în condițiile în care contestatoarea sau chiar și alți operatori economici nu dețin (încă) autorizația de distribuție pentru protoxidul de azot medicinal, prin interdicția ofertării pe loturi, fiind restrâns semnificativ numărul posibililor ofertanți, doar la aceia care dețin autorizațiile pentru toate produsele ce fac obiectul achiziției.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu ține cont de faptul că protoxidul de azot medicinal este produs exclusiv în afara României, astfel încât deținătorii autorizației de punere pe piață a acestui produs, trebuie să dețină certificatul de bună practică de distribuție angro, în termen de valabilitate, emis de ANMDM.

Se susține că scopul avut în vedere de legiuitor prin edictarea normei imperative, conform căreia autoritățile contractante trebuie să justifice în toate cazurile decizia de a nu atribui contractul pe loturi, a fost acela de a facilita accesul IMM – urilor la proceduri de achiziție, însă, în condițiile procedurii în discuție, există chiar premisele împiedicării participării la procedura de atribuire a unor operatori economici, neputându-se argumenta faptul că executarea contractului ar fi mai dificilă sau costisitoare.

... apreciază că autoritatea contractantă a stabilit o cerință nelegală constând în solicitarea prezentării avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, în scopul demonstrării îndeplinirii condițiilor legate de capacitatea de exercitare a activității profesionale.

În acest sens, contestatoarea arată că, potrivit fișei de date, se solicită acest aviz, în conformitate cu prevederile art. 755 și art. 800 din Legea nr. 95/2006, afirmând că articolele legale invocate, se referă la autorizarea pentru desfășurarea activității de distribuitor angro de medicamente.

De asemenea, aceasta precizează că, prin caietul de sarcini se solicită avizul Ministerului Sănătății pentru produsul oxigen medicinal gazos în butelii (din care să reiasă că furnizorul poate efectua reparații și mentenanță pentru dispozitive medicale), precum și pentru toate gazele medicinale.

Autoarea contestației menționează că a solicitat eliminarea cerinței privind prezentarea avizului, autoritatea contractantă, prin răspunsul său, comunicându-i că a solicitat acest aviz pentru "*interconectarea instalației la rețeaua de conducte a spitalului și pentru capacitatea operatorilor economici de verificare a stației de butelii conform ISO 7396-1".* Față de acest răspuns, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă ar fi putut să solicite ISO 7396-1.

... susține că autoritatea contractantă a stabilit o cerință restrictivă de a instala echipamentele avizate ISCIR în termen de 10 zile de la data semnării contractului.

Contestatoarea precizează că a arătat în cuprinsul notificării prealabile, faptul că, modul de redactare al cerințelor caietului de sarcini în referire la acest aspect, este deficitar și "confuzant", în condițiile în care se referă la curgerea termenului de 10 zile, atât de la semnarea contractului, cât și de la semnarea acordului – cadru, mai mult, nefiind clar dacă termenul avut în vedere este stabilit în zile calendaristice sau lucrătoare, din moment ce se referă într-una dintre ipoteze la zile lucrătoare.

Aceasta afirmă că a mai criticat și faptul că, prin stabilirea acestui termen în vederea instalării echipamentelor avizate ISCIR, autoritatea contractantă nu ține cont de faptul că această autorizație se obține în termenul legal de 30 de zile, mai mult, nu are în vedere faptul că inspecția instalației în vederea autorizării se poate realiza numai după instalarea efectivă, etapă ce poate dura câteva zile, prin urmare, chiar dacă operatorul economic ar putea realiza instalarea în 10 zile, autorizația ISCIR oricum nu ar fi posibilă anterior instalării.

De asemenea, se arată că, în condițiile în care, prin caietul de sarcini se solicită ca furnizorul să se ocupe de amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului necesar, urmând să suporte costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid, este și mai evident faptul că instalarea este imposibilă în termen de 10 zile de la semnarea contractului, din moment ce obținerea autorizației de construire presupune un termen de 30 de zile. Totodată, contestatoarea precizează că și dacă nu este în sarcina furnizorului obținerea autorizației

de construire, totuși, din moment ce furnizorul are obligația de a pune la dispoziția autorității contractante întreaga documentație necesară obținerii avizelor și autorizației de construcție, este imposibil ca aceasta să se realizeze mai înainte de semnarea contractului.

Autoarea contestației apreciază că se limitează accesul operatorilor economici la procedura de atribuire, singurul în măsură să realizeze instalarea echipamentelor deja avizate, fiind doar operatorul economic actualmente furnizor al autorității contractante și care instalațiile deja funcționale.

Prin adresa nr. ...., Consiliul a solicitat autorității contractante să comunice copia dosarului achiziției, integral, orice alte documente pe care le consideră edificatoare, punctul de vedere cu privire la contestație, precum și dovada comunicării acestuia către ....

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ...., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, precum și documentele necesare soluționării cauzei.

Prin punctul de vedere înregistrat cu nr. 3064/08.02.2017, ... prezintă o serie de argumente de natură a contrazice susținerile contestatoarei.

Astfel, față de precizările acesteia privind obligația de a diviza contractul în loturi, autoritatea contractantă invocă art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016,precum și normele de aplicare ale acestei legi, afirmând că toate produsele solicitae sunt gaze medicale, acestea fiind grupate într-un singur lot, fiind produse de același gen, unele neputând fi folosite decât prin amestec.

Aceasta menționează de asemenea că protoxidul de azot medicinal nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal, susținând că dorește ca furnizarea gazelor medicale să se facă de un singur operator economic, datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența, apreciind că divizarea în loturi presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident, fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv.

În continuare, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, afirmând că nu încalcă principiul discriminării și principiul tratamentului egal, deoarece orice producător sau distribuitor de gaze medicinale poate participa la procedura de achiziție publică în discuție. Aceasta arată că nu a solicitat ca participanții la procedură să fie doar producători ai gazelor medicinale, aceștia putând fi, fie producători, fie distribuitori ai gazelor medicinale, în conformitate cu reglementările ANMDM.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei în referire la avizul de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, autoritatea contractantă face trimitere la fișa de date a achiziției, secțiunea II, punctul II.1.1, respectiv punctul II.1.6.

De asemenea, ... face trimitere la paginile 4 și 7 din caietul de sarcini, susținând că avizul de funcționare de la Ministerul Sănătății este solicitat pentru ca ofertantul să demonstreze că are competențe tehnice pentru verificarea, repararea și mentenanța stației de butelii ce urmează a fi utilizată pentru distribuția oxigenului medicinal comprimat, dar și pentru realizarea rețelei de conducte, țevi, armături specifice unei bune funcționări a instalației și interconectarea instalației la rețeaua de conducte a spitalului.

În referire la susținerile contestatoarei privind termenul de 10 zile de instalare a echipamentelor avizate ISCIR, autoritatea contractantă precizează că în caietul de sarcini se solicită ca livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare livrării oxigenului medicinal lichefiat, să se facă în acest termen, pentru că acesta este termenul maxim pentru care consideră că nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu oxigen medicinal absolut necesară, lipsa acestuia putând periclita viața pacienților.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a comunicat note scrise față de punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, în referire la susținerile acesteia privind decizia de nu împărții în loturi procedura de achiziție publică, precum și în ceea ce privește argumentele referitoare la solicitarea prezentării avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, în scopul demonstrării îndeplinirii condițiilor legate de capacitatea de exercitare a activității profesionale.

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

Procedura de licitație deschisă online, cu etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în vederea încheierii acordului - cadru, având ca obiect „...”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) anunțului de participare nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului – cadru fiind cuprinsă între ....

Contestatoarea formulează critici cu privire la prevederile documentației de atribuire, solicitând atribuirea pe loturi a obiectului acordului cadru, motivată de faptul că astfel se va permite participarea mai multor operatori economici, eliminarea solicitării ca ofertanți să facă dovada deținerii avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, motivată de faptul că nu este necesar acest document și eliminarea cerinței de a instala echipamentele avizate ISCIR în termen de 10 zile de la data semnării contractului, motivată de faptul că acest termen nu poate fi respectat, autorizarea ISCIR având termen legal de eliberare de 30 de zile.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de atribuire pe loturi, Consiliul reține că, în fapt, produsele solicitate sunt corelate, protoxidul de azot neadministrându-se separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal.

De asemenea, Consiliul reține, pe de o parte, că ... deține, în parte, documentele necesare livrării în condiții legale a protoxidului de azot, iar, pe de altă parte, că nu face dovada obiectivă că există operatorii economici care să dețină documente necesare participării numai pentru protoxidul de azot, solicitare apărând a fi utilă numai contestatoarei, până la momentul obținerii respectivelor documente.

Consiliul, reținând, totodată, că, urmare a faptului, din punct de vedere valoric, achiziția protoxidului de azot reprezintă circa 25% din valoarea estimată a lotului 1, există posibilitatea ca, în cazul împărțirii pe loturi, lotul aferent protoxidului de azot să nu se adjudece, creând dificultăți în funcționarea autorității contractante, fiind afectat, astfel, interesul public, va respinge solicitarea contestatoarei în acest sens.

În ceea ce privește solicitarea de eliminare a cerinței ca ofertanții să prezinte avizul de funcționare pentru dispozitive medicale emis de Ministerul Sănătății conform art. 926 din Legea nr. 95/2006, Consiliul reține că, nici din documentația de atribuire, nici din răspunsul la notificarea prealabilă, nu rezultă, în mod explicit, care sunt componentele rețelei de distribuție sau activitățile pentru care este necesar acest aviz de funcționare și care este temeiul legal care stă la baza încadrării acestora în categoria dispozitivelor medicale.

În aceste condiții, Consiliul reține că modul de formulare a cerinței de calificare mai sus menționată nu respectă art. 154 din Legea nr. 98/2016, respectiv ”Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire” și constată temeinicia criticilor formulate de contestatoare, fiind necesare detalieri în acest sens.

Referitor la cerința de a instala echipamentele avizate ISCIR în termen de 10 zile de la data semnării contractului, motivată de către autoritatea contractantă ca fiind necesară pentru a nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu oxigen medicinal, Consiliul constată, având în vedere activitățile solicitate a fi prestate de către ofertantul declarat câștigător, temeinicia criticilor contestatoarei, în sensul că această cerință restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, deoarece, pe de o parte, volumul și diversitatea acestor activități nu permite respectarea acestui termen, iar, pe de altă parte, fiind implicată o entitate care nu se află în controlul acestuia, respectiv emitentul autorizării ISCIR, termenul trebuie să acopere durata legală de emitere a acestei autorizații, fiind încălcate principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul învederează autorității contractante faptul că aprovizionarea continuă cu oxigen medicinal intră în atribuțiile sale, furnizarea produselor ce fac obiectul acordului-cadru în cauză urmând a

se face urmare semnării unui contract subsecvent cu ofertantul declarat câștigător, nu a acordului-cadru.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondat, capătul de cerere referitor la împărțirea pe loturi a lotului 1, din contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ....

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) 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 urmează să admită capetele de cerere referitoare la eliminarea solicitării ca ofertanți să facă dovada deținerii avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale și eliminarea cerinței de a instala echipamentele avizate ISCIR în termen de 10 zile de la data semnării contractului, din contestația depusă de ... și obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la modificarea documentației de atribuire în sensul precizării cu exactitate a dispozitivelor medicale pentru care trebuie prezentat aviz de funcționare conform art. 926 din Legea nr. 95/2006 și la eliminarea sau stabilirea unui termen de execuție care să acopere perioada necesară obținerii autorizării ISCIR.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere potrivit art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, atât pentru motive de nelegalitate, cât şi de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare conform art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la împărțirea pe loturi a lotului 1, din contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ....

Admite capetele de cerere referitoare la eliminarea solicitării ca ofertanții să facă dovada deținerii avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale și eliminarea cerinței de a instala echipamentele avizate ISCIR în termen de 10 zile de la data semnării

contractului, din contestația depusă de ... și obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la modificarea documentației de atribuire în sensul precizării cu exactitate a dispozitivelor medicale pentru care trebuie prezentat aviz de funcționare conform art. 926 din Legea nr. 95/2006 și la eliminarea sau stabilirea unui termen de execuție care să acopere perioada necesară obținerii autorizării ISCIR.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
....	**....**	**....**

...