



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 datată 24.06.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31977/27.06.2022, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... și convențional de S.P.R.L. ..., cu sediul în ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Gaze medicale și gaze industriale”, pentru lotul 1 - Oxigen lichefiat medicinal, se solicită:

I. Suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a cauzei;

II. Obligarea autorității contractante să remedieze neregulile din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul modificării termenului de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor de la data semnării acordului-cadru cu un termen de 45 de zile;

III. În subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de remediere a documentației de atribuire de la punctul II, anularea procedurii de atribuire pentru nerespectarea prevederilor legale, a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică;

IV. Obligarea autorității contractante la suportarea tuturor cheltuielilor efectuate de ... cu ocazia formulării contestației.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL critică prevederile documentației de atribuire, apreciind că acestea sunt de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

În ceea ce privește remedierea cerinței tehnice considerată restrictivă privind termenul de 10 zile de la încheierea acordului-cadru în vederea livrării și montării echipamentelor tehnice, conform pag. 7 din caietul de sarcini: *„b) Ofertantul se obligă să asigure macarale necesare pentru descărcarea și montajul instalațiilor de aprovizionare, obținerea tuturor avizelor și autorizațiilor necesare instalațiilor oferite, amenajarea spațiului necesar amplasării stocatoarelor criogenice și vaporizatoarelor, cât și a vaselor mobile, proiectarea, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid. Toate aceste lucrări și servicii vor fi efectuate și achitate de către Ofertant pe cheltuiala lui”.*

„Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru. Această cerință este justificată pentru a nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu gaze medicale necesare actului medical având în vedere că spitalul funcționează în baza autorizației sanitare de funcționare ca spital Covid (în patru pavilioane) și non Covid (în trei pavilioane sunt secții de ATI și în două pavilioane secții de TA)”.

Contestatoarea consideră că acest termen reprezintă o specificație tehnică restrictivă care favorizează în mod direct furnizorul actual de gaze medicale, întrucât acesta este singurul care beneficiază de o infrastructură deja existentă în vederea aprovizionării autorității contractante în mod efectiv, iar ceilalți furnizori se află în imposibilitate obiectivă de a îndeplini acest demers în termen de 10 zile de la data încheierii acordului-cadru.

Preliminar, petenta subliniază că furnizorul actual nu mai este nevoit să efectueze această operațiune de montare a echipamentelor tehnice, întrucât echipamentele sunt deja montate, motiv pentru care nu trebuie să se încadreze în acest termen de 10 zile, acest termen fiind aplicabil doar unui eventual nou operator economic.

Totodată, ceilalți furnizori se află într-o imposibilitate obiectivă de a monta echipamentele tehnice într-un termen de 10 zile de la data încheierii acordului-cadru, acest demers fiind imposibil din punct de vedere teoretic și practic.

Raportat la cele două situații, petenta subliniază că singurul operator apt să execute această cerință este, în realitate, ..., întrucât, în concret, în vederea furnizării efective a gazelor medicale, un furnizor nou trebuie să întreprindă următoarele activități:

- se pregătesc și se depun documentele pentru obținerea autorizației de construcție, în baza unui proiect avizat MLPAT - minimum 5 zile lucrătoare;

- termen legal pentru emiterea autorizației de construire - 30 de zile;

- executarea lucrărilor de construire a fundației propriu-zise (turnare, uscare beton) - 30 de zile;

- livrarea și instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat - aprox. 1-2 zile;

- obținerea autorizării ISCIR - 30 zile.

Pentru executarea lucrărilor de construire aferente fundației betonate este necesară depunerea documentației tehnice în vederea obținerii unei autorizații de construire. Odată depuse documentele necesare emiterii autorizației, termenul de recomandare aplicabil autorității publice în vederea emiterii autorizației de construire este de 30 de zile de la depunerea documentației de către solicitant.

Conform art. 7 alin. (1) din Legea nr. 50/1991, privind autorizarea executării lucrărilor de construcții: *„Autorizația de construire se emite pentru executarea lucrărilor de baza și a celor aferente organizării executării lucrărilor, în cel mult 30 de zile de la data depunerii documentației pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții [...]”*.

După obținerea autorizației de construire și a executării fundației betonate și instalarea echipamentelor de stocare și distribuție oxigen medical lichefiat urmează, conform art. 6 lit. d) din Legea nr. 64/2008, obținerea autorizațiilor ISCIR pentru recipientul de stocare a oxigenului lichid.

Termenul de recomandare prevăzut de lege în vederea eliberării autorizării ISCIR este cel general de 30 de zile de la data înregistrării solicitării, prin interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004. Acest termen se calculează după finalizarea lucrărilor de construire de mai sus.

Contestatoarea arată că și în eventualitatea interpretării cerinței autorității contractante în sensul în care autorizarea ISCIR poate fi obținută ulterior, ea nu face parte din etapa de montare și de livrare, iar termenul rezonabil de montare și livrare depășește 60 de zile.

Având în vedere cele de mai sus, prin adunarea termenelor legale, doar componenta teoretică de obținere a documentelor necesare poate dura, în principiu, 60 de zile, fără a calcula componenta de construire și montare efectivă.

În opinia sa, este evident că furnizorul actual ar fi singurul în măsură să monteze, doar teoretic vorbind, echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în termen de maximum 10 zile de la data semnării acordului-cadru.

Totodată, menționează că autoritatea contractantă motivează necesitatea respectării termenului de 10 zile că *nu deține spațiu suficient pentru depozitarea unor cantități mari de butelii de oxigen și nici personal suficient pentru manipularea buteliilor de oxigen de la depozit în cele 11 pavilioane*, însă consideră că această motivare este una formală deoarece nu sunt detaliate în mod expres caracteristicile spațiului de depozitare de care beneficiază autoritatea contractantă.

Mai mult, rezultă că acest spațiu de depozitare este suficient pentru aprovizionarea cu oxigen medicinal lichefiat prin butelii, deoarece autoritatea contractantă acceptă această soluție pentru perioada intermediară de 10 zile înainte de montarea rezervorului criogenic. Livrările se fac eşalonat, în funcție de consumul de oxigen medicinal, astfel că nu se livrează toate buteliile pentru 10 zile într-un singur transport și se depozitează la sediul autorității contractante, ci buteliile

se aduc treptat, iar livrările se pot face zilnic sau la interval de câteva zile în funcție de consumul înregistrat.

Petenta consideră că, ipoteza în care spațiul de depozitare poate suporta tranzitul de butelii de oxigen medicinal timp de 10 zile, poate suporta acest tranzit zilnic și o perioadă mai îndelungată, deoarece cantitățile și numărul de butelii prezente zilnic în spațiul de depozitare este constant (identic), situațiile fiind identice deoarece numărul de butelii din incinta spitalului este mereu același, iar motivarea cerinței restrictive nu are logică.

Aceasta arată că în eventualitatea în care autoritatea contractantă nu ar fi avut într-adevăr spațiu de depozitare pentru volumul efectiv de butelii necesar livrării cantităților contractate, ar fi trebuit să găsească altă soluție de aprovizionare cu oxigen medical și în perioada intermediară de 10 zile de la semnarea acordului-cadru.

Contestatoarea admite că operatorii economici interesați de participarea la procedurile de atribuire organizate de autoritățile contractante trebuie să ia măsuri în sensul furnizării produselor necesare conform specificațiilor tehnice solicitate de acestea din urmă, deoarece se prezumă că aceste specificații sunt necesare în vederea satisfacerii interesului autorității contractante, însă consideră că autoritatea nu poate insera orice fel de specificații tehnice, ci trebuie să existe un echilibru între interesul urmărit de autoritatea contractantă și permiterea accesului egal la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați.

Astfel, eventualele specificații tehnice care pot reprezenta obstacole față de asigurarea unei concurențe efective precum aceasta trebuie să fie justificate, să rezulte în mod necesar din modalitatea în care produsele urmează a fi furnizate și utilizate, decizia de inserare a specificațiilor tehnice necesare fiind motivată de situațiile de fapt concrete în care urmează a se utiliza acel produs.

Așadar, consideră că specificațiile tehnice au o natură obiectivă și servesc la aprovizionarea cu produse corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante, fapt ce nu se probează în speță, deoarece autoritatea contractantă nu este afectată în niciun fel de modalitatea de livrare a oxigenului medicinal pentru perioada intermediară, costurile suplimentare și asigurarea logisticii necesare aprovizionării prin butelii fiind responsabilitatea exclusivă a operatorului economic declarat câștigător.

Concluzionând, contestatoarea arată că în vederea respectării principiului nediscriminării și egalității de tratament în rândul participanților la procedura de atribuire, se impune modificarea termenului de 10 zile menționat, deoarece acesta creează o imposibilitate obiectivă de executare a contractului-cadru în acest interval, cu un termen rezonabil.

De asemenea, arată că adunând termenele de recomandare prezentate în cadrul etapelor de furnizare efectivă a gazelor medicale, acest termen este de 45 de zile de la semnarea acordului-cadru.

În ceea ce privește încălcarea principiilor de nediscriminare și de egalitate de tratament, consideră că stabilirea termenului de 10 zile de

montare și livrare a produselor de la data încheierii acordului cadru este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament prevăzute de Articolul 18 din Directiva 2014/24/UE și transpus în legislația națională prin art. 49 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Aceste principii reprezintă o aplicație particulară a prevederilor art. 18 și art. 34 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene, dezvoltate în primul rând de jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție.

De asemenea, învederează că CJUE a statuat că principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare, subliniind că *specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței*.

Invocând dispozițiile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, petenta consideră că autoritatea contractantă are obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, având obligația de a se abține din a concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legii ori al restrângerii artificiale a concurenței.

În opinia contestatoarei, situația actuală este a unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prevăzut de art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, raportat la faptul că cerința executării contractului-cadru într-un termen imposibil este în măsură să dezavantajeze în mod nejustificat toți operatorii economici, cu excepția furnizorului actual, căruia îi creează un avantaj nejustificat, deoarece acesta este singurul care are montată deja infrastructura necesară executării contractului-cadru și se poate încadra în termenul de 10 zile.

Pe cale de consecință, autoritățile contractante nu ar trebui să impună condiții ce cauzează discriminare directă sau indirectă față de potențialii ofertanți, precum (i) stabilirea unor cerințe de calificare care să favorizeze anumiți participanți la procedura de achiziție publică sau (ii) includerea unor specificații tehnice care ar putea favoriza unele întreprinderi.

În ceea ce privește solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, contestatoarea solicită Consiliului ca aceasta să fie dispusă în subsidiar, în eventualitatea în care apreciază că remedierea neregulii menționate mai sus este imposibilă, având în vedere stadiul procedurii de atribuire, respectiv având în vedere încălcarea principiilor în materia achizițiilor publice menționate mai sus.

Pentru toate argumentele prezentate, contestatoarea solicită admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată și dispunerea măsurilor de remediere precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

Prin adresa nr. 22320/30.06.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 32842/30.06.2022, ... a transmis punctul său de vedere la contestația formulată de către ... SRL, prin care solicită respingerea solicitării de

modificare a termenului de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor de la data semnării acordului-cadru cu un termen de 45 de zile; respingerea solicitării de anulare a procedurii de atribuire; respingerea solicitării privind obligarea autorității contractante la suportarea tuturor cheltuielilor efectuate de SC ... SRL cu ocazia formulării contestației.

În ceea ce privește cererea de respingere a solicitării de modificare a termenului de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor de la data semnării acordului-cadru cu un termen de 45 de zile, autoritatea contractantă învederează că menține termenul de execuție de 10 zile pentru instalarea echipamentelor în vederea aprovizionării în mod continuu cu gaze medicale care sunt absolut necesare funcționării în condiții de siguranță a actului medical.

... arată că este un spital pavilionar (11 clădiri) din care 7 clădiri sunt alimentate cu oxigen din două stocatoare de oxigen medicinal lichefiat care asigură alimentarea continuă cu oxigen. Suprafața spitalului este de 53.171 mp și cuprinde cele 11 pavilioane, în care își desfășoară activitatea aprox. 40 secții și servicii printre care: în 3 pavilioane sunt secții de terapie intensivă, iar în alte 3 sunt 4 secții de terapie acută. În cadrul secțiilor din spital funcționează 5 blocuri operatorii, cu 18 sali de operații.

Autoritatea contractantă menționează că toți pacienții din secțiile de terapie intensivă, terapie acută și blocuri operatorii necesită administrare de oxigen cu debit mărit pe perioadă îndelungată.

Aceasta susține că are un depozit de butelii de oxigen cu o suprafață de 10 mp în care sunt depozitate buteliile de oxigen utilizate exclusiv pentru transportul pacienților către consulturi intraspitalicești, menționând că spitalul nu deține personal care să asigure permanență pentru supravegherea instalațiilor de oxigen și nici pentru manipularea buteliilor de oxigen de la depozitul de butelii în cele 7 pavilioane în care există instalație interioară de distribuție oxigen.

Autoritatea contractantă consideră că termenul de 10 zile este un termen maxim în care spitalul poate funcționa fără stocatoare fixe de oxigen în condiții de siguranță, iar în cazul întreruperii alimentării continue cu oxigen, arată că este obligată să întrerupă activitatea medicală în blocurile operatorii, în secțiile de terapie intensivă și terapie acută, deoarece nu își poate asuma să fie afectată siguranța pacienților prin lipsa alimentării cu oxigen.

De asemenea, face precizarea că în conformitate cu adresele Ministerului Sănătății cu nr. 42762/07.10.2021, înregistrată la ... cu nr. 33731/08.10.2021 și nr. C35793/16.08.2021, înregistrate la ... cu nr. 27144/16.08.2021, conform pct. 4 din Setul de recomandări privind utilizarea surselor de oxigen în cadrul unităților sanitare *„utilizarea în secțiile de pacienți a tuburilor de oxigen în contextul în care personalul medical care supraveghează bolnavii este redus, poate conduce în condițiile manipulării defectuoase un risc al apariției pericolului de explozie/incendiu”*. Aceasta face mențiunea că dispozitivele mobile de stocare a oxigenului reprezintă doar o soluție de rezervă, temporară, la sursa principală de furnizare a oxigenului.

Drept urmare, solicită respingerea susținerii contestatoarei potrivit căreia termenul de 10 zile nu este necesar ca termen limită pentru livrare și montare a echipamentelor, întrucât oxigenul medicinal lichefiat poate fi livrat până la montarea echipamentelor necesare prin intermediul unor stații de butelii, astfel cum este prevăzut la specificațiile tehnice din caietul de sarcini, având în vedere că această metodă de livrare este indicată tocmai ca o măsură provizorie, de scurtă durată, generată de caracterul urgent al utilizării oxigenului medicinal lichefiat la nivelul spitalului.

În susținere, autoritatea contractantă arată că produsul oxigen medicinal lichefiat nu poate fi livrat în butelii pe o perioadă mai mare de 10 zile de la data semnării acordului-cadru, întrucât prin intermediul stațiilor de butelii se poate furniza o cantitate mică din acest produs, cantitate care nu satisface necesitățile spitalului.

Tot în susținerea celor prezentate mai sus, invocă Decizia CNSC nr. ... din 19.10.2021, prin intermediul căreia contestatoarea critică aceeași cerință din cadrul caietului de sarcini, respectiv termenul de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor, prin care Consiliul a dat câștig de cauză autorității contractante motivând faptul că *„(...) Este pertinentă susținerea autorității contractante conform căreia termenul de 45 zile solicitat este mult prea mare, întrucât implică consecințe negative față de spital și față de pacienții internați care au nevoie urgentă de gazele medicale (...).*

Având în vedere cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă solicitarea de modificare a termenului de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor de la data semnării acordului-cadru cu un termen de 45 de zile.

În ceea ce privește respingerea solicitării de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă invocă în susținere argumentele prezentate în cadrul prezentului punct de vedere, respectiv respingerea pe fond a contestației.

Și în ceea ce privește respingerea solicitării privind obligarea autorității contractante la suportarea tuturor cheltuielilor efectuate de SC ... SRL cu ocazia formulării contestației, autoritatea contractantă învederează argumentele prezentate în cadrul prezentului punct de vedere, respectiv respingerea pe fond a contestației, coroborat cu faptul că în cuprinsul contestației nu au fost justificate cheltuielile suportate de contestatoare cu ocazia elaborării acesteia.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 34376/11.07.2022, SC ... S.R.L. a formulat concluzii scrise, prin care solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, având în vedere caracterul neîntemeiat al apărărilor formulate de autoritatea contractantă prin intermediul punctului de vedere depus la dosarul cauzei.

Contestatoarea reiterează o parte din argumentele prezentate în contestație pentru cerința privind termenului de livrare și montaj de 10 zile, susținând că această cerință tehnică este restrictivă și reprezintă un termen imposibil de respectat.

Totdată, raportându-se la argumentarea autorității contractante cu privire la acest aspect, arată că aceasta în mod greșit lasă de înțeles că

pe durata termenului de 10 zile soluția intermediară ar putea să nu acopere necesarul de oxigen medicinal în vederea asigurării bunei funcționări a unității sanitare, deoarece pe toată această perioadă operatorul economic care va încheia acordul-cadru se obligă să furnizeze exact aceleași cantități necesare prin butelii, precum cele care vor fi consumate prin intermediul rezervoarelor criogenice, conform caietului de sarcini, pag. 8.

Așadar, consideră că nu există, în fapt, nicio diferență pentru buna funcționare a activității autorității contractante prin modalitatea în care este transportat oxigenul medicinal, atâta vreme cât îi sunt asigurate cantitățile necesare contractate la termenele urgente stabilite, singura diferență fiind efortul mai mare pe care operatorul economic trebuie să îl susțină.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante că deține un singur spațiu de depozitare pentru toate pavilioanele în care își desfășoară activitatea, contestatoarea consideră că aceasta este în contradicție cu obligația autorității contractante de a deține o sursă alternativă de furnizare, motiv pentru care consideră că este imposibilă deținerea unui singur punct de alimentare prin butelii.

Contestatoarea solicită Consiliului să ceară autorității contractante menționarea spațiilor puse la dispoziție pentru sursele alternative de furnizare de oxigen medicinal (dacă există), pentru identificarea altor spații de depozitare care pot fi utilizate în vederea asigurării necesarului de oxigen medicinal prin butelii în perioada anterioară montării rezervoarelor criogenice.

Aceasta apreciază că, în cazul în care asigurarea unei aprovizionări care să asigure buna funcționare a spitalului prin butelii de oxigen medicinal pe durata intermediară nu era posibilă din cauza spațiului de stocare, atunci autoritatea contractantă nu ar mai fi prevăzut această soluție în mod expres în cuprinsul caietului de sarcini, deoarece nu ar fi fost o soluție intermediară fezabilă și ar însemna că unitatea nu deține sursă alternativă de furnizare.

Contestatoarea precizează că livrările se fac eșalonat, în funcție de consumul de oxigen medicinal, nu se livrează toate buteliile pentru 10 zile într-un singur transport care se depozitează la sediul autorității contractante, ci se aduc treptat, iar livrările se pot face zilnic sau la interval de câteva zile, în funcție de consumul înregistrat.

Contestatoarea reiterează ipoteza conform căreia în cazul în care spațiul de depozitare poate suporta tranzitul de butelii de oxigen medicinal timp de 10 zile și ar reprezenta necesarul de spațiu pentru asigurarea sursei alternative de furnizare, poate suporta acest tranzit zilnic și o perioadă mai îndelungată.

În opinia sa, motivarea cerinței restrictive este illogică raportată la multitudinea de soluții practice care pot fi identificate pentru respectarea obligației de furnizare a oxigenului medicinal lichefiat continuu și neîntrerupt. Având în vedere acest aspect, contestatoarea arată că majoritatea unităților sanitare includ în cadrul documentației de atribuire un termen de livrare și montaj de 45 de zile de la data semnării acordului-cadru.

Cu privire la anexele punctului de vedere, consideră că acestea sunt seturi de măsuri general valabile și obligatorii pentru autoritatea contractantă pentru evitarea producerii unor accidente în incinta unității, cum ar fi măsura conform căreia nu este recomandată utilizarea tuburilor de oxigen în secții de tratare a pacienților. Alimentarea cu oxigen medicinal prin tuburi/butelii în secțiile spitalelor în proximitatea pacienților nu reprezintă nicidecum soluția tehnică intermediară pe care o propun în general operatorii economici, ci se procedează în mod constant la cuplarea mai multor butelii de oxigen medicinal la stația de reducere a presiunii - sursa alternativă de furnizare a oxigenului medicinal, atunci când sursa principală nu este operațională o anumită perioadă de timp.

În concluzie, solicită constatarea caracterului neîntemeiat și nejustificat al termenului de livrare și montaj de 10 zile calendaristice, care descalifică din cadrul procedurii de atribuire toți operatorii economici interesați, cu excepția furnizorului actual de oxigen medicinal, existând soluții practice care să susțină alimentarea în mod continuu și neîntrerupt a autorității contractante atât pentru 10 zile, cât și pentru perioade mai îndelungate de timp în mod corelativ.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de 34.886,40 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Piața Alba Iulia a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. 208178368/1/24.06.2022, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii de atribuire nr.CN... pentru lotul 1.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii colectare, transport și eliminare finală a deșeurilor”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN .../16.06.2022.

Valoarea estimată a întregii proceduri este cuprinsă între 1.455.480 și 2.913.300 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut” pentru fiecare lot în parte.

Împotriva documentației de atribuire pentru lotul 1 - Oxigen lichefiat medicinal, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, solicitând obligarea autorității contractante să modifice termenului de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor de la data semnării acordului-cadru cu un termen de 45 de zile.

În soluționare, Consiliul are în vedere următoarele prevederi ale caietului de sarcini. „b) Ofertantul se obligă să asigure macarale necesare pentru descărcarea și montajul instalațiilor de aprovizionare, obținerea tuturor avizelor și autorizațiilor necesare instalațiilor oferțate,

amenajarea spațiului necesar amplasării stocatoarelor criogenice și vaporizatoarelor, cât și a vaselor mobile, proiectarea, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid. Toate aceste lucrări și servicii vor fi efectuate și achitate de către Ofertant pe cheltuiala lui.” (...)

„Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în **maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru**. Această cerință este justificată pentru a nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu gaze medicale necesare actului medical având în vedere că spitalul funcționează în baza autorizației sanitare de funcționare ca spital Covid (în patru pavilioane) și non Covid (în trei pavilioane sunt secții de ATI și în două pavilioane secții de TA)”.

În susținerea criticii sale, contestatoarea susține că există anumite termene de execuție sau de obținere de autorizații, care însumate ar conduce chiar la un termen de aproape 100 zile, astfel:

- pregătirea și depunerea documentelor pentru obținerea autorizației de construcție, în baza unui proiect avizat MLPAT - minimum 5 zile lucrătoare;
- termenul legal pentru emiterea autorizației de construire - 30 de zile;
- executarea lucrărilor de construire a fundației propriu-zise (turnare, uscare beton) - 30 de zile;
- livrarea și instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat - aprox. 1-2 zile;
- obținerea autorizării ISCIR - 30 zile.

În replică autoritatea contractantă susține că termenul de 10 zile este un termen maxim în care spitalul poate funcționa fără stocatoare fixe de oxigen în condiții de siguranță, iar în cazul întreruperii alimentării continue cu oxigen, arată că este obligată să întrerupă activitatea medicală în blocurile operatorii, în secțiile de terapie intensivă și terapie acută, deoarece nu își poate asuma să fie afectată siguranța pacienților prin lipsa alimentării cu oxigen.

Prin urmare, această cerință a caietului de sarcini reprezintă o necesitate a autorității contractante, prevăzută în mod expres la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: „(10) Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel **încât să corespundă necesității autorității contractante.**”

În perioada pandemiei, spitalele au avut nevoie de cantități mari de oxigen, necesitate care nu putea fi satisfăcută decât în condițiile unei aprovizionări rapide și ritmice cu acest produs. A existat o continuă adaptare la aceste condiții atât din partea spitalelor, cât și a producătorilor/furnizorilor acestui produs, care s-au adaptat necesităților spitalelor.

Consiliul constată că, în acest caz, autoritatea contractantă dorește să încheie acordul-cadru cu un operator economic capabil să se

mobilizeze astfel încât termenul în care ... să poată beneficia de produsul achiziționat să fie cât mai scurt. Acest termen de maxim 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor, este un termen care se află sub controlul exclusiv al ofertantului, reprezintă o expresie a capacității sale de mobilizare în raport cu obligațiile din contract și caracterul urgent al achiziției.

De altfel, în alte proceduri de atribuire similare, SC ... SRL nu doar că nu a criticat asemenea prevederi ale documentației de atribuire, dar a și depus o ofertă conformă, cu care a câștigat procedura în cauză, chiar și în situația în care nu a fost furnizorul anterior de gaze, astfel încât să nu fie nevoie să construiască o nouă fundație.

Consiliul reține că în cadrul unei proceduri similare, organizată de ... (CN1039604/23.02.2022), SC ... SRL a prezentat o ofertă conformă din punct de vedere al îndeplinirii unei cerinței identice cu cea din prezenta procedură.

De altfel, prevederile caietului de sarcini al acelei proceduri au semănat izbitor cu cele din prezenta procedură:

„Instalație de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid – pentru locația din ..., (...), alcătuită din:

- Rezervor criogenic de stocare oxigen lichefiat între 9.000 și 11.000 litri;

(...)

- Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru.

- Furnizorul are obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen medicinal și în cazul unor defecțiuni la echipamentele tehnice sau în cazul unor evenimente care împiedică funcționarea acestora, cu păstrarea prețului (...).

- Furnizorul va prezenta modul de aprovizionare continuă cu oxigen în cazul în care fabrica care produce oxigenul are unele defecțiuni (...) și nu mai poate livra oxigen. Care sunt soluțiile unor asemenea situații.

(...)

- Până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, furnizorul va asigura livrarea de oxigen medicinal necesar bunei funcționări a spitalului la prețul din contract în conformitate cu Autorizația de punere pe piață”.

În cadrul propunerii tehnice prezentate de ... SRL în procedura de atribuire organizată de ... se menționează faptul că va utiliza o platformă mobilă din beton prefabricat, pentru care atașează planșe elaborate de SC ... SRL, respectiv, plan platformă mobilă; modul de amplasare a rezervoarelor; plan amplasament echipamente pe fundație; presiunea de lucru în rezervor; fișele tehnice ale rezervoarelor criogenice.

De asemenea, ... SRL a câștigat o procedură de atribuire foarte asemănătoare cu prezenta, organizată de ... (CN ...), contestată de SC ... SRL, pentru aceleași motive ca și cele din prezenta contestație, în care acest termen de 10 zile lucrătoare era mult mai redus.

În respectiva procedură de atribuire, ... SRL a formulat cerere de intervenție în care a combătut argumentele contesatoarei SC ... SRL, astfel:

«Pentru a demonstra așa-zisa imposibilitate de respectare a cerințelor caietului sarcini privind încadrarea în termenul de livrare de 48 de ore și de montare de 24 ore, contestatorul face o rațiune greșită din punct de vedere juridic, întrucât autorizarea ISCIR nu trebuie obținută în cuprinsul acestor termene, reprezentând o formalitate ulterioară transportului și racordării rezervoarelor criogenice, iar autorizația de construire nu este necesară pentru acest tip de lucrări - întrucât este vorba de instalarea unor platforme mobile.

În primul rând, contrar mențiunilor contestatorului privind necesitatea autorizării ISCIR, această formalitate de autorizare ISCIR conform prevederilor Legii nr. 64/2008, nu a fost inclusă de către autoritatea contractantă în activitățile necesar a fi îndeplinite înăuntrul termenelor de 24, respectiv 48 de ore.

Rezervoarele criogenice oferite de ... sunt noi, provin din Uniunea Europeană, respectă cerințele privind introducerea pe piață stabilite prin reglementări naționale și dețin marcaj CE, motiv pentru care nu este necesară existența unei autorizări ISCIR anterior montării acestor rezervoare în incinta Autorității Contractante.

Astfel cum am detaliat în Răspunsul transmis Autorității Contractante la solicitarea de clarificări nr. 4166/07.04.2022, conform art. 26 din prescripțiile tehnice PTC 4-2010 ISCIR:

Se admite autorizarea /admiterea funcționării următoarelor tipuri de recipiente:

a) recipiente noi care respecta cerințele privind introducerea pe piață stabilite de reglementările naționale care transpun directivele europene specifice;

b) recipiente vechi care au mai funcționat și

c) provin din Uniunea Europeană:

a. care respectă cerințele privind introducerea pe piață stabilite prin directivele europene specifice;

b. care au fost construite anterior intrării în vigoare a directivelor europene specifice și care au fost introduse pe piață cu respectarea reglementărilor naționale ale statului membru în care au fost construite.

După montarea rezervoarelor criogenice care dețin marcaje CE, se întocmește un dosar cu toate documentele solicitate de legislația în vigoare, inclusiv documentele care provin de la producătorul rezervorului criogenic (precum Declarația de conformitate de la producător pe care ... le va utiliza și care a fost transmisă Autorității Contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări mai sus menționat) pentru programarea vizitei reprezentantului CNCIR în vederea autorizării ISCIR.

Aceste aspecte reies din interpretarea prev. art. 58 din PT C 4-2010 ISCIR:

În vederea autorizării funcționării recipientelor criogenice din industria oxigenului, azotului și argonului inspectorul de specialitate din cadrul ISCIR efectuează următoarele activități:

a) verificarea existenței documentației tehnice a recipientului, confirm art. 29;

b) verificarea condițiilor de instalare, conform art. 34;

c) revizia interioară (numai verificarea exterioară) pentru a se constata eventuale defecte ca urmare a operațiunii de transport; manipulare, instalare

d) verificarea dotărilor cu dispozitive de siguranță și verificarea reglării acestora

e) încercarea de etanșeitate a recipientului, efectuată cu azot sau fluid de lucru la presiunea maximă admisibilă PC concomitent cu verificarea gradului de vid în mantaua exterioară.

Conform prevederilor de mai sus, autorizarea ISCIR are în vedere și modalitatea în care au fost montate rezervoarele criogenice, nu doar caracteristicile intrinseci acestora, motiv pentru care nu este posibilă obținerea acestei autorizări până la montarea efectivă a rezervoarelor criogenice.

În concluzie, contestatorul se află în eroare cu privire la necesitatea existenței autorizărilor necesare funcționării rezervoarelor criogenice la momentul depunerii ofertelor de participare, ci autorizația ISCIR poate fi obținută exclusiv după instalarea rezervorului criogenic la sediul autorității contractate, pentru a se putea verifica și dacă au fost respectate condițiile de montaj aferente rezervoarelor criogenice și sunt apte să funcționeze în mod corect.

Această interpretare a cerințelor cuprinse în caietul de sarcini reiese în mod neîndoielnic din cuprinsul Răspunsului consolidat al Autorității contractante nr. 2196/24.02.2022 conform căruia Autoritatea Contractanta a stabilit ca schimbarea celor 2 stocatoare se va face pe rând tocmai pentru a asigura continuitatea alimentarea cu oxigen medicinal lichefiat, urmând ca până la autorizarea primului stocator, unitatea sanitară să fie alimentată din unul dintre cele 2 stocatoare montate.

O interpretare contrară, în sensul necesității obținerii autorizării ISCIR în termen de 24, respectiv 48 de ore ar fi reprezentat o imposibilitate obiectivă de realizare pentru orice operator economic, cu excepția contestatorului - deoarece este fostul furnizor de gaze medicale al Autorității Contractante și beneficiază deja de echipamente și instalații montate și autorizate anterior organizării procedurii de atribuire, reprezentând o restrângere artificială a concurenței în favoarea acestuia.

În eventualitatea în care Autoritatea Contractantă înțelegea să solicite autorizări al căror termen legal de emitere este 30 de zile în 24 de ore, subscrisa ar fi contestat procedura de atribuire în mod corespunzător - astfel cum reiese din contestațiile anterioare depuse de subscrisă și menționate de contestator.

Operatorul ... Gaz a luat la cunoștință această clarificare din partea Autorității Contractante depusă în SEAP în termenul legal și nu a formulat contestație împotriva acestei clarificări, motiv pentru care documentația de atribuire contestată în termen (inclusiv clarificările cerințelor efectuate de Autoritatea Contractantă) devine obligatorie în forma publicată în SEAP înainte de depunerea ofertelor. Caracterul

obligatoriu al documentației de atribuire acceptată și necontestată atât pentru ofertanți, cât și pentru Autoritatea contractantă este subliniat chiar de contestator, la pag. 13 a contestației.

În al doilea rând, pentru activitatea de instalare a platformelor mobile propuse nu este necesară obținerea autorizației de construire. Pentru că platformele propuse sunt mobile, pentru acestea se elaborează un proiect tehnic avizat MLPAT. Acest proiect tehnic pentru fiecare rezervor criogenic în parte urmează a fi prezentat Autorității Contractante după semnarea acordului-cadru.

În consecință, trimiterile la termenele de eliberare a autorizației de construire din cuprinsul contestației în dovedirea nerespectării termenelor impuse sunt irelevante, obținerea autorizațiilor de construire nefiind o cerință necesară a fi îndeplinită în cuprinsul termenului de 24, respectiv 48 de ore și chiar în niciun alt termen, întrucât nu sunt necesare.»

Prin Decizia nr. ... din 14.06.2022, Consiliul a respins această contestația formulată de SC ... SRL și a menținut rezultatul procedurii, așa cum a fost decis de autoritatea contractantă, respectiv a declarat câștigătoare oferta depusă de ... SRL. Decizia a rămas definitivă, plângerea depusă de SC ... SRL fiind respinsă de Curtea de Apel Galați prin hotărârea din data de 15.07.2022, pronunțată în cadrul dosarului nr.

....

În consecință, Consiliul constată că această cerință criticată prin prezenta contestație nu este de natură a produce vreo vătămare contestatoarei, atâta vreme cât ea însăși susține într-o procedură identică că poate furniza și monta utilaje aproape identice nu doar în 10 zile lucrătoare, așa cum este cazul acetei proceduri, ci în 3 zile lucrătoare.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ... S.R.L., în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ... S.R.L., în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.