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. 5070/13.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 36001/16.09.2019, depusă de SC ..... SRL, cu sediul social în ....., ..., ..., având CIF ....., și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ....., reprezentată legal prin director general ....., și convențional prin avocat ....., privind procedura de licitație deschisă, divizată pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „...", de către ....., cu sediul în ..... -. ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

1. admiterea contestației;
2. obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire având ca obiect principal achiziție „oxygen medicinal lichid" pentru restabilirea legalității procedurii, astfel:

a). modificarea sau eliminarea anumitor cerințe, astfel cum sunt menționate în conținutul contestației;

b). la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, cu o perioadă suficientă pentru ofertanții interesați de pregătire a ofertelor sale;

3. obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire, în situația în care remedierea corespunzătoare a documentației nu este posibilă, precum și
4. obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată.

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 SC ..... SRL, critică documentația de atribuire, solicitând remedierea acesteia, iar în situația în care aceasta nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire.

Contestatorul solicită cele arătate în partea introductivă, prezentând, în susținere, punctual, argumente care, în opinia sa, vin să demonstreze nelegalitatea documentației de atribuire, astfel:

Valoarea totală estimată, în cuantum de 3.528.000 RON fără TVA, ceea ce reprezintă un preț de 1.80 Ron/m^3 fără TVA (având în vedere cantitatea totală maximă pentru acordul-cadru 1.960.000/m^3 conform caietului de sarcini, pct.3 și valoarea totală estimată de 3.528.000,00 lei fără TVA, conform fișei de date, pct. II.2.5), s-a realizat, în opinia contestatorului, cu încălcarea art. 20 din Legea nr. 98/2016, a legislației muncii, fiscale și comerciale, întrucât autoritatea a ignorat următoarele date și prevederi legale relevante:

a. valoarea reală globală a tuturor contractelor de oxigen medicinal lichefiat atribuite în ultimele 12 luni (pentru toate cele patru loturi), „ajustată, acolo unde este posibil, pentru a lua în considerare modificările cantitative şi valorice care pot surveni într-un interval de 12 luni de la data contractului iniţial" pe care Spitalul era obligat să o aibă în vedere cu ocazia estimării preţului, pentru toate cele patru loturi.

Contestatorul apreciază relevant în acest sens faptul că, cel puţin pentru două dintre loturile ce fac obiectul documentaţiei contestată, livrările din anul 2018 și începutul anului 2019 au fost efectuate în baza acordului cadru de furnizare cu nr. 9110/03.06.2014, deci nu un contract atribuit în ultimele 12 luni.

De asemenea, contestatorul precizează faptul că, referitor la două dintre loturile ce fac obiectul documentaţiei contestată, în decursul ultimelor 12 luni au fost atribuite două contracte:

i. contractul de furnizare oxigen medicinal lichefiat nr. 2418/b din data de 21.02.2019 cu preţul de 1,98 RON/mc +TVA;

ii. contractul de furnizare oxigen medicinal lichefiat nr. 3313/B/15.03.2019 cu preţul de 2,08 RON/mc + TVA;

Așadar, contestatorul consideră că aceste prețuri se impun a fi ajustate pentru a lua în considerare modificările care în mod evident și indubitabil vor surveni într-un interval de 12 luni, astfel cum rezultă din prevederile art. 20 din Legea nr. 98/2016, având în vedere costurile crescute și în creştere cu achiziţia de energie electrică, combustibili, salarii aferente personalului specializat, valori determinante pentru executarea obiectului prezentului contract.

Față de cele de mai sus prezentate, contestatorul consideră că, în mod greşit și nelegal, autoritatea a estimat un preț de 1,80 RON/mc +TVA.

b. Totodată, contestatorul învederează faptul că, prin adresa nr. 3696/12.12.2018 a solicitat în mod argumentat autorității să rectifice bugetul alocat achiziţiei *„evoluţia prețurilor la energie electrică și carburanţi au influenţat în mod determinant costurile de producţie precum și pe cele legate de livrarea gazelor medicinale direct la beneficiar; de*

asemenea estimările costului la energia electrică pentru perioada următoare nu sunt optimiste. Reamintim că de la data semnării Acordului Cadru precedent, și anume 3.06.2014, au intervenit majorări substanțiale ale componentelor principale din structura prețului oxigenului medicinal lichefiat livrat la locația dvs., respectiv energia electrică și combustibilul; nu în ultimul rând trebuie avute în vedere și costurile în creștere cu personalul calificat cu care se asigură producerea și livrarea oxigenului lichefiat medicinal. Pe cale de consecință, solicităm să rectificați bugetul alocat achiziției sau să modificați documentația de atribuire în sensul precizării că se acceptă și oferte cu prețuri care depășesc bugetul estimat de dvs."

c. Astfel, contestatorul consideră că se impune ca la stabilirea valorii estimate să fie avute în vedere nu numai prevederile legale în materia achizițiilor publice ci și legislația muncii, fiscală și comercială. Ofertele depuse reprezintă, după cum se arată, angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel că, prețul nu este un element pur formal al ofertei ci reprezintă, în opinia contestatorului, un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărei realitate și sustenabilitate trebuie urmărită de autoritatea contractantă. Mai mult, contestatorul apreciază că, chiar dacă criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, nu este în interesul autorității contractante să încheie un contract cu un operator economic care nu îl poate duce la îndeplinire.

Având în vedere cele anterior susținute, contestatorul solicită Consiliului să pună în vedere autorității să depună la dosarul cauzei documentul prevăzut de art. 9 alin. 2 din HG nr. 395/2016, respectiv strategia de contractare și a documentelor suport, astfel încât să se poată aprecia asupra legalității justificărilor privind determinarea valorii estimate a acordului cadru, cât și asupra legalității justificărilor privind solicitarea de instalații de stocare noi, inclusiv toate documentele avute în vedere la estimarea făcută.

Considerând că stabilirea greșită a valorii estimate a contractului poate constitui o abatere care să atragă anularea procedurii de atribuire, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la luarea măsurilor corespunzătoare astfel încât cerinţa documentației de atribuire să respecte prevederile legale.

Contestatorul menționează faptul că, prin pct.II.2.10 al anunţului de participare s-a stabilit că nu vor fi acceptate variante iar prin caietul de sarcini, la pct.1 este prevăzut ca „Cerinţele impuse prin caietul de sarcini vor fi considerate ca fiind minimale și obligatorii. În acest sens, oferta de bază prezentată care se abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luată în considerare numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior îndeplinirii cerinţelor solicitate", „ofertele care nu vor respecta în totalitate cerinţele din specificaţiile tehnice vor fi respinse, fiind declarate neconforme".

În contextul celor prezentate la punctul anterior, contestatorul apreciază că cerinţa prevăzută la cap.2.2 a caietului de sarcini: „ofertantul are obligația de a pune la dispoziția autorității contractante stocatoare de oxigen noi. cu titlul gratuit", este nejustificată, abuzivă și încalcă

prevederile art. 31 alin. 1 din HG nr. 395/2016, cât și principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. 1 și 2 lit. e) din Legea nr. 98/2016 și art. 44 alin.2 lit. a) și f) din Directiva nr. 2004/18/CE.

De asemenea, contestatorul menționează că, potrivit definiției proporționalității atribuită de legiuitor, acesta „asigură corelația între necesitatea obiectivă a autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică cu cerințele formulate în contextul aplicai procedurii de atribuire", principiu concretizat în textul art. 44 alin.2 lit. a), f) din Directiva nr. 2004/18/CE.

Mai mult, contestatorul arată că, conform practicii de specialitate, printre exemplele cele mai des întâlnite de încălcare a principiului proporționalității se regăsește și situația de față, în care se solicită în mod nejustificat doar echipamente de stocare noi în raport cu necesitățile contractului.

Importanța pe care legiuitorul a înțeles să o acorde principiului menționat este reflectată, după cum se arată, prin sancțiunea privind încălcarea cu bună știință a principiului proporționalității, prevăzută la art. 224 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 98/2016 „Următoarele fapte constituie contravenții [...] orice încălcare a prevederilor prezentei legi sau a actelor normative emise in aplicarea acesteia, având ca efect încălcarea dispozițiilor art. 2".

Contestatorul consideră că, autoritatea contractantă solicită, în mod nejustificat și abuziv ofertanților ca aceștia să pună la dispoziția Spitalului doar stocatoare de oxigen noi, deși fiecare stocator de oxigen are o „durată de viată", iar starea de funcționare a acestor recipiente este atestată de către reprezentații CNCIR și RSVTI care eliberează în acest sens autorizația de funcționare. Mai mult, fiecare stocator deține o carte de identificare avizată de către autorități, astfel că, în opinia contestatorului nu există niciun argument legal în baza căruia autoritatea să poată refuza ca produsul ce face obiectul achiziției, respectiv oxigenul medicinal lichefiat, să fie stocat într-un rezervor de oxigen, ce deține o autorizație de funcționare valabilă, pus la dispoziție de către operatorul economic pe durata derulării acordului cadru cu titlu gratuit.

În opinia contestatorului, autoritatea ar putea achiziționa și rezervoarele de oxigen, iar furnizorii ar putea livra doar oxigenul medical lichefiat în stocatoarele Spitalului, caz în care, apreciază că o cerinţa cu privire la achiziția doar de stocatoare noi, ar fi legală și îndreptățită.

Mai mult decât atât, contestatorul învederează că, în toată perioada în care ... a furnizat oxigen medicinal autorității contractante, nu a existat nicio sesizare din care să rezulte că produsul achiziționat ar fi fost influențat în vreun fel de vechimea stocatorului de oxigen.

De asemenea, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 155 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 privind specificațiile tehnice „să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia".

Nu în ultimul rând, raportat la prețul estimat în cadrul licitației în cauză, contestatorul susține că, rezultă, în mod evident că, procedura nu s-ar putea materializa cu desemnarea unui câștigător.

În ceea ce privește punctul 3.4.1. al caietului de sarcini, unde se precizează că „Achizitorul va pune la dispoziția furnizorului fundațiile betonate (existente, pentru capacitățile și locațiile enumerate mai sus) necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal", contestatorul face următoarele precizări:

În primul rând, contestatorul subliniază faptul că fundațiile betonate existente, pe care Spitalul le pune la dispoziția furnizorului în vederea amplasării instalațiilor de stocare, cel puțin pentru două dintre cele patru loturi ce fac obiectul achiziției contestată, sunt fundații care au fost construite și ale căror costuri au fost suportate în totalitate de către actualii furnizori, sens în care, dreptul de dispoziție necondiționată este, în opinia sa, îndoielnic. Mai mult, contestatorul consideră că autoritatea contractantă, pentru a putea dispune necondiționat de fundațiile construite în totalitate de către furnizor, ar fi trebuit ca anterior întocmirii documentației de atribuire, să despăgubească furnizorul respectiv în mod echitabil.

Totodată, contestatorul consideră că informația este incompletă și încalcă prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. 2 din HG nr. 395/2019, deoarece nu sunt făcute precizări clare cu privire la caracteristicile echipamentelor care sunt permise a fi amplasate pe fundațiile existente, cum ar fi de exemplu, și nu numai, valorile maxime și minime admise. Se arată că, fundațiile betonate au fost proiectate, autorizate și construite pentru anumite echipamente ale căror caracteristici trebuie făcute cunoscute tuturor participanților în mod transparent și unitar, de către autoritatea contractantă, astfel încât toți furnizorii interesați de livrare oxigen medicinal să cunoască în mod cert, ce echipamente trebuie să aloce acestei achiziții publice. Așadar, contestatorul apreciază că aceste date esențiale nu pot face doar obiectul unei vizite la fața locului, nefiind o modalitate transparentă și legală.

Suplimentar, în cazul în care un furnizor nu poate pune la dispoziție echipamentele având specificațiile respective, pentru care s-au autorizat și construit fundațiile betonate, conform proiectelor supuse neschimbării, atunci contestatorul susține că, toți ofertanții interesați trebuie să cunoască situația specială a terenului pe care sunt construite fundațiile.

Contestatorul arată faptul că, imobilele din zonă fac parte din patrimoniul istoric, ceea ce determină obținerea de autorizații suplimentare, inclusiv pentru situații de modificări ale acestora, în cazul în care se au în vedere echipamente cu specificații diferite, aspect care nu a fost menționat în mod transparent în caietul de sarcini.

De asemenea, considerând că lipsesc informații esențiale din caietul de sarcini, absolut relevante și necesare potențialilor ofertanți, contestatorul apreciază că se impune completarea caietului de sarcini corespunzător și transparent, astfel:

La punctul 3.4.1. se solicită produsul „Oxigen Medicinal Lichefiat” conform Farmacopei Europene, iar la impuritățile legate de apă se solicită, în mod eronat, în opinia sa, să nu depășească 60 ppm, în condițiile în care aceste procentul de apă pentru Oxigen Medicinal reglementat în Farmacopeea Europeană este de maxim 67 ppm, în consecință, se impune modificarea din „...60 ppm" în „..67 ppm" .

Punctul 3.4.4. al caietului de sarcini și art. 12.4 din draftul de contract subsecvent prevede ca „produsele livrate vor fi însoțite în mod obligatoriu de: ...asigurarea de răspundere civilă".

Astfel cum rezultă din răspunsul autorității contractante nr. 1949/ 29.01.2019 la solicitarea de clarificări a unui operator în procedura de atribuire anulată, respectiv nr. ..., contestatorul arată că, deși spitalul a înțeles faptul că această solicitare nu este întemeiată și a acceptat eliminarea ei, cu toate acestea, în prezenta licitație se revine cu aceeași cerinţă, motiv pentru care, se solicită, din nou, eliminarea ei.

La punctul 3.4.4. al caietului de sarcini și art. 12.4 din draftul de contract subsecvent se prevede obligativitatea transmiterii anexat produselor livrate a unui certificat de garanție, însă, având în vedere faptul că, garanția produselor este asumată prin contract - a se vedea draftul de contract subsecvent, art. 7.3., contestatorul consideră că se impune eliminarea acestei cerințe. Mai mult, medicamentele nu au termen de garanție, ci termen de valabilitate, iar odată ce termenul de valabilitate a expirat este interzisă administrarea acestora la pacienți. Astfel, fiind un domeniu reglementat de către ..., contestatorul apreciază că solicitarea de mai sus se impune a fi eliminată.

Referitor la pct. 6 al caietului de sarcini, respectiv clauza 8.2 a acordului-cadru și 8.3 din contractul subsecvent, contestatorul consideră ca nelegală cerinţa privind termenul de plată „60 de zile de la data comunicării facturii, exclusiv în perioada 25-30 a fiecărei luni". În sensul dat, contestatorul consideră că sunt incidente prevederile art. 6 din Legea nr. 72/2013 care obligă la modificarea clauzei, în sensul „60 de zile de la data emiterii facturii", ținând cont că factura se va emite în baza procesului verbal de recepție cantitativă/avizului de expediție a produsului.

În ceea ce privește drafturile de acord-cadru și contract subsecvent propus prin documentația de atribuire, suplimentar celor anterior menționate, contestatorul consideră că există o disproporție vădită între drepturile și obligațiile părților, sens în care, în spiritul respectării principiului echilibrului contractual, solicită **obligarea autorității contractante la remedierea următoarelor clauze,** astfel:

a. Completarea art.11 alin. 2 pct. b privind încetarea acordului cadru, „prin rezilierea de către o parte, ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligațiilor asumate prin prezentul acord - cadru, de către cealaltă parte, cu notificare prealabilă de 7 zile a părții în culpă" **prin adăugarea, în continuare „doar dacă anterior a fost transmisă o somație privind îndeplinirea obligațiilor contractuale iar respectiva obligație nu a fost îndeplinită în termenul indicat".**

b. **Eliminarea excepției abuzive instituite la art. 11 alin. 2 pct. b din acordul cadru** „Prin excepție, rezilierea acordului cadru intervine de drept, fără notificarea prealabilă a promitentului furnizor, prin simpla manifestare de voință a promitentului - achizitor în situația în care promitentul furnizor înregistrează întârzieri mai mari de zile față de graficul de livrare și/sau produsele livrate nu corespund din punct de vedere cantitativ/calitativ cu specificațiile prevăzute în documentația de atribuire", având în vedere existența primului alineat, care prevede pentru

ambele părți, în mod echilibrat, clauza de reziliere în caz de culpă contractuală.

c. **Modificarea la art. 11. 2 alin. 2 pct. c și d** din „daune interese în cuantum de 20% din valoarea totală a acordului-cadru" în „daune interese în cuantum de 20% din valoarea totală a contractelor subsecvente rămase neexecutate".

d. **Modificarea art. 11. 2 alin. 2 pct. e** din „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral prezentul acord cadru (numai pentru loturile care fac obiectul achiziției centralizate), printr-o notificare scrisă, fără nici o compensație, de la data încheierii contractelor subsecvente, acordurilor cadru încheiate de ... în calitate de unitate centralizată de achiziții. În acest caz, prestatorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din acordul cadru îndeplinită până la data denunțării unilaterale a prezentului acord-cadru" **în** „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral prezentul acord cadru (numai pentru loturile care fac obiectul achiziției centralizate), printr-o notificare scrisă, cu o compensație acordată furnizorului egală cu contravaloarea cantității oxigenului lichefiat contractată în prezenta achiziție și nelivrată beneficiarului, de la data încheierii contractelor subsecvente, acordurilor cadru încheiate de Ministerul Sănătății în calitate de unitate centralizată de achiziții. În acest caz, prestatorul are dreptul la despăgubiri, pentru cantitatea contractată și nelivrată."

e. **Modificarea art. 11.2 alin. 2 pct. f** din „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, în cel mult 30 de zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea acestuia ar fi contrară interesului public, inclusiv în situația în care:

(i) Are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul Promitentului Furnizorul, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt realizate prin Act Adițional la prezentul Acord cadru, cu respectarea dispozițiilor legale;

(ii) în cazul în care, printr-un act normativ, se modifică interesul public al Promitentului-Achizitor în legătură cu care se furnizează Produselor care fac obiectul Contractului;

(iii) la momentul atribuirii Acordului cadru, Promitentul- Furnizor se află în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire;

(iv) în situația în care Contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit Promitentului-Furnizor deoarece au fost încălcate grav obligațiile care rezultă din legislația europeană relevantă iar această împrejurarea fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene;”

în „Părțile își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, în cel mult 30 de zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea acestuia ar fi contrară interesului public sau contravin legii".

Contestatorul consideră că fraza de mai sus enunțată este suficientă și echitabilă pentru ambele părți în situații excepționale, iar exemplele particulare prezentate la pct. i) - iv) nu-si găsesc sensul, în special ultimele două, pentru care legislația achizițiilor publice prevede clauze clare care se aplică *ope legist* și nu sunt situații în care achizitorul își poate rezerva dreptul, ci acesta este obligat să acționeze exclusiv în baza legii.

f. **Modificarea art. 12** „În cazul în care soluționarea pe cale amiabilă eșuează, litigiile se vor soluționa de către instanța competentă de la sediul promitentului-achizitor", **în** „În cazul în care soluționarea pe cale amiabilă eșuează, litigiile se vor soluționa după caz, conform Legii nr. 101/2016".

Având în vedere că prevederile acordului cadru se regăsesc și în ddraftul de contract subsecvent, contestatorul solicită ca, în limita dispozițiilor ce vor fi pronunțate asupra solicitărilor de mai sus, să se dispună și obligarea autorității contractante la modificarea corespunzătoare a prevederilor draftului contractului subsecvent.

Totodată, contestatorul solicită să se constate că există disproporție vădită între drepturile și obligațiile părților inclusiv în ddraftul contractului subsecvent propus, suplimentar celor de mai sus, sens în care, apreciază că se impun următoarele remedieri:

a. art.2 pct. r) se impune a fi completat și cu menţionarea achizitorului, respectiv „orice eșec al Furnizorului și Achizitorului";

b. art. 2 pct. z) se impune a fi completat cu menţionarea ambelor părți, în sensul „orice pagubă produsă de către o parte celeilalte părți";

c. art. 7.2 se impune completarea contractului cu anexa la care face referire și care, în fapt, nu există;

d. art. 7.3. și 7.4 care se referă la „livrarea produselor se face pe bază de comandă fermă" se impune a fi modificat astfel încât să corespundă cerinţei art. 3.4.4. din caietul de sarcini și art. 12.3 și 13.10 din ddraftul de contract subsecvent „livrarea se face [...] în funcţie de datele transmise de către sistemele de telemetrie montate pe recipientele de stocare oxigen medicinal, pentru supravegherea nivelului de gaz,..." .

e. art. 15.1 se impune a se modifica din „în cazul în care furnizorul nu își îndeplineşte în mod culpabil obligaţiile asumate prin contract [...] atunci acesta are obligaţia de a plăti achizitorului cu titlu de daune interese, o sumă în cuantum de 20% din valoarea contractului subsecvent", în „în cazul în care furnizorul nu își îndeplineşte în mod culpabil obligaţiile asumate prin contract sau și le îndeplineşte cu întârziere [...] atunci acesta are obligaţia de a plăti achizitorului cu titlu de daune interese, o sumă în cuantum de 0,03 %/zi de întârziere din valoarea obligaţiei neexecutate, calculată până la data executării ei", cuantumul daunelor interese prevăzut, fiind astfel, în mod echilibrat și pentru achizitor, conform art. 15.3 din ddraftul de contract subsecvent.

f. art. 15.2 este abuziv și se impune a fi eliminat având în vedere următoarele considerente:

i. prezenta licitație se adresează tuturor operatorilor economici interesați;

ii. pentru încălcarea clauzelor contractuale există clauze de răspundere distincte în cadrul contractului, pentru care operatorul va răspunde în raport cu culpa sa;

iii. ipoteza expusă în cadrul acestei clauze excede obiectului achiziției și depăşeşte limitele răspunderii în caz de culpă, fiind evident o clauză abuzivă și disproporţionată. Faptul că, în urma finalizării procedurii ar putea rămâne un singur operator economic nu-i incumbă și nu-i poate antrena răspunderea pentru cheltuieli viitoare ale Spitalului, ce fac obiectul altei proceduri.

g. art. 15.3 se impune a se modifica din „0,01 % din plata neefectuată per zi de întârziere", în „0,03 % din plata neefectuată per zi de întârziere", având în vedere prevederile Legii nr. 72/2013 care califică ca abuzive stabilirea unei dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale.

h. întregul art. 26 „încetarea contractului" (care cuprinde clauze eronat numerotate) se impune a fi modificat conform art. 11 din acordul cadru, cu solicitările menționate la punctul 17 de mai sus, astfel încât clauzele să se refere în egală măsură la drepturi și obligaţii proporţionale pentru ambele părți contractante.

i. Art. 28.2 cuprinzând o clauză neuzuală, se impune modificarea acesteia, „din instanțele judecătoreşti competente material de la sediul Achizitorului" în „înstantele judecătoreşti competente material și teritorial conform Legii nr. 101/2016."

Având în vedere motivele obiective mai sus prezentate și legislaţia aplicabilă, contestatorul consideră că licitația în cauză poate continua în mod legal, doar în urma remedierii documentaţiei de atribuire în sensul indicat, pentru ca operatorii economici la rândul lor să poată, în primul rând să participe la licitație și totodată, să poată transmite autorității contractante o ofertă admisibilă și conformă.

În concluzie, față de toate aspectele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestație astfel cum a fost formulată, cu obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată necesare pentru soluţionarea cauzei.

Totodată, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, se solicită accesul la documentele dosarului cauzei.

În drept, se invocă dispozițiile art. 2, art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, cât și pe toate articolele invocate în cadrul contestației.

În probațiune, proba cu înscrisuri.

Prin adresa f.n. datată 30.09.2019, înregistrată la CNSC cu nr. 38410/30.09.2019, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația formulată de ..... SRL, prin care a solicitat respingerea acesteia ca nefondată, precum și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

1. Preliminarii

În fapt, autoritatea contractantă arată că procedura în cauză a fost inițiată în data de 03.09.2019, prin publicarea în SICAP a anunțului de partcipare nr. ..., împreună cu documentaţia de atribuire aferentă.

Astfel, autoritatea arată că, în data de 13.09.2019 i s-a comunicat contestația formulată de ... în calitate de potențial ofertant, în motivarea

căreia acesta invocă şapte pretinse motive de nelegalitate vizând modul de întocmire a cerinţelor documentaţiei de atribuire.

2. În continuare, autoritatea prezintă argumente care, în opinia sa, justifică respingerea contestației

2.1. Cu privire la valoarea estimată a achiziţiei

Autoritatea consideră că, în mod nelegal, ... susține că stabilirea valorii estimate a achiziției s-ar fi realizat cu încălcarea art. 20 din Legea nr. 98/2016.

În esență, autoritatea contractantă precizează că, stabilirea valorii estimate în sumă de 3.528.000 lei RON fără Tva, a avut în vedere un preț de 1,8 RON/m3 și că, aceasta respectă întru totul dispozițiile legale în vigoare. Mai mult, se arată că, deși contractul ce se dorește a fi atribuit vizează produse necesare cu regularitate autorității contractante, însă în speță, sunt esențiale câteva chestiuni particulare.

Așadar, în ultimele 12 luni, autoritatea contractantă:

> pentru perioada septembrie - 31 decembrie 2018 a avut semnat cu societatea ... un contract subsecvent de furnizare oxigen (atribuit în baza unui acord cadru ca urmare a unei proceduri de licitație deschisă) cu un preț unitar de 1,1 Ron/m^3.

> pentru perioada decembrie - septembrie 2019 nu a avut un contract de achiție publică semnat în urma parcurgerii unui proceduri de licitație deschisă/simplificată ci un contract atribuit printr-o negociere fără publicarea unui anunț societății ... (preț unitar de 1,98 RON/m^3).

În mod evident, prețul negociat în procedura de negociere, susține autoritatea contractantă, diferă față de valoarea din contractele propriu-zise de achiziție publică, raportat la perioada contractelor, cantitatea furnizată și termenii de livrare.

De altfel, autoritatea contractantă învederează, astfel cum s-a arătat mai sus, anterior contractelor atribuite prin negociere, că contestatorul a avut semnat cu subscrisa un acord cadru de furnizare oxigen medical în care prețul unitar a fost de 1,1 RON/m^3. Creșterea prețului în contractul de negociere cu 63% nu poate justifica, în opinia autorității, în nici un fel stabilirea unei valori estimate în prezenta licitație pe baza prețurilor din negociere.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă menționează că, chiar dacă s-ar raporta și la prețurile unitare din procedura de negociere, se poate lesne observa că, prețul mediu lunar în ultimul an (09.2018-09.2019) a fost de 1,76 lei/m^3, astfel încât, în opinia sa, susținerile contestatorului sunt neavenite.

În plus, autoritatea contractantă precizează că, prețurile de piața pentru furnizarea acestor produse au fost cele care au justificat, astfel cum s-a arătat în referatul de necesitate și strategia de contractare, stabilirea valorii estimate. Așadar, autoritatea consideră că susținerile ... sunt pur tendențioase, având în vedere că, prin contestația formulată se încearcă monopolizarea acestui tip livrări la prețuri nejustificate.

*2.2. Cu privire la pretinsa contradicție între dispozițiile caietului de sarcini și prevederile fișei de date vizând neacceptarea ofertelor alternative, a*utoritatea contractantă arată, în ceea ce privește această

critică, dată fiind lipsa motivării, că nu se înțelege, în concret, care este obiecțiunea contestatorului.

Astfel, se arată că, în fișa de date a achiziție s-a stipulat în mod clar că nu vor fi acceptate oferte alternative, autoritatea neavând obligația acceptării unor astfel de oferte. Mai mult, în caietul de sarcini au fost prevăzute în mod expres cerințele minimale obligatorii, arătând-se că nerespectarea acestora va atrage excluderea ofertei ca neconformă. Așadar, autoritatea consideră că documentația este cât se poate de clară sub acest aspect și respectă întru totul dispozițiile legale în vigoare.

2.3. Cu privire la cerinţa 2.2. din caietul de sarcini potrivit căreia ofertanții au obligația de a pune la dispoziția autorității contractante stocatoare noi

Astfel cum rezultă din documentele prealabile publicării anunțului (strategie de contractare, referate), autoritatea contractantă arată că nu dispune de instalații proprii de oxigen, sens în care, s-a prevăzut cerinţa potrivit căreia ofertanți au obligația de a pune la dispoziția autorității contractante stocatoare noi.

În opinia autorității, cerinţa în cauză nu este sub nicio formă restrictivă, fiind absolut necesară și proporțională cu obiectul contractului.

Autoritate contractantă apreciază că nemulțumirea contestatorului survine ca urmare a faptului că, având în vedere că în ultimii ani, acesta a fost furnizorul său pentru acest tip de produse, acesta deține deja stocatoare de oxigen plasate în incinta spitalului, în temeiul contractelor de furnizare semnate. Aceste stocatoare nu sunt noi.

În condițiile date, autoritatea consideră că prezența stocatoarelor în incinta spitalului poate oferi un avantaj acestui ofertant în detrimentul celorlalți potențiali ofertanți.

Așa fiind, în vederea respectării principiului egalității de tratament, pentru ca toți ofertanții să dețină șanse egale în elaborarea ofertelor și a prețurilor aferente, autoritatea contractantă arată că a prevăzut în documentație obligația ca ofertanții să pună la dispoziție stocatoare noi.

În plus, dată fiind importanța acestor produse în activitatea zilnică și dat fiind faptul că este cel mai mare spital de urgență din zona de nord a țării, autoritatea contractantă precizează că, prin inserarea acestei cerințe a dorit să se asigure asupra funcționării în condiții optime a instalațiilor în cauză.

2.4. Cu privire la fundațiile betonate necesare amplasării instalațiilor de oxigen

Autoritatea contractantă consideră că, contestarea acestor cerințe denotă reaua credință a contestatorului în contextul în care acesta cunoaște în mod cert valorile la care se referă în contestație.

Mai mult, autoritatea arată că, astfel cum a fost formulată mențiunea în documentația de atribuire, aceasta se obligă să pună la dispoziția ofertanților fundațiile betonate (existente, pentru capacitățile și locațiile menționate în documentație) necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medical.

Astfel, critica contestatorului este neîntemeiată atât timp cât, o dată prevăzută această obligaţie a autorității contractante în documentaţia de

atribuire, aceasta va pune la dispoziţie fundaţii care să fie compatibile cu orice tip de instalații care respectă dispozițiile caietului de sarcini.

În plus, astfel cum s-a arătat în fișa de date, autoritatea menționează că ofertanții au posibilitatea vizitării amplasamentului anterior depunerii ofertelor.

2.5. Cu privire la nivelul impurităţilor din apă

Într-adevăr, Farmacopeea permite comercializare produsului având impurități în apă de până la 67ppm însă, după cum se arată, aceasta nu obligă autoritățile să achiziționeze produse cu nivelul maxim de impurități admis.

Având în vedere că este cel mai mare spital de urgență din zona de nord a țării, autoritatea contractantă susține că cerinţa a fost prevăzută, cu respectarea legislației în vigoare, pentru a beneficia de cele mai calitative produse pentru pacienții. Mai mult, în opinia autorității, cerinţa respectă principiul proporționalității, nefiind solicitat un nivel al impurităților nerealist sau neconcurențial (ex. sub 40ppm) și raportat la mediul în care va fi utilizat acest produs.

2.6. Cu privire la necesitatea ca produsele livrare să fie însoțite de asigurarea de răspundere civilă

Astfel, autoritatea consideră că, cerinţa vizând obligația ca produsele livrare să fie însoțite de asigurarea de răspundere civilă nu este în niciun fel interzisă de legislația în vigoare.

De altfel, raportat la importanța vitală a livrării acestui produs pentru autoritatea contractantă, aceasta este nevoită să se asigure cu privire la acoperirea tuturor riscurilor ce ar putea să apară pe perioada de livrare.

Termenul de valabilitate al produsului este diferit ca și natura juridică și efecte de asigurarea de răspundere civilă, astfel încât susținerile contestatorului sunt nefondate.

2.7. Cu privire la criticile vizând draftul de acord cadru și contract subsecvent, autoritatea contractantă solicită respingerea acestora pentru următoarele considerente:

❖ Termenul de plată de 60 de zile de la data comunicării facturii

Potrivit art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013, în cazul instituţiilor publice din domeniul sănătăţii şi entităţilor publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligaţiile băneşti rezultând din contracte încheiate cu profesionişti este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1).

În sensul alin. 1 al aceluiași articol, termenul de scadență curge:

a. de la data primiri, facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

b. de la data recepţiei bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepţiei bunurilor sau prestării serviciilor;

c. de la recepţie sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabileşte o procedură de recepţie ori de verificare pentru certificarea conformităţii mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepţiei sau verificării ori anterior acestei date.

În speță, sunt aplicabile dispozițiile lit.a), scadența curgând de la data comunicării facturii de către achizitor. De altfel, stabilirea unui termen de plată prin raportare la data emiterii facturii, astfel cum solicită contestatorul, ar fi nulă, întrucât factura poate fi opozabilă părții doar din momentul în care i s-a adus la cunoștință.

❖ Rezilierea potrivit art.11 alin. 2 lit. b) din contract

Potrivit art. 11 alin. 2 lit. b) din contract potrivit căruia contractul încetează prin rezilierea de către o parte ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligațiilor asumate prin prezentul acord - cadru, de către cealaltă parte, cu notificare prealabilă de 7 zile a părții în culpă.

De asemenea, în contract s-a prevăzut posibilitatea autorității contractante de a rezilia contractul fără notificare prealabilă în ipoteza în care furnizorul înregistrează întârzieri mai mari în livrări față de graficul de execuție.

În opinia sa, clauza mai sus prevăzută este mai mult decât echitabilă, ambele părți contractuale având același drept de a rezilia contractul în situația nerespectării obligațiilor sale de către partea adversă.

În ceea ce privește ipoteza de excepție, vizând întârzierile mari în livrare, autoritatea consideră că această clauză este esențială, dat fiind specificul produselor ce urmează a fi atribuite. Astfel, având în vedere specificul serviciului public pe care îl prestează, autoritatea apreciază că este vitală, pentru sine și mai ales pentru pacienți, livrarea produselor conforme și la termen, astfel încât, în opinia sa, nu se justifică modificarea acestei clauze contractuale.

❖ Cu privire la criticile vizând clauzele de denunțare a contractului, autoritatea consideră că acestea nu sunt motivate și nu se justifică în niciun fel reținerea lor

Astfel, se arată că potrivit dispozițiilor O.U.G. nr. 71/2012, Ministerului Sănătății a fost desemnat ca unitate de achiziții publice centralizată, iar în conformitate cu prevederile art. 4 din actul normativ anterior invocat, până la finalizarea implementării la nivel național a sistemului centralizat de achiziții de medicamente, materiale sanitare, echipamente medicale, echipamente de protecție, servicii, combustibili și lubrifianţi pentru parcul auto, Ministerul Sănătăţii poate aproba, prin excepţie, desfăşurarea de achiziţii de către unităţile sanitare publice.

Așadar, autoritatea contractantă consideră clauza vizând denunţarea unilaterală în cazul achiziţiilor centralizate ca fiind pe deplin justificată.

Cu privire la celelalte clauze care reglementează denunţarea unilaterală a contractului, având în vedere că în discuţie este un contract administrativ, de achiziţie publică, autoritatea contractantă apreciază, în virtutea reglementărilor impuse prin Legea nr. 98/2016 că este permisă, utilă și corectă o clauză de denunţare pentru ipotezele descrise la pct. 11 alin. 2 pct.f) în contract.

❖ Referitor la dispoziţiile art. 12 din acordul cadru, autoritatea contractantă apreciază că acestea respectă întru totul dispoziţiile legale în vigoare.

Astfel, potrivit art. 53 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, procesele şi cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor

cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum şi cele privind anularea sau nulitatea contractelor se soluţionează în primă instanţă, de urgenţă şi cu precădere, de către secţia de contencios administrativ şi fiscal a tribunalului în circumscripţia căruia se află sediul autorităţii contractante, prin completuri specializate în achiziţii publice.

Mai mult, în sensul alin. 1 ind. 1 procesele și cererile care decurg din executarea contractelor administrative se soluţionează în primă instanţă, de urgenţă și cu precădere, de către instanţa civilă de drept comun în circumscripţia căreia se află sediul autorităţii contractante.

Așadar, singurul text normativ care poate atrage competența un alt sediu decât cel al autorității contractante este cel care reglementează nulitatea contractelor (art. 58 coroborat cu art. 61 alin. 1 din Legea nr. 101/2016) însă și acest text prevedere o competență alternativă de la care se poate deroga printr-o clauză atributivă de competență. Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că, și sub acest aspect, contestația ... este neîntemeiată.

❖ În privinţa pretinselor disproporţii între drepturile și obligaţiile părților contractuale

Vizavi de clauzele contractuale criticate de contestator, autoritatea contractantă învederează faptul că, orice contract de achiziţie publică este un contract administrativ, nu unul comercial, în lumina definiţiei contractului de achiziţie publică şi a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Mai mult, fiind un contract cu ajutorul căruia administraţia publică (sau entităţile asimilate) îşi realizează o parte din sarcinile sale, avându-se în vedere şi obiectul său, se consideră că regimul juridic aplicabil contractelor administrative este unul de drept public.

Prerogativele de putere publică ale administraţiei au la bază faptul că administraţia încheie contractul în scopul de a satisface un interes general, în prezentul caz, importanța serviciului public prestat de autoritate fiind evidentă.

În virtutea prerogative prezentate, autoritatea contractantă menționează faptul că administrația are posibilitatea de a impune clauze mai ferme în contract, de a controla modul de executare a contractului şi de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primeşte prin executarea contractului o satisfacţie completă și continuă.

De asemenea, se subliniază faptul că, orice contract cu o autoritate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate oneroase pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului şi destinaţia vizând interesul public a contractului.

În consecinţă, autoritatea contractantă arată că şi contractele de achiziţie publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relaţie contractuală cu statul sau entităţile sale publice, astfel că, nimic nu opreşte contestatorul să nu participe la licitaţia în curs dacă nu doreşte să îşi asume clauzele pe care le presupune orice contract administrativ. Mai mult, autoritatea învederează faptul că, aceeași lege organică a contenciosului administrativ instituie regula conform căreia principiul libertăţii contractuale este subordonat principiului priorităţii interesului public.

Pentru considerentele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată ocazionate.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 39656/07.10.2019, ... SRL a formulat „Note scrise”, ca urmare a studierii dosarului și în replică la punctul de vedere al autorității contractante, prin care a reiterat solicitarea privind admiterea contestației astfel cum a fost formulată, având în vedere că susținerile sale sunt dovedit întemeiate.

1. Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 20 din Legea nr. 98/2016, a legislației muncii, fiscale și comerciale, astfel cum rezultă din pct. 5 lit. e) al Strategiei de contractare „justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru: Valoare estimată a acordului-cadru de 3.528.000 lei fără TVA, a fost stabilită în baza referatului de necesitate transmis, a istoricului și a valorii de piată, pentru o perioadă de 48 de luni", atunci când a estimat prețul de 1.80 RON/m^3 fără TVA.

Astfel cum a susținut prin contestație, în concordanță cu prevederile art. 20 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă era obligată să aibă în vedere valoarea reală globală a tuturor contractelor de oxigen medicinal lichefiat atribuite în ultimele 12 luni (pentru toate cele patru loturi), „ajustată, acolo unde este posibil, pentru a lua în considerare modificările cantitative şi valorice care pot surveni într-un interval de 12 luni de la data contractului iniţial" cu ocazia estimării prețului.

De asemenea, contestatorul arată, astfel cum a precizat în contestație, că relevant în acest sens este faptul că, cel puțin pentru două dintre loturile ce fac obiectul documentației contestată, livrările din anul 2018 și începutul anului 2019 au fost efectuate în baza acordului cadru de furnizare cu nr. 9110/03.06.2014, deci nu un contract atribuit în ultimele 12 luni, acesta fiind atribuit cu 5 ani în urmă.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că, autoritatea contractantă doar susține că estimarea prețului este legală, fără a depune documente justificative în susținerea argumentelor sale, respectiv contractele de achiziții publice din ultimele 12 luni, din care să rezulte care au fost prețurile pentru toate cele 4 (patru) loturi ce fac obiectul contestației, având în vedere că contestația în cauză se referă la valoarea estimată a tuturor celor patru loturi, și ignorând, totodată, conținutul strategiei de contractare, din care rezultă fără dubiu că prevederile legale au fost încălcate.

Contestatorul arată că, omițând conținutul strategiei de contractare (transmisă către CNSC nesemnată), din care rezultă clar că perioada de referința la care s-a raportat autoritatea contractantă a fost de 48 de luni, în loc de 12 luni, cât prevede legea, aceasta susține că „În ultimele 12 luni, autoritatea contractantă:

- pentru perioada septembrie - 31 decembrie 2018 a avut semnat cu societatea ... un contract subsecvent de furnizare oxigen(atribuit în baza unui acord cadru ca urmare a unei proceduri de licitație deschisă) cu un preț unitar de 1,1 Ron/m3". Astfel, contestatorul susține că, pe de o parte, autoritatea contractantă ignoră să menționeze data încheierii acordului

cadru, 2014, iar pe de altă parte, face referiri doar la prețul cu care a cumpărat oxigen medicinal lichefiat în două dintre cele patru loturi contestate. Totodată, contestatorul învederează faptul că, și adresa nr. 3696/12.12.2018, menționată în contestație la punctul 8b: „pentru perioada decembrie - septembrie 2019 nu a avut un contract de achiziție publică semnat în urma parcurgerii unei proceduri de licitație deschisă/ simplificată ci un contract atribuit printr-o negociere fără publicarea unui anunț societății ... (preț unitar de 1,98 Ron/m^3)." Se subliniază faptul că, autoritatea contractantă face referire, din nou, doar la prețul pentru două dintre cele patru loturi contestate și, suplimentar, omite prețul unitar de 2,08 Ron/m^3 aferent contractului de furnizare oxigen medicinal lichefiat nr. 3313/B/ 15.03.2019, astfel cum a precizat la punctul 8 al contestației.

Mai mult, contestatorul consideră că, autoritatea contractantă, ignorând principiul „*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, a apreciat în mod eronat că un contract încheiat în baza Legii nr. 98/2016 -care este un contract atribuit printr-o altă procedură decât procedura de licitație deschisă/simplificată, nu ar reprezenta un contract care s-ar circumscrie contractelor menționate de art. 20 din Legea nr. 98/2016. Toate contractele de furnizare oxigen medicinal, indiferent de tipul procedurii, au fost încheiate, după cum se arată, în baza legii achiziției publice, astfel că, în opinia contestatorului, susținerile autorității contractante nu pot fi reținute.

Astfel, sub rezerva obligativității luării în considerare în calculul prețului estimat și a valorii contractelor încheiate pentru celelalte două loturi în care există contracte încheiate cu alți furnizori, contestatorul reiterează faptul că în decursul ultimelor 12 luni, pentru două dintre loturile ce fac obiectul procedurii în cauză, au fost atribuite două contracte, la următoarele preturi:

i. contractul de furnizare oxigen medicinal lichefiat nr. 2418/b din data de 21.02.2019 cu prețul de 1,98 RON/mc +TVA;

ii. contractul de furnizare oxigen medicinal lichefiat nr. 3313/B/15.03.2019 cu prețul de 2,08 RON/mc + TVA;

Totodată, contestatorul apreciază că prețul obținut prin luarea în considerare a celor 12 luni anterioare datei estimării, pentru toate cele patru puncte de livrare (loturi) se impune la rândul său ajustat pentru a lua în considerare modificările care, în mod evident și indubitabil, vor surveni într-un interval de 12 luni, astfel cum rezultă din prevederile art. 20 din Legea nr. 98/2016, având în vedere costurile crescute și în creștere cu achiziția de energie electrică, combustibili, salarii aferente personalului specializat, valori determinante pentru executarea obiectului prezentului contract.

Pentru considerentele prezentate, contestatorul apreciază susținerile autorității, în care acesta se raportează exclusiv la prețul stabilit cu mai mult de 5 (cinci) ani în urmă, în iunie 2014, ca fiind nesustenabile, respectiv „susținerile ... sunt pur tendențioase, prin contestația formulată se încearcă monopolizarea acestui tip de livrări la prețuri nejustificate”, fiind evident contrazise de înscrisurile existente la dosar și prevederile legale aplicabile.

Mai mult, contestatorul apreciază afirmația autorității „se poate lesne observa că prețul mediu lunar în ultimul an (09.2018 - 09.2019) a fost de 1,76 lei/m3, astfel încât susținerile contestatorului sunt neavenite", neelocventă, având în vedere că s-au luat în considerare prețurile din contractele pentru două dintre loturile ce fac obiectul procedurii în cauză de atribuire, în loc să se facă o estimare a prețului, conform prevederilor legale, pentru toate cele 4 (patru) locații unde a fost furnizat produsul oxigen medicinal lichefiat.

Contestatorul arată, astfel cum a menționat și prin contestație, că: „se impune ca la stabilirea valorii estimate să fie avute în vedere nu numai prevederile legale în materia achizițiilor publice ci și legislația muncii, fiscala și comercială. Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel că prețul nu este un element pur formal al ofertei ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărei realitate și sustenabilitate trebuie urmărită de autoritatea contractantă. Chiar dacă criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, nu este în interesul autorității contractante să încheie un contract cu un operator economic care nu il poate duce la îndeplinire", astfel, considerând că, în mod greșit și nelegal, autoritatea a estimat un preț de 1,80 RON/mc +TVA.

Astfel, având în vedere că stabilirea greșită a valorii estimate a contractului poate constitui o abatere care să atragă anularea procedurii de atribuire, contestatorul reiterează solicitarea privind admiterea contestației și obligarea autorității contractante la luarea măsurilor corespunzătoare, în sensul celor de mai sus, astfel încât, cerinţa documentației de atribuire să respecte prevederile legale.

2. Contestatorul arată că, prin pct. II.2.10 al anunțului de participare s-a stabilit că nu vor fi acceptate variante, iar prin caietul de sarcini, la pct.1 este prevăzut că „Cerințele impuse prin caietul de sarcini vor fi considerate ca fiind minimale și obligatorii. În acest sens, oferta de bază prezentată care se abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luată în considerare numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior îndeplinirii cerințelor solicitate", „ofertele care nu vor respecta în totalitate cerințele din specificațiile tehnice vor fi respinse, fiind declarate neconforme", cerinţă care, nu a fost criticată, ci doar menționată pentru a se evidenția cerința excesivă și nelegală 2.2.„ofertantul are obligația de a pune la dispoziția autorității contractante stocatoare de oxigen noi, cu titlul gratuit”.

Se reiterează faptul că, cerința 2.2 este nejustificată, abuzivă și încalcă, atât prevederile art. 31 alin. 1 din HG nr. 395/2016, cât și principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin.1 si 2 litera e) din Legea nr. 98/2016 si art. 44 alin.2 lit. a, f din Directiva nr. 2004/18/CE. Mai mult, se arată că, conform definiției proporționalității atribuită de legiuitor, acesta „asigură corelația între necesitatea obiectivă a autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică cu cerințele formulate în contextul aplicării procedurii de atribuire", principiu concretizat în textul art. 44 alin. 2 lit. a, f din Directiva nr. 2004/18/CE.

Conform practicii de specialitate, printre exemplele cele mai des întâlnite de încălcare a principiului proporționalității, se regăsește, după

cum se arată, și situația de față, în care se solicită, în mod nejustificat, în opinia contestatorului, doar echipamente de stocare noi în raport cu necesitățile contractului, sens în care, subliniază faptul că nu există nicio motivare pertinentă a acestei cerințe în dosarul achiziției, aceasta fiind postată în documentația de atribuire fără a exista o necesitate obiectivă a autorității.

În opinia contestatorului, susținerile autorității „învederam Consiliului că nemulțumirea contestatorului survine ca urmare a faptului că, având în vedere că ultimii ani acesta a fost furnizorul subscrisei pentru acest tip de produse, acesta deține deja stocatoare de oxigen în incinta Spitalului, în temeiul contactelor de furnizare semnate. Aceste stocatoare nu sunt noi. În aceste condiții prezenta stocatoarelor în incinta spitalului poate oferi un avantaj acestui ofertant în detrimentul celorlalți potențiali ofertanți. Având în vedere principiul egalității de tratament, pentru ca toți ofertanții să dețină șanse egale în elaborarea ofertelor și a prețurilor aferente, autoritatea a prevăzut în documentație obligația ca ofertanții să pună la dispoziție stocatoare noi", sunt doar o motivare *pro causa* prezentată în fața Consiliului, nicidecum nu este o motivare care să demonstreze necesitatea obiectivă a acesteia.

De asemenea, contestatorul susține, astfel cum a precizat și în cadrul contestației, că autoritatea contractantă, în mod nejustificat și abuziv, a solicitat ofertanților să pună la dispoziția sa doar stocatoare de oxigen noi, având în vedere că fiecare stocator de oxigen are o „durată de viață", iar starea de funcționare a acestor recipiente este atestată de către reprezentații CNCIR și RSVTI care eliberează în acest sens autorizația de funcționare. Fiecare stocator deține o carte de identificare avizată de către autorități, astfel că, în opinia sa, nu există niciun argument legal în baza căruia Spitalul să poată refuza achiziționarea oxigenul medicinal lichefiat, obiectul achiziției, dintr-un stocator (rezervor) de oxigen, ce deține o autorizație de funcționare valabilă, pus la dispoziție de către operatorul economic pe durata derulării acordului-cadru cu titlu gratuit.

Totodată, contestatorul precizează faptul că, ... are montate stocatoare numai în 2 (două) dintre locații, nu și pentru celelalte două locații (loturi) ce fac obiectul procedurii de atribuire, unde sunt amplasate stocatoarele altor furnizori de oxigen medicinal lichefiat, contrazicând și demontând chiar argumentele prezentate de către autoritatea.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că, în toată perioada în care a furnizat oxigen medicinal autorității, nu a existat nicio sesizare a Spitalului din care să rezulte că produsul achiziționat ar fi fost influențat în vreun fel de vechimea stocatorului de oxigen, astfel că, susținerea autorității contractante din punctul de vedere: „dată fiind importanța acestor produse în activitatea zilnică a autorității contractante și dat fiind faptul că autoritatea este cel mai mare spital de urgență din zona de nord a țării, prin inserarea acestei cerințe autoritatea a dorit să se asigure asupra funcționării în condiții optime a instalațiilor în cauză", nu este, în opinia sa, sustenabilă.

Contestatorul consideră, astfel cum a precizat prin intermediul contestației, că autoritatea contractantă ar putea achiziționa rezervoare de oxigen, iar furnizorii ar putea livra doar oxigenul medical lichefiat în

stocatoarele Spitalului, singurul caz în care o cerință cu privire la achiziția doar de stocatoare noi, ar fi fost, în opinia sa, legală și îndreptățită.

Astfel, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 155 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 privind specificațiile tehnice „să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/ acordului cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia".

Nu în ultimul rând, raportat la prețul estimat în cadrul procedurii în cauză, contestatorul susține că, rezultă, în mod evident, că prezenta procedură nu s-ar putea materializa cu desemnarea unui câștigător, în condițiile respectării documentației de atribuire, menținută în forma actuală doar în baza unor motive subiective, care nu se circumscriu, nicidecum prevederilor legale .

Reiterând susținerile prezentate cu privire la critica referitoare la *punctul 3.4.1. al caietului de sarcini:* „Achizitorul va pune la dispoziția furnizorului fundațiile betonate (existente, pentru capacitățile și locațiile enumerate mai sus) necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal", unde „mai sus" apar specificații neclare „cca", atât în cazul rezervoarelor criogenice cât și în cazul evaporatoarelor, pentru toate cele patru loturi, contestatorul consideră că informația clară care ar fi trebuit să apară este tocmai intervalul admis, astfel cum acesta apare în proiectul în baza căruia a fost emisă autorizația de construire.

Contestatorul precizează, astfel cum a arătat în cadrul contestației, că la punctul 3.4.1. se solicită produsul „Oxigen Medicinal Lichefiat" conform Farmacopei Europene, iar ulterior, în cadrul enumerării impurităților admise se solicită, în mod eronat, ca impuritățile legate de apă să nu depășească 60 pom, în condițiile în care procentul de apă pentru „Medicamentul Oxigen Medicinal", reglementat în Farmacopeea Europeană este stabilit la maxim 67 ppm, sens în care se solicită îndreptarea erorii prin modificarea din „...60 ppm" în „..67 ppm" (anexând în susținere extras din Farmacopeea Europeană).

Fiind în discuție un medicament reglementat prin Farmacopeea Europeană, producătorul de medicament „oxigen medicinal lichefiat" este obligat, după cum se arată, să producă medicamentul „oxigen medicinal lichefiat" cu respectarea valorilor stabilite prin Farmacopeea Europeană.

Așadar, contestatorul consideră că argumentele prezentate de către autoritate sunt pur subiective și ignoră, în mod evident nepermis, legislația aplicabilă medicamentelor, aceasta neputând introduce cerințe diferite decât cele reglementate pentru medicamentul oxigen medicinal lichefiat și, cu atât mai puțin, să facă trimiteri la principiul proporționalității în acest context.

În sensul celor de mai sus prezentate, contestatorul învederează că autorizația de punere pe piață a medicamentului oxigen medical lichefiat, atestă faptul că acesta este produs în concordanță cu Farmacopeea Europeană.

În continuare, contestatorul reiterează susținerile prezentate în cadrul contestației cu privire la:

Punctul 3.4.4. al caietului de sarcini și art. 12.4 din draftul de contract subsecvent care prevede că „produsele livrate vor fi însoțite în mod obligatoriu de: ...asigurarea de răspundere civilă".

Astfel cum rezultă din răspunsul autorității contractante nr. 1949/ 29.01.2019 la solicitarea de clarificări a unui operator în procedura de atribuire anulată, respectiv nr. ..., contestatorul arată că, deși spitalul a înțeles faptul că această solicitare nu este întemeiată și a acceptat eliminarea ei, cu toate acestea, în prezenta licitație se revine cu aceeași cerinţă, motiv pentru care, se solicită, din nou, eliminarea ei.

La punctul 3.4.4. al caietului de sarcini și art. 12.4 din draftul de contract subsecvent se prevede obligativitatea transmiterii anexat produselor livrate a unui certificat de garanție, însă, având în vedere faptul că, garanția produselor este asumată prin contract - a se vedea draftul de contract subsecvent, art. 7.3., contestatorul consideră că se impune eliminarea acestei cerințe. Mai mult, medicamentele nu au termen de garanție, ci termen de valabilitate, iar odată ce termenul de valabilitate a expirat este interzisă administrarea acestora la pacienți. Astfel, fiind un domeniu reglementat de către ..., contestatorul apreciază că solicitarea de mai sus se impune a fi eliminată.

Referitor la pct. 6 al caietului de sarcini, respectiv clauza 8.2 a acordului-cadru și 8.3 din contractul subsecvent, contestatorul consideră ca nelegală cerinţa privind termenul de plată „60 de zile de la data comunicării facturii, exclusiv în perioada 25-30 a fiecărei luni". În sensul dat, contestatorul consideră că sunt incidente prevederile art. 6 din Legea nr. 72/2013 care obligă la modificarea clauzei, în sensul „60 de zile de la data emiterii facturii", ținând cont că factura se va emite în baza procesului verbal de recepție cantitativă/avizului de expediție a produsului.

Având în vedere prevederile art. 1 din Legea nr. 72/2013: „Autorităţile contractante execută obligaţia de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesionişti cel târziu la:...", rezultă, în mod indubitabil că mențiunea suplimentară „exclusiv în perioada 25-30 a fiecărei luni", încalcă, în opinia contestatorului, prevederea legală menționată, adăugându-se, în mod nelegal, o perioadă suplimentară de plată. Astfel, contestatorul consideră că apărările autorității contractante nu sunt de natură să înlăture criticile sale.

În ceea ce privește drafturile de acord-cadru și contract subsecvent propus prin documentația de atribuire, suplimentar celor anterior menționate, contestatorul consideră că există o disproporție vădită între drepturile și obligațiile părților, sens în care, în spiritul respectării principiului echilibrului contractual, reiterează solicitarea privind obligarea autorității contractante la remedierea următoarelor clauze, astfel:

a. Completarea art.11 alin. 2 pct. b privind încetarea acordului cadru, „prin rezilierea de către o parte, ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligațiilor asumate prin prezentul acord - cadru, de către cealaltă parte, cu notificare prealabilă de 7 zile a părții în culpă" **prin adăugarea**, în continuare „doar dacă anterior a fost transmisă o somație privind îndeplinirea obligațiilor contractuale iar respectiva obligație nu a fost îndeplinită în termenul indicat".

b. **Eliminarea** excepției abuzive instituite la art. 11 alin. 2 pct. b din acordul cadru „Prin excepție, rezilierea acordului cadru intervine de drept, fără notificarea prealabilă a promitentului furnizor, prin simpla manifestare de voință a promitentului - achizitor în situația în care promitentul furnizor înregistrează întârzieri mai mari de zile față de graficul de livrare și/sau produsele livrate nu corespund din punct de vedere cantitativ/calitativ cu specificațiile prevăzute în documentația de atribuire", având în vedere existența primului alineat, care prevede pentru ambele părți, în mod echilibrat, clauza de reziliere în caz de culpă contractuală.

c. **Modificarea** la art. 11. 2 alin. 2 pct. c și d din „daune interese în cuantum de 20% din valoarea totală a acordului-cadru" în „daune interese în cuantum de 20% din valoarea totală a contractelor subsecvente rămase neexecutate".

d. **Modificarea** art. 11. 2 alin. 2 pct. e din „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral prezentul acord cadru (numai pentru loturile care fac obiectul achiziției centralizate), printr-o notificare scrisă, fără nici o compensație, de la data încheierii contractelor subsecvente, acordurilor cadru încheiate de Ministerul Sănătății în calitate de unitate centralizată de achiziții. În acest caz, prestatorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din acordul cadru îndeplinită până la data denunțării unilaterale a prezentului acord-cadru" **în** „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral prezentul acord cadru (numai pentru loturile care fac obiectul achiziției centralizate), printr-o notificare scrisă, cu o compensație acordată furnizorului egală cu

contravaloarea cantității oxigenului lichefiat contractată în prezenta achiziție și nelivrată beneficiarului, de la data încheierii contractelor subsecvente, acordurilor cadru încheiate de Ministerul Sănătății în calitate de unitate centralizată de achiziții. În acest caz, prestatorul are dreptul la despăgubiri, pentru cantitatea contractată și nelivrată."

e. **Modificarea** art. 11.2 alin. 2 pct. f din „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, în cel mult 30 de zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea acestuia ar fi contrară interesului public, inclusiv în situația în care:

(i) Are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul Promitentului Furnizorul, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt realizate prin Act Adițional la prezentul Acord cadru, cu respectarea dispozițiilor legale;

(ii) în cazul în care, printr-un act normativ, se modifică interesul public al Promitentului-Achizitor în legătură cu care se furnizează Produselor care fac obiectul Contractului;

(iii) la momentul atribuirii Acordului cadru, Promitentul- Furnizor se află în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire;

(iv) în situația în care Contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit Promitentului-Furnizor deoarece au fost încălcate grav obligațiile care

rezultă din legislația europeană relevantă iar această împrejurarea fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene;”

în „Părțile își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, în cel mult 30 de zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și care conduc la modificarea clauzelor contractuale în așa măsură încât îndeplinirea acestuia ar fi contrară interesului public sau contravin legii".

Contestatorul consideră că fraza de mai sus enunțată este suficientă și echitabilă pentru ambele părți în situații excepționale, iar exemplele particulare prezentate la pct. i) - iv) nu-si găsesc sensul, în special ultimele două, pentru care legislația achizițiilor publice prevede clauze clare care se aplică open legist și nu sunt situații în care achizitorul își poate rezerva dreptul, ci acesta este obligat să acționeze exclusiv în baza legii.

f. **Modificarea** art. 12 „În cazul în care soluționarea pe cale amiabilă eșuează, litigiile se vor soluționa de către instanța competentă de la sediul promitentului-achizitor", în „În cazul în care soluționarea pe cale amiabilă eșuează, litigiile se vor soluționa după caz, conform Legii nr. 101/2016".

Având în vedere că prevederile acordului cadru se regăsesc și în draftul de contract subsecvent, contestatorul solicită ca, în limita dispozițiilor ce vor fi pronunțate asupra solicitărilor de mai sus, să se dispună și obligarea autorității contractante la modificarea corespunzătoare a prevederilor draftului contractului subsecvent.

Totodată, contestatorul reiterează solicitarea privind constatarea existenței unei disproporții vădite între drepturile și obligațiile părților inclusiv în draftul contractului subsecvent propus, suplimentar celor de mai sus, sens în care, apreciază că se impun următoarele remedieri:

a. **art.2 pct. r)** se impune a fi completat și cu menţionarea achizitorului, respectiv „orice eșec al Furnizorului **și Achizitorului**";

b. **art. 2 pct. z)** se impune a fi completat cu menţionarea ambelor părți, în sensul „orice pagubă produsă **de către o parte celeilalte părți**";

c. **art. 7.2** se impune completarea contractului **cu anexa** la care face referire și care, în fapt, nu există;

d. **art. 7.3. și 7.4 care se referă la „livrarea produselor se face pe bază de comandă fermă"** se impune a fi modificat astfel încât să corespundă cerinţei art. 3.4.4. din caietul de sarcini și art. 12.3 și 13.10 din draftul de contract subsecvent „livrarea se face [...] în funcţie de datele transmise de către sistemele de telemetrie montate pe recipientele de stocare oxigen medicinal, pentru supravegherea nivelului de gaz,..." .

e. **art. 15.1** se impune a se modifica **din** „în cazul în care furnizorul nu își îndeplineşte în mod culpabil obligaţiile asumate prin contract [...] atunci acesta are obligaţia de a plăti achizitorului cu titlu de daune interese, o sumă în cuantum de 20% din valoarea contractului subsecvent", **în** „în cazul în care furnizorul **nu își îndeplineşte în mod culpabil obligaţiile asumate prin contract sau și le îndeplineşte cu întârziere** [...] atunci acesta are obligaţia de a plăti achizitorului cu titlu de daune interese, o sumă în cuantum de **0,03 %/zi de întârziere din valoarea obligaţiei neexecutate, calculată până la data executării**

ei", cuantumul daunelor interese prevăzut, fiind astfel, în mod echilibrat și pentru achizitor, conform art. 15.3 din ddraftul de contract subsecvent.

f. **art. 15.2** este abuziv și se impune a fi eliminat având în vedere următoarele considerente:

i. prezenta licitație se adresează tuturor operatorilor economici interesați;

ii. pentru încălcarea clauzelor contractuale există clauze de răspundere distincte în cadrul contractului, pentru care operatorul va răspunde în raport cu culpa sa;

iii. ipoteza expusă în cadrul acestei clauze excede obiectului achiziției și depăşeşte limitele răspunderii în caz de culpă, fiind evident o clauză abuzivă și disproporţionată. Faptul că, în urma finalizării procedurii ar putea rămâne un singur operator economic nu-i incumbă și nu-i poate antrena răspunderea pentru cheltuieli viitoare ale Spitalului, ce fac obiectul altei proceduri.

g. **art. 15.3** se impune a se modifica din „0,01 % din plata neefectuată per zi de întârziere", în „**0,03 %** din plata neefectuată per zi de întârziere", având în vedere prevederile Legii nr. 72/2013 care califică ca abuzive stabilirea unei dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale.

h. **întregul art. 26 „încetarea contractului"** (care cuprinde clauze eronat numerotate) se impune a fi modificat conform art. 11 din acordul cadru, cu solicitările menționate la punctul 17 de mai sus, astfel încât clauzele să se refere în egală măsură la drepturi și obligații proporționale pentru ambele părți contractante.

i. **Art. 28.2** cuprinzând o clauză neuzuală, se impune modificarea acesteia, „din instanțele judecătorești competente material de la sediul Achizitorului" în „instanțele judecătorești competente material și teritorial conform Legii nr. 101/2016."

Având în vedere motivele obiective prezentate și legislația aplicabilă, contestatorul consideră că licitația în cauză poate continua în mod legal, doar în urma remedierii documentației de atribuire în sensul indicat, pentru ca operatorii economici la rândul lor să poată, în primul rând să participe la licitație și totodată, să poată transmite autorității contractante o ofertă admisibilă și conformă.

În concluzie, față de toate aspectele prezentate și reiterate, contestatorul solicită admiterea contestație astfel cum a fost formulată, cu obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată.

În susținere, contestatorul înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri, sens în care solicită, prezentarea de către Spital a strategiei de contractare semnată, a documentelor suport, a referatului de necesitate, a contractelor încheiate pe ultimele 12 luni cu ceilalți furnizori de oxigen medicinal lichefiat pentru celelalte două locații - înscrisuri concludente și utile soluționării cauzei.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, divizată pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal lichefiat

4”, cod CPV 24111900-4. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, iar data de deschidere a ofertelor fiind 07.10.2019, ora 15.00.

Contestatorul ..... SRL a depus ofertă pentru loturile 1 și 2, astfel cum s-a consemnat în „Declarație de participare”, postată în SICAP.

Împotriva documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația, ce formează obiectul dosarului nr. ....

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

Prima critica formulata de contestator vizeaza faptul ca, in aprecierea acestuia, calculul valorii estimate a fost eronat, mai exact aceasta a fost subevaluata, deoarece suma de 1,8 lei/mc oxigen este insuficienta.

Contestatorul arata ca in cursul anului 2019, aceeasi unitate a achizitionat oxigenul medicinal cu preţul de 1,98 lei/mc +TVA sau cu preţul de 2,08 lei/mc + TVA iar aceste prețuri se impun a fi ajustate in plus, având în vedere costurile crescute și în creştere cu achiziţia de energie electrică, combustibili, salarii aferente personalului specializat.

Analizand situatia de fapt, Consiliul retine ca SC ..... SRL omite sa ia in considerare faptul ca cele doua achizitii, la preturile de 1,98 lei/mc +TVA sau de 2,08 lei/mc + TVA, au fost rezultatul unor proceduri de negociere fără publicarea unui anunț, proceduri de facto necompetitive, inoportune pentru orice autoritate contractanta si permise a fi utilizate, in speta, doar pentru cantitati mici si in situatii speciale de urgenta.

Este absolut logic si justificat ca, in cadrul unei proceduri de licitație deschisă (procedura competitiva), autoritatea contractanta sa-si propuna incheierea unor acorduri-cadru si contracte subsecvente la preturi mai avantajoase.

Valoarea estimata de 1,8 lei/mc +TVA este corect calculata in conditiile in care prețul mediu lunar cu care spitalul a achizitionat oxigenul în ultimul an (09.2018-09.2019) a fost de 1,76 lei/mc, cu toate inconvenientele cauzate de contractele incheiate prin procedura de negociere fără publicarea unui anunț.

Critica urmeaza a fi respinsa ca nefondata.

A doua critica formulata are ca obiect cerinţa prevăzută la cap.2.2 din caietul de sarcini: „*ofertantul are obligația de a pune la dispoziția autorității contractante stocatoare de oxigen noi. cu titlul gratuit*", contestatorul sustinand ca este o cerinta nejustificată si abuzivă.

Consiliul considera ca autoritatea contractanta este singura in masura sa-si aprecieze necesitatile, optiunea de a i se livra anumite echipamente noi (in speta stocatoare de oxigen) este o optiune legala care nu implica explicatii suplimentare si nediscriminatorie, fiecare ofertant avand posibilitatea de a-si evalua costurile necesare pentru indeplinirea acestei cerinte si de a le include in pretul ofertat.

Critica urmeaza a fi respinsa ca nefondata.

Cea de-a treia critica vizeaza punctul 3.4.1. al caietului de sarcini, unde se precizează că „*Achizitorul va pune la dispoziția furnizorului fundațiile betonate (existente, pentru capacitățile și locațiile enumerate*

mai sus) necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal".

De fapt, contestatorul arata ca, in calitate de furnizor de oxigen medicinal al autoritatii contractante a suportat în totalitate costurile pentru constructia fundatiilor betonate la două dintre cele patru loturi ce fac obiectul achiziției.

Consiliul nu identifica care este sensul criticii formulate deoarece si pana la momentul actual fundatiile betonate erau, in spatiul spitalului, la dispozitia furnizorului si acest lucru nu se poate schimba intrucat este vorba de fundatii de beton, nu de obiecte de mobilier transferabile. Eventualele despagubiri pe care SC ..... SRL le-ar putea solicita de la autoritatea contractanta sau de la un posibil alt furnizor de oxigen la cele doua locatii nu fac obiectul procedurii de achizitie publica analizate.

Critica urmeaza a fi respinsa ca nefondata.

Cea de-a patra critica vizeaza o specificatie tehnica de la punctul 3.4.1. unde se solicită, la produsul „Oxigen Medicinal Lichefiat", ca impuritățile legate de apă să nu depășească 60 ppm, in conditiile in care, arata contestatorul, procentul de apă pentru Oxigen Medicinal reglementat în Farmacopeea Europeană este de maxim 67 ppm.

Nici in acest caz, Consiliul nu considera ca ne aflam in situatia unei cerinte nelegale intrucat solicitarea unei puritati mai mari decat cea minima obligatorie prin Farmacopeea Europeană, este o optiune legala si justificata a autoritatii contractante.

Critica urmeaza a fi respinsa ca nefondata.

In ceea ce priveste restul criticilor formulate de contestator, Consiliul constata ca acestea se refera la continutul drafturilor de acord-cadru, respectiv de contract subsecvent, publicate de autoritatea contractanta impreuna cu documentatia de atribuire.

Asupra acestora, Consiliul are urmatoarele consideratii:

1. Acceptarea/asumarea drafturilor de acord-cadru, respectiv de contract subsecvent de catre operatorii economici ofertanti in cadrul procedurii este de principiu, fiind vorba de drafturi si nu de documente definitive care urmeaza a fi semnate fara nicio negociere.

2. Admitand ca anumite prevederi din drafturile de acord-cadru, respectiv de contract subsecvent sunt concepute cu un sens usor mai favorabil autoritatii contractante, Consiliul retine totusi ca în scopul de a satisface un interes general administrația are posibilitatea de a impune clauze mai ferme în contract, de a controla modul de executare a contractului şi de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public o impune.

3. Cu o sigura exceptie si anume dobanda penalizatoare datorata de autoritatea contractanta prevazuta la art. 15.3 din draftul de contract subsecvent, care intr-adevar se impune a se modifica din 0,01 % din plata neefectuată per zi de întârziere în 0,03 %, pentru a se respecta prevederile Legii nr. 72/2013, toate clauzele criticate de contestator sunt optiuni ale autoritatii contractante in limitele legale.

Consiliul apreciaza ca la incheierea efectiva a contractelor subsecvente acordurilor-cadru care se vor incheia pentru fiecare lot, aceasta eroare din draft va fi remediata conform legii si totodata ca nu se

impune, pentru acest motiv, anularea intregii proceduri de atribuire (o remediere a documentatiei nu mai poate fi posibila avand in vedere stadiul in care se afla procedura si anume situatia in care ofertele au fost depuse).

4. Deoarece in cauza nu a fost solicitata de catre nicio parte suspendarea procedurii (aceasta neputand fi decisa de Consiliu decat la cerere), in data de 07.10.2019 au fost depuse ofertele in cadrul procedurii analizate, cate doua oferte pentru fiecare lot, inclusiv contestatorul depunand oferte la loturile 1 si 2, prin depunerea ofertelor operatorii economici asumandu-si implicit prevederile documentatiei de atribuire.

Concluzionand, pentru argumentele de mai sus, Consiliul va respinge si sub aceste aspecte contestatia formulata.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
…… …… ……

...