Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 29005/08.06.2022, formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... și convențional de ..., cu sediul profesional în ... (sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură), împotriva conținutului documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Acord cadru de furnizare gaze medicale” (Lot 1 contestat – Oxigen medicinal lichefiat), cod CPV 24111500-0, s-a solicitat:

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

II. obligarea Autorității contractante la remedierea neregulilor din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul distribuirii gazelor medicale incluse în Lotul 1 în loturi distincte (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medical comprimat, dioxid de carbon medicinal și protoxid de azot medicinal);

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

IV. obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată suportate de contestator în cadrul procedurii.

Asupra cererii de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. ...

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... reclamă documentația de atribuire în cadrul procedurii menționată în partea introductivă, apreciind-o nelegală, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Contestatorul critică lipsa grupării celor patru gaze medicale în loturi separate, astfel:

I. Protejarea interesului public urmărit de Autoritatea Contractantă

(15) Având în vedere pct. 3.3.1. din Caietului de sarcini, Autoritatea Contractantă urmăreşte achiziţionarea în cadrul Lotului 1 a următoarelor gaze medicale:

- Oxigen medicinal lichefiat,
- Oxigen medicinal comprimat butelii mici (2-10 litri),
- Dioxid de carbon medicinal,
- Protoxid de azot medicinal.

(16) Lipsa împărţirii pe loturi a celor patru gaze medicale înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate categoriile de gaze medicale solicitate de a participa în cadrul Procedurii de atribuire, reprezentând o încălcare a principiului nediscriminării şi egalităţii de tratament.

(17) Menţinerea unei concurenţe loiale (sau menţinerea condiţiilor de concurenţă echitabile) este o preocupare esenţială în vederea obţinerii unor rezultate eficiente din punct de vedere economic în cadrul procedurilor de achiziţii publice. Legislaţia în domeniul achiziţiilor urmăreşte să prevină orice denaturare sau restricţionare a concurenţei în cadrul comunităţii, iar orice încercare de a împiedica operatorii economici de a participa la licitaţie va fi interzisă.

(18) Această obligaţie a Autorităţii Contractante de asigurare a unui echilibru al mediului concurenţial nu este respectată, deoarece urmăreşte achiziţionarea tuturor produselor de la un singur operator economic, care se individualizează în mod direct din criteriile şi caracteristicile tehnice ale documentaţiei de atribuire.

(19) Contestatorul consideră că interesul Autorităţii Contractante în achiziţionarea gazelor medicale pe loturi distincte derivă din caracteristicile şi specificitatea fiecărui gaz medicinal în parte, respectiv:

- Dioxidul de carbon medicinal

(20) În primul rând, în timp ce oxigenul medicinal este cel mai utilizat în practica medicală, fiind produs şi furnizat de toţi operatoriii economici prezenţi pe piaţa gazelor medicale, dioxidul de carbon medicinal poate fi furnizat exclusiv de doi operatori economici autorizaţi în acest sens (...).

(21) Măsura repartizării pe loturi este necesară, întrucât Autoritatea Contractantă ar fi trebuit să cunoască piaţa gazelor medicale, precum şi faptul că doar doi operatori economici sunt autorizaţi să furnizeze dioxid de carbon medicinal.

(22) Astfel, pot participa la Procedura de atribuire doar doi furnizori de gaze medicale apţi să încheie acordul-cadru, aceştia fiind ... și ... (ultimul fiind furnizorul actual de gaze medicale al ...), întrucât există doar

doi producători care deţin autorizaţii de punere pe piaţă valabile pentru dioxidul de carbon medicinal.

(23) Acest fapt se datorează obţinerii recente a autorizării ANMDM de punere pe piaţă a dioxidului de carbon medicinal de către ... - până de curând exista un singur furnizor de dioxid de carbon medicinal, respectiv ....

• Protoxidul de azot medicinal

În al doilea rând, protoxidul de azot medicinal este un produs care se poate livra către Autoritatea Contractantă doar prin transportator dedicat gazelor medicinale comprimate și doar din depozit autorizat în acest sens, iar termenul de livrare de două zile poate fi respectat exclusiv de ....

Conform pag. 5 din Caietul de sarcini:

„Termenul de livrare este 2 zile de la primirea comenzii din partea autorității contractante.”

Gazele medicinale se distribuie doar din depozite autorizate, unde trebuie să fie asigurat personal calificat (farmacist). Din cauza lipsei unui depozit de protoxid de azot medicinal în apropierea Autorităţii Contractante, operatorii economici, cu excepţia ..., nu vor putea oferta acest produs din cauza termenului de livrare scurt, iar Autoritatea Contractantă nu poate obţine oferte avantajoase în ceea ce priveşte oxigenul medicinal (produsul care ocupă o parte substanţială din valoarea achiziţiei).

Mai mult, cantităţile necesare de protoxid de azot medicinal sunt infim mai reduse faţă de cantităţile de oxigen medicinal, respectiv 180 kg - 24 de butelii având o capacitate de 7,5 kg fiecare, conform Caietului de sarcini, spre deosebire de 675.000 mc de oxigen medicinal lichefiat.

Or, Autoritatea Contractantă nu poate beneficia de oferte competitive cu privire la 90% din produsele pe care doreşte să le achiziţioneze deoarece a înţeles să introducă cantităţi infime dintr-un alt produs în acelaşi lot, iar operatorii economici interesaţi, cu excepţia Linde, nu vor putea îndeplini termenul restrictiv de livrare a acestui produs.

• Oxigenul medicinal

În al treilea rând, contestatorul subliniază distincţia în ceea ce priveşte modul de diferit de ambalare şi de livrare pentru oxigenul medicinal, respectiv (i) oxigenul medicinal comprimat se ambalează şi livrează în butelii, iar (ii) oxigenul medicinal lichefiat poate fi pus la dispoziţia Autorităţii Contractante prin cisternă criogenică.

Având în vedere această deosebire, livrarea de oxigen medicinal lichefiat se poate face oriunde în ţară prin intermediul cisternelor criogenice, în timp ce costurile de transport datorate modalităţii de ambalare a oxigenului medicinal comprimat limitează de cele mai multe ori înaintarea unor oferte pentru acest produs pe distante mai mari de 200 km. Din acest motiv, lipsa împărţirii pe loturi a celor două categorii de oxigen medicinal poate determina depunerea unui număr mai redus de oferte pentru ambele produse.

(3) În acest sens, interesul public urmărit de către Autoritatea Contractantă ar putea fi satisfăcut prin împărţirea celor două tipuri de oxigen medicinal (de ex: dacă ar separa gazele medicale în 3 loturi, ar putea să primească o ofertă pentru oxigenul medicinal comprimat, dar 3 oferte pentru aprovizionarea cu oxigen medicinal lichid - fapt care ar

determina crearea unui mediu concurenţial şi posibilitatea primirii unor oferte cât mai avantajoase pentru interesul public urmărit).

(29) În concluzie, ceilalţi furnizori de gaze medicale precum oxigen medicinal lichefiat, nu îşi pot depune oferta deoarece nu furnizează, alături de celelalte produse, şi dioxid de carbon medicinal şi protoxid de azot medicinal (...).

(30) Ținând cont de obligaţia Autorităţii Contractante de a achiziţiona produse şi servicii în condiţii de eficienţă economică şi socială conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, aceasta trebuie să acorde importanţă procesului economic de stabilire a ofertelor într-un mediu concurenţial, prin participarea a cât mai mulţi operatori economici în cadrul procedurii de atribuire a gazelor medicale.

(31) Prin lipsa împărţirii în loturi separate a celor patru gaze medicale, astfel încât atribuirea contractului-cadru să fie posibilă şi fezabilă doar pentru un operator economic, respectiv Linde Romania, motivaţia stabilirii unor oferte cât mai avantajoase pentru atribuirea contractului-cadru este redusă substanţial.

II. Prerogativa împărţirii pe loturi și obligaţia de nerestrângere a concurenţei

(4) Pe de altă parte, conform art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie este o prerogativă care aparţine Autorităţii Contractante, precum este şi prerogativa stabilirii dimensiunii acestor loturi.

(5) Acest drept de a recurge la atribuirea pe loturi este motivat de considerente de oportunitate apreciate de Autoritatea Contractantă, însă nu este un drept absolut, ci suferă unele limitări legale, în vederea protejării concurenţei şi a întreprinderilor mici şi mijlocii.

(6) Conform art. 3 alin. (1) pct. 30 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, prin lot se înţelege *„fiecare parte din obiectul contractului de achiziţie publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor Autorităţii Contractante, precum şi capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;”*.

(7) Conform art. 141 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor-cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei. (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai*

îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului."

(8) Aceste prevederi sunt menite să asigure implementarea Directivei 2014/24/UE privind achiziţiile publice, care prevede următoarele (paragraful (78) din preambul):

„Achiziţiile publice ar trebui adaptate la necesităţile IMM-urilor. Autorităţile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziţii publice", care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziţii publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop şi pentru a stimula concurenţa, autorităţile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari.

O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului."

(9) Din interpretarea sistematică a prevederilor de mai sus, rezultă că prerogativa stabilirii loturilor suferă unele limitări legale privind, pe de-o parte, asigurarea unui cadru concurenţial - prin gruparea cât mai eficientă a produselor ce urmează a fi achiziţionate (în funcţie de natura şi destinaţia acestora), şi pe de altă parte, încurajarea participării întreprinderilor mici şi mijlocii în cadrul procedurii de atribuire.

(10) Având în vedere situaţia de fapt, contestatorul consideră că Autoritatea Contractantă, chiar dacă urmăreşte necesitatea proprie de asigurare a gazelor medicale, încalcă flagrant limitele de exercitare a prerogativei de stabilire a loturilor, cu nerespectarea asigurării accesului operatorilor economici, în special a întreprinderilor mici şi mijlocii, din cauza (i) lipsei divizării pe loturi a produselor comercializate de toţi operatorii economici, faţă de produsele furnizate doar de doi operatori, şi (ii) a cantităţii substanţiale de produse (valoarea totală estimată fiind între 1.222.294 și 9.421.827,50 RON fără TVA, 24 de luni).

(11) Responsabilitatea Autorităţii Contractante în stabilirea cerinţelor minime de calificare impunea ca aceasta să analizeze factori precum complexitatea, volumul, durata și valoarea acordului-cadru în raport cu operatorii economici existenţi pe piaţa relevantă. În acest mod, criteriile de selecţie aveau ca rezultat selectarea ofertanţilor cu cea mai potrivită capacitate economică si tehnică pentru executarea acordului-cadru în condiţii optime.

(12) Lipsa unei atribuiri pe loturi în speţă nu poate conduce la un astfel de rezultat, deoarece întreprinderile mici și mijlocii care aveau capacitatea tehnică şi financiară de a furniza doar unul sau două dintre cele trei gaze medicale nu îşi pot depune ofertele în acest sens, rezumând astfel procedura de achiziţie la cei doi furnizori de gaze medicale care pot susţine furnizarea întregului lot de gaze medicale în bloc.

(13) Însă, dintre aceşti doi operatori economici eligibili, ... este împiedicată în depunerea ofertei de necesitatea livrării unor cantităţi infime de protoxid de azot medicinal, motiv pentru care, practic, Autoritatea Contractantă va primi o singură ofertă.

(14) Această limitare a prerogativei Autorităţii Contractante a fost subliniată de către Consiliu chiar prin Decizia pronunţată împotriva aceleiaşi nereguli din cadrul unei proceduri de atribuire organizată de Spitalul Clinic Colentina (gruparea într-un singur lot a aceloraşi trei gaze medicale) şi contestată de ... pentru acelaşi motiv (Decizia nr. ...), prin care Consiliul a statuat următoarele:

„Se constată astfel că, deşi prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorităţii contractante, şi nu o obligaţie, pentru împărţirea pe loturi a acordului-cadru care se intenţionează a se încheia, în condiţiile în care între cele trei produse care fac obiectul lotului 1, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependenţă, nu se poate recurge la încheierea unui singur acord-cadru, ci a unui număr de 3, după domeniul şi destinaţia în care se utilizează, potrivit celor mai sus reţinute.”

(15) Or, chiar dacă cele patru produse se încadrează în categoria medicamentelor de uz uman, modalitatea de utilizare a oxigenului medicinal (lichefiat sau comprimat) este diferit de modalitatea de utilizare a dioxidului de carbon medicinal şi a pro- toxidului de azot medicinal, deoarece:

(i) oxigenul medicinal se utilizează pentru:

- ratarea hipoxemiei determinate de insuficienţa respiratorie;
- adjuvant în hipoxie din şoc sau din afecţiuni însoţite de scăderea capacităţii de transport a hemoglobinei (anemie severă);
- intoxicaţie cu monoxid de carbon, cianuri, diclormetan;
- adjuvant în ischemie tisulară locală;
- solvent pentru anestezice inhalatorii volatile sau gazoase.

Oxigenul hiperbar (3 atmosfere) se utilizează pentru:

- boala de decompresiune;
- embolie gazoasă;
- gangrena gazoasă;
- creşte efectul radipterapiei în cazul tumorilor de la nivelul gâtului, extremităţii utero-cervicale şi cefalice.

(ii) În timp ce dioxidul de carbon medicinal este utilizat pentru:

- stimularea respiraţiei spontane în timpul terapiei de urgenţă (ex. intoxicaţie cu monoxid de carbon), prevenirea hipocapniei (nivel C02 scăzut în sânge), în caz de hiperventilaţie respiraţie rapidă);
- a asigura vizibilitatea cavităților la examinarile endoscopice (ex. colonoscopii) şi în timpul intervenţiilor chirurgicale la nivelul cavităților (ex. laparoscopie);
- a asigura vizibilitatea în timpul examinărilor de diagnosticare cu raze X a organelor şi cavităţilor goale;
- pentru tratamentul criochirurgical al verucilor prin congelare.

(iii) Protoxidul de azot medicinal este utilizat amestec cu oxigenul pentru anestezie.

(16) Această distincţie privind modalitatea de utilizare a fost subliniată şi de Curtea de Apel laşi, prin Decizia nr. 36/2022.

(17) Pe de altă parte, conform prevederilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: *„În situaţia în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligaţia de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.”*

(18) Or, motivarea deciziei de a nu atribui pe loturi trebuie să fie una serioasă, care să justifice faptul că interesul public urmărit este superior obligației de adaptare a contractului-cadru activității IMM-urilor.

(19) Contestatorul consideră că se impune împărțirea celor patru gaze medicale aferente Lotului 1 în patru loturi distincte, câte unul pentru fiecare gaz medical în parte, astfel încât operatorii economici care furnizează doar o categorie de gaze medicale să poată fi eligibili și să fie motivați să depună oferte cât mai competitive pentru fiecare tip de produs în parte.

III. Încălcarea principiilor nediscriminării și egalității de tratament

(20) Contestatorul consideră că lipsa divizării pe loturi pentru fiecare gaz medical în parte este de natură să încalce principiile nediscriminării și egalității de tratament prevăzute de art. 18 al Directivei 2014/24/UE și transpuse în legislația națională prin art. 49 și următoarele din Legea nr. 98/2016.

(21) Aceste principii sunt 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.

(22) De asemenea, CJUE a statuat în repetate rânduri 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.

(23) Conform art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Autoritatea contractantă are obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională. De asemenea, aceasta are 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.

(24) Contestatorul consideră că este în situaţia unei restrângeri artificiale a concurenţei în sensul prev. art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice deoarece, parcurgând caietul de sarcini, doar doi operatori economici deţin autorizaţie de punere pe piaţă a dioxidului de carbon medicinal (... şi ...), astfel că se dezavantajează în mod nejustificat operatorii economici care nu furnizează dioxid de carbon medicinal.

(25) Prin luarea în considerare a faptului că Lotul 1 cuprinde şi protoxidul de azot medicinal, din cei doi operatori economici care ar fi putut furniza cele trei gaze medicale principale, se mai efectuează încă o restrângere artificială a concurenţei în sensul eliminării ... de la

posibilitatea participării, deoarece doar ... poate livra protoxid de azot medicinal în termen de două zile prevăzut în cuprinsul caietului de sarcini.

(26) Pe cale de consecinţă, autorităţile contractante nu ar trebui să impună condiţii ce cauzează discriminare directă sau indirectă faţă de potenţialii ofertanţi, din care să rezulte din consultarea condiţiilor de autorizare şi termenului de livrare faptul că doar un singur operator economic poate îndeplini cerinţele Caietului de sarcini şi contracta pentru Lotul 1.

(27) În acest sens, restrângerea artificială a concurenţei prin discriminare se produce sub forma primei modalităţi prevăzută de legislaţia în vigoare, respectiv stabilirea de cerinţe de calificare care să favorizeze anumiţi participanţi la procedura de achiziţie publică (includerea celor mai importante gaze medicale într-un lot cu un gaz medical produs şi furnizat doar de doi operatori economici).

IV. Anularea Procedurii de atribuire

(28) În eventualitatea în care documentaţia de atribuire nu poate fi remediată prin împărţirea Lotului în patru loturi distincte, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire având în vedere motivele de nelegalitate care duc la restrângerea artificială a concurenţei şi limitează posibilitatea participării efective a tuturor operatorilor economici, cu excepţia ....

Având în vedere toate argumentele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestaţiei astfel cum a fost formulată, respectiv obligarea Autorităţii contractante la remedierea documentaţiei de atribuire în sensul împărţirii lotului 1 în patru loturi distincte (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon medicinal şi protoxid de azot medicinal), pentru a asigura fiecărui operator economic oportunitatea depunerii ofertei în funcţie de posibilităţile şi resursele sale şi, în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de remediere, anularea procedurii de atribuire.

Cu adresa nr. ..., Consiliul a solicitat Autorității contractante să comunice dacă înțelege să formuleze punct de vedere cu privire la contestație.

Prin adresa nr. 16799/04.07.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 33404/05.07.2022, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..., solicitând respingerea ca netemeinică și nelegală a contestației.

În fapt, autoritatea contractantă învederează faptul că:

1.Instituția sa, în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura online în vederea atribuirii contractelor de achiziţie publică având ca obiect „Acord-cadru furnizare gaze medicale", publicată în SEAP sub nr. .../27.05.2022, având data limită de depunere a ofertelor 24.06.2022 (procedura de achiziţie publică este suspendată la acest moment până la soluţionarea contestației), procedura fiind împărțită în două loturi.

2.În ceea ce priveşte motivele invocate de către contestatoare, autoritatea apreciază că acestea sunt netemeinice și nelegale:

I. Cu privire la dioxidul de carbon medicinal, autoritatea invocă lipsa de interes în formularea solicitării de împărțire pe loturi, având în vedere

faptul că, astfel cum recunoaşte și contestatoarea, aceasta deţine autorizaţie de punere pe piaţă pentru acest produs emisă de Agenţia Naţională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale. În consecinţă, autoritatea precizează că există două societăți comerciale cu această autorizare în România și este de natura evidenței că doar aceştia pot să se înscrie pentru ofertare în cadrul procedurii de achiziţie publică organizată de către subscrisa.

II. Referitor la protoxidul de azot medicinal, autoritatea arată că necesitatea unui produs medical nu poate fi dimensionată și nici nu poate fi condiţionată de capacitatea logistică a unui ofertant sau al altuia. De aceea, argumentul privind lipsa unui depozit de protoxid de azot medicinal în proximitatea autorității contractante, în soluţionarea speței în cauză, nu poate fi primit, cu atât mai mult cu cât, astfel cum menționează și contestatoarea, cantitatea este relativ mică, raportat la valoarea totală a acordului-cadru care urmează a se încheia.

Autoritatea precizează faptul că, termenul de livrare de 2 zile de la data primirii comenzii este corelat cu statutul de unitate de urgență a instituției, necesitatea livrării în timp scurt fiind condiţionată de existența cazurilor medicale care necesită urgent și stringent acest produs utilizat în procedurile anestezice.

III. Cu toate că, contestatoarea ..., în dezbaterea contestației reia argumente, fără temei aplicat la procedura în cauză, prin care susţine că se aduce atingere dispoziţiilor statuate de art. 2 din Legea nr.98/2016, autoritatea învederează Consiliului că, în fapt, solicitarea contestatoarei de împărțire pe loturi, este legată de imposibilitatea livrării de protoxid de azot medicinal din motivele anterior arătate. De altfel, autoritatea contractantă arată că această situație este recunoscută la pct. 13 din contestației.

În opinia autorității, esenţa derulării unei proceduri de achiziţiei publică nu poate fi legată de sprijinirea mediului de afaceri prin promovarea sau atribuirea de contracte către societățile comerciale încadrate în întreprinderi mici și mijlocii (subliniată în exces în argumentarea contestației), ci de necesitatea obiectivă a unei autorități contractante de achiziţie a unor produse/servicii, la standardele de calitate și condiţiile de livrare statuate în documentaţia de atribuire.

Autoritatea concluzionează astfel că, „dezbaterea subiectului privind restricționarea concurenței de către contestatoare pe cele 14 pag. ale contestației sunt lipsite de conținut, fiind doar alegaţii în favoarea unei împărţiri nejustificate pe loturi, pentru un produs pe care nu îl pot oferta în cadrul procedurii și care este vital pentru toate unitățile medicale de urgență din țară.”

Așadar, față de cele susmenţionate, autoritatea contractantă solicită respingerea contesției ca netemeinică și nelegală.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 29092/09.06.2022, contestatorul a transmis recipisa de consemnare nr. 208101340/1 din 06.06.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, în valoare de 90.593,52 RON, reprezentând cauțiune pentru contestație, potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Acord cadru de furnizare gaze medicale” (Lot 1 contestat – Oxigen medicinal lichefiat), cod CPV 24111500-0. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. .../27.05.2022, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire, ... a formulat contestația în analiză.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii de atribuire pentru Lotul 1 contestat, formulată de contestator, pe care a admis-o.

În ceea ce privește fondul contestației ..., analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Considerând nelegale prevederile documentației de atribuire pentru lotul 1, ... a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului 1 al procedurii, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii pentru acest lot.

Consiliul constată că această critică este legată de faptul că autoritatea contractantă prin gruparea celor patru gaze medicale (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medical comprimat, dioxid de carbon medicinal și protoxid de azot medicinal) în cadrul aceluiași lot, înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate categoriile de gaze medicale aferente lotului 1 de a participa la procedura de achiziție publică, reprezentând prin aceasta o încălcare a principiului nediscriminării și egalității de tratament.

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

[…]

dd) lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

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

- art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

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

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

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Normele metodologice potrivit căruia:

(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:

[…]

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;

Se constată astfel că, deși prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorității contractante, și nu o obligație, pentru împărțirea pe loturi a acordului-cadru care se intenționează a se încheia, în condițiile în care între cele 4 produse care fac obiectul lotului 1, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la încheierea unui singur acord cadru, ci a unui număr de 4, după domeniul și destinația în care se utilizează, potrivit celor mai sus reținute.

Astfel, Consiliul reține că la lotizarea procedurii autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere destinația celor 4 produse în discuție, și nu forma gazoasă a acestora.

În sensul arătat, s-a pronunțat Curtea de Apel Iași, în decizia nr. 36/2022, dosar nr. 768/45/2021, astfel:

„...Referitor la plângerea formulată de autoritatea contractantă, se observă că aceasta vizează toate cele trei aspecte de nelegalitate reținute de către Consiliu cu privire la documentația de atribuire:

În primul rând, legat de împărțirea achiziției în loturi, Curtea reține că art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 impune autorității contractante obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, ceea ce înseamnă că această decizie nu este una discreționară, la libera apreciere a autorității contractante.

În cauză, chiar dacă este vorba de dezinfectanți, produsele ce fac obiectul licitației (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pe bază de clor și dezinfectant pentru mâni), care figurează sub aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfectante), nu constituie produse similare, în sensul art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod evident nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Chiar dacă scopul utilizării

acestor produse este activitatea de dezinfectare, așa cum corect a reținut și Consiliul, fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru mâni, pentru veselă/echipamente/recipiente, precum și pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe documentare diferite.

În privința celorlalte argumente oferite de către autoritatea contractantă, referitoare la necesitatea licitării împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante, existența riscului de nu se prezenta ofertanți, ori posibilitatea de asociere a ofertanților cu scopul de a depune o ofertă completă, în mod corect acestea au fost înlăturare de către Consiliu.

De altfel, fiecare din aceste justificări oferite de către autoritatea contractantă pot constitui argumente în sens contrar celor invocate de aceasta. Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse biocide, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau cărora li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.

Același argumente referitoare la specializarea furnizorilor pe o anumită categorie de dezinfectanți și impedimentele privind asocierea acestora conduc, în mod evident și contrar susținerilor autorității contractante, la concluzia că în cazul procedurii de achiziție publică organizată prin licitarea împreună a celor trei categorii de dezinfectanți există o mai mare probabilitate ca această să se finalizeze prin absența ofertelor, decât în cazul licitației organizată pe loturi”.

Se observă din decizia amintită că instanța de judecată a avut în vedere la luarea deciziei de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, despărțirea în loturi distincte a gazelor medicale din lotul 1 în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de achiziție publică al întreprinderilor mici și mijlocii, iar prin aceasta la încurajarea creșterii ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea lotului 1 și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că:

„(78) Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat «Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice», care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de

repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

[…]

Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare a obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea în loturi obligatorie în anumite condiții.".

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea de la speța nr. 838 din data de 23.04.2020: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?" după cum urmează (https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/115/false):

Răspuns:

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

În contextul celor arătate mai trebuie subliniat și faptul că nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație.Asocierea constituie un drept al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu dorește.

Cu alte cuvinte, o autoritate/entitate contractantă nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele patru tipuri de gaze, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

Este adevărat că modul de organizare a unei proceduri de achiziție publică este apanajul autorității contractante care ține cont de necesitățile sale, așa cum susține și autoritatea în punctul de vedere transmis, însă acest drept nu poate fi folosit discreționar, organizarea unei proceduri de atribuire trebuind să aibă în vedere asigurarea unei concurențe reale, concretizată prin participarea cât mai multor operatori economici, care are ca finalitate o mai eficientă utilizare a fondurilor publice prin obținerea unor prețuri cât mai competitive.

Prin urmare, criticile contestatorului vizând divizarea lotului 1 fiind întemeiate, cele 4 produse având destinații diferite și funcționalități diferite (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medical comprimat, dioxid de carbon medicinal și protoxid de azot medicinal), autoritatea contractantă

ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării lotului 1 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 4 produse gazoase.

Însă, restructurarea pe loturi, a lotului 1 al procedurii, pe care o pretinde în mod întemeiat operatorul economic contestator, nu este permisă de configurația actuală a SEAP, care nu acceptă tehnic schimbarea unei proceduri de încheiere a unui acord-cadru unic într-o procedură de atribuire pe loturi și nici divizarea unui lot în mai multe loturi distincte. Prin urmare, cererea de divizare fiind întemeiată, așa cum s-a arătat mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de încheiere a acordului-cadru pentru lotul 1, deoarece nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de achiziție publică.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de acordare a cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, Consiliul reține că, până la emiterea prezentei decizii, la dosarul cauzei nu au fost depuse dovezi privind cuantumul acestora.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... și va dispune anularea procedurii de atribuire pentru lotul 1.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și dispune anularea procedurii de atribuire pentru lotul 1.

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 de la comunicare.

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