

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația datată 14.09.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50348/14.09.2023, depusă de ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... și convențional de ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru încheierea acordului cadru având ca obiect *Oxigen medicinal comprimat , dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe)*, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev. 2), contestatoarea a solicitat:

- eliminarea cerințelor tehnice restrictive detaliate mai jos, de la nivelul caietului de sarcini;
- obligarea autorității contractante la împărțirea procedurii de atribuire în loturi.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ...SRL critică modalitatea în care a fost elaborată documentația de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, analizând prevederile caietului de sarcini, a remarcat imposibilitatea participării în cadrul procedurii de atribuire ca urmare a unor cerințe tehnice restrictive, respectiv impunerea furnizării a buteliilor de oxigen în capacitate de 8L, capacitate neuzuală și a buteliilor de CO₂ cu cerințe tehnice speciale - ambele tipuri de butelii găsindu-se la un singur furnizor (... SRL - „...”). În plus, în mod nefundamentat și în lipsa oricărei justificări, Autoritatea Contractantă a inițiat procedura într-un singur lot.

- › **Cerințe tehnice restrictive din caietul de sarcini**

Sub un prim aspect, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă a solicitat furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 2L, 5L, 8L și peste 30L. Capacitatea de 8L este una neuzuală, pe care un singur operator economic o are autorizată prin Autorizația de Punere pe Piață („APP”).

Analizând Nomenclatorul furnizat de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale („ANIVI DM”) se observă că ... este singurul operator economic având butelii de această capacitate.

Raportat la faptul că doar ... ar putea furniza butelii având capacitatea de 8L, strict acest operator având autorizată această formă, se nasc suspiciuni rezonabile în legătură cu caracterul concurențial al acestei licitații.

Sub un al doilea aspect, este restrictivă și cerința cuprinsă în caietul de sarcini, privind descrierea buteliilor de dioxid de carbon, fiind solicitate specificații pe care, și de această dată, doar ... le poate îndeplini, avându-le cuprinse în autorizația de punere pe piață.

Astfel, Autoritatea Contractantă solicită: Caracteristicile buteliilor CO₂ -inteligenta digitala, ușoare cu inele de identificare n gazului, mâner lelesopic cu prindere ușoară si baza cu roti detașabile, recipiente metalice corespunzătoare din punct de vedere al normativelor ISCIR si al normelor de protectie a muncii.

Contestatoarea arată că, în autorizația de punere pe piață a ..., la descrierea buteliilor se menționează că acestea sunt prevăzute cu inel: Butelia ...® este prevăzută cu un inel lucios colorat, pentru identificarea gazului pe care îl conține.

Respectivul inel este necesar doar pentru ca aceste butelii „...” sunt diferite de cele standard, toate fiind de culoare albastră, neaducând niciun plus de valoare buteliilor. Gazul conținut de butelii poate fi identificat în orice altă manieră (culoarea de pe gâtul buteliei, prospectul atașat buteliei, etc.).

În plus, în fișa tehnică a buteliilor „...” se observă mânerul telescopic solicitat de autoritatea contractantă.

În fapt, cerințele autorității contractante se mulează perfect pe produsele

Contestatoarea susține că păstrarea cerințelor de mai sus din caietul de sarcini în forma actuală conduce la situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prevăzut de art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin stabilirea acestor cerințe, autoritatea contractantă nu a respectat scopul legislației privind achizițiile publice, respectiv acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Aceste principii sunt o aplicație particulară a prev. art. 18 și art. 34 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene, dezvoltate în primul rând de jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție („CJUE”).

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.

Este invocat art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, se menționează și Decizia Consiliului nr. 1900/C4/2133/17.08.2023.

> **Împărțirea pe loturi a procedurii**

Conform prevederilor art. 141 din Legea nr. 98/2016, împărțirea pe loturi prevalează și trebuie aplicată cu prioritate de către autoritățile contractante, astfel încât să permită participarea cât mai multor operatori economici interesați în cadrul procedurilor de achiziții.

Invocă art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, cât și art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Prevederile menționate reprezintă transpunerea în legislația națională a dispozițiilor art. 46 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

Justificările ce stau la baza deciziei autorității de a nu atribui pe loturi contractul de achiziție publică/acordul-cadru trebuie să aibă în vedere motivele expuse în considerentul (78) al Directivei 2014/24/UE, care, chiar prezentate cu titlu exemplificativ, consacră tipologia motivelor ce pot justifica o înfrânare a concurenței prin neîmpărțirea contractului pe loturi, făcând în același timp aplicarea principiului proporționalității, specific procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Norma europeană, transpusă în legislația națională, impune așadar autorităților contractante să adopte cu prudență decizia de a nu împărți pe loturi contractele de achiziție, această decizie urmând a fi justificată.

Aceasta este și optica Agenției Naționale pentru Achiziții Publice „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.”

Contestatoarea arată că în cauza de față nu a fost prezentată nicio astfel de justificare pentru neîmpărțirea pe loturi.

În realitate, strict raportat la cerințele autorității contractante din caietul de sarcini de: (i) oxigen medicinal lichefiat; (ii) oxigen medicinal și dioxid de carbon în butelii, se observă că acest contract putea cu ușurință fi împărțit în două loturi.

Produsele oxigen lichefiat și oxigen comprimat, chiar dacă sunt identice în fapt (oxigen), sunt solicitate în forme diferite, acestea neavând costuri comune.

Din modul de redactare al caietului de sarcini se observă o delimitare clară a costurilor cu buteliile de oxigen și dioxid de carbon, față de cele cu oxigenul lichefiat și instalațiile aferente.

Rezultă așadar că pentru autoritatea contractantă nu există niciun impediment în împărțirea pe loturi.

Or, în lipsa oricărei justificări reale, decizia de a nu împărți contractul în loturi este una restrictivă, care denaturează concurența și împiedică ofertanții să participe la procedură.

Este invocată Decizia Consiliului nr. 1406/C3/1345 din 21.06.2023.

În concluzie, ...SRL apreciază că se impune împărțirea procedurii de atribuire privind oxigenul în cel puțin două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos și a dioxidului de carbon în butelii, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Având în vedere toate argumentele prezentate, solicită admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 10144/04.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 54394/05.10.2023 autoritatea contractantă transmite documentele necesare soluționării cauzei, precum și punctul de vedere prin care precizează că oxigenul medicinal (minim 99,5% O₂ v/v) este definit ca medicament de uz uman, rezultatul unui proces industrial specializat, realizat în conformitate cu „Principiile și liniile” directoare de bună practică de fabricație pentru medicamente de uz uman, inclusiv pentru investigații clinice” aprobate prin O.M.S. nr. 905/2006, cu cerințele de bază ale "Ghidului de bună practică de fabricație pentru medicamentele de uz uman" aprobat prin Hotărârea Consiliului Științific al ANM nr. 23/2010 și cu monografia de oxigen medicinal din Farmacopeea Europeană, ediția în vigoare (puritate minima 99,5% < 300 ppm CO₂ < 5 ppm CO < 67 ppm H₂O).

Autoritatea contractantă susține că este liberă să utilizeze regula lotului unic/pachet pentru aceste gaze medicale, justificarea venind din faptul că, din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentata pe loturi distincte.

Deoarece toate tipurile de oxigen sunt considerate medicamente, inclusiv dioxidul de carbon, iar serviciile conexe sunt aferente livrării, consideră că este justificată alegerea postării unui lot unic/pachet.

A procedat la suspendarea procedurii până la soluționarea cauzei.

În ceea ce privește cerințele tehnice, achizitoarea menționează că tipul de butelie folosit și cantitățile sunt stabilite prin centralizarea referatelor de necesitate primite din partea secțiilor spitalului, prezentarea necesarului în pachet de oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe) s-a realizat în scopul de a nu fragmenta acordul cadru, pentru o evidență mai clară a consumului de oxigen medical la nivel de spital și a calității acestuia.

Referitor la capacitățile > 30 litri, autoritatea contractantă afirmă că, dacă ar fi fost solicitată o clarificare, putea răspunde că se acceptă capacități de minimum 30 litri și maximum 50 litri.

Solicită butelii la capacitățile > 30 litri pentru că deține două secții exterioare spitalului, situate în afara incintei principale a spitalului, unde se afla stocatorul de oxigen. Cele două secții exterioare sunt: pneumoftiziologie-TBC, boli infecțioase care necesită un consum mare de butelii la capacitățile > 30 litri; secția de pneumoftiziologie-TBC (cu un consum foarte mare de aceste butelii) se află la etajul I, iar accesul se face pe scări înguste, sub forma elicoidală, clădirea fiind foarte veche. Aprovizionarea și deplasarea tuburilor pe aceste scări este foarte greu de realizat manual de către personalul auxiliar care manipulează aceste tuburi, preferând tuburi mai mici decât cele de 50 litri.

Eliminarea buteliei cu reductor de 8 litri nu se va realiza deoarece este foarte solicitată de către secțiile spitalului la cărucioarele și tărgile de transportat bolnavii care sunt dependenți de oxigen la radiologie și retur, dimensiunea de 93 cm a buteliei de 8 litri se potrivește în spațiul destinat buteliei de oxigen atașat cărucioarelor și tărgilor de transport pacienți. Capacitatea de 8 L este uzuală.

Autoritatea contractantă afirmă că oxigenul medicinal comprimat trebuie achiziționat în butelii de 8 litri, deoarece acest lucru este necesar pentru secții la transportul pacienților între secțiile din cadrul spitalului.

Aceste butelii se utilizează în diverse situații, precum situațiile în care este necesară deplasarea pacienților dependenți de oxigen medicinal comprimat în incinta spitalului, iar buteliile de oxigen medicinal trebuie să aibă dimensiuni care să permită astfel de deplasări, pentru ca buteliile să fie deplasate împreună cu pacienții.

Buteliile cu o capacitate de 10 litri care au o înălțime de 111 centimetri, precum cele furnizate de către ..., ... Romania sau Messer Romania pot fi ușor diferite ca dimensiune, însă nu pot fi utilizate pentru exact aceleași scopuri ca buteliile având capacitatea de 8 litri care au o înălțime de 93 centimetri.

Buteliile de 10 litri nu pot fi atașate cărucioarelor de transport pacienți deoarece sunt de 111 cm, ajungând la sol, iar cele de 5 litri au o capacitate prea mică să le poată înlocui pe cele de 8 litri.

Operatorii economici interesați de participarea la procedurile de atribuire organizate de autoritățile contractante trebuie să ia măsuri în sensul furnizării produselor necesare conform, specificațiilor tehnice solicitate de acestea din urmă, deoarece se prezumă că aceste specificații sunt necesare în vederea satisfacerii interesului autorității contractante.

Referitor la „restrângerea sferei de participare a operatorilor economici cu oferte” achiziția precizează că, analizând site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, a identificat cel puțin trei producători de gaze medicale (care fac obiectul prezentei proceduri), ce dețin Avizul de Funcționare pentru dispozitive medicale, oxigenul medicinal fiind un medicament.

Autoritatea contractantă susține că nu încalcă principiul discriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că solicită o autorizație care să garanteze competențele tehnice și profesionale ale ofertanților și derularea în condiții optime a acordului cadru, deoarece orice producător sau distribuitor de gaze medicinale care deține autorizații legale poate participa la această licitație.

În concret, specificațiile tehnice au o natură obiectivă și servesc la aprovizionarea cu produse corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante.

Referitor la descrierea buteliilor de Dioxid de carbon 100% gaz medicinal lichefiat, dacă ar fi fost solicitată o clarificare, se putea răspunde că se acceptă butelii de Dioxid de carbon medicinal de capacitate de 7,5 kg fără regulator incorporat, dar care să aibă, la vedere, un element de identificare specific acestui gaz medical.

În legătură cu împărțirea pe loturi a procedurii, autoritatea contractantă transmite că nu achiesează, deoarece este același produs - Gaze medicale - la care este diferit doar modul de ambalare, produsul se încadrează pe un singur CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev. 2). Menționează că stocatorul este proprietatea operatorului economic pentru care spitalul plătește chirie lunară.

Totodată, precizează că niciun operator economic care furnizează gaze medicinale (oxigen medicinal) nu este interesat de a furniza oxigen aflat în butelii, ci doar de cel lichefiat, care se stochează în stocator (oxigenul lichefiat este ușor de transportat cu cisternele). Dacă ar face achiziția pe loturi, niciun furnizor nu ar fi interesat de oxigenul aflat în butelii, deoarece este mai greu de manipulat, transportat și de aprovizionat. Dacă ar împărți achiziția pe loturi, ar risca să nu participe niciun operator economic pentru lotul cu buteliile de oxigen.

Autoritatea contractantă susține că nu renunță la pachetizarea într-un singur lot, întrucât:

1. Se asigură condiții de eficiență economică;
2. Toate produsele ce vor fi achiziționate sunt în același COD CPV, au aceeași destinație și sunt gaze medicale;
3. Angajarea mai multor contracte ar îngreuna gestionarea evidenței lor și consumului la nivel de spital.

Având în vedere mențiunile și argumentele legale prezentate mai sus, solicită Consiliului să respingă contestația depusă de ... SRL ca fiind neîntemeiată, nefondată și nejustificată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 54463/05.10.2023, autoritatea contractantă transmite completare a dosarului achiziției publice.

Prin adresa datată 13.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 56242/13.10.2023, societatea contestatoare transmite note scrise privind punctul de vedere al autorității contractante.

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

În vederea încheierii acordului cadru având ca obiect *Oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe)*, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.../07.09.2023. Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului - cadru de furnizare este de 8.786.217,60, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 16.10.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire, ...SRL a înaintat contestația în analiză.

...SRL a constituit cauțiunea în sumă de 87.900,60 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209492325/1 eliberată de CEC Bank SA, Sucursala Piața Alba Iulia, la data de 13.09.2023.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspectele legate de nelotizarea produselor și legate de anumite anumite prevederi ale caietului de sarcini.

Consiliul nu este ținut să se pronunțe asupra *criticilor* legate de evaluarea ofertei în ordinea expusă de contestatoare sau în ordinea dată de clasamentul întocmit de unitatea organizatoare. De altminteri, inclusiv Curtea de Justiție a Uniunii Europene aplică aceeași metodă, dovadă fiind bogata jurisprudență (în acest sens, cu titlu de exemplu, evocăm Hotărârea din 11 decembrie 2019, Mytilinaios Anonymos Etairia - Omilos Epicheiriseon, C-332/18 P, EU:C:2019:1065, punctul 44 – „*Pentru a facilita analiza temeiniciei prezentului recurs, trebuie să se examineze, mai întâi, al treilea motiv, apoi al doilea aspect și al treilea aspect ale*

primului motiv și, în sfârșit, primul aspect al primului motiv și al doilea motiv de recurs împreună.”)

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Unul din aspectele reclamate vizează neîmpărțirea produselor componente ale obiectului acordului-cadru pe loturi. Argumentele aduse de contestatoare în favoarea criticii aduse se bazează pe următoarele aspecte:

- produsele oxigen lichefiat și oxigen comprimat, chiar dacă sunt identice în fapt (oxigen), sunt solicitate în forme diferite, acestea neavând costuri comune;

- în plus, potrivit celor rezultate din art. 9 alin. (3) lit. f) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, justificarea deciziei autorității contractante în acest sens - de a nu utiliza împărțirea pe loturi - se realizează prin intermediul strategiei de contractare;

- în cauza de față, nu a fost prezentată nicio astfel de justificare pentru neîmpărțirea pe loturi.

Astfel concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea că se impune împărțirea procedurii de atribuire privind oxigenul, în cel puțin două loturi distincte, respectiv: achiziționarea oxigenului medicinal lichid și achiziționarea oxigenului medicinal gazos și a dioxidului de carbon în butelii, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Se vor reține în soluționare și argumentele aduse de achizitoare, în replică la cele reclamate de contestatoare, respectiv faptul că autoritatea contractanta nu dorește impartirea pe loturi a furnizării de: oxigen medicinal comprimat , dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adauga servicii conexe) deoarece este același produs - *gaze medicale* - la care este diferit doar modul de ambalare, produsul se incadreaza pe într-un singur CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev 2).

Ambalarea este in butelii de diverse mărimi si dimensiunii stocatorul aflat in curtea spitalului, stocatorul este proprietatea operatorului economic pentru care Spitalulu Municipal de Urgenta Caransebeș plătește chirie lunara.

A adăugat achizitoarea faptul că achiziția nu poate fi impartită pe loturi pentru ca ar risca sa rămână fără furnizor pe lotul cu butelii.

Astfel decizia de a nu renunța la pachetizarea intr-un singur lot se bazează pe următoarele aspecte:

- se asigura condiții de eficienta economica ;

- toate produsele ce vor fi achizitionale sunt in același COD CPV , au aceeași destinație și sunt gaze medicale;

- angajarea mai multor contracte ar îngreuna gestionarea evidenței lor și consumului la nivel de spital.

- autoritatea contractantă consideră ca ofertanta ... SRL nu are capacitatea și nici dreptul de a stabili necesitățile unității medicale.

Așadar, problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu este aceea a corectitudinii/incorectitudinii nedivizării obiectului acordului-cadru pe loturi.

Înainte de a proceda la analiză pe fond a aspectelor sesizate de cele trei societăți contestatoare, Consiliul găsește util expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, menite să înlănească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie astfel cum este descris la pct. II.1.1-*obiectul achiziției*:

II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor

OXIGEN MEDICINAL COMPRIMAT , DIOXID DE CARBON, OXIGEN LICHEFIAT MEDICINAL (la care se adaugă servicii conexe), CONFORM CAIETULUI DE SARCINI.

La pct. II.1.6 sunt menționate următoarele:

II.1.6) Impartire în loturi:

Nu.

Tot în cuprinsul fișei de date, s-au precizat următoarele:

II.2.4 Descrierea achiziției publice

(natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele)

- 1 BUTELII OXIGEN CAPACITATE ≥ 30 LITRII BUC -cant. MIN 300, cant.MAX 1 200,
- 2 BUTELII OXIGEN LIV CAPACITATE 5 LITRII BUC-cant. MIN 600, cant.MAX 2 400,
- 3 BUTELII OXIGEN LIV CAPACITATE 8 LITRII BUC -cant.MIN 900, cant.MAX 3 600,
- 4 BUTELII OXIGEN LIV CAPACITATE 2 LITRII BUC -cant.MIN 300, cant.MAX 1 200,
- 5 BUTELIE CO2 CAPACITATE 7.5 KG BUC-cant.MIN 6, cant.MAX 10,
- 6 BUTELII OXIGEN LIV CAPACITATE 10 LITRIIBUC-cant.MIN 900, cant.MAX 3 600,
- 7 CHIRII BUTELII LIV BUC / ZI -cant.MIN 624, cant.MAX 2496,
- 8 CHIRII BUTELII simple BUC / ZI -cant.MIN 60, cant.MAX 240,
- 9 OXIGEN LICHEFIAT MEDICINAL Nmc. -cant.MIN 300 000, cant.MAX 1 200 000,
- 10 CHIRIE ECHIPAMENTE DE STOCARE SI VAPORIZARE OXIGEN MEDICINAL Buc. -cant.MIN 12, cant.MAX 48,
- 11 TAXA TRANSPORT OXIGEN MEDICINAL LICHEFIAT buc-can.MIN 75, cant.MAX 300.

În cuprinsul caietului de sarcini achizițtoarea a precizat următoarele informații despre contextul achiziționării produselor care fac obiectul procedurii, astfel:

OXIGEN MEDICINAL COMPRIMAT, DIOXID DE CARBON, OXIGEN LICHEFIAT MEDICINAL (la care se adaugă servicii conexe) Cod CPV24111500-0 - GAZE MEDICALE (REV2)

În continuare autoritatea contractantă a detaliat specificațiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească cele trei tipuri de produse, mai exact:

1. Oxigenul lichefiat medicinal trebuie să aibă:

compoziție O₂ = minim 99,5% :

-CO < 5 ppm

CO₂ < 300 ppm

H₂O <67 ppm

-minim 3 luni de garanție de la data de fabricație a produsului;

Impuritățile luate în considerare sunt cele indicate în Farmacopeea Europeană ediția curentă. Analizele de control sunt efectuate urmând procedurile stabilite în Monografia numărul 0417 a Farmacopeii Europene ediția curentă pentru Oxigen.

Datorita condițiilor concrete existente în prezent, livrarea și stocarea produselor solicitate se va face în mod obligatoriu fără a apela la consumuri suplimentare de utilități și energie de orice fel.

Echipamente tehnice la sediul autorității contractante :

- Rezervor criogenic de stocare oxigen medicinal lichefiat de minim 6 000 litri;
- Vaporizator atmosferic de minim : 100 Nmc/ ora;
- Presiune maximă asigurată : 18 bari;
- Asigurarea unui debit unitar și continuu 24 din 24 de ore;
- Asigurarea unui sistem de transmitere la distanță a datelor, sistem de telemetrie;
- Panou electric necesar pompei criogenice de transvazare;
- Realizarea rețelei de conducte, tevi, armături specifice unei bune funcționări a

instalației

- Interconectarea instalației la rețeaua de conducte a spitalului

Instalație de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid cu intrare din str: Piața 21 Decembrie 1989 nr.2 în spatele spitalului.

2. Oxigen medicinal gazos în butelii trebuie să aibă:

compoziție O₂ = minim 99,5%

-CO < 5 ppm

CO₂ < 300ppm

H₂O <67 ppm

-minim 6 luni de garanție de la data de fabricație a produsului.

Furnizorul este obligat să :

• Puna la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii pentru oxigen medicinal Capacitatea buteliilor de oxigen medicinal trebuie să fie : 2 litri, 5 litri, 8 litri, 10 litri, > 30 litri.

Furnizorul trebuie să pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii simple și cu reductor de presiune integrat , folosite de către unitatea spitalicească . Furnizorul va depune declarație pe propria răspundere că deține un stoc de butelii simple și cu reductor de presiune integrat, suficient pentru îndeplinirea contractului.

Să livreze oxigen medicinal în butelii în termen de 48 ore de la comanda , în zilele lucrătoare , în funcție de comanda primită din partea autorității contractante, ținând cont de cantitatea cerută.

Produsele livrate vor fi însoțite în mod obligatoriu de următoarele documente: •Factura fiscală; •Buletin de analiză •Declarație de conformitate; •Certificat de calitate. •Proces verbal de recepție

În termen de 10 zile de la semnarea contractului furnizorul se obligă să verifice starea de butelii existente, proprietate a spitalului și să întocmească un raport de verificare. Pentru aceasta furnizorul trebuie să dețină:

- Aviz de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale din care să reiasă că furnizorul poate efectua reparații și mentenanță pentru dispozitive medicale
- ISO 13485:2003- Sistemul de management al calității pentru realizare instalații și servicii pentru rețele de gaze medicale, instalare, servicii și suport tehnic pentru sistemele de distribuție centralizate a gazelor medicale.

Oxigenul medicinal îmbuteliat va fi livrat la comanda autorității contractante, în buteliile furnizorului, puse la dispoziție de către furnizor, în regim de închiriere, recipiente metalice corespunzătoare din punct de vedere al normativelor ISCIR și al normelor de protecție a muncii.

4. Dioxid de carbon de carbon (gaz alimentar de uz medical) pentru aplicații medicale/farmaceutice să aibă:

Puritate CO₂: minim 99.5%

Impurități: CO max 5ppm

SO₂ max 2 ppm

H₂S max 1ppm

H2O max 67 ppm
 NO/NO2 max 2 ppm
 fara mirosuri străine - puritate >99,9%
 - fara fenol

Produsele livrate vor fi insotite de minatoarele documente:

- Factura fiscala;
- Declarație de conformitate;
- Certificat de calitate.
- Proces verbal de recepție

Dioxidul de carbon va fi livrat la comanda autoritatii contractante, in buteliile furnizorului, puse la dispoziție de către furnizor in regim de inchiriere.

Caracteristicile buteliilor CO2 -inteligenta digitala, ușoare cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară si baza cu roti detașabile, recipiente metalice corespunzătoare din punct de vedere al nonnativelor ISCIR si al normelor de protectie a muncii.

Este relevant de redat și conținutul *Anexei 1 – Centralizator necesar, respectiv*

ANEXA 1 – CENTRALIZATOR NECESAR

TIP	NR. C RT.	DENUMIRE	UM	PRET LEI (fara TVA)	CANT. ESTIMAT A MIN./ CONTR. SUBSEC VENT	CANT. ESTIMATA MAX./ CONTR. SUBSECVE NT	CANT. ESTIMAT A MAX./ ACORD CADRU	VALOARE FARA TVA / CEL MAI MIC CTR. SUBS 1 luna	VALOARE FARA TVA / CEL MAI MARE CTR. SUBS 12 luni	VALOARE FARA TVA / ACORDUL CADRU 48 luni
BUTELII	1	BUTELII OXIGEN CU REGULATOR INCORPORAT CAPACITATE ≥ 30 LITRII	BUC	230.00	5	300	1 200	1 150	69 000	276 000
	2	BUTELII OXIGEN CU REGULATOR INCORPORAT CAPACITATE 5 LITRII	BUC	150.00	10	600	2 400	1 500	90 000	360 000
	3	BUTELII OXIGEN CU REGULATOR INCORPORAT CAPACITATE 8 LITRII	BUC	180.00	15	900	3 600	2 700	162 000	648 000
	4	BUTELII OXIGEN CU REGULATOR INCORPORAT CAPACITATE 2 LITRII	BUC	150.00	5	300	1 200	750	45 000	180 000
	5	BUTELIE CO2 CU REGULATOR INCORPORAT CAPACITATE 7.5 KG	BUC	273.66	2	6	10	547,32	1 641,96	2 736,60
	6	BUTELII OXIGEN CU REGULATOR INCORPORAT CAPACITATE 10 LITRII	BUC	180.00	15	900	3 600	2 700	162 000	648 000
	7	CHIRIE BUTELII CU REGULATOR INCORPORAT	BUC/ ZI	4	52	624	2496	6 448	75 920	303 680
	8	CHIRII BUTELII simple	BUC/ ZI	1.50	5	60	240	225	2 700	10 800
STOCATOR	9	OXIGEN LICHEFIAT MEDICINAL	Nmc.	5	5 000	300 000	1 200 000	25 000	1 500 000	6 000 000
	10	CHIRIE ECHIPAMENTE DE STOCARE SI VAPORIZARE OXIGEN MEDICINAL	Buc.ptr . 1 luna	4 000.00	1	12	48	4 000	48 000	192 000
	11	TAXA TRANSPORT OXIGEN MEDICINAL LICHEFIAT	1 transp ort	550.00	2	75	300	1 100	41 250	165 000
VALOARE TOTALA / ACORD CADRU PENTRU 48 LUNI								46 120,32	2 197 512,96	8 786 217,60

COD CPV24111500-0 – GAZE MEDICALE (REV 2)

Din economia celor anterior reținute, se reține faptul că în vederea atribuirii contractului de furnizare supus procedurii în cauză, al cărui specific nu poate fi tăgăduit, autoritatea contractantă a elaborat caietul de sarcini în cadrul căruia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească produsele ce se doresc a fi achiziționate.

Procedura de atribuire a contractului impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru 11 produse și servicii conexe acestora, potrivit mențiunilor caietului de sarcini anterior redată.

În soluționare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 3 alin. (1):

„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. 18 alin. (1) și (3):

„(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze **produse similare**, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”;

- art. 50. - (1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

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

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

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

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

(4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

(5) Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant.

(6) În situația prevăzută la alin. (5), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui ofertant.

(7) Autoritatea contractantă are obligația de a indica în documentele achiziției criteriile și regulile obiective și nediscriminatorii care se vor aplica pentru stabilirea loturilor care vor fi atribuite aceluiași ofertant, în cazul în care în urma aplicării criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare ar rezulta atribuirea către un ofertant a unui număr de loturi mai mare decât numărul maxim admis.

(8) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă are dreptul de a decide atribuirea contractului/contractelor prin reunirea mai multor loturi sau a tuturor loturilor și atribuirea acestora aceluiași ofertant, dacă a precizat în anunțul de participare faptul că își rezervă dreptul de a face acest lucru și a indicat loturile sau grupurile de loturi care pot fi reunite.

(9) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă efectuează o evaluare comparativă a ofertelor, pentru a stabili dacă ofertele depuse de către un ofertant pentru o anumită combinație de loturi luate în ansamblu ar primi un punctaj superior prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire prin raportare la loturile respective față de punctajul total obținut de ofertele pentru loturile individuale în cauză luate separat.

(10) Autoritatea contractantă efectuează evaluarea comparativă prevăzută la alin. (9) prin stabilirea în primul rând a punctajelor ofertelor pentru fiecare lot în parte prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire și, apoi, prin compararea punctajului total astfel obținut cu punctajul atribuit ofertelor depuse de către un ofertant pentru combinația de loturi respectivă, în ansamblu.”

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Norma metodologică aprobată prin H.G. nr. 395/2016:

„(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.”

Din analiza normele legale anterior precizate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valorile estimate ale tuturor achizițiilor de produse destinate unor utilizări identice sau similare, în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție;

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că 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;

- în situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, **aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi**, justificare care trebuie să se regăsească **la nivelul strategiei de contractare**.

Din dispozițiile legale mai sus citate, se constată că împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție publică reprezintă un **drept** al autorității contractante de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție sectoriale, aspect reținut și de autoritatea contractantă.

Totodată legislația redată **condiționează** ca în cazul în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea pe loturi obligația acesteia de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

(Legea nr. 98/2016 - art. 141 alin. (3) În situația în care entitatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi și Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:
- art. 9 alin. (3) lit. f) – „(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”).

Ca o primă chestiune, Consiliul constată că argumentul decisiv adus de achizitoare al nelotizării fiind acela că, toate produsele ce vor fi achiziționate sunt în același cod CPV-24111500-0 Gaze medicale (Rev 2), au aceeași destinație și sunt gaze medicale (la care se adaugă servicii conexe) la care este diferit doar modul de ambalare: ambalarea este în butelii de diverse mărimi și dimensiunii și stocatorul aflat în curtea spitalului. Achizitoarea a menționat ca stocatorul este proprietatea operatorului economic ... pentru care ... plătește chirie lunară.

Consiliul observă că din modul de redactare al caietului de sarcini (anexa 1-centralizator necesar) se observă o delimitare clară a costurilor cu:

- buteliile de oxigen și dioxid de carbon
- oxigenul lichefiat și instalațiile aferente.

În considerarea celor antemenționate sunt și susținerile contestatoarei, potrivit cărora:

Furnizarea de oxigen medicinal gazos și a dioxidului de carbon se efectuează prin transportul buteliilor la sediul Autorității Contractante, iar oxigenul medicinal lichid se transportă prin intermediul cisternelor criogenice la sediul Autorității Contractante, unde se aprovizionează rezervorul criogenic fix din incinta acesteia. Cele două modalități de aprovizionare aferente celor două produse funcționează și se desfășoară separat și concomitent.

Așa cum a susținut contestatoarea, Consiliul determină că produsele oxigen lichefiat și oxigen comprimat, chiar dacă sunt identice în fapt (oxigen), sunt solicitate în forme diferite, acestea neavând costuri comune.

În raport de precizările redată, sunt judicioase susținerile contestatoarei, potrivit cărora *strict raportat la cerințele autorității contractante din caietul de sarcini de: (i) oxigen medicinal lichefiat; (ii) oxigen medicinal și dioxid de carbon în butelii, se observă că acest contract putea cu ușurință fi împărțit în două loturi*.

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 contractului/acordului-cadru care se intenționează a se atribui, în condițiile în care între produsele care fac obiectul contractului/acordului-cadru, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la atribuirea unui singur contract, ci a mai multora, după utilizarea pe care o au.

Este important de reținut faptul că, așa cum a fost anterior punctat, legislația redată **condiționează** ca în cazul în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea pe loturi **obligația acesteia de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, justificare care trebuie să se regăsească la nivelul strategiei de contractare.**

Din examinarea *Strategiei de contractare nr. 8646/29.08.2023*, Consiliul constată că această strategie **nu conține**, conform obligației legale sus citate, **justificarea deciziei autorității contractante de a nu atribui contractul pe loturi**, aspect reținut și contestatoare, mai exact:

În Strategia de contractare anexată punctului său de vedere, nu se regăsește nicio referință privind împărțirea pe loturi, cum prevede cerința legală.

Susținerea achiziției din punctul de vedere în legătură cu faptul că Toate produsele ce vor fi achiziționale sunt în același COD CPV , au aceeași destinație și sunt gaze medicale nu poate fi reținut ca fiind o justificare pentru a se considera că cele 11 produse și servicii conexe sunt interdependente.

Faptul că toate produsele ar avea ca element comun, includerea în același cod CPV și același scop/destinație nu demonstrează că trebuiau constituite într-un singur lot.

În practica instanțelor de judecată și a Consiliului s-a avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența produselor, și nu un anumit scop, cum este cel indicat de autoritatea contractantă.

Consiliul nu poate reține nici susținerile autorității contractante, regăsite în cadrul punctului de vedere potrivit cărora aceasta a identificat necesitatea pe care urmează să o satisfacă/acopere efectuarea achiziției publice, respectiv că se asigură condiții de eficiență economică, precum și faptul că, din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare, dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte.

Astfel, întrucât oxigenul medicinal comprimat urmează a fi livrat în butelii de „2 litri, 5 litri, 8 litri, 10 litri și »30 litri cu regulator de presiune încorporat, iar „furnizorul trebuie să pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii (...)”, Consiliul constată faptul că aceste butelii nu sunt utilizate pentru a livra oxigen prin intermediul rețelei de la nivelul unității spitalicești (stocatorul aflat în curtea spitalului) așa cum este cazul oxigenului lichefiat.

Prin urmare, Consiliul constată că sunt întemeiate susținerile contestatorului, potrivit cărora modul în care urmează a fi utilizat oxigenul medicinal lichefiat (prin intermediul instalației de distribuție

oxigen medicinal a spitalului, alimentată din stocatorul criogenic) este diferit de modul în care urmează a fi utilizat oxigenul medicinal comprimat (livrat în butelii de 2 litri, 5 litri, 8 litri, 10 litri și »30 litri cu regulator de presiune încorporat), acesta din urmă fiind utilizat tot pentru tratarea pacienților, dar fără a fi utilizată instalația de oxigen a spitalului.

Consiliul reține că, deși, conform susținerilor autorității contractante, cele 2 categorii de oxigen (oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos și dioxidul de carbon în butelii), au aceeași destinație și se utilizează în același scop, acestea sunt, în realitate, categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, putând fi utilizate independent unele față de altele.

În consecință, justificările autorității contractante anterior precizate nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele în discuție, în circumstanțele date, ar trebui să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul produselor, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Divizarea în loturi distincte a produselor din cadrul obiectului acordului-cadru este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea obiectului acordului-cadru, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare.

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: 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 al 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 [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

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

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.**

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreuna concurența a fost confirmat și în Decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal: Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

Această critică este nefondată, întrucât **exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngreunări pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, într-o asemenea situație devenind abuzivă și contrară principiilor și scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanță.**

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți la cei al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, și nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați.

Achizițioarea nu poate forța un operator economic să se asocieze pentru a putea să îi furnizeze toate cele 11 produse și servicii conexe

acestora, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita/oferta.

Responsabilitatea sa privind importanța actului medical nu este acoperită prin achiziționarea produselor de la un singur operator economic, această responsabilitate existând indiferent de modul de achiziție a produselor, de la un singur sau de la mai mulți.

După cum s-a reținut anterior, se poate acoperi necesitatea autorității de livrare a gazelor chiar dacă ele provin de la ofertanți diferiți, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea achiziției în două sau mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau mai multe loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă.

Aceeași abordare a îmbrățișat Consiliul și cu ocazia pronunțării Deciziilor nr. 627/C9/492 din 15.04.2020, nr. 1406/C3/1345 din 21.06.2023, 1900/C4/2133 din 17.08.2023, 2178/C3/2200 din 18.09.2023, 2138/C9/ 2223 din 13.09.2023 și nr. 2260/C9/2550 din 26.09.2023.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul constată că sunt întemeiate susținerile contestatorului ...SRL, potrivit căruia sunt întrunite condițiile pentru împărțirea obiectului acordului-cadru în cel puțin două loturi distincte, pentru două categorii de produse de oxigen, respectiv pentru achiziționarea oxigenului medicinal lichid și achiziționarea oxigenului medicinal gazos și a dioxidului de carbon în butelii.

În contextul descris, critica contestatoarei vizând acceptarea divizării pe loturi fiind întemeiată, produsele având funcționalități diferite, fiind autonome și independente, autoritatea contractantă trebuie să modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte, însă divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă astfel de modificări la nivelul procedurii de atribuire.

(Prin adresa nr. 16301/27.10.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 46905/27.10.2020, AUTORITATEA PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI a precizat următoarele:

„Referitor la adresa dumneavoastră nr. 46165/C7/2196/22.10.2020 înregistrată la A.D.R. cu nr. 16232 din 23.10.2020 vă comunicăm că, din punct de vedere tehnic, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, în starea ÎN DEFINIRE a documentației, înainte de publicarea acesteia în SEAP.

În acest sens vă informăm că, după publicarea acesteia, sistemul nu permite efectuarea modificărilor privind împărțirea pe loturi, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin

adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective.

În mod similar, prin intermediul Adresei nr. 3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, se precizează următoarele: "Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor".)

Dat fiind faptul că nu este posibilă adoptarea unor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă Consiliul va obliga autoritatea contractantă la anularea procedurii de atribuire.

Așa cum a fost anterior reținut, autoarea contestației reclamă și anumite specificații tehnice din caietul de sarcini.

Astfel o primă critică vizează faptul că capacitatea de 8 litri este una neuzuală, pe care un singur operator economic o are autorizată prin Autorizația de Punere pe Piață („APP”). Contestatoarea a adăugat că, analizând Nomenclatorul furnizat de Agenția Națională a Medicamentului și a Dis-pozitivelor Medicale („ANIVI DM”) se observă că ... este singurul operator economic având butelii de această capacitate.

Concluzia contestatoarei este aceea că, raportat la faptul că, doar ... ar putea furniza butelii având capacitatea de 8L, strict acest operator având autorizată această formă, se nasc suspiciuni rezonabile în legătură cu caracterul concurențial al acestei licitații.

Sub un al doilea aspect, autoarea contestației precizează că este restrictivă și cerința cuprinsă în caietul de sarcini, privind descrierea buteliilor de dioxid de carbon, fiind solicitate specificații pe care, și de această dată, doar ... le poate îndeplini, avându-le cuprinse în autorizația de punere pe piață.

Argumentele aduse în favoarea criticii se bazează pe următoarele aspecte:

Astfel, Autoritatea Contractantă solicită:

Caracteristicile buteliilor CO2 -inteligenta digitala, ușoare cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară si baza cu roti detașabile, recipiente metalice corespunzătoare din punct de vedere al nonnativelor ISCIR si al normelor de protectie a muncii.

În autorizația de punere pe piață a ..., la descrierea buteliilor se menționează că acestea sunt prevăzute cu inel:

Butelia ...® este prevăzută cu un inel lucios colorat, pentru identificarea gazului pe care îl conține.

(Respectivul inel este necesar doar pentru ca aceste butelii „...” sunt diferite de cele standard, toate fiind de culoare albastră, neaducând niciun plus de valoare buteliilor. Gazul conținut de butelii poate fi identificat în orice altă manieră (culoarea de pe gatul buteliei, prospectul atașat buteliei, etc.).

În plus, în fișa tehnică a buteliilor „...” se observă mânerul telescopic solicitat de Autoritatea Contractantă.

Concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea că în fapt, *cerințele autorității contractante se mulează perfect pe produsele ... (...).*

Argumentele aduse de autoritatea contractantă se bazează pe următoarele aspecte:

- eliminarea buteliei cu reductor de 8 litri nu se va realiza deoarece este foarte solicitată de către secțiile spitalului la cărucioarele și targile de transportat bolnavii care sunt dependenți de Oxigen la radiologie și retur, dimensiunea de 93 cm a buteliei de 8 litri se

potrivește în spațiul destinat buteliei de oxigen atașat cărucioarelor și targilor de transport pacienți;

- capacitatea de 8 L este uzuală;

- autoritatea contractantă, afirmă faptul că oxigenul medicinal comprimat trebuie, achiziționat în butelii de 8 litri deoarece acest lucru este necesar pentru secții la transportul pacienților între secțiile din cadrul spitalului;

- aceste butelii se utilizează în diverse situații, precum situațiile în care este necesară deplasarea pacienților dependenți de oxigen medicinal comprimat în incinta spitalului, iar buteliile de oxigen medicinal trebuie să aibă dimensiuni care să permită astfel de deplasări, pentru ca buteliile să fie deplasate împreună cu pacienții, pentru pacienți din primiri urgente și pentru a fi transportați în ambulante și elicopter;

- buteliile cu o capacitate de 10 litri care au o înălțime de 111 centimetri, precum cele furnizate de către ..., ... România sau Messer România pot fi ușor diferite ca dimensiune, însă nu pot fi utilizate pentru exact aceleași scopuri ca buteliile având capacitatea de 8 litri care au o înălțime de 93 centimetri (Anexat o parte din referatele de necesitate care solicită butelii de 8L);

- buteliile de 10 litri nu pot fi atașate cărucioarelor de transport pacienți deoarece sunt mai înalte 111cm, ajungând la sol (se tarasc), iar cele de 5 litri au o capacitate prea mică ca să le poată înlocui pe cele de 8 litri (Anexat două poze);

- butelia de oxigen medical de capacitate 8 litri nu a fost inventată înainte de această licitație, a fost achiziționată și în vechiul contract subsecvent de livrare de oxigen medical și în actualul contract de livrare, exemplu în anul 2022 s-au folosit 21 buteli oxigen medical de 8 litri, iar în anul 2023 cantitate de butelii a crescut în sensul în care s-au solicitat 39 buc, butelii de 8 litri până în prezent;

Solicitările secțiilor de butelii de oxigen de 8 litri sunt dovedite prin referate de necesitate, fundamentate și aprobate și în același timp asumate atât de secții cât și de persoanele responsabile în acest sens. Spațiu cu suport de transport sub targa și cărucioarele de transport în care se fixează* butelia de oxigen, este preferată în defavoarea celei de 5 litri pentru că au o cantitate mai mare de oxigen comprimat și rezistă pe un traseu mai lung și o durată de timp mai îndelungată, iar o butelie 10 litri ar incomoda (anexat 5 referate și procese verbale de predare-primire).

Din economia celor anterior redată se constată că argumentația achiziției are în vedere strict necesitatea acesteia, care este într-adevăr judicios motivată.

Însă, ceea ce nu reiese din pledoaria autorității contractante este faptul că pe piață există operatorii economici specializați cu activitate constantă în sectorul respectiv, care pot furniza produsele a căror capacitate este reclamată (8 litri) și cerințele privind descrierea buteliilor de dioxid de carbon.

Cenzurarea sau modificarea cerințelor/specificațiilor tehnice impuse de autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către achizițitorul a ipotezei art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 - *specificatiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici* - și cea a art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 - *Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la*

o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Așadar, modificarea sau cenzurarea caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date de cele două temeuri de drept citate mai sus.

Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți. Obiectivul obligației autorității de respectare a principiului egalității de tratament consistă în favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective la procedura de atribuire. Principiul impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358).

Niciunde în precizările aduse prin punctul de vedere achizitoarea nu explică/argumentează cum este asigurată concurența în privința capacității buteliilor de 8 litri și cerințele privind descrierea buteliilor de dioxid de carbon, ceea ce coincide cu tipul de butelii asigurate de actualul furnizor ..., amintit mai sus. Astfel cum a fost deja reținut specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici [art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016].

În punctul său de vedere, achizitoarea a susținut referitor la „restrângerea sferei de participare a operatorilor economici cu oferte facem precizarea ca, analizand site-ul Agenției Naționale a Medicamentului si Dispozitivelor Medicale, am identificat cel puțin trei producători de gaze medicale (care fac obiectul prezentei proceduri), ce dețin Avizul de Funcționare pentru dispozitive medicale, oxigenul medicinal fiind un medicament însă nu a adus argumente și probe prin care să demonstreze că producătorii indicați au produse care îndeplinesc specificațiile tehnice impuse reclamate.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că este necesar ca achizitoarea să facă o analiză detaliată a specificațiilor reclamate ale diferiților producători și să le stabilească astfel încât, pe de o parte, să nu restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici, iar pe de altă parte, să acopere necesitățile sale.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de asigurare a unei minime concurențe, astfel încât la licitație să poată participa mai mulți operatori economici.

Recapitulând considerentele anterior redată, se constată că solicitarea de divizare fiind întemeiată, rezultând astfel că finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie adoptate de autoritatea contractantă, precum și faptul că împărțirea pe loturi distincte a produselor din cadrul obiectului acordului-cadru nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii de atribuire.

În considerarea celor prezentate, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de ...SRL și va anula licitația deschisă pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect *Oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe)*, inițiată prin anunțul nr. CN... /07.09.2023 organizată de

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu

Anulează licitația deschisă pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect *Oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe)*, inițiată prin anunțul de participare nr. CN.../07.09.2023.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

