

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

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., formulată de..., cu sediul în..... nr...., sector..., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator, și convențional prin societatea de avocați... cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, sector..... nr....., etaj... (recepție), împotriva documentației de atribuire, întocmită de către autoritatea contractantă SPITALUL JUDEȚEAN... „DR....”, cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat:

- să suspende procedura de atribuire până la soluționarea prezentei contestații,
- să oblige autoritatea contractantă să adopte măsurile de remediere necesare cu privire la anumite cerințe nelegale și/sau restrictive respectiv:
- să dispună împărțirea procedurii de atribuire pe loturi, respectiv câte un lot pentru: oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon și protoxid de azot.
- să elimine din cadrul documentației de atribuire cerința de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri și... litri pentru oxigen medicinal comprimat;
- să dispună eliminarea cerinței privind punerea la dispoziție a bateriilor compuse din 12 butelii de 50 litri;
- să elimine cerința privind montajul și punerea în funcțiune a rezervorului criogenic și a vaporizatorului, cu autorizare ISCIR în 15 zile de la semnarea acordului-cadru;
- să clarifice cerința privind suplimentarea capacității de stocare a oxigenului lichid prin instalarea unui rezervor de oxigen lichid cu capacitate mai mare de... mc;
- să precizeze în documentația de atribuire că obligația depunerii Autorizației de... emisă de....

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

1 Situația de fapt

Contestatorul precizează că, la data de..., autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr.... cu privire la procedura de atribuire având ca obiect „...”, COD... Gaze medicale (Rev.2). La aceeași dată, autoritatea contractantă a publicat și caietul de sarcini, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind..., ora 15:....

În opinia sa, caietul de sarcini conține prevederi restrictive și nelegale, incompatibile cu prevederile Legii nr.... privind achizițiile publice și cu prevederile HG nr. 395/2016 pentru aprobarea..., contrare principiilor fundamentale specifice achizițiilor publice.

2. Suspendarea procedurii de atribuire

3. Necesitatea adoptării măsurilor de remediere a documentației de atribuire prin eliminarea cerințelor nelegale și restrictive.

... Autoritatea contractantă avea obligația de a împărți procedura de atribuire pe loturi.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a decis ca achiziția de oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon și protoxid de azot să se facă într-un singur lot.

Invocând prevederile art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 arată că deși obiectul acordului-cadru este furnizarea a patru produse diferite, autoritatea contractantă a decis să nu împartă procedura pe loturi.

Astfel, conform Legii nr...., regula în materia achizițiilor publice este împărțirea pe loturi, iar excepția este neîmpărțirea pe loturi, soluție care trebuie justificată de autoritatea contractantă în toate cazurile.

Or, nicăieri în caietul de sarcini și/sau în documentația de atribuire nu există vreo justificare a deciziei de a nu împărți pe loturi achiziția de oxigen medicinal lichid și achiziția de oxigen medicinal comprimat (în butelii), aceasta lipsind cu desăvârșire, cu vădita încălcare a dispozițiilor art. 141 din Legea nr. 98/2016.

Este adevărat că decizia împărțirii pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante, însă justificarea deciziei de a nu face împărțirea pe loturi reprezintă o obligație legală, care poate fi supusă controlului administrativ și judiciar.

Dincolo de considerentul legal, susține că împărțirea achiziției pe loturi este benefică din punct de vedere economic și juridic atât pentru autoritatea contractantă, întrucât asigură o concurență reală între operatorii economici participanți și gama de produse ofertate, minimizează riscurile logistice și/sau de aprovizionare, în cazul în care singurul furnizor al tuturor produselor se află în imposibilitate de livrare a produselor, cât și pentru operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, care își pot configura oferta de preț în mod eficient, dar și (mai) facil, pentru un singur produs.

Față de aceste considerente, susține că prezenta contestație se impune a fi admisă, cu consecința obligării autorității contractante de a împărți procedura de atribuire în loturi pentru fiecare dintre produsele pe care urmează să le achiziționeze.

... Solicitarea de butelii de 8 litri și... litri pentru oxigenul medicinal comprimat reprezintă o cerință restrictivă.

Contestatorul arată că în cadrul paginii 6 din caietul de sarcini se specifică faptul că, printre produsele solicitate, se află și oxigenul comprimat în butelii de 8 l și... l.

„....1.Produsele solicitate sunt:... și anume: oxigen medicinal lichefiat (mc), oxigen medicinal comprimat în butelie de 50l, oxigen medicinal comprimat în butelie 10l, oxigen medicinal comprimat în butelie 8l, oxigen medicinal comprimat în butelie de 5l, oxigen medicinal comprimat în butelie 2l, oxigen medicinal comprimat în butelie...l, dioxid de carbon lichefiat în butelie...l, protoxid de azot în butelie...l”.

Consideră că cerința furnizării oxigenului medicinal în butelii de 8 litri și de... litri este în măsură să afecteze concurența prin restrângerea participării operatorilor economici activi pe..., cu excepția..., care, în acest moment, este singurul operator economic autorizat să îmbutelieze acest produs în butelii de 8 litri și... litri.

Susține că această informație poate fi regăsită pe site-ul... a Medicamentului și a... din România (<https://nomenclator.anm.ro/medicamente>), unde sunt înregistrați toți operatorii economici care produc oxigen medicinal comprimat și dețin o autorizație de punere pe piață în acest sens.

Capacitatea buteliilor în care operatorii economici pot furniza oxigen medicinal comprimat este menționată în cuprinsul autorizației de punere pe piață a acestui produs. Atașează anexele autorizațiilor de punere pe piață ale operatorilor economici existenți, respectiv (i)... (autorizația nr....), (ii)... (autorizația nr.... și (iii)... (autorizația nr....) -Anexa 3.

Din autorizațiile menționate (pag. 1, pct. 4 din fiecare anexă a autorizațiilor) rezultă că, în acest moment... este singurul producător de gaze medicale autorizat să utilizeze butelii de 8 litri și de... litri pentru furnizarea oxigenului medicinal comprimat.

Dorește să sublinieze faptul că furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 8 litri și de... litri nu este obligatorie și nici măcar necesară autorității contractante, întrucât acest produs este furnizat în general pe..., 5 și 10 litri - acestea reprezentând capacitățile standard utilizate pentru îmbuteliere.

Aceste capacități 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 aprovizionarea unităților de primiri urgențe și pentru a fi transportate în ambulanțe.

În vederea asigurării utilizării oxigenului medicinal comprimat pentru situațiile descrise, fiecare operator economic și-a autorizat producția de oxigen medicinal în butelii de diferite dimensiuni și capacități, care nu diferă în mod determinant de la un operator economic la altul, astfel că acestea pot fi utilizate pentru aceleași necesități de către spitale.

Astfel arată că buteliile cu o capacitate de 10 litri, precum cele furnizate de către.....u... pot fi ușor diferite ca dimensiune, însă pot fi utilizate pentru exact aceleași scopuri ca buteliile având capacitatea de 8 litri și furnizate exclusiv de.... Autoritatea contractantă nu poate motiva decizia aprovizionării cu butelii de o capacitate neuzuală, deoarece nu există situații/dispozitive care să necesite integrarea unei butelii de 8 litri, dar care să nu suporte capacitatea standard de 10 litri.

Susține că aceeași este situația și în cazul buteliilor de... litri, care pot fi înlocuite cu butelii de...u 2 litri, care reprezintă o capacitate standard.

În încheiere, dorește să menționeze că această obligație de furnizare a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri a apărut inițial în documentațiile de atribuire ale procedurilor organizate de alte autorități contractante, precum... de...u Institutul de Pneumoftiziologie „...” dar și în cazul altor unități spitalicești, însă aceste cerințe au fost considerate restrictive și eliminate ca urmare a deciziilor CNSC sau ale instanțelor de judecată.

Având în vedere cele de mai sus, consideră că se află în situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prevederilor art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 deoarece există pe piață și este autorizat să furnizeze oxigen medicinal în butelii având aceste capacități neuzuale de 8 litri și... litri un singur operator economic.

... Cerința privind punerea la dispoziție a unor baterii compuse din 12 butelii este nelegală, menită să restricționeze concurența.

Arată că în caietul de sarcini, la pag. 6 se solicită oxigen comprimat în baterii formate din 12 butelii.

Consideră că cerința ca soluția de back-up să fie asigurată prin punerea la dispoziție de baterii, fiecare baterie fiind compusă din 12 butelii cu oxigen, este restrictivă, în măsură să afecteze concurența prin restrângerea participării operatorilor economici activi pe..., având în vedere că nu toți operatorii au autorizate baterii cu 12 butelii cu oxigen.

În opinia sa nu există nicio rațiune de natură tehnică sau legată de dimensiunea spațiului în care se află stația, pentru a nu fi acceptate și 2 baterii compuse din 16 butelii fiecare.

Este adevărat faptul că operatorii economici interesați de participarea la procedurile de atribuire organizate de autoritățile contractante trebuie să ia măsuri în sensul furnizării produselor necesare

conform specificațiilor tehnice solicitate de acestea din urmă, deoarece se prezumă faptul că aceste specificații sunt necesare în vederea satisfacerii interesului autorității contractante. Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu poate insera orice fel de specificații tehnice, ci trebuie să existe un echilibru între interesul urmărit de autoritatea contractantă și permiterea accesului egal la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați.

Or, autoritatea contractantă, chiar dacă a inserat această specificație tehnică în cuprinsul documentației de atribuire, nu a justificat necesitatea acesteia, iar operatorii economici nu pot înțelege finalitatea acestei cerințe.

În concret, arată că specificațiile tehnice au o natură obiectivă și servesc la aprovizionarea cu produse corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante, fapt ce nu se probează în speță. Astfel cum a menționat supra, în caietul de sarcini nu este specificat de ce bateriile nu pot avea 16 butelii.

Consideră că se află în situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prev. art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 neexistând niciun motiv obiectiv pentru a impune ca bateriile să aibă exact 12 butelii, scopul urmărit de autoritatea contractantă putând fi atins și prin punerea la dispoziție a unor baterii cu 16 butelii.

În acest sens, anexează Minuta nr.... care atestă vizita de amplasament efectuată de reprezentanții... la sediul autorității contractante unde este precizat că se pot utiliza și baterii de 16 butelii de 50 litri, Anexa 4.

... Cerința privind montajul și punerea în funcțiune a stocatorului criogenic și a vaporizatorului, cu autorizare ISCIR în 15 zile de la semnarea acordului-cadru este una restrictivă și nejustificată din punct de vedere legal și tehnic.

Contestatorul arată că în caietul de sarcini se regăsește următoare cerință:

„Furnizorul este obligat să pună în funcțiune la sediul beneficiarului echipamentele care compun instalația de stocare/evaporare în termen de max. 15 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru și să conecteze sursa de oxigen medicinal lichefiat la rețeaua spitalului. Proiectarea și execuția instalației necesară realizării interconectării dintre sursa de oxigen și rețeaua spitalului este asigurată de furnizor. Furnizorul are obligația de a asigura furnizarea cu oxigen ca mod de back-up până la punerea în funcțiune a stocatorului/rezervorului de oxigen.

Ofertanții vor ține cont de următoarele aspecte:

- furnizorul va amenaja spațiul necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului necesar, va suporta costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, dacă este cazul și

execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid (declarație pe propria răspundere și documentație tehnică de montaj, inclusiv stație de butelii-back-up”: Platforma și amenajarea existentă nu ar putea fi puse la dispoziția altui furnizor, decât cel actual conform contractului încheiat cu actualul furnizor, nefiind proprietatea spitalului”.

În opinia sa, în mod evident termenul de 15 zile stabilit prin caietul de sarcini este unul insuficient și nerealist, raportat la toate operațiunile (proiectare, execuție, obținere autorizare ISCIR) pe care un furnizor nou - respectiv unul care nu aprovizionează deja autoritatea contractantă - trebuie să le execute. Autoritatea contractantă nu a motivat și/sau justificat în vreun fel termenul atât de scurt pentru realizarea tuturor acestor operațiuni, motiv pentru care acesta nu poate fi considerat ca fiind unul adecvat, care să permită în mod real operatorilor economici interesați să propună o soluție tehnică.

Consideră că acest termen este cu atât mai restrictiv cu cât la vizita de amplasament s-a constatat existența unui șantier în curtea autorității contractante, pentru renovarea spitalului, fără precizarea unui termen de recepție a lucrărilor și închidere a șantierului.

În concluzie, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să remedieze aceste prevederi restrictive cuprinse în caietul de sarcini, și să dispună înlocuirea termenului de 15 zile cu un termen adecvat și corespunzător, de... de zile de la obținerea autorizației de construire a fundației betonate.

... Cerința privind suplimentarea capacității de stocare a oxigenului lichid prin instalarea unui rezervor de oxigen lichid cu capacitate mai mare de... mc se impune a fi clarificată.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă impune prin caietul de sarcini următoarea cerință:

„Nota:

Furnizorul are obligația de a asigura, pe cheltuiala exclusivă proprie, suplimentarea capacității de stocare a oxigenului lichid prin instalarea unui rezervor de oxigen lichid cu capacitatea mai mare de... mc, care va înlocui integral rezervorul existent, la solicitarea scrisă a autorității contractante. În cazul în care necesarul de consum impune o capacitate suplimentară, furnizorul are obligația de a instala pe cheltuiala sa exclusivă, unul sau mai multe rezervoare suplimentare, astfel.....”.

Coroborând această cerință cu celelalte obligații stabilite prin caietul de sarcini, cerința privind punerea la dispoziție a unui rezervor sau mai multe cu capacitate mai mare de... mc nu este suficient de clară raportat la nevoile autorității contractante, autoritatea nespecificând un număr minim-maxim de rezervoare ceea ce împiedică o estimare corectă a cheltuielilor pentru instalarea și autorizarea acestor instalații.

Raportat la cele menționate supra solicită obligarea autorității contractante la clarificarea acestei cerințe, clarificarea fiind necesară

pentru ca operatorii economici interesați să participe la procedură să își poată pregăti oferta fără a exista dubii privind intenția autorității contractante.

... Se impune precizarea în documentația de atribuire că obligația depunerii Autorizației de... emisă de...;

Arată că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a impus următoarea condiție în sarcina ofertanților:

„4. Autorizație de distribuție angro emisă de..., conform Legii 93/... privind reforma în domeniul sănătății... I Medicamentul”.

Prin raportare la prevederile art. 699, pct. 17 și art. 8... alin. (4) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Autorizația de... emisă de..., prin urmare, rezultă că nu se poate impune unui producător să dețină o autorizație de distribuție angro pentru propriile produse/în raport cu sine, deși este producător al produsului respectiv.

În consecință, pentru eliminarea oricăror dubii, consideră că se impune precizarea că această cerință trebuie îndeplinită numai de către operatorii economici care nu sunt și producători.

Existența cerințelor restrictive reprezintă motivul pentru care singurul ofertant la procedurile acestui spital a fost doar....

Anexează declarația de participare de pe site-ul SEAP, unde este precizat că procedura cu anunț de participare CN1... /..., a avut un singur ofertant - Anexa 5.

Având în vedere toate argumentele prezentate, solicită admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată, respectiv suspendarea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire conform celor prezentate mai sus.

În ceea ce privește mijloacele de probă, înțelege să solicite proba cu înregistrări.

Anexează prezentei contestații împuternicire un set de documente apreciate relevante.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație solicitând respingerea contestației pe cale de excepție ca prematură și pe fond ca fiind neîntemeiată.

I. Excepția prematurității contestației

Autoritatea contractantă invocă excepția prematurității contestației formulată de..., pentru următoarele considerente:

Contestatorul a formulat solicitare de clarificări prin intermediul SEAP în data de... la orele 16: 13 (Anexa 1 atașată la prezenta-solicitarea de clarificări și print screen SEAP - fig 1.), iar în aceeași zi a introdus prezenta contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor transmisă și de asemenea spre știință către autoritatea contractantă la orele..., fără a aștepta răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări și fără a permite împlinirea termenului legal de răspuns prevăzut de legislația în materia achizițiilor publice.

Potrivit dispozițiilor Legii nr.... și ale Legii nr...., contestația poate viza un act administrativ vătămător sau un refuz expres ori implicit al autorității contractante.

Or, la momentul formulării contestației:

- Autoritatea contractantă nu emisese niciun răspuns la solicitarea de clarificări;

- termenul legal de răspuns nu era împlinit;

- nu exista un refuz explicit;

- nu putea fi reținut niciun refuz implicit.

În aceste condiții, consideră că nu poate fi identificat un act vătămător actual și cert care să justifice intervenția Consiliului.

Prin urmare, contestația este prematur formulată, întrucât a fost introdusă înainte ca autoritatea contractantă să aibă posibilitatea legală de a analiza și de a răspunde solicitărilor formulate prin clarificări.

II. Lipsa existenței unui prejudiciu actual.

Autoritatea contractantă arată că pentru a fi admisibilă, contestația trebuie să vizeze un prejudiciu concret și actual, în speță, contestatorul:

- nu a așteptat răspunsul autorității contractante;

- nu a demonstrat existența unui refuz;

- nu a indicat un act administrativ individualizat care să îi fi produs o vătămare.

În opinia sa simultaneitatea formulării clarificării și a contestației demonstrează că nu s-a urmărit obținerea unor lămuriri reale asupra cerințelor tehnice, ci bloc... procedurii de atribuire.

III. Conduita procedurală a contestatorului.

Autoritatea contractantă subliniază că, anterior inițierii procedurii de atribuire, reprezentanții contestatorului au fost prezenți la sediul spitalului, inclusiv în incinta curții unității sanitare, în vederea identificării și propunerii unor soluții tehnice privind furnizarea gazelor medicale, fapt cert ce și ei au menționat în contestație.

Această conduită demonstrează că:

- operatorul economic avea cunoștință deplină despre necesitățile tehnice ale spitalului;

- cerințele tehnice nu reprezintă o surpriză;

- documentația nu a fost concepută în mod arbitrar sau netransparent.

În aceste condiții, consideră că susținerea că autoritatea contractantă ar fi restrâns artificial concurența este neîntemeiată, cu atât mai mult cu cât contestatorul a participat activ la discuții tehnice anterioare publicării procedurii.

IV. Buna-credință a autorității contractante.

Autoritatea contractantă precizează că a acționat cu respectarea principiilor prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Formularea simultană a unei solicitări de clarificări și a unei contestații, fără a permite parcurgerea etapelor legale ale procedurii, nu

poate fi interpretată ca o conduită de natură să susțină existența unei vătămări reale, ci relevă exclusiv intenția de suspendare a procedurii.

Față de motivele invocate de contestator, autoritatea contractantă argumentează următoarele:

Referitor la motivul nr....:

Susține că caietul de sarcini nu conține prevederi restrictive și nelegale, incompatibile cu prevederile Legii nr.... privind achizițiile publice (Legea nr. 98/2016) și cu prevederile HG nr. 395/2016 pentru aprobarea...), contrare principiilor fundamentale specifice achizițiilor publice, deoarece exprimă clar cerințele Legii nr.... articolul 3, alin. (1) lit. v) și lit. z), fiind parte integrată din documentația de atribuire, exprimă necesitatea autorității contractante în vederea unei bune funcționări administrative și medicale

Raportat la art. 30 din HG nr. 395/2016, alin (6) susține că caietul de sarcini este definit clar prin descrierea produselor și accesoriilor acestora la capitolul..... Descrierea produselor solicitate și, dacă este cazul, operațiunile cu titlu accesoriu necesar a fi realizate.

Concluzionează că nu a fost exprimat în mod concret motivul „Caietul de sarcini conține prevederi restrictive și nelegale, incompatibile cu prevederile Legii nr.... privind achizițiile publice (Legea 98/2016) și cu prevederile HG nr. 395/2016”.

Referitor la motivul nr. 3 din contestație autoritatea contractantă precizează că a ales să nu împartă procedura pe loturi, deoarece gazele medicale folosesc același scop: actul medical.

Deși gazele au indicații terapeutice distincte, acestea sunt integrate în același sistem tehnic de alimentare și gestionare, iar pentru asigurarea continuității serviciului medical și a răspunderii unitare, autoritatea contractantă susține că a optat justificat pentru atribuirea într-un singur lot.

De asemenea susține că a optat pentru atribuirea acordului-cadru într-un singur lot, având în vedere natura unitară a obiectului contractului și interdependența tehnică a produselor solicitate.

Gazele medicale (oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon și protoxid de azot) nu reprezintă produse autonome, independente din punct de vedere funcțional, ci fac parte dintr-un sistem integrat de furnizare a gazelor medicale, care deservește în mod direct și continuu actul medical.

Totodată arată că în jurisprudența constantă a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, s-a reținut că, în cazul unităților sanitare, împărțirea pe loturi nu este obligatorie atunci când:

- > produsele sunt interdependente tehnic;
- > furnizarea trebuie asigurată în mod integrat;
- > există necesitatea unei răspunderi unitare;
- > fragmentarea contractului ar putea genera riscuri privind continuitatea serviciului esențial.

În cazul de față, toate gazele medicale deserveșc un scop comun: susținerea directă a actului medical și asigurarea funcționării secțiilor critice (ATI, UPU, bloc... etc.). Fragmentarea furnizării între mai mulți operatori economici ar genera:

- > dificultăți de coordonare tehnică;
- > neclarități privind responsabilitatea în situații de avarie;
- > riscuri privind intervenția rapidă în caz de incident;
- > potențiale sincope în alimentarea sistemului centralizat.

De asemenea, susține că sistemul de stocare, distribuție și back-up funcționează integrat, iar operarea acestuia necesită unitaritate în intervenție și mentenanță.

În aceste condiții, consideră că atribuirea pe un singur lot este justificată de:

- > necesitatea asigurării continuității actului medical;
- > cerințe de siguranță sanitară;
- > eficiență operațională;
- > claritatea răspunderii contractuale.

Autoritatea contractantă nu a urmărit restrângerea concurenței, ci garantarea funcționării în condiții de siguranță a unui serviciu esențial, în acord cu principiul proporționalității prevăzut de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, în opinia sa decizia de a nu împărți pe loturi nu reprezintă o restrângere artificială a concurenței, ci o opțiune justificată obiectiv de necesitatea asigurării continuității și siguranței serviciului medical. Este un sistem medical integrat care susține viața pacienților.

Referitor la critica de la punctul... din contestație, autoritatea contractantă precizează că susținerea contestatorului potrivit căreia cerința privind furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 8 litri și... litri ar reprezenta o restrângere a concurenței este neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că nu a stabilit aceste dimensiuni în mod arbitrar și nici în considerarea configurației comerciale a unui anumit operator economic, ci în raport direct cu obligațiile funcționale și medicale ale unității sanitare.

- Buteliile de... litri:

Buteliile de... litri sunt utilizate în dotarea echipajelor de... și în intervențiile de tip SMURD, fiind conforme cu configurația echipamentelor medicale mobile utilizate în sistemul de... (atașează ANEXA 4 - p.v. inventar pentru ambulanță SMURD-nr. crt...., cu mențiunea că... are în structura sa UNITATE DE PRIMIRI URGENTE/SMURD, iar în sarcina spitalului cade să aprovizioneze ambulanțele-SMURD cu necesarul privind funcționarea în teren a medicamentelor și materialelor sanitare, cât și a altor servicii conexe).

Spitalul, în calitate de unitate sanitară care asigură continuitatea intervențiilor de... și transferurilor intra - și interspitalicești, are obligația de a asigura compatibilitatea cu echipamentele existente.

Susține că dimensiunea de... litri nu reprezintă o opțiune facultativă, ci, o necesitate funcțională derivată din standardele echipamentelor utilizate în sistemul de....

Autoritatea contractantă precizează că nu poate modifica infrastructura medicală sau configurația echipamentelor pentru a corespunde autorizațiilor unui operator economic.

- Buteliile de 8 litri:

Buteliile de 8 litri sunt utilizate în concordanță cu configurația sistemelor din secțiile critice, unde există corelare tehnică între capacitatea buteliilor de oxigen și ca sursă a doua în tratamentul infecțiilor virale, pentru asigurarea unui echilibru operațional și a unei gestionări unitare a presiunii și consumului (atașează ANEXA 3- fișa consum intern).

În opinia sa menținerea unor capacități compatibile în cadrul secțiilor critice este esențială pentru:

- stabilitatea sistemului de alimentare;
- gestionarea eficientă a stocurilor;
- intervenția rapidă în situații de....

Prin urmare, cerința are fundament tehnic și medical și este proporțională cu scopul urmărit - asigurarea continuității și siguranței actului medical.

Autoritatea contractantă precizează că nu solicită aceste dimensiuni „pentru că dorește”, ci, pentru că infrastructura și echipamentele existente impun această configurație.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că nu poate adapta configurația echipamentelor medicale și a infrastructurii existente în funcție de portofoliul de autorizații al unui operator economic, întrucât necesitatea tehnică derivă din obligația legală de a asigura continuitatea și siguranța actului medical, iar nu din considerente comerciale.

În opinia sa o cerință determinată de compatibilitatea cu sistemele medicale existente nu poate fi calificată drept restrângere artificială a concurenței, ci reprezintă expresia directă a responsabilității autorității sanitare față de pacienți.

Pentru mențiunea „Aceeși este situația și în cazul buteliilor de... litri, care pot fi înlocuite cu butelii de...u 2 litri, care reprezintă o capacitate standard”, autoritatea contractantă precizează că nu poate modifica dotarea unei ambulante-SMURD pentru că așa se dorește din partea operatorilor economici, ci operatorii economici trebuie să se adapteze la cerințele autorităților contractante. Astfel că... se poate autoriza și pentru aceste tipuri de recipiente.

Referitor la critica de la punctul... din contestație, autoritatea contractantă precizează că poate accepta orice altă formă de baterii, a căror butelii sunt legate în linie, scopul este de a asigura o soluție de back-up. În privința clarificării depuse de..., precizează că este de acord cu propunerea acestora.

Referitor la critica de la punctul... din contestație autoritatea contractantă precizează:

Observația contestatorului că în curtea spitalului se derulează activități de consolidare a unui corp de clădire, ceea ce implică existența unor materiale și utilaje specifice unui șantier, aspect generator de impedimente, a stat la baza invitației făcute ofertanților la sediul autorității contractante în vederea depunerii ofertei, și a identificării unei posibile relocări față de actuala poziție a stocatorului criogenic și a vaporizatorului, invitându-i să adopte soluții viabile pentru autoritatea contractantă, în vederea unei bune derulări a actului medical și a viitorului contract.

Din punctul de vedere al autorității contractante, în cazul în care ofertantul contestator ar dori să preia platforma betonată deja existentă, aparținând actualului furnizor, acest fapt poate induce o serie de probleme legale care, în viitor, în cazul derulării unui contract cu aceștia, duce la sincope în derularea actului medical.

Menționează că, contestatorul... a avut anterior cunoștință despre lucrările derulate în curtea spitalului, fapt relevat de oferta acestuia precum și de vizitele anterioare avute de reprezentanții acestuia la sediul autorității contractante (atașează ANEXA nr....), precum și de faptul că în curând urmează să fie dat în folosință un corp nou precum și faptul că o secție a spitalului a fost conectată la infrastructura de gaze medicale.

Autoritatea susține că termenul de... de zile poate fi viabil, dacă ofertantul asigură soluții de back-up ce nu afectează bugetul autorității contractante și poate asigura în condiții normale oxigenul necesar calității actului medical. Dar dacă ofertantul nu îndeplinește condițiile minime, asigurarea că autoritatea contractantă poate reține garanția de bună execuție devine inutilă, deoarece spitalul nu va putea funcționa fără oxigen medical, iar ofertantul încearcă să se disculpe de incapacitatea sa de a pune în funcțiune în timp scurt stocatorul de oxigen.

Referitor la critica de la punctul... din contestație respectiv cerința privind suplimentarea capacității de stocare a oxigenului lichid prin instalarea unui rezervor de oxigen lichid cu capacitate mai mare de... mc", autoritatea contractantă precizează că susține argumentul anterior, ofertantul va oferi prin propunerea tehnică soluția necesară unei viitoare colaborări. Ofertantul va trebui să dețină factori cheie în întocmirea ofertei tehnice. Cerința capacității rezervorului este minim... mc, iar ofertantul prin vizita sa în curtea spitalului ar trebui să analizeze și să oferteze raportat la capacitatea spitalului.

Iar referitor la observația contestatorului „punerea la dispoziție a unui rezervor sau mai multe cu capacitate mai mare de... mc nu este suficient de clară raportat la nevoile Autorității Contractante”, consideră că este destul de clară cerința în caietul de sarcini având în vedere că

există o cantitate minimă și o cantitate maximă. Autoritatea contractantă a luat în calcul tot necesarul pentru următoarea perioadă de 48 de luni, pentru toate clădirile (inclusiv șantierul ce va avea finalizare) ce vor funcționa la capacitate maximă.

Referitor la critica de la punctul... din contestație, autoritatea contractantă precizează că cerința este clară.

Ofertantul trebuie să dețină și să prezinte următoarele autorizații necesare livrării de Oxigen medicinal lichefiat și comprimat:

„1. Autorizație de Punere pe Piață pentru Oxigen medicinal lichefiat emisă de..., conform art. 7... din Legea 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare... - Medicamentul, (pentru oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal gazos). Ambalajele trebuie să se regăsească în Autorizația de Punere pe Piață.

2. Autorizație de fabricație pentru oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat emisă de..., conform art. 748 din Legea 98/2006 privind reforma în domeniul sănătății cu modificările și completările ulterioare, cu titlul..., doar dacă ofertantul este producător. (...)

4. Autorizație de distribuție angro emisă de..., conform Legii 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății... - Medicamentul”.

Autoritatea contractantă precizează că Autorizația de distribuție angro (en gros) de medicamente nu este rezervată doar furnizorilor „intermediari”. Ea este necesară pentru orice operator economic care desfășoară activitate de distribuție angro, indiferent dacă este:

- distribuitor clasic,
- importator,
- producător care vinde medicamentele către alți distribuitori sau farmacii.

Legea nr. 95/2006 (... - Medicamentul) prevede că:

Distribuția angro de medicamente se poate realiza numai de către persoane juridice care dețin autorizație de distribuție angro, emisă de....

i. Situația producătorilor

Un producător:

- NU are nevoie de autorizație de distribuție angro dacă livrează doar din fabrica proprie în condițiile autorizației de fabricație și nu desfășoară activitate de distribuție distinctă.

- ARE nevoie de autorizație de distribuție angro dacă:

- face distribuție din depozite separate(<https://www.siad.com/ro/locatii-in-lume/siad-in-romania>- se identifică chiar pe site-ul contestatorului ca sunt depozite separate în România, deci se face distribuție, citează de pe site „întreaga gamă de produse și servicii este disponibilă în toată țara datorită unei rețele naționale de distribuție și cu sprijinul mai multor parteneri de distribuție.”);

- desfășoară activitate de comerț angro distinctă de fabricație;
- distribuie produse ale altor producători.

În acest sens, arată că, în practică, mulți producători mari dețin ambele autorizații:

- > autorizație de fabricație
- > autorizație de distribuție angro.

În opinia sa concluzia este clară:

- > Autorizația en-gros NU este doar pentru furnizori/intermediari.
- > Se aplică oricărui operator care desfășoară activitate de distribuție angro, inclusiv producătorilor care distribuie în acest mod.

Autoritatea reiterează faptul că gazele medicinale sunt supuse Legii 95/... privind reforma în domeniul sănătății... („Articolul 4(1) Autorizația de distribuție angro este emisă la cererea reprezentantului legal al distribuitorului angro solicitant; pentru fabricanții și importatorii de medicamente, distribuția angro este inclusă în autorizația de fabricație/import, pentru medicamentele incluse în acea autorizație, conform art. 8... alin. (4) din Legea nr. 95/2006. republicată, cu modificările ulterioare), iar autoritatea contractantă solicită în cadrul procedurii punerea la dispoziție a unui rezervor de minim 6...0mc ce conține oxigen medicinal lichefiat, care nu este proprietatea SPITALULUI, acesta fiind în regim de închiriere, autorizațiile ISCIR ale acestuia... în numele spitalului, aceste cerințe fiind solicitate în caietul de sarcini. Practic contestatorul execută procedura de distribuție de pe o altă platformă, nu din propria fabrică, iar consumul final al autorității contractante se face dintr-un recipient adiacent ce conține oxigen medicinal lichefiat, nu direct din fabrica. Deci, concluzionează că este distribuție angro și trebuie Autorizație de distribuție angro emisă de....

Arată că însuși contestatorul menționează baza legală, însă o interpretează după bunul plac, sau nu înțelege contextul!

Față de toate argumentele expuse anterior, solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor:

Admiterea excepției prematurității contestației, având în vedere că aceasta a fost formulată anterior expirării termenului legal de răspuns la solicitarea de clarificări și în absența unui act administrativ vătămător sau a unui refuz explicit ori implicit al autorității contractante;

În subsidiar, respingerea contestației, ca nefondată, întrucât, cerințele prevăzute în documentația de atribuire reflectă necesitățile reale, obiective și justificate ale unității sanitare și nu sunt de natură a restrânge artificial concurența.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției în format letric.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., emisă de... - Sucursala..., în valoare de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... „DR....”, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „...”.

Având a se pronunța mai întâi, conform art.26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 cu privire la excepția prematurității contestației invocate de autoritatea contractantă, pe motiv că societatea contestatoare nu ar fi așteptat răspunsul la solicitarea de clarificări, Consiliul urmează a o respinge, deoarece, contestatorul și-a exercitat dreptul de a contesta prevederile documentației de atribuire raportat la data publicării ei în SEAP, astfel încât, să se încadreze în termenele legale de contestare prevăzute de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Nemulțumit de anumite prevederi ale documentației de atribuire... a depus contestația care formează obiectul prezentei cauze, solicitând cele menționate în parte introductivă a deciziei.

Cu privire la solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la divizarea procedurii pe mai multe loturi distincte (oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon și protoxid de azot), un prim aspect care se reține de Consiliu este că produsele care constituie obiectul achiziției, prin natura lor, fac parte dintr-un sistem integrat de furnizare a gazelor, care deservește în mod direct și continuu actul medical, fiind incidente următoarele prevederi legale:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 care cuprinde definiția pentru *„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) din Legea nr. 98/2013: *„(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 din Legea nr. 98/2016: *„(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 alin. (1) - (4) din Legea nr. 98/2016: „(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”;

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Norma metodologică aprobată prin HG 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”.

Consiliul reține că motivele pentru care a fost reglementată în legislația din domeniul achizițiilor publice posibilitatea împărțirii procedurii de atribuire pe loturi se regăsesc în considerentul... al Directivei 2014/24 astfel:

„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... 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.

Dimensiunea și obiectul loturilor ar trebui să fie determinate în mod liber de către autoritatea contractantă, care, în conformitate cu normele aplicabile privind calculul valorii estimate a achiziției, ar trebui, de asemenea, să fie autorizată să atribuie anumite loturi fără aplicarea procedurilor din prezenta directivă. Autoritatea contractantă ar trebui să aibă obligația de a lua în considerare oportunitatea împărțirii contractelor în loturi, păstrând în același timp libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare. În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.

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..., 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. În același scop, statele membre ar trebui, de asemenea, să aibă libertatea de a pune la dispoziție mecanisme pentru plățile directe către subcontractori”.

Din analiza normelor legale anterior precizate, rezultă că, în scopul adaptării achizițiilor publice la necesitățile IMM-urilor și a stimulării concurenței, autoritățile contractante au obligația analizării oportunității împărțirii contractelor pe loturi.

Urmare a acestei analize, autoritatea contractantă fie procedează la divizarea contractului pe loturi prin raportare la una din metodele prevăzute la art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fie alege să nu împartă contractul pe loturi, situație în care, are obligația de a consemna în strategia de contractare, conform art. 9 alin. (3) lit. f) HG nr. 395/2016, principalele motive pentru care a considerat că nu ar fi oportună divizarea contractului pe loturi.

Consiliul reține ca fiind deosebit de importantă, în speța dedusă soluționării, mențiunea din paragraful al doilea din considerentele Directivei 2014/24, anterior reproduse, potrivit căreia, dreptul de a împărți sau nu pe loturi procedura aparține autorității contractante, aceasta având libertatea de a decide, în mod autonom, pe baza oricărui motiv pe care îl constituie relevant, cu privire la oportunitatea împărțirii contractelor sau nu pe loturi, fără ca această decizie să fie supusă supravegherii administrative sau judiciare.

Prin urmare, contrar susținerilor care răzbat din contestația formulată de..., regula în domeniul achizițiilor publice nu constă în divizarea, cu orice preț, a fiecărei proceduri de atribuire în loturi cât mai mici, deoarece, obligația stabilită în sarcina autorității contractante se limitează doar la aprecierea oportunității unei astfel de divizări, iar, decizia de a împărți sau nu contractul reprezintă un drept al autorității care decurge din obligația anterior menționată.

În ceea ce privește motivele care pot conduce la decizia de a nu împărți contractul pe loturi, Consiliul reține că acestea nu reprezintă aspecte de legalitate, care să poate face obiectul controlului CNSC sau al instanțelor, ci, reprezintă aspecte de oportunitate, situate în marja de apreciere a autorității contractante, aspect care rezultă din utilizarea repetată a sintagmei „...”.

Aplicând considerațiile teoretice anterior menționate la speța dedusă soluționării, Consiliul reține că, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația de a analiza oportunitatea divizării contractului pe loturi, astfel cum stipulează dispozițiile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr.395/2016 mai sus iterate, aspect care rezultă din Strategia de contractare elaborată de autoritatea contractantă, în cadrul căreia a justificat motivul de a nu recurge la atribuirea pe loturi, respectiv: *„Gazele medicale includ oxigenul medical, dar și alte gaze utilizate în spital, fiecare cu un rol specific:*

- *Oxigen medical - suport vital (terapie respiratorie, ATI, urgențe)*
- *Aer medical - ventilație, aparatură medicală*
- *Protoxid de azot - anestezie*
- *Dioxid de carbon - proceduri chirurgicale (ex. laparoscopie)*
- *Vid medical - aspirație chirurgicală*

Scopul comun: funcționarea în siguranță a serviciilor medicale și protejarea vieții și sănătății pacienților.

Diferența: rolul concret al fiecărui gaz în actul medical”.

Consiliul va reitera faptul că autoritatea contractantă are obligația de a aprecia liber, autonom și fără supraveghere administrativă sau judiciară oportunitatea organizării procedurii în una din următoarele modalități:

- fie fără divizarea contractului pe loturi, situație în care, la dosarul achiziției trebuie să se regăsească o prezentare a principalelor motive care au determinat această alegere;

- fie prin divizarea contractului pe loturi, adaptând dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate, conform definiției de la art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul nu va putea să sancționeze autoritatea contractantă pentru faptul că aceasta și-a exercitat dreptul de a opta pentru a nu împărți pe loturi procedura de atribuire, câtă vreme această modalitate de grupare a

produselor se încadrează în definiția anterior menționată, motiv pentru care, urmează să respingă, ca neîntemeiată, solicitarea... de divizare pe loturi a prezentei proceduri.

Continuând analiza criticilor, se reține că acestea se referă la specificațiile tehnice și de ambalare a produselor ce urmează a se livra, în soluționare, fiind relevante, următoarele dispoziții ale legislației privind achizițiile publice:

- HG nr. 395/2016

- art. 20 alin. (2) și (10):

„(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

(10) Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.”

- Legea nr. 98/2016:

- art. 154 alin. (1):

„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”

- art. 155 alin. (1) și (6):

„(1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției.

(6) 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. 1... alin. (1) și (2):

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/ de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.”

Așadar, necesitatea sau oportunitatea achiziționării la un anumit nivel de performanță, precum și caracteristicile tehnice (ambalare, capacitate, montare punere în funcțiune) sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității

contractante [art. 2 alin. (3) lit. b) și art. 12 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016].

Singura limitare a acestui drept al autorității contractante o reprezintă introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, în sfera unei astfel de posibilități aflându-se și situația impunerii de către autoritatea contractantă a unor specificații și condiții care nu au legătură cu necesitatea sa.

În consecință, pentru a cenzura prevederile documentației de atribuire stabilite de autoritatea contractantă, așa cum solicită contestatorul în prezenta cauză, este necesară stabilirea existenței, prin ele, a unor condiții restrictive, nejustificate și nelegale ce pot împiedica o concurență efectivă între operatorii economici.

A doua critică a... vizează cerința de furnizare a oxigenului medicinal în butelii de 8 litri și de... litri, apreciind că prin aceasta se limitează participarea la procedură.

Consiliul va respinge această critică, ca neîntemeiată, argumentațiile autorității contractante din cadrul punctului de vedere conform căroră stabilirea capacității furnizării oxigenului medical s-a făcut în raport direct cu obligațiile funcționale și medicale ale unității sanitare, sunt considerate ca fiind pertinente, conform necesității activității specifice a autorității contractante și este proporțională cu scopul urmărit, respectiv asigurarea continuității și siguranței actului medical.

Consiliul va reține că, niciunde, în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce sau comercializează produsele solicitate.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce alte modificări cerințelor tehnice/ prevederilor documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Consiliul reține că nu există dispoziții legale care să oblige autoritățile contractante să emită documentații de atribuire cu specificații care să permită accesul tuturor produselor și producătorilor, indiferent de dimensiunea sau caracteristicile de performanță a produselor, dimpotrivă, practica instanțelor este în sensul acceptării unor produse de

un anumit nivel de performanță, care corespund necesităților autorității contractante, sens în care s-a pronunțat și...-**Secția a IX-a... și Fiscal în Decizia nr. 25/2019 din..., potrivit căreia:**

„Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante (art. 2 și art. 3 din... nr....).

Impunerea caracteristicilor produselor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natura să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorității contractante de a achiziționa produse cu astfel de caracteristici, performante calitativ, nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, care reglementează achizițiile publice. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.

Reținând că societățile comerciale autoare a contestațiilor se referă în principal la cerințele autorității contractante de a achiziționa produse cu anumite caracteristici tehnice, iar susținerile acestora nu conduc la concluzia că cerințele sunt restrictive, Curtea stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condițiilor criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse cu caracteristicile de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, prin acceptarea de produse cu alte caracteristici (și care nu îndeplinesc aceste cerințe referitoare la performanțele produselor), existând riscul de a nu asigura o intervenție rapidă, eficientă de dezinfecție. Nu există o prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora”.

Situația este similară și în cazul criticilor privind „montajul și punerea în funcție a rezervorului criogenic și a vaporizatorului, cu autorizare ISCIR, în termen de 15 zile” și a și cerinței privind „suplimentarea capacității de stocare a oxigenului lichid prin instalarea unui rezervor cu o capacitate de... mc, deoarece, aceste cerințe nu sunt de natură a restricționa, în mod nejustificat, accesul la procedura de atribuire, ci, sunt expresia necesității autorității contractante, astfel cum a fost descrisă în caietul de sarcini și argumentată prin punctul de vedere, motiv pentru care, Consiliul va respinge, ca neîntemeiate și aceste critici.

Mai mult, contestatorul invocă caracterul restrictiv al cerințelor fără, însă, a prezenta vreo dovadă din care să rezulte că respectivele cerințe sunt nelegale, restrictive, că produc vreun

prejudiciu. Astfel, în condițiile în care contestatorul nu indică/precizează și/sau argumentează care sunt motivele concrete, tehnice, pentru care această cerință ar fi nejustificată și limitează concurența nelegală, Consiliul nu se poate substitui societății contestatoare în ce privește indicarea/identificarea motivelor concrete de nelegalitate a cerinței atacate.

Simpla exprimare a dorinței contestatorului privind modificarea cerințelor analizate, în lipsa oricărei probe și fără nici o argumentare, nu este suficientă pentru a demonstra caracterul restrictiv și/sau nelegal al respectivelor cerințe.

Scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului, în calitate de organism administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru soluționarea contestației și, totodată, explicațiile pentru care drepturile contestatorului sunt lezate prin conduita presupus nelegală a autorității contractante.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar, una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității, potrivit căruia, judecata are loc în limitele sesizării.

În susținerea contestației, contestatorul avea obligația pe de-o parte de a indica, în concret, în ce constă caracterul restrictiv al cerinței și, pe de altă parte, de a proba acest caracter, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 C.p.c., potrivit cărora: *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*. Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Pe de altă parte, critica privind punerea la dispoziție a bateriilor compuse din 12 butelii de 50 litri urmează a fi admisă prin achiesarea autorității contractante la criticile contestatorului, acestea făcând parte și din solicitarea de clarificări, urmând ca, pentru respectarea principiului transparenței, autoritatea să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați detaliile și lămuririle din punctul de vedere, prin publicarea unei clarificări în SEAP.

De asemenea, urmează a fi admisă și critica ce privește solicitarea de a se preciza în documentația de atribuire că, obligația depunerii Autorizației de... emisă de..., având în vedere considerentele care urmează.

Astfel, potrivit art. 699, punctul 17 din Legea nr.95/2006 definește noțiunea de distribuție angro a medicamentelor, ca *„fiind totalitatea activităților de procurare, deținere, livrare sau export de medicamente, cu excepția activității de eliberare a acestora către public, respectiv distribuție en*

detail; asemenea activități sunt efectuate de fabricanți ori depozitele lor, importatori și alți distribuitori angro sau de unități farmaceutice în situațiile de excepție prevăzute de art. 2 alin. (7) din Legea farmaciei nr...., republicată, cu modificările și completările ulterioare”.

Dispozițiile art. 699 pct. 17 de mai sus se coroborează cu art. 8... alin. (4) din lege care stipulează „Deținerea unei autorizații de fabricație **include și autorizarea pentru distribuția angro a medicamentelor acoperite de acea autorizație**; deținerea unei autorizații pentru desfășurarea activității de distribuție angro de medicamente nu exceptează deținătorul de la obligația de a deține o autorizație de fabricație și de a se supune condițiilor stabilite în acest sens, chiar dacă activitatea de fabricație sau de import este secundară”.

Din dispozițiile legale redactate anterior, rezultă că nu se poate impune unui producător să dețină o autorizație de distribuție angro pentru propriile produse/în raport cu sine, în condițiile în care, este producător al produsului respectiv.

Art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 dispune, în sensul că „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Cu privire la obligația autorității de a informa în mod complet, corect și precis operatorii economici cu privire la modalitatea în care le vor fi evaluate ofertele, s-a pronunțat și Curtea de Justiție a..., în cauza C-42/13, astfel:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens..., C 336/12, EU: C: 2013:..., punctul 40).

.... Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2...4/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității

contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Având în vedere toate aceste aspecte de fapt, Consiliul va admite solicitarea contestatorului și va obliga autoritatea contractantă la modificarea prevederilor documentației, în sensul de a preciza, că, obligația depunerii Autorizației de... emisă de....

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu SPITALUL CLINIC... PENTRU COPII „...”, în ceea ce privește criticile privind „punerea la dispoziție a bateriilor compuse din 12 butelii de 50 litri ” și de a se preciza că „obligația depunerii Autorizației de... emisă de...” și va dispune remedierea documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din același act normativ, Consiliul va respinge, ca nefondată, restul contestației formulată de... în contradictoriu cu „Dr....”.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepția prematurității contestației invocată de autoritatea contractantă „Dr....”.

Admite, în parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu „Dr....”, în ceea ce privește *criticile privind „punerea la dispoziție a bateriilor compuse din 12 butelii de 50 litri” și de a se preciza că, „obligația depunerii Autorizației de... emisă de...” și dispune remedierea documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.*

Respinge, ca nefondată, restul contestației formulată de... în contradictoriu cu „Dr....”.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare ...

...

... ..

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 24 (douăzecișipatru) pagini