

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. 3677/C1/4208

Data: 30.12.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 77832/03.12.2024, formulată de SRL, cu sediul în municipiul, ..., ..., înmatriculată la Oficiul Național al Registrului Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, ..., împotriva documentației procedurii de atribuire întocmit de către, cu sediul în municipiul, ..., ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului având ca obiect: „ACORD CADRU FURNIZARE GAZE MEDICALE”, - cod CPV: 24111900-4, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la eliminarea măsurilor nelegale și restrictive impuse prin caietul de sarcini, și anume:

- împărțirea lotului 1 al procedurii de atribuire în loturi pentru fiecare medicament în parte, respectiv un lot pentru oxigen medicinal lichefiat, și unul pentru oxigen medicinal comprimat în butelii;
- eliminarea cerinței restrictive privind interzicerea, ca soluție provizorie de aprovizionare, a livrării oxigenului medicinal comprimat în butelii;
- modificarea termenul excesiv de 15 zile pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare/evaporare la un termen rezonabil și justificat de 60 (șaizeci) de zile;
- eliminarea obligației privind obținerea/depunerea unei autorizații de distribuție angro,

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

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

..... SRL, formulează contestație împotriva documentației procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii

contractului având ca obiect: „ACORD CADRU FURNIZARE GAZE MEDICALE”, ca urmare a publicării de către autoritatea contractantă, la data de 21.11.2024, a anunțului de participare nr. CN1075549, cu o valoare totală estimată a achiziției de 8.545.680 RON.

Menționează că procedura de atribuire este împărțită în 5 loturi, dintre care, lotul 1 are ca obiect oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și oxigen medicinal gazos, având și cea mai mare valoare estimată, de 7.455.600 RON.

De asemenea, precizează că, la aceeași dată de 21.11.2024, autoritatea contractantă a publicat și caietul de sarcini, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind stabilit la data de 10.01.2025, ora 15:00.

Contestatorul menționează că, la data de 27.11.2024, a fost efectuată vizita la fața locului, sens în care a fost încheiat procesul-verbal nr. 15452/27.11.2024, potrivit căruia, autoritatea contractantă dispune de o platformă betonată, însă, nu se cunoaște cine este proprietarul acesteia, motiv pentru care, nu va fi pusă la dispoziția furnizorului de gaze medicinale.

Apreciază că, în această situație, caietul de sarcini conține numeroase prevederi restrictive și nelegale, incompatibile cu prevederile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și a HG nr. 395/2016 și contrare principiilor fundamentale din achizițiile publice.

În opinia sa, autoritatea contractantă avea obligația de a împărți lotul 1 al procedurii de atribuire în mai multe loturi, raportat la obiectul achiziției.

Invocând dispozițiile art. 141 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, precizează că, prin punctul 3.2 al caietului de sarcini, autoritatea contractantă a inclus o așa-zisă justificare pentru a nu împărți lotul 1 în mai multe loturi, având în vedere pluralitatea categoriilor de produse achiziționate, considerând că, în realitate, aceasta este doar o justificare aparentă, lipsită de temei.

Făcând trimitere la susținerile autorității contractante referitor la: „(...) Faptul că oxigenul medicinal comprimat și lichefiat nu sunt împărțite pe loturi nu reprezintă o restricție (...) Spitalul dorește să diminueze cât mai mult riscurile care pot afecta pacienții, astfel încât se dorește să achiziționeze oxigenul medicinal lichefiat și comprimat de la un singur furnizor. Administrarea oxigenului medicinal lichid și comprimat se face în mod direct către pacient pentru asigurarea trasabilității administrării acestora, și a asumării responsabilității referitoare la calitate, fiind mult mai facilă având un singur furnizor. Divizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat ar încălca unul din scopurile achiziției și anume de a asigura condiții de eficiență economică, iar în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea incidentului respectiv”,

În primul rând, consideră că, asigurarea trasabilității nu devine mai dificilă în situația în care ar exista doi furnizori diferiți, iar, responsabilizarea referitoare la calitate nu este, în niciun fel, determinată prin alegerea unui singur furnizor.

În al doilea rând, precizează că, în opinia sa, „condițiile de eficiență economică” invocate de autoritatea contractantă pot fi îmbunătățite, tocmai ca urmare a concurenței libere dintre potențialii ofertanți economici, iar, nu prin includerea mai multor categorii de produse în același lot. Împărțirea/demarcarea oxigenului medicinal lichefiat de cel comprimat permite o mai bună configurare a prețului de către potențialii ofertanți, tocmai pentru că se referă la un singur produs și nu la mai multe - este mult mai ușor de configurat o ofertă pe un singur produs/medicament, decât pe o categorie de produse, în sistem pașal și/sau mixt, fiind, totodată, o ofertă corectă și adaptată specifică pentru acel produs.

În al treilea rând, contestatorul apreciază că eventualele riscuri care pot afecta pacienții nu sunt diminuate prin alegerea unui singur ofertant pentru ambele categorii de oxigen medicinal, ci, dimpotrivă, conduce la creșterea acestora - dacă produsul acelui singur ofertant selectat de autoritatea contractantă cauzează probleme, atunci nu există un produs diferit, care să fie folosit pe post de rezervă/back-up.

Așadar, ... SRL precizează că, tocmai diversificarea portofoliului de ofertanți poate asigura și o diminuare și/sau gestionare eficientă a potențialelor riscuri, însă, pentru acest deziderat este necesară împărțirea procedurii de atribuire pentru lotul 1 în mai multe (sub)loturi, pentru fiecare categorie de oxigen medicinal (lichefiat, respectiv comprimat în butelii), pentru a asigura, tocmai, cea mai bună gestionare a riscului, prefigurată de autoritatea contractantă.

Față de considerentele expuse anterior, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere necesare, respectiv, împărțirea pe loturi distincte a oxigenului medicinal lichefiat, respectiv, a oxigenului medicinal comprimat.

Susține că termenul de 15 zile de la semnarea acordului-cadru pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare este unul restrictiv și nejustificat din punct de vedere legal și tehnic.

În susținere, inserează print screen cu extras din caietul de sarcini, pagina 7, al doilea paragraf și pagina 8, începând cu al treilea paragraf, unde sunt cuprinse prevederi/obligații instituite în sarcina furnizorului, menționând că, pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare/evaporare sunt, așadar, necesare următoarele operațiuni: amenajarea spațiului de amplasare, livrarea instalației de stocare, montarea efectivă a instalației de stocare, obținerea autorizării ISCIR a instalației de stocare astfel montate.

Anterior acestor operațiuni efective de punere în funcțiune, se impune și realizarea unei platforme betonate noi, având în vedere că

platformele betonate existente nu vor fi puse la dispoziția furnizorului, conform procesului-verbal de vizitare amplasament, platformă betonată pentru realizarea căreia se impune, de asemenea, obținerea unei autorizații de construire.

Consideră că toate aceste operațiuni necesită, în mod evident, un termen mult mai lung pentru executarea lor în mod conform, potrivit dispozițiilor legale, termenul real necesar pentru aceste operațiuni fiind unul de aproximativ 60 (șaizeci) de zile.

În susținere, inserează sub formă tabelară, print screen, în extras, din procesul-verbal de vizitare a amplasamentului, precizând că, în opinia sa, autoritatea contractantă nu cunoaște cine este proprietarul platformei betonate.

Menționează că, înaintea publicării documentației de atribuire, autoritatea contractantă era obligată să facă demersuri pentru lămurirea situației fundației și astfel, ar fi putut reduce termenul de instalare necesar pentru o nouă fundație (60 zile) și să dea șansa altor operatori economici să depună ofertă și să nu favorizeze astfel furnizorul actual, care nu mai trebuie să se încadreze în cele 15 zile și să monteze soluție provizorie pentru că acesta are deja montată, autorizată și funcțională instalația finală de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat.

Consideră că termenul de 15 zile stabilit prin caietul de sarcini este unul insuficient și nerealist, raportat la toate operațiunile pe care un furnizor nou - respectiv unul care nu aprovizionează deja autoritatea contractantă - trebuie să le execute. Susține că 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.

În concluzie, solicită obligarea autorității contractante la remedierea acestor prevederi restrictive cuprinse în caietul de sarcini, și să dispună înlocuirea termenului de 15 zile cu un termen adecvat și corespunzător de 60 de zile.

..... SRL susține că interzicerea soluției de furnizare provizorie a oxigenului medicinal comprimat (în butelii) este nelegală și în contradicție cu însăși obiectul procedurii de achiziție.

Menționează că, până la montarea stocatoarelor fixe, este necesar ca ofertanții/furnizorii să propună o soluție provizorie de furnizare a oxigenului medicinal, sens în care inserează, în susținere, extras din caietul de sarcini unde se regăsesc restricții cu privire la această soluție provizorie.

Contestatorul apreciază, în primul rând, că o asemenea soluție este absolut nejustificată, având în vedere că însăși obiectul achiziției pentru lotul 1 a procedurii de atribuire este și oxigenul comprimat (în butelii), subliniind faptul că, prin caietul de sarcini, însăși autoritatea contractantă

recunoaște că are anumite secții alimentate din butelii (oxigen comprimat) de diverse dimensiuni.

În al doilea rând, consideră că o astfel de restricție este nejustificată din punct de vedere tehnic, având în vedere și termenul excesiv de scurt de 15 zile impus (în mod nejustificat) pentru montarea stocatorului fix.

Precizează că, deoarece în prezent, nu este furnizorul actual al autorității contractante, pentru a putea monta stocatorul fix și echipamentele aferente acestuia, echipamentele furnizorului actual trebuie, la rândul lor, demontate și preluate de acesta. În plus, pentru a putea furniza oxigen medicinal lichefiat dintr-un rezervor criogenic (stocator fix), se impune autorizarea rezervorului criogenic (stocator fix) de către ISCIR, proces care, de asemenea, presupune o durată de timp de mai multe zile.

În susținere, invocă art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa, până la realizarea operațiunilor de pregătire a stocatorului fix se impune ca ofertanților să le fie permisă furnizarea oxigenului medicinal și din butelii. Furnizarea în această modalitate, pentru o perioadă extrem de scurtă (până la pregătirea sau autorizarea stocatorului), este unica ce permite depunerea ofertei de către mai mulți operatori economici.

Prin eliminarea posibilității de aprovizionare provizorie prin intermediul buteliilor cu oxigen comprimat este favorizat, în mod evident, furnizorul actual de oxigen al autorității contractante, acesta fiind singurul care are deja echipamentele proprii instalate și nu are nevoie de utilizarea buteliilor cu oxigen comprimat pentru aprovizionare în pregătirea ofertei sale tehnice.

În al treilea rând, ... SRL inserează extras din caietul de sarcini, susținând că cerința restrictivă este cu atât mai mult de neînțeles, cu cât autoritatea contractantă solicită, prin același caiet de sarcini, 2 (două) stații de back-up, care să asigure consumul de oxigen, în caz de avarii la stocatoare.

Susține că autoritatea contractantă recunoaște, nu doar că o asemenea soluție provizorie este întru totul compatibilă din punct de vedere tehnic, ci și că aceasta este utilizată chiar pe post de rezervă, în cazul unei avarii la soluția permanentă.

În al patrulea rând, contestatorul menționează că soluția de eliminare/restricționare a soluției provizorii de furnizare a oxigenului medicinal comprimat (în butelii) a fost considerată de numeroase instanțe ca fiind o măsură și/sau condiție nelegală, sancționată cu nulitatea, invocând jurisprudența Curții de Apel

Astfel, ... SRL solicită Consiliului să elimine această cerință restrictivă, din caietul de sarcini, prin care este interzisă soluția provizorie de furnizare a oxigenului medicinal comprimat în butelii.

Contestatorul susține că cerința privind depunerea autorizației de distribuție angro în cazul unei soluții de back-up din afara României este nelegală, sens în care menționează că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a impus următoarea condiție în sarcina ofertanților: „ofertantul va prezenta modul de aprovizionare continuă cu oxigen medicinal lichefiat, inclusiv în situația în care fabrica unde se produce oxigenul medicinal lichefiat să fie din afara teritoriului României, se va prezenta și autorizația de distribuție angro și se va detalia modul de îndeplinire a termenului de livrare de 48 ore de la primirea comenzii.”

În opinia sa, o asemenea obligație este, deopotrivă, lipsită de temei legal și contravine dispozițiilor Legii nr. 95/2006, făcând trimitere la art. 699, punctul 17 unde se definește noțiunea de distribuție angro a medicamentelor și invocă art. 800 alin. (4) din Legea nr. 95/2006, concluzionând, că:

- pe de o parte, obligația impusă de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini nu este aplicabilă acelor ofertanți care sunt producători/fabricanți ai medicamentului respectiv, indiferent de locul unde se află locul de producție al medicamentului (fie în România, fie în afara României) - conform primei teze a art. 800 alin. (4) din Legea nr. 95/2006;
- pe de altă parte, un distribuitor angro este oricum obligat să obțină o autorizație de fabricație validă, chiar dacă activitatea de import (a medicamentului) este secundară, ceea ce înseamnă că activitatea de import (din alte țări) nu este autorizată prin intermediul autorizației de distribuție angro - conform celei de-a doua teze a art. 800 alin. (4) din Legea nr. 95/2006.

Contestatorul menționează că obligația deținerii autorizației de distribuție angro pentru cazurile (...) poate crea situații de-a dreptul absurde - concret, dacă acesta, în calitate de potențial ofertant, interesat să participe la procedura de atribuire, deține o unitate de producție în afara României, atunci, în opinia autorității contractante, contestatorul ar trebui să obțină o asemenea autorizație de distribuție angro pentru propriile produse/în raport cu sine, deși, este producător al produsului respectiv, în condițiile în care o asemenea obligație legală nu există în sarcina contestatorului, doar pentru simplul fapt că unitatea sa de producție nu se află în România. Or, în mod evident, o asemenea cerință, dincolo de faptul că nu există în lege, nu face altceva decât să creeze o vădită discriminare a acelor operatori care, din considerente economice, au unități de producție aflate în afara României.

Precizează că și în acest caz, instanțele de judecată au considerat că impunerea obligației de a deține/depune în cadrul unei proceduri de atribuire a unei autorizații de distribuție angro, în cazul medicamentelor fabricate de același producător/fabricant, în afara țării, este o cerință nelegală - în acest sens, invocând jurisprudența Curții de Apel

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine cerința nelegală privind obținerea autorizației de distribuție angro din caietul de sarcini.

Totodată, contestatorul SRL apreciază că cerințele restrictive și nelegale impuse prin caietul de sarcini sunt menite să favorizeze actualul furnizor al autorității contractante.

Reiterează faptul că:

(i) neîmpărțirea lotului 1 a procedurii de atribuire în (sub)loturi pentru oxigen medicinal lichefiat, respectiv oxigen medicinal comprimat, în butelii

(ii) termenul excesiv și nejustificat de 15 zile pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare, mai ales în condițiile în care autoritatea contractantă nu a luat măsurile necesare pentru lămurirea situației juridice a platformei betonate existente la locație,

(iii) restricționarea în mod nelegal și nejustificat a soluției provizorii de aprovizionare cu oxigen medicinal comprimat în butelii

(iv) obligația nelegală de obținere/depunere a autorizației de distribuție angro,

coroborarea tuturor acestor cerințe restrictive nu face altceva decât să dovedească faptul că autoritatea contractantă, prin caietul de sarcini publicat, favorizează, în mod nelegal și nejustificat, pe furnizorul actual de oxigen medicinal, dat fiind faptul că:

(i) acesta este singurul care are echipamentele fixe deja instalate, termenul de 15 zile nefiind aplicabil pentru acesta,

(ii) acesta este singurul care poate acoperi soluția tehnică provizorie prin echipamentele deja instalate,

(iii) termenul de valabilitate al oxigenului medicinal redus la 1 lună, acest termen neobișnuit de scurt fiind specific unui singur operator economic din piață, respectiv furnizorul actual.

În opinia sa, includerea unor caracteristici tehnice restrictive la nivelul caietului de sarcini, potrivit celor descrise anterior, în mod nejustificat, este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament prevăzute de art. 18 al Directivei 2014/24/UE5 și transpuse în legislația națională prin art. 49 și următoarele din Legea nr. 98/2016.

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

Precizează că 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.

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

Având în vedere toate argumentele expuse în cele ce preced, apreciază că, în cauză, este în situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prevederilor art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care se produce sub forma celei de-a doua modalități prevăzută de legislația în vigoare, respectiv, includerea unor specificații tehnice care ar putea favoriza unele întreprinderi. Prin stabilirea acestor cerințe tehnice nejustificate, 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.

În opinia sa, prin aceste măsuri restrictive, autoritatea contractantă reduce numărul operatorilor economici ce pot depune oferta, la unul singur: furnizorul actual, motiv pentru care, consideră că se impune admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere corespunzătoare.

Astfel, ... SRL solicită cele precizate în preambulul prezentei decizii.

Își întemeiază contestație, în drept, pe dispozițiile art. 8 alin. (1) și 22 din Legea nr. 101/2016, precum și pe orice alte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 23581/11.12.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 79817/11.12.2024, autoritatea contractantă transmite copia dosarului achiziției, împreună cu punctul său de vedere cu privire la contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 77832/03.12.2024.

Referitor la punctul identificat cu nr. 2.1 în contestație, menționează că procedura de licitație este supusă controlului ex ante ANAP. Caietul de sarcini a fost revizuit potrivit avizului conform condiționat nr. 17403/ 31.10.2424 emis de ANAP. Modificările aduse caietului de sarcini și fișei de date au fost publicate în SEAP prin clarificări automate, ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire.

Susține că justificarea neînregistrării pe loturi a produselor din cadrul lotului 1 se regăsește atât în caietul de sarcini, cât și la nivelul strategiei de contractare.

Precizează că, la constituirea numărului de loturi și a structurii acestora, autoritatea contractantă a ținut cont și de faptul că operatorii economici interesați au dreptul de a depune oferta aferentă în cadrul unei asocieri, potrivit dispozițiilor art. 53 din Legea nr 98/2016 sau de a subcontracta anumite activități din cadrul contractului de achiziție publică aferentă, conform art. 48 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, menționează că, gruparea pe un singur lot a oxigenului medicinal lichefiat și comprimat, se justifică prin faptul că toate tipurile de oxigen sunt considerate medicamente și au același domeniu de acțiune și se utilizează în același scop (patologiile în care se administrează cele două gaze sunt identice) fiind, astfel, necesară, asigurarea trasabilității produsului pentru o activitate sigură. La împărțirea pe loturi se are în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante. Astfel, buteliile de 50 litri de oxigen medicinal comprimat/gazos se conectează la stația de oxigen centralizată de distribuție a spitalului și reprezintă soluția de aprovizionare de rezervă pentru o perioadă scurtă de timp, oxigenul medicinal comprimat ajungând la pacient prin aceeași rețea de conducte ca și oxigenul medicinal lichefiat. O parte din buteliile de 10 litri de oxigen medicinal comprimat se atașează la aparatele de anestezie ca soluție de rezervă în caz de defecțiune a sistemului primar respectiv secundar de aprovizionare cu oxigen medicinal. Faptul că oxigenul medicinal comprimat și lichefiat nu sunt împărțite pe loturi nu reprezintă o restricție. Având în vedere consumul de oxigen medicinal vital pentru pacienți, spitalul dorește să diminueze cât mai mult riscurile care pot afecta pacienții, astfel încât dorește să achiziționeze oxigenul medical lichefiat și comprimat de la un singur furnizor. Administrarea oxigenului medicinal lichid și comprimat se face în mod direct către pacient, asigurarea trasabilității administrării acestora și a asumării responsabilității referitoare la calitate, fiind mult mai facilă având un singur furnizor. Divizarea oxigenului medicinal lichid și a oxigenului medicinal comprimat ar încălca unul din scopurile achiziției și anume, de a asigura condiții de eficiență economică, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea incidentului respectiv. În centrul activității unui spital se află numai pacientul și cerințele acestuia, iar administrarea de oxigen face parte din activitatea terapeutică uzuală ce se adresează bolnavilor.

..... precizează că își menține cerința din caietul de sarcini privind neîmpărțirea pe loturi pentru fiecare medicament din cadrul lotului 1.

Referitor la punctul identificat la nr. 2.2 în contestație, autoritatea contractantă menționează că nu va elimina cerința privitoare la perioada de aprovizionare provizorie (perioada de montare a stocatorului de

oxigen și subansamblelor necesare) a spitalului să se facă cu oxigen medicinal comprimat (butelii de 50 L).

Precizează că profilul chirurgical al spitalului și structura acestuia necesită un flux permanent (debit și presiune constantă) de oxigen fără cea mai mică perturbare.

În opinia sa, fiind spital de urgență, se presupune că, în orice moment al zilei, spitalul să înregistreze un număr foarte mare de intrări de pacienți, în urma unei situații de urgență, calamități, catastrofe, accidente etc., cele 14 săli de operație și secția de ATI cu 25 de paturi, secția UPU și secțiile medicale, care dispun, în marea majoritate, de rampe cu oxigen cu debit mare, nu permit ca aprovizionarea acestui spital cu 631 de paturi să se facă cu butelii de oxigen care trebuie schimbate din oră în oră, precizând, cu titlu de exemplu, că, în 24 de ore, ar trebui schimbate între 40 și 80 de butelii de oxigen, iar, acest lucru este inacceptabil. Existența unui stocator de oxigen este esențială și nu poate accepta situația de a pune în pericol pacienții prin livrarea oxigenului în butelii în perioada provizorie.

Referitor la punctul identificat la numărul 2.3 în contestație, autoritatea contractantă susține că nu se acceptă modificarea termenului de 15 zile pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare/evaporare la un termen de 60 de zile. Termenul de 15 zile poate fi respectat de către ofertant prin întocmirea unui plan de lucru bine elaborat, care să asigure atât baza materială, cât și forța de muncă necesară.

Referitor la punctul identificat la numărul 2.4 în contestație, precizează că se menține obligația privind obținerea și depunerea unei autorizații de distribuție angro.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 81751/19.12.2024, ... SRL transmite note scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante nr. 23581/11.12.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 79817/11.12.2024, solicitând respingerea apărărilor cuprinse în acesta.

Acesta consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a împărți lotul 1 al procedurii de atribuire în mai multe loturi, raportat la obiectul achiziției, iar, punctul de vedere nu conține vreo justificare contrară.

În opinia sa, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă susține în mod sumar că „justificarea neînregistrării pe loturi a produselor din cadrul lotului 1 se regăsește atât în caietul de sarcini, cât și la nivelul strategiei de contractare”, în acest sens, făcând trimitere la argumentele sale principale expuse prin contestație.

Totodată, menționează că autoritatea contractantă mai susține că „la constituirea numărului de loturi și a structurii acestora, autoritatea contractantă a ținut cont și de faptul că operatorii economici interesați au dreptul de a depune oferta aferentă în cadrul unei asocieri, potrivit art. 53 din Legea nr. 98/2016 sau de a subcontracta anumite activități din cadrul contractului de achiziție publică aferentă, conform art. 48 din

Legea 98/2016", apreciind că acest argument este contrar scopului prefigurat de autoritatea contractantă pentru a nu împărți lotul 1 pe categorii de produse. Menționează că, pe de o parte, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că ofertanții puteau să opteze fie pentru o asociere, fie pentru o subcontractare, însă pe de altă parte, autoritatea contractantă, prin justificarea din caietul de sarcini susține că dorește să achiziționeze atât oxigen medicinal lichefiat, cât și oxigen medicinal comprimat, de la același furnizor, pentru o așa-zisă asigurare a trasabilității.

Considerând că acest argument contravine celor înscrise în caietul de sarcini, apreciază că se impune a fi respins, ca atare.

În continuare, menționează că, în completarea argumentelor cuprinse în contestație, cele susținute de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nu sunt corecte din punct de vedere tehnic, inserând print screen cu extras din acesta, în opinia sa, autoritatea contractantă având două surse alternative de oxigen medicinal - oxigen medicinal lichid/lichefiat, respectiv oxigen medicinal comprimat. Sursa principală este cea a oxigenului medicinal lichefiat, prin stocator/rezervor criogenic.

Menționează că, în cazul unei avarii, sursa principală de oxigen medicinal lichefiat/stocatorul nu mai poate fi folosit, astfel, se va trece pe sursa de rezervă, respectiv, cea a oxigenului medicinal comprimat, prin butelii.

În opinia sa, trasabilitatea sursei secundare este, în mod evident, asigurată prin faptul că se cunoaște cine a livrat buteliile respective, indiferent că este vorba despre unul, doi, trei sau mai mulți furnizori.

Contestatorul apreciază că singura situație care ar fi generat, cel puțin la nivel teoretic, anumite eforturi suplimentare în ceea ce privește trasabilitatea oxigenului medicinal, este cazul în care cele două surse (oxigen medicinal lichid, respectiv oxigen medicinal comprimat) ar fi folosite simultan, însă, în speță, nu este cazul.

Dintr-o altă perspectivă, ... SRL menționează că oxigenul medicinal comprimat, în butelii, este fabricat tot din oxigen medicinal lichid - în situația în care producătorul de oxigen medicinal lichid este în imposibilitate de a mai produce oxigen medicinal lichid - spre exemplu, în cazul unei defecțiuni a fabricii - atunci această imposibilitate se răsfrânge și asupra oxigenului medicinal comprimat, motiv pentru care alegerea unui singur furnizor pentru ambele categorii de produse nu scade riscurile, după cum pretinde autoritatea contractantă, ci, dimpotrivă, duce la creșterea acestora.

Contestatorul evidențiază că, în opinia sa, autoritatea contractantă cunoaște - sau ar fi trebuit, în mod rezonabil, să cunoască - beneficiile de a avea furnizori diferiți pentru fiecare produs medicinal (în speță, oxigen), prin împărțirea, pe cât posibil, a procedurii de atribuire în mai multe contracte/acorduri-cadru.

Evidențiază că, în timpul pandemiei, autoritatea contractantă a avut un singur furnizor pentru ambele produse - atât pentru oxigen medicinal lichefiat, cât și pentru oxigen medicinal comprimat – și, astfel, nu a putut apela la un al doilea ofertant atunci când consumul de oxigen a crescut exponențial, motiv pentru care, inclusiv, ... SRL a fost contractată, prin intermediul unei achiziții directe, având cod unic de achiziție DA29098906, să livreze butelii de 50 L către autoritatea contractantă (Anunțul achiziției directe - Anexa 1).

Apreciază că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că „divizarea oxigenului medicinal lichid și a oxigenului medicinal comprimat ar încălca unul din scopurile achiziției și anume de a asigura condiții de eficiență economică, iar în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea incidentului respectiv”.

Reiterează faptul că, în opinia sa, condițiile de eficiență economică invocate de autoritatea contractantă nu sunt îmbunătățite prin elaborarea unei documentații de atribuire cu scopul de a alege un singur furnizor, ci dimpotrivă - participarea mai multor operatori economici, care ofertează un preț pentru fiecare produs reprezintă premisa îmbunătățirii condițiilor financiare, pe baza mecanismului concurențial.

Consideră că, prin împărțirea lotului 1 al procedurii de atribuire în două (sub)loturi, permite elaborarea unui preț perfect adaptat pentru fiecare produs achiziționat, comparativ cu o ofertă de preț în sistem mixt/pentru mai multe categorii de produse, indiferent de utilizarea acestora. O ofertă corectă și adaptată impune delimitarea clară a produselor pentru care se propune prețul, orice altă interpretare fiind contrară principiului concurenței și transparenței în domeniul achizițiilor publice.

Așadar, ... SRL apreciază că argumentele autorității contractante cuprinse în punctul de vedere se impun a fi respinse, ca neîntemeiate, cu consecința admiterii contestației, astfel cum a fost formulată.

Referitor la termenul de 15 zile impus de autoritatea contractantă pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare, apreciază că acesta este contrar legii și nejustificat din punct de vedere tehnic.

Menționează că prin punctul de vedere, autoritatea contractantă susține în mod lacunar că „nu se acceptă modificarea termenului de 15 zile pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare/evaporare la un termen de 60 de zile. Termenul poate fi respectat de către ofertant prin întocmirea unui plan de lucru bine elaborat (...)”.

Consideră că acest argument este, în mod vădit, contrar termenelor legale stabilite în alte acte normative, precum, în Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, care prevede la art. 7 alin. (1) un termen minim de 30 de zile pentru

emiterea unei autorizații de la data depunerii documentației cerute de lege.

În opinia sa, contrar opiniei autorității contractante, nu există niciun plan tehnic suficient de elaborat care să surmonteze termenul legal de 30 de zile, aceste împrejurări fiind independente de voința și/sau conduita oricărui ofertant. În realitate, termenul de 15 zile impus de autoritatea contractantă este conceput tocmai pentru a limita posibilitatea altor ofertanți, cu excepția furnizorului actual, de a depune o ofertă conformă în cadrul procedurii de atribuire.

Drept urmare, apreciază că se impune eliminarea termenului nelegal de 15 zile din caietul de sarcini.

..... SRL susține că nu există nicio justificare pentru menținerea condiției privind depunerea autorizației de distribuție angro în caietul de sarcini.

Așadar, și în acest caz, apreciază că prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă nu justifică, în nici un fel, necesitatea existenței acestei condiții și/sau temeiul legal în considerarea căruia a fost impusă această condiție, ci, se limitează la simplă frază, respectiv: „se menține obligația privind obținerea și depunerea unei autorizații de distribuție angro”.

Evidențiază faptul că, dincolo de faptul că SRL a formulat o contestație și nu o solicitare de clarificări adresată autorității contractante, prin care a solicitat eliminarea acestei condiții pentru acele situații în care soluția de back-up din afara României este într-o țară membră UE, însă, aparține fie ofertantului, fie grupului din care face parte ofertantul acestei soluții de back-up.

Consideră că această condiție are capacitatea de a crea situații absurde în practică - cu revenire la cele deja explicate în contestație, există posibilitatea concretă ca, în cazul unui ofertant precum SRL, care face parte dintr-un grup internațional, și care are mai multe fabrici situate în alte țări membre UE, deși produce și ofertează produse proprii, totuși este supus unui tratament diferențiat și discriminatoriu, strict pe baza acestui criteriu, comparativ cu un ofertant care are capital 100% românesc și își desfășoară activitatea, respectiv, are capacitățile de producție exclusiv pe teritoriul României.

În opinia sa, un asemenea tratament este inadmisibil și vădit incompatibil cu principiul egalității de tratament al achizițiilor publice, criteriul fiind unul de asemenea stabilit în mod aleatoriu. Mai mult decât atât, precizează că acest criteriu a fost stabilit deja de instanțele de judecată ca fiind unul nelegal, sens în care face trimitere la jurisprudența Curții de Apel

În concluzie, reiterează solicitarea cuprinsă în contestație, respectiv, eliminarea acestei condiții restrictive pentru acele situații în care ofertantul are o soluție de back-up pe teritoriul unui stat membru

UE, mai ales în condițiile lipsei oricărei motivări legale și/sau faptice din partea autorității contractante, prin punctul de vedere formulat.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 77992/03.12.2024, contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210806292/1, din 27.11.2024, în cuantum de 8.248,00 lei, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Alba Iulia.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului având ca obiect: „ACORD CADRU FURNIZARE GAZE MEDICALE”, - cod CPV: 24111900-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare CN1075549/21.11.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 8.545.680,00 lei, fără TVA. Criteriul de atribuire al contractului este „Prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, ... SRL este nemulțumit de documentația de atribuire aferentă lotului 1 al prezentei proceduri, având ca obiect furnizarea de oxigen medicinal.

Analizând, pentru început, criticile SRL privind structura lotului 1, Consiliul reține că potrivit informațiilor de la secțiunea II.2.1 aferentă lotului 1 din anunțul de participare, denumirea dată de autoritate acestuia este „Oxygen”, cu următoarea descriere:

„Oxygen medical lichefiat cant minima/maxima ctr subsecv = 30000/50000, cant minima/maxima acord cadru = 1080000/1800000 mc Oxigen medicinal comprimat in butelii de 10 litri (2 mc) ctr subsecv = 300/1000, cant minima/maxima acord cadru = 10800/36000 butelii Oxigen medicinal gazos in butelii de 50 litri ctr subsecv = 1/10, cant minima/maxima acord cadru = 36/360 butelii Inchiriere echip. pt livrarea oxigenului medicinal lichefiat pt ambele locatii ce cuprinde: amenajarea spatiului necesar amplasarii stocatorului criogenic si vaporizatorului necesar, proiectare, pregatirea documentatiei de avizare si instruire personal, executia fundatiilor betonate necesare amplasarii instalatiilor de stocare, evaporare si distributie oxigen medicinal lichid , montare echipamente tehnice, cheltuielile privind transportul echipamentelor, instalarea si punerea in functiune a instalatiilor, precum si toate autorizariile necesare privind functionarea instalatiilor de stocare, evaporare si distributie oxigen medicinal lichid, statii de back up pt ambele locatii cant minima/max ctr subsecv=1/2, cant minima /maxima ctr acord cadru=1/36 chirie pentru butelii de 10 litri de oxigen medicinal comprimat cant minima/max ctr subsecv=9000/30000, cant minima /maxima ctr acord cadru=324000/1080000 chirie pentru butelii de 50 litri de oxigen medicinal gazos cant minima/max ctr subsecv=30/300, cant minima/ maxima ctr acord cadru=1080/10800”.

Cu titlu preliminar, Consiliul va reține că, potrivit prevederilor art. 2

alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „*orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*”.

Față de aceste aspecte, din articolul antemenționat rezultă, „*ipso facto*”, că persoana care formulează o contestație, deci, care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației. Cu alte cuvinte, procedura judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie **personal** și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației să aparțină **celui care recurge la formularea acesteia** și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că, prin declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației, nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu al acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvagardarea legii în general.

De asemenea, Consiliul reține faptul că, în literatura de specialitate, se precizează că interesul este actual, în sensul că, dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv, s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel, rezultă că un interes eventual, ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

În acest context, Consiliul va reține că vătămarea, produsă de alcătuirea actuală a lotului 1 societății contestatoare SRL (operator economic specializat în furnizarea gazelor medicinale), ar putea fi dată de faptul că aceasta nu ar avea în portofoliu vreunul din produsele care fac obiectul acestui lot.

Însă, formulând atât critici cu privire la termenul de punere în

funcțiune a instalației de stocare/evaporare a oxigenului lichefiat, cât și critici cu privire la furnizarea provizorie a oxigenului în forma comprimată (în butelii), ... SRL dovedește că are interes în modificarea acestor specificații tehnice, astfel încât, să-i permită participarea la procedura de atribuire cu ambele produse care fac obiectul lotului 1.

În aceste condiții, devin 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. 50 alin. (1) 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”;

- 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 78 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 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 **încuraj**

lotu

i

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 **o**

lotu

ar

trebuie

să

fie

de

t

eterminate 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 piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare a **obliga**

lotur 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 subcontractorii”.

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) din 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 în loturi, fără ca această decizie să fie supusă

supravegherii administrative sau judiciare.

Prin urmare, contrar susținerilor care răzbat din contestația formulată de SRL, 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 „**oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi**” în considerentele directivei și din precizarea existentă în aceleași considerente, potrivit căreia „*autoritatea contractantă ar trebui să aibă (...) libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare*”.

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, aspect care rezultă atât din faptul că acordul-cadru a fost deja împărțit pe 5 loturi în funcție de compoziția chimică a gazelor medicinale (lotul 1 – Oxigen, lotul 2 – Protoxid de azot, Lotul 3 Dioxid de carbon etc.), cât și din faptul că, la pag. 2-3 din strategia de contractare, a consemnat principalele motive pentru care a hotărât să grupeze oxigenul lichefiat și cel comprimat în cadrul aceluiași lot.

Totodată, din analiza justificărilor autorității, se reține că acestea reprezintă aspecte referitoare la modalitatea de derulare a contractului de furnizare care urmează a fi atribuit, respectiv, faptul că o parte din buteliile cu oxigen comprimat (cele de 50 de litri) se conectează la stația de oxigen centralizată de distribuție a spitalului și reprezintă soluția de aprovizionare de rezervă pentru perioade scurte de timp, oxigenul medicinal comprimat ajungând la pacient prin aceeași rețea de conducte ca și oxigenul medicinal lichefiat, situație în care, eventuala aprovizionare cu cele 2 categorii de oxigen de la furnizori diferiți, ar îngreuna identificarea originii în cazul unor eventuale incidente, aspect care este de natură să explice opțiunea autorității contractante cu privire la gruparea oxigenului lichefiat și a celui comprimat în cadrul unui singur lot.

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 achiziționarea oxigenului lichefiat împreună cu oxigenul comprimat, câtă vreme, aceasta și-a îndeplinit obligația corelativă de a enumera în strategia de contractare motivele pentru care a ales să nu divizeze contractul de achiziție publică în loturi individuale raportat la fiecare tip de produs.

Pe de altă parte, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind termenul stabilit de către autoritatea contractantă pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare, motivat de faptul că cele 15 zile, impuse prin caietul de sarcini, apar ca fiind insuficiente pentru realizarea unei platforme betonate noi, împreună cu proiectarea și autorizarea execuției acesteia, amenajarea spațiului de amplasare, livrarea instalației de stocare, montarea efectivă a instalației de stocare, autorizarea ISCIR a instalației de stocare etc., situație în care impunerea termenului de 15 zile ar restrânge, în mod nejustificat, accesul la procedura de atribuire, în favoarea actualului furnizor de oxigen, cu încălcarea prevederilor art. 50 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„(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”*.

În acest sens, Consiliul va reține că, la pag. 6 din contestație, se regăsește procesul verbal de vizitare a amplasamentului, din care rezultă că nu este cunoscut proprietarul platformei betonate existente și că aceasta nu se pune la dispoziția viitorului furnizor.

Având în vedere situația de fapt relevată anterior, Consiliul reține că impunerea termenului de numai 15 zile pentru efectuarea tuturor lucrărilor și demersurilor menționate anterior cu termen exemplificativ conduce, în mod evident, la descurajarea potențialilor ofertanți și, implicit, la favorizarea actualului furnizor care are deja instalată și autorizată instalația de stocare a oxigenului lichefiat, iar, din acest motiv, nu trebuie să mai parcurgă toate aceste etape în termenul limită de 15 zile.

Având în vedere toate aceste aspecte de fapt, precum și lipsa oricăror argumente concrete din partea autorității contractante, aceasta limitându-se la susțineri generice privind posibilitatea operatorului economic de a se organiza eficient, Consiliul va admite critica autorului contestației privind termenul de instalare, urmând a obliga autoritatea contractantă la modificarea acestuia, în sensul solicitat de contestator.

Pe de altă parte, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, critica contestatorului privind asigurarea oxigenului doar sub formă lichidă în perioada inițială, de executare a instalației de stocare și evaporare, motivat de faptul că, astfel cum susține autoritatea contractantă în punctul de vedere, eventuala alimentare a instalației existente cu oxigen comprimat ar conduce la inconveniente majore.

Astfel, se reține că, în anexa strategiei de contractare este estimată cantitatea de minim 1.080.000 mc și maxim 1.800.000 mc oxigen lichid pe durata de 36 de luni a acordului-cadru, ceea ce înseamnă între minim 30.000 și maxim 50.000 mc pe lună (acestea fiind, de altfel, cantitățile estimate de autoritatea contractantă pentru cel mai mic și cel mai mare contract subsecvent).

Luând în considerare durata medie aproximativă de 30 de zile pentru o lună, rezultă că necesarul zilnic de oxigen este cuprins între 1000 și 1666 metri cubi.

Calculul anterior, privind necesarul de oxigen, este susținut și de cerințele cu privire la stațiile de backup, pentru care autoritatea contractantă a precizat în caietul de sarcini capacitatea de $800+400=1200$ metri cubi.

În altă ordine de idei, Consiliul reține că, volumul de oxigen comprimat care poate fi înmagazinat într-o butelie de 50 de litri este 10 metri cubi (a se vedea, în acest sens, specificațiile tehnice de la pag. 10 din caietul de sarcini, în care este menționată sintagma „*oxigen medicinal gazos = LOTUL 1 în butelii de 50 litri (10 mc)*”).

Prin urmare, pentru asigurarea necesității zilnice de 1000 metri cubi, ar fi necesară înlocuirea a cca. 100 butelii pe zi, pentru cele 2 locații ale autorității contractante, situație în care, susținerile acesteia din punctul de vedere, potrivit cărora, ar trebui schimbate între 40 și 80 de butelii în 24 de ore, apar drept pertinente raportat la fiecare din cele 2 locații.

Rezultă că, impunerea soluției de alimentare cu oxigen lichefiat reflectă necesitatea obiectivă a autorității contractante de a asigura cantitatea zilnică de oxigen la calitatea și fluenta impuse de actul medical.

În ceea ce privește jurisprudența națională invocată de către contestator, Consiliul reține că reproducerea unui paragraf extras din motivarea unei hotărâri pronunțată anterior de CNSC sau de către Curtea de Apel în cadrul altei proceduri de atribuire nu poate fi considerată argumentație cu privire la pretinsul caracter legal al

prezentei proceduri de atribuire, este relativă la pricina soluționată anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu poate obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”*.

În ceea ce privește argumentele contestatorului, conform cărora autoritatea contractantă acceptă livrarea oxigenului în butelii în anumite situații, respectiv, ca soluție de rezervă în situații de avarii, Consiliul nu o va putea reține, motivat de faptul că astfel de situații pot apărea și în perioada de provizorat anterioară punerii în funcțiune a stocatorului, iar, livrarea oxigenului exclusiv în forma comprimată (în butelii), ar lipsi autoritatea contractantă de soluția sa de rezervă.

Prin urmare, cerința furnizării oxigenului sub formă lichefiată, încă de la data semnării acordului-cadru, nu restricționează, în mod nejustificat, accesul la procedura de atribuire, ci, este 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 nefondată, critica contestatorului privind acest aspect.

În ceea ce privește critica contestatorului privind autorizația de distribuție angro, solicitată în cazul/situația aprovizionării oxigenului lichefiat de la fabrici din afara României, Consiliul reține că SRL invocă definiția sintagmei „distribuție angro a medicamentelor” de la art. 699 pct. 17 din Legea nr. 95/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv „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. 266/2008, republicată, cu modificările și completările ulterioare”, subliniind faptul că

această definiție se referă la exportul de medicamente, nu însă și la import.

Consiliul nu va putea valida acest raționament, deoarece, importul reprezintă una din modalitățile îndeplinirii activității de „procurare”, prevăzută în definiția anterior menționată.

O astfel de activitate, de import, este efectuată de un importator, iar acest termen se regăsește în definiția de mai sus, în sintagma „(...) asemenea activități sunt efectuate de fabricanți ori depozitele lor, importatori și alți distribuitori angro (...)”.

Prin urmare, simpla analiză a definiției nu exclude „de plano”, autorizarea pentru distribuție angro a importatorului.

Totodată, Consiliul reține că autorizațiile de distribuție angro reprezintă înscrisuri de natura celor prevăzute la art. 173 din Legea nr. 98/2016, care reglementează cerințele de calificare, al căror loc este, potrivit art. 181 din același act normativ, în anunțul de participare, situație în care, pentru un context mai larg și o mai bună înțelegere, Consiliul va reproduce următoarele cerințe de calificare, de la secțiunea „III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională” din caietul de sarcini:

„3. Autorizație de fabricație pentru gazele oferite emisa de Agentia Nationala a Medicamentului, doar daca ofertantul este producator, in baza Legii 95/2006 privind reforma in domeniul sanatatii cu modificarile si completarile ulterioare, cu titlul VII Medicamentul. (conf. art. 748)

(...)

5. Autorizație de distribuție pentru toate gazele medicinale, in cazul in care furnizorul nu este producator conform Legii 95/2006”.

Prin urmare, contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea ambelor autorizații, ci, doar a celei caracteristică situației ofertantului, fie de producător fie de distribuitor.

Pe de altă parte, Consiliul reține că art. 755 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 dispune în sensul „ANMDMR ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că fabricația medicamentelor pe teritoriul României se efectuează numai de către deținătorii unei autorizații de fabricație (...)” iar alin. (3) al aceleiași norme juridice statuează că „Autorizația prevăzută la alin. (1) este necesară și pentru importuri provenite din țări terțe în România; prevederile prezentului capitol (n.n. titlul capitolului este „Fabricație și import”) și ale art. 867 se aplică în același mod pentru astfel de importuri, ca și pentru fabricație”.

Rezultă că tipul autorizației depinde, în mod direct, de modalitatea de procurare a oxigenului, iar, cerința din caietul de sarcini nu trebuie analizată în mod izolat de restul documentației de atribuire, ci, doar în contextul definit prin cerințele de calificare din anunțul de participare, nefiind distinctă de acestea.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă aceste critici.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu, în ceea ce privește termenul pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare, iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, în rest, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

Referitor la solicitarea contestatorului de acordare a cheltuielilor de soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, *„Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.*

Ori, întrucât, la dosar nu se regăsesc documente doveditoare din care să rezulte natura și cuantumul cheltuielilor efectuate, Consiliul va respinge, ca nedovedită, solicitarea contestatorului privind acordarea de cheltuieli de soluționare.

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

DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu în ceea ce privește termenul pentru punerea în funcțiune a instalației de stocare iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge, în rest, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

Respinge, ca nedovedită, solicitarea contestatorului privind acordarea de cheltuieli de soluționare.

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

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

Redactat practicaua deciziei

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