Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

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

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

DECIZIE
Nr. .../.../...
Data: ...

Prin contestația datată 28.06.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal de Roxana Miorița Jouni și convențional de ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Achiziție gaze medicinale lichefiate, gaze medicinale îmbuteliate și servicii aferente livrărilor utilizate în cadrul ...”*, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea cauzei;
- remedierea documentației de atribuire, în sensul eliminării cerințelor tehnice restrictive de la nivelul caietului de sarcini;
- împărțirea procedurii de atribuire în loturi, în privința oxigenului medicinal, sau în susbsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin Încheierea nr. ... din ..., Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a respins ca rămas fără obiect, în urma suspendării procedurii de către autoritatea contractantă.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ...SRL împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., prin care se solicită luarea măsurilor de remediere precizate mai sus, conform argumentelor prezentate în contestație.

Preliminar, contestatoarea arată că prevederile caietului de sarcini conține cerințe tehnice restrictive, respectiv:

- în mod nefundamentat și nejustificat procedura a fost inițită într-un singur lot;
- restricțiile de furnizare a oxigenului medicinal în perioada intermediară punerii în funcțiune a rezervoarelor criogenice fixe;
- nu se indică că cerința privind autorizația de distribuție se aplică doar în cazul ofertantului care nu este producător sau dacă nu realizează livrarea din locul de fabricație;
- se solicită avizul emis de Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, deși obiectul procedurii este aferent unui medicament: oxigen medicinal lichid și comprimat.

Așadar, consideră că se impune admiterea contestației, raportat la lipsa nejustificată a împărțirii pe loturi, dar și la cerințele restrictivre din caietul de sarcini.

I. În ceea ce privește împărțirea pe loturi, contrar prevederilor art. 141 din Legea nr. 98/2016, ce stabilesc că împărțirea pe loturi prevalează și trebuie aplicată cu prioritate de către autoritățile contractante, astfel încât să permită participarea cât mai multor operatori economici interesați în cadrul procedurilor de achiziții, autoritatea contractantă a organizat un singur lot, atât pentru oxigenul lichefiat, cât și pentru cel comprimat.

Contestatoarea învederează că prevederile art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 9 alin. (3) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 reprezintă transpunerea în legislația națională a dispozițiilor art. 46 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, potrivit cărora *„Autoritățile contractante pot decide să atribuie un contract sub formă de loturi separate și pot stabili dimensiunea și obiectul unor astfel de loturi. Cu excepția respectării contractelor a căror diviziune este obligatorie în conformitate cu alineatul (4) de la prezentul articol, autoritățile contractante indică principalele motive care stau la baza deciziei lor de a nu face împărțirea pe loturi, care se include în documentele achiziției sau în raportul individual mentionat la articolul 84”.*

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

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

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

Aceasta subliniază că în cauza de față nu a fost prezentată nicio astfel de justificare pentru neîmpărțirea pe loturi și apreciază că, în realitate, strict raportat la cerințele autorității contractante din caietul de sarcini de: (i) oxigen medicinal lichefiat; (ii) oxigen medicinal în butelii, se observă că acest lot putea cu ușurintă fi împărțit în două loturi.

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

Contestatoarea arată că din modul de redactare al caietului de sarcini se observă o delimitare clară a costurilor cu buteliile de oxigen (pozițiile 2-5, 8, 9), față de cele cu oxigenul lichefiat și instalațiile aferente (pozițiile 1, 6 și 7), de unde rezultă că nu există niciun impediment în împărțirea pe loturi.

În acest context, apreciind că lipsește o justificare reală, consideră decizia de a nu împărți contractul în loturi ca fiind restrictivă, care denaturează concurența și împiedică ofertanții să participe la procedură. Din acest motiv, este de părere că se impune împărțirea procedurii de atribuire privind oxigenul în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

În susținerea acestei solicitări, aduce la cunoștința Consiliului că autoritatea contractantă a organizat aceeași procedură în anul 2019 (anunț de participare ...), în cadrul căreia au existat 2 loturi diferite: oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal comprimat, unde au fost depuse 2 oferte.

De asemenea arată că, în anul 2021, o altă procedură a fost organizată (anunț de participare ...), pentru un lot comun, iar oferta a fost depusă doar de furnizorul actual al autorității contractante.

II. Un alt aspect criticat privește cerințele caietului de sarcini cu referire la soluția provizorie, în sensul că acestea sunt nelegale, întrucât limitează accesul ofertanților la procedură.

Potrivit enunțului cerinței din caietul de sarcini: *„Până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, adică pe perioada celor 30 zile, furnizorul va asigura livrarea de oxigen medicinal lichid autorizat necesar bunei funcționări a spitalului la prețul din contract, de minim 1850 de nmc/zi pentru punctul I de livrare și de minim 150 nmc/zi pentru punctul II. Având în vedere consumul mare de oxigen medicinal lichid autorizat nu se acceptă varianta cu butelii, nu există nici spațiu suficient pentru stocare și nici personal care să manipuleze buteliile pentru consumul mediu zilnic al Spitalului”.*

Contestatoarea învederează că, pentru a putea furniza oxigen medicinal lichefiat dintr-un rezervor criogenic instalat, acesta trebuie autorizat de către ISCIR, operațiune ce se realizează într-un termen legal de 30 de zile.

În opinia sa, cerința de a se asigura soluția provizorie de livrare a oxigenului doar în formă lichefiată îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante să depună oferta în cadrul acestei proceduri, întrucât numai acesta are montate rezervoarele de oxigen lichefiat autorizate ISCIR și în stare de funcționare.

Aceasta susține că, până la autorizarea rezervorului criogenic, se impune ca ofertanților să le fie permisă furnizarea oxigenului medicinal și din butelii, acest mod de furnizare, pentru o perioadă extrem de scurtă (până la autorizarea rezervorului), fiind unica ce permite depunerea ofertei de către mai mulți operatori economici.

Din acest considerent și pentru a asigura o concurență corectă, consideră că se impune modificarea documentației de atribuire, astfel încât să permită operatorului economic declarat câștigător să furnizeze oxigen medicinal (inclusiv comprimat) până la autorizarea soluției de furnizare oxigen medicinal lichefiat.

Contestatoarea apreciază că păstrarea cerinței în forma actuală încalcă principiile achizițiilor publice și restrânge concurența la unicul operator care ar putea asigura oxigenul lichefiat din prima zi, actualul furnizor al autorității contractante, acesta fiind cel care are deja autorizate rezervoarele criogenice.

În susținere, arată că acest punct nostru de vedere a fost validat de către CNSC, prin decizia nr. ....

III. În ceea ce privește cerința din caietul de sarcini privind depunerea Autorizației de distribuție angro emisă de ANMDMR, consideră că aceasta este solicitată și obținută doar de către ofertanții care ori nu sunt producători ai oxigenului, ori nu realizează livrarea oxigenului din locul de fabricație.

Față de această solicitare, arată că SC ...SRL nu se încadrează în niciuna dintre aceste două situații, aceeași premisă fiind aplicată și altor furnizori de oxigen medicinal, fiind împiedicată să participe la procedură, în lipsa Autorizației de distributie angro emisă de ANMDMR, cu toate că

societatea este producător de oxigen medicinal și va livra oxigenul medicinal din locul de fabricație.

În acest context consideră că se impune modificarea caietului de sarcini, astfel încât obligația de prezentare a Autorizației de distribuție să fie circumstanțiată, pentru ofertanții care trebuie să dețină un astfel de document, iar nu pentru toți.

IV. În ceea ce privește cerința prin care se solicită avizul emis de Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, deși obiectul procedurii este aferent unui medicament (oxigen medicinal lichid și comprimat), învederează Consiliului că prezenta procedură nu are ca obiect dispozitive medicale.

Rezervoarele criogenice fixe, pentru oxigenul medicinal lichefiat, și buteliile, pentru oxigenul comprimat (cele două tipuri de produse care formează obiectul prezentei proceduri), reprezintă ambalaje ale medicamentului, iar nu dispozitive medicale.

Potrivit dispozițiilor art. 699 din Legea nr. 95/2006: *„25. ambalaj primar - recipientul sau orice altă formă de ambalaj aflată în contact direct cu medicamentul; 26. ambalaj secundar - ambalajul în care este introdus ambalajul primar”.*

Drept urmare, consideră că se impune eliminarea acestei cerințe restrictive, atât pentru că nu se aplică ambalajelor oxigenului medicinal, acesta nefiind un dispozitiv medical, cât și pentru că ar putea conduce la descalificarea ofertantului care nu depune aceste documente, tocmai din cauza inexistenței unei legături cu prezenta procedură.

Având în vedere toate argumentele prezentate, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, sau, în subsidiar, la anularea procedurii.

Cu adresa nr. …, înregistrată la Consiliu sub nr. …, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

I. În ceea ce privește solicitarea din contestație referitoare la lipsa împărțirii în loturi, autoritatea contractantă subliniază că nu are obligația, ci, conform art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, are dreptul de a recurge la atribuire pe loturi, iar în acest sens s-au avut următoarele considerente:

- oxigenul medical lichefiat și oxigenul medicinal comprimat sunt produse similare, având aceași compoziție (O_2 = minim 99,5%, CO < 5 ppm; CO_2 < 300 ppm; H2O <67 ppm) și aceași destinație, fiind utilizat de către pacienți în terapia cu oxigen, hipoxemie determinată de insuficiență respiratorie din diverse etiologii: infarct miocardic, boli pulmonare acute, embolie pulmonară, boli pulmonare obstructive cronice în timpul exacerbărilor infecțioase, supradozaj cu medicamente care deprimă centrul respirator, traumatisme ale mușchilor și oaselor sau

traumatisme craniene, adjuvant în hipoxie din șoc sau din afecțiuni însoțite de scăderea capacității de transport a hemoglobinei (anemie severă; intoxicați cu monoxid de carbon, cianuri, diclormetan, adjuvant în ischemie tisulară locală (ischemie miocardică, ischemie cerebrală, ischemie periferică prin ocluzie vasculară), solvent pentru anestezice inhalatorii volatile sau gazoase etc.

- s-a avut în vedere licitarea de butelii pentru oxigenul comprimat cu specificații tehnice generale și cu capacități standard de 2 litri, 5 litri, 10 litri, 50 litri și nu de alte capacități (8 litri, 25 litri, 30 litri) pentru a nu leza niciun operator economic în depunerea ofertei în procedură, precum și pentru asigurarea caracterului concurențial al acestei licitații;

- referitor la chiriile aferente echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat, cât și chiriile pentru buteliile standard și buteliile cu reductor încorporate, acestea sunt în interdependență cu produsele oxigen medical lichefiat și oxigen medicinal comprimat licitat;

- atunci când un contract este împrțit în loturi, exista riscul unei înțelegeri între operatorii economici, fie implicite, fie explicite, aceștia putând acționa împreună, cu scopul influențării concurenței și al creșterii prețurilor. Potențialele dezavantaje ale împărțirii unui contract de achiziție publică pe loturi ar putea fi următoarele:

- Număr redus de câștigători, întrucât împărțirea pe loturi nu garantează că loturile vor fi atribuite unor ofertanți diferiți, existând posibilitatea ca toate loturile să fie câștigate de același ofertant.
- Ineficiență, întrucât în cazul întreprinderilor mari, împărțirea pe loturi poate genera ofertarea unui preț mai mare pentru fiecare lot, comparativ cu prețul pe care l-ar oferi în lipsa divizării contractului.
- Facilitarea înțelegerilor între ofertanți. Lotizarea soluționează problema împărțirii profiturilor rezultate din înțelegeri între operatorii economici. Atunci când contractele sunt divizate în loturi, iar numărul acestora depășește numărul ofertanților, operatorii economici își pot aloca un anumit număr de loturi.

Autoritatea contractantă reiterează că legislația în domeniul achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, dar o obligă să asigure un cadru concurențial cât mai larg, să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

Chiar dacă legislația încurajează lotizarea prin introducerea obligației autorității contractante de a justifica alegerea de a nu lotiza, oportunitatea de a lotiza depinde în mod direct de posibilitatea împărțirii contractului pe segmente ce pot fi realizate independent, de operatori economici diferiți.

Autoritatea contractantă apreciază 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.

Totodată, consideră că există riscul ca, prin împărțirea în 2 loturi, oxigen medical lichefiat și oxigen medicinal comprimat, cel de oxigen medicinal comprimat să nu fie adjudecat.

În opinia sa, contestatorul vrea să inducă în eroare Consiliul pentru că, deși se simte lezat pentru această lotizare, tot acesta propune o soluție cu butelii pentru perioada când furnizorul declarat câștigător se obligă să livreze și să monteze, pe cheltuiala sa, echipamentele tehnice necesare desfășurării activității la sediul autorității contractante în maximum 30 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru și predarea locațiilor.

Autoritatea contractantă învederează că în anul 2021 a fost organizată procedura pentru achiziționarea acelorași produse (gaze medicinale lichefiate, gaze medicinale îmbuteliate și servicii aferente livrărilor), nr. anunț participare ..., produse și servicii aflate întru-un singur lot, iar operatori economici participanți nu au contestat acest aspect.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că prin licitarea acestor produse într-un lot este permisă participarea tututor operatorilor economici de pe piață, interesați să participe la această procedură de licitație, întrucât nu s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, nediscriminarea și tratamentul egal.

II. Referitor la al doilea aspect contestat, respectiv *„Cerința de a se asigura soluția provizorie de livrare a oxigenului doar în forma lichefiată (deci nu și prin butelii) îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante sa depună ofertă (…)",* consideră că societatea contestatoare vrea să inducă în eroare, întrucât potențialele soluții care pot fi ofertate prin utilizarea de rezervoare/vase criogenice transportabile/mobile, amplasate pe paleți metalici, în vederea transportului, depozitării și livrării de oxigen medicinal lichefiat, dovedesc nu doar că actualul furnizor ar putea pune la dispoziția autorității contractante oxigenul lichefiat cerut, de la momentul semnării acordului-cadru/contractului subsecvent, ci și orice alt operator economic interesat de procedură.

Pentru echipamentele sub presiune transportabile (vasele criogenice mobile de diferite capacități) proprietarul sau operatorul trebuie să facă inspecția, iar prin faptul că aplică sau dispune aplicarea marcajului "pi", proprietarul sau operatorul arată că își asumă responsabilitatea pentru conformitatea echipamentelor sub presiune

transportabile cu toate cerințele prevăzute de Directiva 201035/UE privind echipamentele sub presiune transportabile, transpusă în legislația națională prin OUG nr. 126/2011 și în anexele la Directiva 2008/68/CE aplicabile în momentul reevaluării. Așadar, marcajul "pi" se aplică pe echipamentele care nu necesită autorizare ISCIR.

Astfel, pentru punerea în funcțiune a acestor tipuri de echipamente nu este nevoie de timp pentru montajul efectiv și nici pentru obținerea avizelor obligatorii pentru funcționarea acestora.

Autoritatea contractantă susține că nu impune ofertanților o anumită soluție tehnică, alegerea ei fiind la latitudinea acestora, singura cerință din cuprinsul caietului de sarcini fiind aceea ca propunerea tehnică să fie întocmită doar după efectuarea vizitării amplasamentului.

Aceasta apreciază că SC ...SRL a dat dovadă de rea credință, întrucât până la data contestației 01.07.2024 nu a efectuat vizititarea amplasamentului și nici în contestație nu a detaliat soluția tehnică propusă, pe perioada celor 30 de zile până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, susținând doar că nu se încadrează în termenul mai sus menționat pentru a putea autoriza de către ISCR rezervorul criogenic instalat.

Autoritatea contractantă face mențiunea că, la locația I, autoriatea contractantă deține o stație de reducere presiune 2x4 butelii cu comutare automată, ca soluție de back-up, dar raportat la consumul mediu de 1850 mc/zi este necesară alimentarea cu aproximativ 200 butelii de 50 litri pe zi și aproximativ 6.000 de butelii de 50 litri pentru 30 de zile. Având în vedere consumul mare de oxigen medicinal lichid autorizat, nu se acceptă varianta cu butelii, întrucât nu există nici spațiu suficient pentru stocare și nici personal autorizat care să manipuleze buteliile pentru consumul mediu zilnic al Spitalului.

Această stație de reducere presiune reprezintă o soluție de back up pentru asigurarea oxigenului medical pentru secțiile medicale pentru câteva zeci de ore și nicidecum pentru o funcționare îndelungată.

Întrucât aceasta se poate defecta, având în vedere o funcționare îndelungată a acesteia (30 zile), unitatea spitalicească ar avea de suferit deorece oxigenul îmbuteliat nu va mai putea fi distribuit prin instalația existentă, ci doar prin conectarea directă a tuturor consumatorilor de oxigen medicinal la aceste butelii.

Astfel, autoritatea contractantă susține că se află în imposibilitatea obiectivă ca buteliile necesare pentru o scurtă perioada de timp să fie depozitate în secțiile sale și nici nu există posibilitatea de a fi manipulate de personalul propriu, întrucat este un spital județean de urgență și, potrivit Legii nr. 95/2006 și OMS nr. 914/2006, Ordinul MS nr. 1322/2012, este exclusă depozitarea buteliilor necesare pentru o scurtă perioadă de timp în secțiile ori saloanele spitalicești, deoarece structura lor spațio-funcționala reglementată nu include încăperi cu astfel de destinații și nici nu pot fi manipulate la nivelul numărului de tuburi precizate mai sus aferente necesarului zilnic.

Referitor la posibilitatea înlocuirii alimentării cu oxigen medicinal lichid și cu alimentarea prin butelii de oxigen comprimat, precizează că aceleași acte normative reglementează modul de asigurare a gazelor medicinale, respective prin prize rapide de oxigen, repartizate pe paturi (uneori chiar 2/pat) și legate la o sursă centrală, neputând funcționa nicicum timp de 30 zile prin butelii de oxigen comprimat. Acestea pot fi utilizate doar în situații deosebite, ca sursă alternativă de scurtă durată și nu în secții/săli vitale ca ATI, UPU, Infecțioase, săli de operații, întrucât există aparatură și echipamente medicale de tipul ventilatoarelor, măștilor de oxigen, a aparatelor de anestezie etc. care au un consum de oxigen foarte ridicat (min. 30 l/minut — maxim 208 l/minut), care nu ar putea fl asigurat prin butelii de și/sau 10 l de oxigen gazos sub presiune.

Cât privește buteliile de oxigen de capacitate de 50 l, acestea, conform normelor de PSI și protecția muncii, nu pot fi utilizate în interior, ci numai în exteriorul clădirii, prin racordare la stațiile de reducere de presiune.

Având în vedere aceste considerente, autoritatea contractantă concluzionează că există și alte modalități de furnizare a oxigenului lichefiat, pe perioada celor 30 de zile până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, ce nu implică amplasarea și autorizarea unui rezervor criogenic fix, oferind ca exemplu, furnizarea oxigenului lichefiat în vase mobile amplasate pe platforme mobile și, ulterior, furnizarea în recipiente transportabile izolate sub vid cu volum mai mare de 1.000 litri, care nu necesită autorizare ISCIR, în condițiile Directivei 201035/UE privind echipamentele sub presiune transportabile, transpusă în legislația națională prin OUG nr. 126/2011.

Astfel, consideră că autoritatea contractantă este cea mai în măsură să-și cunoască propriile necesități, existând posibilitatea chiar și în ipoteza unei defecțiuni de a nu fi imperios necesară livrarea de oxigen comprimat, fiind posibilă by-pass-area la instalația de distribuție, care să permită în continuare distribuția de oxigen lichefiat.

Aceasta subliniază că acest raționament, privind cel de-al doilea aspect contestat, a fost validat de către Curtea de Apel Pitești în dosarul nr. 67/46/2024.

III. Referitor la cel de-al treilea aspect contestat privind solicitarea *„Autorizației de distribuție angro emisă de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru gaze medicale, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completarile ulterioare, Titlul XVIII”,* precizează că se putea posta o clarificare în acest sens în SEAP de catre operatorul economic, iar autoritatea contractantă remedia această eroare, cu precizarea că, dacă ofertantul nu este producător, Autorizația de distribuție este inclusă în Autorizația de fabricație pentru producători.

IV. Referitor la cel de-al patrulea aspect contestat, respectiv solicitarea avizului emis de Ministerul Sănătății pentru dipozitive medicale, autoritatea contractantă arată că Avizul de funcționare pentru dispozitive medicale emis de Ministerul Sănătății se solicită pentru ca autoritatea contractantă să se asigure că ofertantul are competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziții publice.

Acesta este cerut pentru a verifica capacitatea operatorilor economici de verificare a stației de butelii, dar și pentru interconectarea instalațiilor de stocare la rețeaua de conducte a Spitalului, astfel încât la utilizatorul final, care este pacientul, să ajungă gaze medicale cu puritatea conform Autorizației de Punere pe Piață.

Oxigenul medicinal cu concentrația de min 99,5% este produs în mod industrial dar are calitatea de medicament, atât conform Autorizației de Fabricație, cât și a Autorizației de Punere pe Piață.

Conform Autorizațiilor de punere pe piață eliberate de Agenția Națională a Medicamentului pentru oxigenul medicinal lichefiat cu concentrație min. 99,5%, ambalajul autorizat este rezervorul criogenic, iar pentru oxigenul medicinal gazos (concentrație min 99,5), ambalajele autorizate sunt buteliile.

Autoritatea contrcatantă subliniază că, pentru a se asigura că oxigenul medicinal achiziționat ajunge din ambalajul autorizat de Agenția Națională a Medicamentului în rețeaua de distribuție a spitalului și implicit la pacienți păstrându-și calitatea de medicament, fără să fie pusă în pericol viața pacienților, stația de butelii, proprietatea spitalului, este dispozitiv medical cu marcaj CE și Aviz de funcționare de la Ministerul Sănătății.

Verificarea stației de butelii oxigen medicinal trebuie executată doar de un furnizor abilitat și care poate emite un raport de verificare autorizat.

Repararea, mentenanța și punerea în funcțiune/instalarea sunt reglementate de normele metodologice de aplicare conform "Titlului XX" din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății republicată, cu completările ulterioare, referitoare la avizarea activităților în domeniul dispozitivelor medicale art. 3, pct c).

Distribuția de oxigen medicinal comprimat se face prin stație de butelie, stație existentă, proprietatea spitalului, dar care trebuie reparată și întreținută pe parcursul derulării contractului. Pentru aceasta, conform art. 173 pct. 3 din legea nr. 98/2016, *„autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul cadru care urmează să fie atribuit".*

Apreciind că motivele din contestație nu sunt edificatoare, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca nefondată și tendențioasă, promovată cu scopul de a provoca întârzieri în finalizarea și desfășurarea procedurii de achiziție publică.

În replică SC ...SRL a formulat note scrise, transmise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 44599/15.07.2024, prin care reiterează solicitările din contestație, reluând, în parte, argumentele prezentate în aceasta și, suplimentar, răspunzând punctual susținerilor din punctul de vedere.

După depunerea contestației, SC ...SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de 117.977,60 lei, conform recipisei de consemnare nr. ….

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Achiziție gaze medicinale lichefiate, gaze medicinale îmbuteliate și servicii aferente livrărilor utilizate în cadrul ...”,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a acordului-cadru este situată între 2.949.440,00 și 8.848.320,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost stabilit ca fiind *„cel mai bun raport calitate-preț*”.

Împotriva documentației de atribuire, SC ...SRL a formulat prezenta contestație.

Prima critică din contestație vizează faptul că autoritatea contractantă nu a organizat procedura de atribuire pe 2 loturi.

Conform prevederilor caietului de sarcini, autoritatea contractantă urmează a achiziționa oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat în butelii. Contestatorul susține că se impunea ca autoritatea contractantă să împartă această procedură în două loturi, respectiv un lot pentru oxigen lichefiat și un lot pentru oxigen comprimat.

În soluționare, Consiliul are în vedere următoarele prevederi ale legislației achizițiilor publice incidente în cauză:

- art. 141 din Legea nr. 98/2016 : „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor-cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele

meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

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

- art. 9 din HG nr. 395/2016 :

„(1) Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziţie publică se iniţiază prin identificarea necesităţilor şi elaborarea referatelor de necesitate şi se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorităţii contractante/unităţii de achiziţii centralizate a documentaţiei de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum şi a **strategiei de contractare** pentru procedura respectivă.

(2) Strategia de contractare este un document al fiecărei proceduri de achiziţie publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, iniţiată de autoritatea contractantă.

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

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situaţiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege şi, după caz, decizia de a reduce termenele în condiţiile legii, **decizia de a nu utiliza împărţirea pe loturi**, criteriile de calificare privind capacitatea şi, după caz, criteriile de selecţie, criteriul de atribuire şi factorii de evaluare utilizaţi.”

Prin urmare, conform normelor legale mai sus citate, în situația actuală, în care nu a utilizat împărțirea pe loturi, autoritatea contractantă avea obligația de a justifica, în cadrul strategiei de contractare, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a transmis documentul „Strategia de contractare” Consiliului, odată cu dosarul achiziției, aspect sesizat și de contestator.

Membri completului au avut acces în SEAP la dosarul achiziției, inclusiv la documentul „Strategie de contractare” nr. 2501/17.06.2024.

Deși acest document este destul de consistent, conținând 14 pagini, și respectă punctele de la art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016, inclusiv lit. f), care cuprinde „justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situaţiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege şi, după caz, decizia de a reduce termenele în condiţiile legii, **decizia de a nu utiliza împărţirea pe loturi**, criteriile de calificare privind capacitatea şi, după caz, criteriile de selecţie, criteriul de atribuire şi factorii de evaluare utilizaţi”, cu privire la acest punct documentează doar „f) criteriile de calificare privind capacitatea și criteriul de atribuire utilizat”.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a justifica în cadrul strategiei de contractare, motivele pentru care nu va utiliza împărțirea pe loturi a acestei achiziții.

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante cu privire la faptul că lotizarea facilitează înțelegerile între ofertanți.

Dacă a sesizat astfel de practici, autoritatea contractantă avea obligația de a înștiința de îndată organele abilitate, inclusiv Consiliul Concurenței, sancționarea unor astfel de practici fiind extrem de drastică, ducând la interzicerea pentru o perioadă a participării operatorilor economici respectivi la proceduri de achiziție publică.

În consecință, constatând că autoritatea contractantă nu a prezentat nicio justificare în strategia de contractare cu privire la neutilizarea procedurii de lotizare, Consiliul va admite această critică.

În atari circumstanțe, criticile contestatorului vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a procedurii, în sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe loturi. Dar, divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi. Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

În considerarea celor prezentate, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și va anula procedura de atribuire în cauză.

Având în vedere soluția pronunțată, de anulare a procedurii de atribuire, este anulată și documentația de atribuire, prin urmare cercetarea celorlalte critici este lipsită de interes, nemaiputând produce efecte.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația depusă de către SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... ...

Redactată în 4 exemplare, conţine 14 (paisprezece) pagini.