



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SRL, cu sediul în, .., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin – Director general, și convențional prin avocat Antonella Angelescu, formulată împotriva procedurii inițiate prin anunțul de participare simplificat nr. /, emis de, cu sediul în, str. ..., județul, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii, cerere de oferte online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare (DTAC, PTh, DTE) și întocmirea documentației pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbanism nr. 620/22.09....., execuție și punere în funcțiune, stație (centrală) producere oxigen medical”, s-a solicitat

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația, formulată de SRL, împotriva anunțului de participare amintit și a procedurii inițiate prin el, aparținând

În fapt, contestatoarea precizează că, în prezent, are încheiat un acord-cadru cu Spitalul, valabil până la 01.02.2019, pentru furnizarea de oxigen medicinal, cu puritate min. de 99,5%, însă, prin anunțul de participare simplificat nr. /, autoritatea contractantă a

demarat o nouă procedură, prin care dorește achiziționarea unei stații (centrale) de producere oxigen cu puritate de $93 \pm 3\%$.

Văzând aceste aspecte, prin adresa de notificare prealabilă nr. 9753/06.10....., contestatoarea a explicat autorității contractante, pe larg, diferența dintre produse și beneficiile oxigenului 100% față de oxigenul 93%, solicitându-i remedierea deciziei luate cu privire la aprovizionarea cu oxigen medical $93 \pm 3\%$, însă răspunsul nr. 21453/12.10..... nu a fost favorabil. Mai mult, autoritatea contractantă a apreciat notificarea ca fiind o adresă de informare, și nu o procedură prealabilă, conform prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/.....

Contestatoarea mai arată că interesul său legitim, conform art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/....., survine din faptul că acordul-cadru este în derulare, cu termen de finalizare 01.02.2019, iar în cazul finalizării noii proceduri, în discuție, ea nu va mai putea finaliza acordul-cadru, legal încheiat, sens în care riscă să sufere un prejudiciu.

Contestatoarea evidențiază că înlocuirea medicamentului oxigen medicinal de puritate min. 99,5% de o calitate superioară, cu o stație de producere oxigen medical de cca. $93 \pm 3\%$, este o consecință stabilită în mod nelegal și nejustificat, întrucât cheltuielile Spitalului vor fi semnificative față de prețul actual de achiziție pentru oxigen medicinal min. 99.5%, iar calitatea produsului obținut prin funcționarea stației ce face obiectul achiziției va fi net inferioară medicamentului furnizat de către societatea sa.

De asemenea, mai precizează contestatoarea, aparatele de respirație și narcoză actuale, instalate în spital, sunt concepute pentru funcționarea cu oxigen 100%, cerință menționată și în instrucțiunile de utilizare, ceea ce este evident că funcționarea lor nu ar mai fi în deplină concordanță cu destinația lor inițială, întrucât oxigenul de concentrator poate prezenta o concentrație efectivă de oxigen de numai 90%, având nominal o concentrație de $93 \pm 3\%$, rezultând că aparatele concepute pentru funcționarea cu oxigen 100% (nominal min. 99.5% după Farmacopeea Europeană, dar, în realitate 99,7-99,9%) prezintă o dozare eronată, provenită, exclusiv, din concentrația de gaz, de până la 10%. În plus, dozarea eronată condiționată de aparat conduce la funcționarea defectuoasă a acestuia, în afara bazei certificării sale ca dispozitiv medical activ.

În opinia contestatoarei, produsul stației ce face obiectul viitoarei achiziții nu poate atinge necesitățile obiective ale spitalului, ținând cont că este vorba de un spital județean, care, în conformitate cu prevederile Legii nr. 95/2006, este obligat să asigure, să garanteze, atât calitatea serviciilor medicale cât și accesibilitatea serviciilor de sănătate, considerând că viața pacienților este direct condiționată de administrarea la timp a medicamentului oxigen medicinal, de puritate 99,5%, iar administrarea produsului oxigen medical de cca. $93 \pm 3\%$ le poate periclita starea de sănătate și chiar viața.

În consecință, prin decizia autorității contractante, transpusă în anunțul simplificat nr./....., contestatoarea susține că riscă să sufere un

prejudiciu rezultat din închiderea pieței de desfacere, întrucât nici prețul și nici calitatea nu justifică măsura luată, concluzionând că autoritatea nu a ținut cont de prevederile art. 3 lit. a) și b) din Normele metodologice din 02.06....., coroborat cu ignorarea art. 2 din Legea nr. 95/2006.

Invocând prevederile art. 4 lit. a) și art. 170 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 95/2006 și ținând cont că autoritatea contractantă este un spital cu o structură complexă, contestatoarea apreciază că spitalul este obligat să furnizeze servicii de sănătate calitative pentru toate specialitățile și pentru toate cazurile grave din județ, iar înlocuirea unui medicament care acoperă toate nevoile secțiilor cu altul mult mai slab calitativ, este o decizie nejustificată și nelegală.

Prin notificarea prealabilă nr. 9753/06.10....., contestatoarea a transmis autorității contractante o simulare a costurilor cu producerea oxigenului $93 \pm 3\%$, din care rezultă cheltuieli mai mari pentru achiziționarea unui oxigen de o calitate inferioară celui utilizat în prezent și nu poate asigura în totalitate calitatea serviciilor medicale oferite de un spital județean.

Având în vedere cele prezentate, contestatoarea consideră că decizia autorității contractante de demarare a procedurii contestate, este o încălcare a scopului legii achiziției publice prevăzut de art. (2) din Legea nr. 95/....., solicitând pe această cale admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. (2), art. (8) și următoarele din Legea nr. 101/.....

Prin adresa nr. 22107/21.10....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32100/21.10....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația formulată de SRL, solicitând, pe cale de excepție, respingerea ei ca inadmisibilă și, pe fondul cauzei, ca nefondată.

În ceea ce privește excepția invocată, autoritatea contractantă susține că notificarea prealabilă transmisă de contestatoare nu îndeplinește condițiile prevăzute de art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., corespondența nr. 9753/06.10..... înaintată de SRL reprezentând o simplă adresă de informare, nicidecum procedura de notificare prevăzută de articolul antemenționat.

În ceea ce privește fondul cauzei și susținerile contestatoarei referitoare la încălcarea legislației în materia sănătății, autoritatea contractantă arată că produsele oxigen 93% și oxigen 99% sunt produse diferite, pornind de la faptul că primul este obținut prin separarea aerului-metoda sitelor moleculare (PSA) cu ajutorul dispozitivelor medicale computerizate – concentratoare de oxigen, iar cel de-al doilea este obținut prin distilarea fracționată a aerului lichid, prin metoda criogenică la nivel industrial. Astfel, oxigen 93% este inclus ca „dispozitiv medical” și necesită o autorizație de punere pe piață, în baza legii dispozitivelor medicale, iar oxigenul 99% este un medicament și necesită Autorizația de punere pe piață de la Agenția Națională a Medicamentului, în baza Legii nr. 95/2006.

Prin urmare, autoritatea contractantă susține că este singura în măsură să decidă asupra obiectului contractului și, în raport de acesta, să stabilească caracteristicile tehnice ale produsului, prin întocmirea documentației de atribuire.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitor la faptul că anunțul simplificat nr./..... „are o evaluare subiectivă și nejustificată a necesității spitalului în ceea ce privește achiziția reală și indispensabilă de oxigen”, autoritatea contractantă precizează că, în acordul-cadru de furnizare oxigen 99%, încheiat cu contestatoarea, pe o perioadă de 36 luni, cu dată de expirare 01.02.2019, există o clauză prin care autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a-l rezilia înainte de termen, printr-o notificare cu 15 zile înainte, acord ce a fost semnat de contestatoare fără obiecțiuni.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că anunțul simplificat criticat de contestatoare, cât și documentația de atribuire, au fost elaborate cu respectarea tuturor principiilor și regulilor ce guvernează achizițiile publice, motiv pentru care solicită respingerea contestației formulate de SRL, pe cale de excepție, ca inadmisibilă și, pe fondul cauzei, ca nefondată, și continuarea procedurii.

După studierea dosarului cauzei, contestatoarea a pretins că autoritatea contractantă nu a înaintat Consiliului toate documentele ce au stat la baza inițierii procedurii, care ar proba necesitatea achiziției, adică referatele de necesitate, avizele farmacistului spitalului, calculul valorii estimate a achiziției, documentația tehnică ș.a.m.d.

Considerând necesare aceste tipuri de documente, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la comunicarea lor, pentru a le lua la cunoștință.

Parte din actele conținute de dosarul achiziției publice a fost înaintată Consiliului, în copie, la 02.11....., prin adresa autorității contractante nr. 22638/28.10....., iar noi documente din acesta, necesare soluționării cauzei, au fost înaintate prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 34224/09..... (strategia de contractare). După analiza strategiei de contractare emise de autoritatea contractantă, contestatoarea a comunicat Consiliului, prin e-mail (adresa înregistrată sub nr. 34692/14.11.....), Note scrise, prin care reiterează susținerile sale privind calitatea superioară a produsului pe care îl livrează, precum și lipsa unei necesități obiective a Spitalului Județean de Urgență în a derula procedura atacată (sub aspect tehnic, economic sau curativ).

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare (DTAC, PTh, DTE) și întocmirea documentației pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbansim nr. 620/22.09....., execuție și punere în funcțiune, stație (centrală) producere oxigen medical”, cu anunț de participare simplificat nr./....., cod CPV 45215140-0- Lucrări de construcții de unități

spitalicești (Rev.2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte online/procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a documentației de atribuire aferente achiziției în cauză.

Considerând nelegală demararea procedurii în discuție, ... SRL a înaintat Consiliului contestația arătată, solicitând anularea procedurii.

Văzând solicitarea respingerii pe cale de excepție a contestației, aparținând autorității contractante, Consiliul face analiza ei cu înțâietate, în condițiile impuse la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/.....: "Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei".

Pretinsa absență a notificării prealabile contestației, etapă obligatorie, dar care ar conduce la inadmisibilitatea acesteia din urmă, reprezintă o susținere nefondată a autorității contractante.

Consiliul constată că, în cuprinsul corespondenței cu nr. 9753 din 06.10....., înaintată de SRL autorității contractante, ..., se precizează (în partea finală) că reprezintă și demersul (notificare prealabilă) ce implică un răspuns din partea destinatarului, conform prevederilor art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/.....

În consecință, Consiliul constată că respectiva condiție de admisibilitate a contestației a fost acoperită de autoarea acesteia, conform regulilor de înaintare a notificării prealabile, stabilite la art. 6 din Legea nr. 101/....., motiv pentru care respinge excepția invocată de autoritatea contractantă și analizează cauza pe fond.

Văzând disputa părților, Consiliul constată că ea are la bază, atât analiza de oportunitate a achiziției, cât și legalitatea ei, rezultând din lipsa de oportunitate, dar și de eficacitate și economicitate, pe motivul preexistenței unei înțelegeri contractuale (acord-cadru) prin care se furnizează un produs ce acoperă necesitățile autorității contractante, la un nivel superior viitorului produs, ce va fi obținut prin implementarea contractului de achiziție publică ce face obiectul procedurii curente.

În ceea ce privește tipul de produs achiziționat, Consiliul constată că ambele părți sunt de acord că produsele "oxigen 93%" și "oxigen 99%" sunt produse diferite, iar utilizarea lor, în paralel, este posibilă, conform recomandărilor terapeutice, ceea ce nu relevă pretinsa încălcare a legislației în materia sănătății. Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă nu a prestabilit, prin procedura de atribuire atacată, că, în toată cazuistica medicală viitoare, va utiliza doar produsul "oxigen 93%".

Privitor la pretinsa vătămare a drepturilor materiale ale contestatoarei, pornind de la faptul că autoritatea contractantă ar renunța (în tot sau în parte) la acordul-cadru de furnizare a produsului "oxigen 99%", ce ar fi furnizat de prima, Consiliul constată că, în fapt, prin art. 6.3 al acordului-cadru, autoritatea contractantă are dreptul de reziliere a înțelegerii doar în cazul în care ea își poate asigura, din surse proprii, produsul ce face obiectul acordului-cadru. În fapt, oxigenul medical lichefiat, ce face obiectul acordului-cadru, nu se obține prin

viitoarea stație, ce va fi construită prin noul contract, fiind un produs diferit de "oxigen 93%", așa cum ambele părți au susținut. Consiliul are în vedere că nu doar metoda de producere a celor două produse este diferită, ci chiar și categoriile în care sunt încadrate ("oxigen 93%" - dispozitiv medical, iar „oxigenul 99%" - medicament), conform legislației specifice domeniului.

Pe de altă parte, chiar și în situația în care, funcție de prescrierile terapeutice, noul produs ar putea fi utilizat pentru o parte din cazuistica ce actualmente este acoperită de produsul contestatoarei, Consiliul are în vedere că, în concordanță cu regulile din acordul-cadru, ce reprezintă doar o promisiune de vânzare-cumpărare, nu un contract cu clauze care ar stabili, definitiv, cantitățile de livrat și termenele de livrare (acestea depinzând de contractele subsecvente), autoritatea contractantă nu are obligația de a cumpăra întreaga cantitate, maximă, de "oxigen 99%", indicată în anexa nr. 1 a acordului-cadru.

Prin urmare, nu există un temei, de fapt sau de drept, rezultând din conținutul acordului-cadru invocat, pentru ca autoarea criticilor să invoce o vătămare provocată de autoritatea contractantă, prin inițierea noii proceduri de atribuire.

Este relevant, în cauză, și faptul că autoritatea contractantă este cea care apreciază, în mod obiectiv, asupra nevoilor de achiziție, luând în considerare aspecte de natură economică, tehnică, dar și constrângeri de tipul nevoii de acoperire a unui interes general (al colectivității), care se reflectă în specificațiile tehnice, conform dispozițiilor de la alin. (10) al art. 20 din HG nr. 395/.....: Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

Invocarea de către contestatoare a unei posibile utilizări incorecte/renunțări la actuala instalație de distribuire a oxigenului, ce ar pune în pericol asigurarea unui proces medical corect, reprezintă o motivație prematură, bazată, exclusiv, pe o apreciere nefundamentată pe înscrisuri provenind de la autoritatea contractantă/documentația de atribuire atacată.

Cât privește pretinsa neeconomicitate a demersului autorității contractante, Consiliul constată că autoarea criticii, deși a întocmit o simulare a costurilor, nu este în măsură să o probeze obiectiv. Este evident că orice investiție presupune un efort financiar, la momentul realizării ei, dar costurile rezultând din utilizare ar trebui să justifice (să amortizeze) efortul în cauză, într-o perioadă de timp mai lungă decât orice cheltuială impusă de utilizarea directă/imediată, pe același interval, a unui produs final alternativ investiției în cauză. Or, o analiză de acest tip, care să releve un efort economic nejustificat, rezultând din achiziția atacată, nu a fost prezentată de contestatoare, ce prezumă renunțarea completă la achiziția produsului „oxigen 99%”.

Consiliul are în vedere că, în etapa de pregătire a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a întocmit o strategie de contractare,

ce conține informații minimale privind necesitatea achiziției (strategie pusă la dispoziția contestatoarei de către Consiliu), dar care relevă preocuparea pentru asigurarea unui act medical de calitate.

Prin urmare, susținerile contestatoarei că inițierea procedurii s-ar baza și pe „o evaluare subiectivă și nejustificată a necesității spitalului în ceea ce privește achiziția reală și indispensabilă de oxigen”, sunt considerate de Consiliu nefondate. De altfel, autoarea contestației nu a probat absența unor documente de pregătire a procedurii, câtă vreme nu a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției, conform prevederilor art. 19 alin. (2) din Legea nr. 101/.....: „Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice...”.

Pentru toate aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția de inadmisibilitate a contestației, ca nefondată.

Respinge contestația înaintată de SRL împotriva procedurii inițiate de prin anunțul de participare simplificat nr. din, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/....., dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ.

...