

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, depusă la poștă în data de ..., (AWB:), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de ..., formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., în calitate de director general, și convențional de „.....”, prin avocat, cu sediul profesional în, acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria nr. din data de, depusă în original la dosarul cauzei, persoana însărcinată cu primirea corespondenței fiind, împotriva conținutului documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare *SEAP*, emisă de către(unitate sanitară aflată în subordinea), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, divizat pe loturi, având ca obiect „.....”, cod CPV principal 24111500-0 (Rev.2), cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – „.....”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea contestației în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016;

- obligarea autorității contractante la remedierea neregulilor din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul (i) distribuirii produselor din primul lot (oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat și dioxid de carbon medicinal) în trei loturi distincte, (ii) modificarea

termenului de 10 zile de livrare și montare a echipamentelor de la data semnării acordului-cadru (iii) eliminarea necesității prezentării avizului emis de Ministerul Sănătății privind actualizarea și comercializarea produselor oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, precum și (iv) eliminarea necesității deținerii Certificatului CE, precum și a exigenței privind marcarea produselor oferite cu marcajul CE;

- în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de remediere a documentației de atribuire, anularea procedurii de achiziție publică pentru nerespectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. din data de, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, divizat pe loturi, având ca obiect „.....”, cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – „.....”, inițiată în data de prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 72 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 54 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare *Norme metodologice*, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă. Anunțul de

participare având codul de identificare a fost publicat în SEAP în data de

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică în cauză a fost admisă prin încheierea Consiliului nr. .../C8/... din data de

Prin contestația formulată, ... critică, în primul rând, decizia autorității contractante de a grupa în cadrul lotului 1 trei produse, respectiv, oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat și dioxid de carbon medicinal, fapt care, în opinia sa, înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate categoriile de aferente Lotului 1 de a participa în cadrul Procedurii de atribuire, aceasta reprezentând o încălcare a principiului nediscriminării și egalității de tratament.

Potrivit contestatoarei, prin stabilirea actualei compoziții a lotului 1, pot participa la procedura de atribuire pentru acest lot doar doi furnizori de gaze medicinale apti să încheie acordul-cadru, aceștia fiind SIAD Romania și Linde Romania (furnizorul actual de gaze medicinale al Spitalului Colentina), întrucât există doar doi producători și aceiași doi furnizori autorizați în vederea punerii pe piață a dioxidului de carbon medicinal.

Acest fapt se datorează obținerii recente a autorizării ANMDM de punere pe piață a dioxidului de carbon medicinal de către; ceilalți furnizori de gaze medicinale precum oxigen medicinal lichefiat nu își pot depune oferta deoarece nu furnizează și dioxid de carbon medicinal.

Prin introducerea celor trei în cadrul aceluiași lot, astfel încât atribuirea contractului-cadru să fie posibilă doar pentru doi operatori economici, motivația stabilirii unor oferte cât mai avantajoase pentru atribuirea contractului-cadru este redusă substanțial; în al doilea rând, conform art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție este o prerogativă care aparține autorității contractante, precum este și prerogativa stabilirii dimensiunii acestor loturi; acest drept este motivat de considerente de oportunitate apreciate de autoritatea contractantă, însă nu este un drept absolut, ci suferă unele limitări legale.

Având în vedere situația de fapt, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă, chiar dacă urmărește necesitatea proprie de asigurare a gazelor medicale, încalcă flagrant limitele de exercitare a prerogativei de stabilire a loturilor, cu nerespectarea asigurării accesului operatorilor economici, în special a întreprinderilor mici și mijlocii, din cauza (i) introducerii în lot a unui gaz medical furnizat doar de doi operatori, și (ii) a cantității substanțiale de produse (valoarea minimă a acordului-cadru pentru 24 de luni (fără TVA) fiind de lei).

Concluzionând, contestatoarea consideră că se impune împărțirea celor trei produse din Lotul 1 actual din cadrul documentației de atribuire în 3 loturi distincte, câte unul pentru fiecare gaz medical în parte, astfel încât operatorii economici care furnizează doar o categorie de să poată fi eligibili și să fie motivați să depună oferte cât mai competitive pentru fiecare tip de produs în parte.

Prin aceeași contestație, ... critică și solicitarea privind termenul de 10 zile de la încheierea acordului-cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor tehnice; acest termen favorizează în mod direct furnizorul actual de, întrucât acesta este singurul care beneficiază de o infrastructură deja existentă în vederea aprovizionării autorității contractante în mod efectiv, ceilalți furnizori aflându-se într-o imposibilitate obiectivă de a îndeplini acest demers în termen de 10 zile de la data încheierii acordului-cadru.

În primul rând, furnizorul actual nu mai este nevoit să efectueze operațiunea de montare a echipamentelor tehnice, întrucât deja beneficiază de ea, motiv pentru care nu trebuie să se încadreze în acest termen de 10 zile - ci doar un eventual nou furnizor de

În al doilea rând, ceilalți furnizori se află într-o imposibilitate obiectivă de a monta echipamentele tehnice într-un termen de 10 zile de la data încheierii acordului-cadru, acest demers fiind imposibil din punct de vedere teoretic și practic.

În concret, în vederea furnizării efective a gazelor medicale, un furnizor nou trebuie să întreprindă următoarele activități: în baza unui proiect avizat MLPAT, se pregătesc și se depun documentele pentru obținerea autorizației de construcție - minimum 5 zile lucrătoare; termen legal pentru emiterea autorizației de construire - 30 de zile; executarea lucrărilor de construire a fundației propriu-zise (turnare, uscare beton) - 30 de zile; livrarea și instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat - aprox. 1-2 zile; obținerea autorizării ISCIR - 30 zile.

Pentru executarea lucrărilor de construire aferente fundației betonate este necesară depunerea documentației tehnice în vederea obținerii unei autorizații de construire. Odată depuse documentele necesare emiterii autorizației, termenul de recomandare aplicabil autorității publice în vederea emiterii autorizației de construire este de 30 de zile de la depunerea documentației de către solicitant.

După obținerea autorizației de construire și a executării fundației betonate și instalarea echipamentelor de stocare și distribuție oxigen medical lichefiat urmează, conform art. 6 lit. d) După obținerea autorizației de construire și a executării fundației betonate și instalarea echipamentelor de stocare și distribuție oxigen medical lichefiat urmează, conform art. 6 lit. d) din Legea nr. 64/2008, obținerea autorizațiilor ISCIR pentru recipientul de stocare a oxigenului lichid.

Termenul de recomandare prevăzut de lege în vederea eliberării autorizării ISCIR este cel general de 30 de zile de la data înregistrării solicitării, prin interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. H) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. Acest termen se calculează după finalizarea lucrărilor de construire de mai sus.

Chiar și în eventualitatea interpretării cerinței autorității contractante în sensul în care autorizarea ISCIR poate fi obținută ulterior, ea nefăcând parte din etapa de montare și de livrare a produselor, se poate observa din cuprinsul etapelor de mai sus că termenul rezonabil de montare și livrare depășește 60 de zile.

Având în vedere cele de mai sus, prin adunarea termenelor legale, doar componenta teoretică de obținere a documentelor necesare poate dura, în principiu, 60 de zile, fără a calcula componenta de construire și montare efectivă. Este evident că furnizorul actual ar fi singurul în măsură să monteze, doar teoretic vorbind, echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în termen de maximum 10 zile de la data semnării acordului-cadru.

Față de invocarea de către autoritatea contractantă a situației determinate de virusul SarsCov 2 pentru stabilirea a termenului de 10 zile, contestatoarea precizează că acest motiv nu mai este actual în contextul în care perioada de alertă a încetat.

Contestatoarea critică și interpretarea greșită a normelor privind necesitatea avizului emis de Ministerul Sănătății privind actualizarea și comercializarea pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006. Prevederile legale menționate se referă la produsele care fac parte din categoria dispozitivelor medicale, în timp ce gazele medicinale ce urmează a fi furnizate către nu se pot încadra din punct de vedere legal în această categorie, ci în categoria medicamentelor de uz uman.

Categoria de produse a gazelor medicinale poate fi pusă pe piața din România prin deținerea unei autorizații de punere pe piață eliberată conform art. 704 și următoarele din Legea nr. 95/2006.

În acest sens, toate gazele medicinale sunt autorizate de ANM DMR, cu mențiunea că acestea sunt produse în mod individual și livrate prin intermediul unor butelii și rezervoare (recipienti criogenici) - aceste componente nefiind de natură să clasifice produsele în categoria dispozitivelor medicale.

În final, contestatoarea critică interpretarea greșită a normelor privind necesitatea deținerii Certificatului CE, precum și a exigenței privind marcarea produselor oferite cu marcajul CE.

Conform prevederilor legale în vigoare, gazele medicinale se livrează însoțite de declarația de conformitate/certificatul de analiză și de autorizația de punere pe piață, nefiind necesar ca acestea să fie însoțite de Certificatul CE și să poarte marcajul „CE”.

Conform art. 20 alin. (1) din Regulamentul (UE) 2017/745: *„Dispozitivele, altele decât cele fabricate la comandă sau cele care fac obiectul unei investigații, considerate a fi în conformitate cu cerințele prezentului regulament, poartă marcajul de conformitate CE, astfel cum este prezentat în anexa V.”*

Înainte de abrogare, art. 11 alin. (1) din Hotărârea nr. 54/2009 privind condițiile de introducere pe piață a dispozitivelor medicale prevedea că: *„Libera circulație a dispozitivelor medicale, Art. 11 (I) Se admite introducerea pe piață sau punerea în funcțiune a dispozitivelor care poartă marcajul european de conformitate CE, prevăzut la art. 49, denumit în continuare marcaj CE, marcaj care semnifică faptul că aceste dispozitive au fost supuse evaluării conformității potrivit prevederilor cap. V - Evaluarea conformității.”*

Prevederile de mai sus au fost abrogate prin intrarea în vigoare a OUG nr. 46/2021, în data de 11.06.2021, conform art. 33 alin. (1) din acest act normativ care a avut drept obiectiv asigurarea aplicării directe a Regulamentului (UE) 2017/745; în acest sens, cerința privind marcajul european de conformitate în cazul dispozitivelor medicale nu a fost abrogat, ci aplicat în mod direct în temeiul Regulamentului (UE) 2017/745.

Astfel, se poate observa faptul că autoritatea contractantă a înțeles în mod greșit prevederile legale aplicabile, solicitând furnizorilor de un marcaj european de conformitate inaplicabil gazelor medicale, ci exclusiv dispozitivelor medicale.

Având în vedere prevederile de mai sus, precum și faptul că gazele medicinale nu reprezintă dispozitive medicale, acest criteriu este total inaplicabil produselor ce urmează a fi achiziționate, motiv pentru care se impune corectarea documentației de atribuire în sensul radierii acesteia.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, motivat de următoarele aspecte:

1. Referitor la solicitarea contestatoarei de împărțire în mai multe loturi a LOTULUI 1 -

- procedura de achiziție publică este divizată în 2 LOTURI: LOTUL 1 - și LOTUL 2 -, respectându-se în acest sens principiile legale de atribuire ale contractelor de achiziții publice: principiul nediscriminării, principiul tratamentului egal și principiul proporționalității.

- prin divizarea procedurii în 2 LOTURI autoritatea contractantă nu a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere (ori în subcontractare) pentru furnizarea întregii game de produse.

- modul de alcătuire al Lotului 1 din produsele; Oxigen medicinal lichefiat, Oxigen medicinal gazos și Dioxid de carbon medicinal este în conformitate cu dispozițiile art. 107 alin. 2 lit. c) din H.G. nr. 395/2016

întrucât autoritatea contractantă urmează să încheie acordurile-cadru în baza căruia se vor atribui contracte subsecvente de tipuri sau natură similară unele față de altele

- la stabilirea componentei lotului 1, autoritatea contractanta a avut in vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante.

- decizia de formare a unui lot fie din produse identice, fie din produse similare este atributul autorității contractante, astfel că împărțirea pe loturi este un drept al autorității contractante și nu o obligație.

- Contestatoarea nu justifica interes pentru care solicită ca lotul 1 să fie divizat in mai multe loturi întrucât potrivit site-ului oficial al SIAD ROMÂNIA S.R.L. - [.....](#), SIAD România este furnizor pentru toate gazele medicale ce fac obiectul lotului 1;

- toți furnizorii de și gaze de terapie înregistrați și autorizați de către ANMDM au în portofoliu toate produsele ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică.

2. Referitor la termenul de 10 zile de montare al echipamentelor de la semnarea acordului cadru

- termenul de 10 zile este un termen optim pentru instalarea echipamentelor pentru a nu pune in pericol aprovizionarea continua cu gazele medicale absolut necesare pacienților.

- lipsa gazelor medicale, mai ales în această perioadă în care ne confruntăm cu criza sanitară determinată de răspândirea virusului SARS-COV-2 este în măsură să pericliteze viața pacienților si funcționarea spitalului. Astfel, aprovizionarea cu produsele ce fac obiectul lotului 1 trebuie să se fac continuu, fără perioade mari de întrerupere.

- începând cu data de 08.03.2022 starea de alertă de la nivel național a încetat, dar aceasta nu echivalează cu încetarea crizei sanitare, cu existența virusului SARS-COV-2 sau cu existența pacienților internați cu insuficiență respiratorie determinată de acest virus.

- pentru aceste motive, autoritatea contractantă a înțeles să impună furnizorului prin caietul de sarcini să livreze și sa monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru, urmând ca avizele și autorizațiile să fie obținute corespunzător termenelor impuse de autoritățile emitente.

3. Referitor la Avizul emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. 1 din Legea 95/2006 privind reforma și Certificatul CE ce trebuie să însoțească produsele ce fac obiectul lotului 1

- având in vedere că aceste se livrează și se stochează în echipamente specifice, aceste echipamente sunt dispozitive medicale care, potrivit dispozițiilor art. 927 alin. 1 din Legea 95/2006 este necesar

a fi însoțite de Avizul emis de Ministerul Sănătății prevăzut la art. 926 alin. 3 din Legea 95/2006 și de Certificatul CE.

- de asemenea, pe lângă autorizația de Punere pe Piață de la Agenția Națională a Medicamentului, s-a considerat necesar să se solicite operatorilor economici avizul menționat mai sus și Certificatul CE pentru garantarea furnizării produselor ce fac obiectul lotului 1 pe tot parcursul derulării acordului-cadru, fără întreruperi ce ar cauza autorității contractante.

- toate autorizațiile, avizele, certificatele CE sunt solicitate de autoritatea contractantă pentru a se asigura ca operatorul economic pune la dispoziție echipamente autorizate conform cu cerințele tehnice, în vederea păstrării calității produsului până la destinatarul final adică pacientul, al cărui interes este superior.

Prin concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr., prin care reia apărările formulate prin punctul de vedere anterior transmis.

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

Licitația deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de(unitate sanitară aflată în subordinea) în data de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, divizat pe loturi, având ca obiect „.....”, prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 72 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 54 din Normele metodologice, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare având codul de identificare publicat în SEAP în data de, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru (art. 14 din Legea nr. 98/2016) fiind de lei, fără TVA, lotul nr. 1 având ca obiect „.....” și o valoare estimată de lei, fără TVA (valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent la lotul nr. 1 fiind de lei, fără TVA).

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (2²) coroborat cu art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în quantum de lei.

Cauțiunea constituită se va restitui celui care a depus-o, în urma unei cereri depuse atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă potrivit art. 61¹ alin. (6) teza I din Legea nr. 101/2016, nu mai devreme de expirarea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii Consiliului, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând cuprinsul contestației, Consiliul reține că formulează critici împotriva conținutului documentației de atribuire.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire pentru lotul 1, ... a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului 1 al procedurii, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii pentru acest lot.

Consiliul constată că această critică este legată de faptul că autoritatea contractantă prin gruparea celor trei (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și dioxid de carbon medicinal) în cadrul aceluiași lot, înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate categoriile de aferente lotului 1 de a participa la procedura de achiziție publică, reprezentând prin aceasta o încălcare a principiului nediscriminării și egalității de tratament.

Prin punctul de vedere față de contestație, autoritatea contractantă a precizat următoarele: *"Modul de alcătuire a Lotului 1 din produsele: Oxigen medicinal lichefiat, Oxigen medicinal gazos și Dioxid de carbon medicinal este în conformitate cu dispozițiile art. 107 alin. 2 lit. c) din H.G. nr. 395/2016 întrucât autoritatea contractantă urmează să încheie acordurile-cadru în baza căruia se vor atribui contracte subsecvente de tipuri sau natură similară unele față de altele."*

În strategia de contractare nr., autoritatea contractantă a precizat, la punctul 7.2.3 Împărțirea pe loturi, după cum urmează:

Pentru a veni în întâmpinarea întreprinderilor mici și mijlocii, autoritatea contractantă va recurge la atribuirea pe loturi a acordului cadru, procedura fiind împărțită pe 2 loturi așa cum rezultă din Anexa 1 – Cantități și valori estimate.

Am avut în vedere la gruparea produselor ce urmează a fi achiziționate că fac parte din gama de produse medicale și nonmedicale ce pot fi livrate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

[...]

dd) lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(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) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(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.

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Normele metodologice potrivit căruia:

(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;

Se constată astfel că, deși prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorității contractante, și nu o obligație, pentru împărțirea pe loturi a acordului-cadru care se intenționează a se încheia, în condițiile în care între cele 3 produse care fac obiectul lotului 1, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la încheierea unui singur acordcadru, ci a unui număr de 3, după domeniul și destinația în care se utilizează, potrivit celor mai sus reținute.

Trimiterea autorității contractante din punctul de vedere la faptul că produsele lotului 1 sunt similare unele față de altele, făcând parte din

aceeași categorie și anume a produselor medicale, nu este o dovadă a faptului că cele 3 produse, aferente lotului 1, sunt interdependente.

Astfel, Consiliul reține că la lotizarea procedurii autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere destinația celor 3 produse în discuție, și nu forma gazoasă a acestora.

În sensul arătat, s-a pronunțat Curtea de Apel Iași, în decizia nr. 36/2022, dosar nr. 768/45/2021, potrivit căruia:

Referitor la plângerea formulată de autoritatea contractantă, se observă că aceasta vizează toate cele trei aspecte de nelegalitate reținute de către Consiliu cu privire la documentația de atribuire:

În primul rând, legat de împărțirea achiziției în loturi, Curtea reține că art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 impune autorității contractante obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, ceea ce înseamnă că această decizie nu este una discreționară, la libera apreciere a autorității contractante.

În cauză, chiar dacă este vorba de dezinfectanți, produsele ce fac obiectul licitației (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pe bază de clor și dezinfectant pentru mâni), care figurează sub aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfectante), nu constituie produse similare, în sensul art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod evident nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Chiar dacă scopul utilizării acestor produse este activitatea de dezinfectare, așa cum corect a reținut și Consiliul, fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru mâni, pentru veselă/echipamente/recipiente, precum și pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe documentare diferite.

În privința celorlalte argumente oferite de către autoritatea contractantă, referitoare la necesitatea licitării împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante, existența riscului de nu se prezenta ofertanți, ori posibilitatea de asociere a ofertanților cu scopul de a depune o ofertă completă, în mod corect acestea au fost înlăturare de către Consiliu.

De altfel, fiecare din aceste justificări oferite de către autoritatea contractantă pot constitui argumente în sens contrar celor invocate de aceasta. Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse biocide, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau cărora li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.

Același argumente referitoare la specializarea furnizorilor pe o anumită categorie de dezinfectanți și impedimentele privind asocierea acestora conduc, în mod evident și contrar susținerilor autorității

contractante, la concluzia că în cazul procedurii de achiziție publică organizată prin licitarea împreună a celor trei categorii de dezinfectanți există o mai mare probabilitate ca această să se finalizeze prin absența ofertelor, decât în cazul licitației organizată pe loturi.

Se observă din decizia amintită că instanța de judecată a avut în vedere la luarea deciziei de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, despărțirea în loturi distincte a gazelor medicale din lotul 1 în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de achiziție publică al întreprinderilor mici și mijlocii, iar prin aceasta la încurajarea creșterii ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea lotului 1 și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că:

„(78) Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat «Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice», care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

[...]

Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare a obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea în loturi obligatorie în anumite condiții.”.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea de la speța nr. 838 din data de 23.04.2020: *„Împărțirea pe loturi este*

obligatorie?” după cum urmează
(<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/115/false>):

Răspuns:

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

Faptul că autoritatea contractantă are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreuna concurența a fost confirmat și în Decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, potrivit căreia:

Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

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

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

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

Cât privește susținerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorității contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile și scopurile consacrate de ordonanță.

Cu toate că decizia Curții de Apel București are în vedere legislația anterioară (OUG nr. 34/2016 și HG nr. 925/2016), cele reținute sunt aplicabile speței în soluționare.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013, potrivit căreia:

În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.

Asocierea constituie un drept al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu dorește.

Cu alte cuvinte, unitatea achizitoare nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele trei tipuri de gaze, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea lotului 1 fiind întemeiate, cele 3 produse având destinații diferite (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos, dioxid de carbon medicinal), având funcționalități diferite, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării lotului 1 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 3 produse gazoase.

Însă, restructurarea pe loturi, a lotului 1 al procedurii, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația actuală a SEAP, care nu acceptă tehnic schimbarea unei proceduri de încheiere a unui acord-cadru unic într-o procedură de atribuire pe loturi și nici divizarea unui lot în mai multe loturi distincte. Prin urmare, cererea de divizare fiind întemeiată, așa cum s-a arătat mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de încheiere a acordului-cadru pentru lotul 1, deoarece nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de achiziție publică.

Având în vedere decizia de anulare a procedurii de achiziție publică a lotului 1, Consiliul stabilește că este lipsită de relevanță analiza celorlalte critici formulate de autoarea contestației.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația depusă de, în contradictoriu cu(unitate sanitară aflată în subordinea), și să anuleze procedura de încheiere a acordului-cadru pentru lotul 1.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu

Anulează procedura de încheiere a acordului-cadru pentru lotul 1.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....