**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**

**C.N.S.C.**

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, ..., România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

# DECIZIE

**Nr. ...**
**Data: ....**

Prin contestaţia nr. TM 269026/14.02.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 5705/14.02.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul ..., ..., înregistrată la Oficiul Naţional al Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ..., având funcția de ..., împotriva documentației de atribuire emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ”Furnizare gaze medicale”, s-a solicitat:

- anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea bugetului alocat prezentei licitații;
- obligarea autorității contractante la corectarea și completarea documentației de atribuire;
- obligarea autorității contractante la eliminarea tuturor aspectelor privind solicitarea cu valoare zero a bunurilor/produselor/serviciilor care nu fac obiectul prezentei licitații;
- obligarea autorității contractante la republicarea documentației de atribuire, prin clasificarea diferită pe loturi a produselor solicitate.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SRL împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP împreună cu anunțul de participare nr. CN 1008763/05.02.2019, s-a solicitat următoarele:

- anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea bugetului alocat prezentei licitații, prin defalcarea separată a prețului gazului, precum și bugetarea separată a tuturor celorlalte bunuri/echipamente/servicii solicitate în prezent cu valoare zero;
- obligarea autorității contractante la corectarea si completarea documentației de atribuire, prin punerea la dispoziția potențialilor ofertanți a tuturor documentelor suport necesare elaborării unei oferte tehnice complete și corecte;
- obligarea autorității contractante la eliminarea tuturor aspectelor privind solicitarea cu valoare zero a tuturor bunurilor/ produselor/serviciilor care nu fac obiectul prezentei licitații, respectiv eliminarea solicitării de chirie zero pentru instalațiile de stocare/evaporare oxigen medicinal lichid, distribuție, transport, montare, mentenanță, proiectare, avize, instruire personal, asigurare service, stațiile de back-up pentru fiecare punct de lucru, chirie butelii și tot ce ține de serviciile conexe de livrare a gazelor medicale si a dioxidului de carbon, care fac obiectul prezentei proceduri de achiziție;
- obligarea autorității contractante la republicarea documentației de atribuire, prin clasificarea diferită, pe loturi, a produselor solicitate.

În contestație se arată că ... ... a publicat în SEAP anunțul de participare CN..., potrivit căruia procedura de atribuire se va desfășura pe 3 loturi, respectiv:

- lotul 1 - Oxigen, cod CPV: 24111900 - 4 Oxigen (rev.2) care, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, pagina 1, include atât furnizarea de oxigen medicinal lichefiat, cât și furnizarea de oxigen medicinal comprimat în butelii de 10 litri;
- lotul 2 - Protoxid de azot medicinal în butelii de 7,5 kg, cod CPV 24111900-4 Oxigen (rev.2);
- lotul 3 - Dioxid de carbon în butelii de 37,5 kg, cod CPV: 2411 1900 - 4 Oxigen (rev.2) conform fișei de date, însă în caietul de sarcini, pagina 1, este prevăzut Codul CPV 24112100 - 3 (dioxid de carbon).

Având în vedere existența acestei inadvertențe între caietul de sarcini și fișa de date a achiziției, se solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la corectarea acestor erori. În acest sens, se susține că toate codurile CPV în cadrul acestei proceduri sunt aferente gazelor tehnice, pe când obiectul achiziției este furnizarea de gaze medicinale, al căror cod CPV este diferit de cel al gazelor tehnice. Aceste

gaze sunt încadrate în categoria medicamentelor utilizate în mediu spitalicesc, iar în conformitate cu prevederile Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății, Codul CPV corect este cel de gaze medicinale și anume CPV 24111500-0.

Totodată, în contestație se arată că furnizarea gazelor medicinale se supune Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, iar pentru furnizarea acestor gaze medicinale furnizorul trebuie să dețină autorizații specifice.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a împărțit în mod eronat loturile. În aceste sens, se arată că *protoxidul de azot* medicinal se administrează pacienților în amestec cu *oxigen medicinal*, motiv pentru care contestatoarea susține că aceste produse trebuiau incluse în același lot al procedurii. Prin urmare, așa cum este împărțită procedura, oxigenul medicinal ar putea fi furnizat de un anumit furnizor, iar protoxidul de azot de alt furnizor, existând posibilitatea ca protoxidul de azot medicinal să nu poată fi utilizat, deoarece acesta nu se poate administra decât în amestec cu oxigenul medicinal.

Având în vedere acest aspect, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la realocarea acestor gaze medicinale în cadrul aceluiași lot, având în vedere că și oxigenul medicinal comprimat și protoxidul de azot medicinal sunt medicamente pentru care furnizorul trebuie sa dețină autorizație de punere pe piață valabilă, precum și autorizație de fabricație și certificat de bună practică valabile.

În același timp, contestatoarea solicită anularea procedurii dacă, urmare a celor menționate în contestație, măsurile corective care se doresc a fi luate de către autoritatea contractantă nu sunt posibile.

În contestație se mai susține că autoritatea contractantă trebuia să includă în documentația de atribuire solicitarea ca fiecare ofertant să respecte prevederile legislației naționale aplicabile tuturor deținătorilor de autorizații de punere pe piață, respectiv ca fiecare ofertant să facă dovada achitării taxei *clawback* pentru vânzările raportate la medicamentele utilizate în mediu spitalicesc, în conformitate cu prevederile OUG nr. 77/2011, privind stabilirea unei contribuții pentru finanțarea unor cheltuieli în domeniul sănătății. În conformitate cu prevederile OUG nr. 77/2011, fiecare deținător de autorizație de punere pe piață are obligația de a raporta trimestrial, în fiecare an, către CNAS situația vânzărilor pentru gazele medicinale, iar în baza acestor raportări se va achita și taxa de clawback.

Având în vedere că aceste gaze medicinale sunt încadrate în categoria medicamentelor utilizate în mediu spitalicesc, petenta consideră necesară obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire cu prezentarea dovezii de către potențialii ofertanți a respectării prevederilor OUG nr. 77/2011, iar dacă măsurile corective care se doresc a fi luate nu sunt posibile, solicită anularea procedurii.

În opinia contestatoarei, bugetul maxim alocat pentru această procedură, de 2.114.073,60 lei, pentru toate loturile, este incorect dimensionat, raportat la prețul gazului/unitate de măsură, costul echipamentelor/stațiilor de back-up, transport, chirii echipamente, service, iscirizare, proiectare și obținerea tuturor avizelor care sunt solicitate de către autoritatea contractantă a fi incluse în prețul gazului.

Costul aferent echipamentelor de stocare, rezervoare criogenice și butelii, transport, stații de distribuție, execuția proiectelor, obținerea autorizațiilor și avizelor necesare, instruirea personalului, chiriile aferente acestor echipamente și a buteliilor de oxigen, activitățile de iscirizare atât pentru buteliile de oxigen cât și pentru echipamentele de stocare și rezervoarele criogenice necesare pentru alimentarea cu oxigen medicinal lichid, așa cum se solicită în documentația de atribuire, nu pot fi incluse în prețul gazului. Acestea sunt servicii solicitate în caietul de sarcini și trebuie bugetate separat, având cote TVA diferite. Autoritatea contractantă dorește ca pe factură să apară doar molecula de medicament cu 9 % TVA, iar în spate să existe bunuri și servicii oferite gratuit, a căror cotă de TVA este de 19%.

În acest context, petenta solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la bugetarea corectă a tuturor produselor/ serviciilor/ echipamentelor solicitate, prin includerea unei linii separate în cadrul formularului de ofertă financiară pentru acestea, iar dacă măsurile corective nu sunt posibile, solicită anularea procedurii.

În continuare, se învederează că stabilirea prețurilor la medicamente, respectiv al gazelor medicinale, se face printr-o procedură strictă, reglementată de către Ministerul Sănătății. Conform metodologiei de aprobare a prețului maxim la medicamente, în prețul gazelor medicinale, nu se pot include alte costuri decât cele legate de produsul în sine, în susținere find anexat Ordinul ministrului sănătății nr. 1469/2018, pentru aprobarea prețurilor maximale ale medicamentelor de uz uman valabile în România.

Totodată, petenta subliniază că are prețurile înregistrate pentru medicamentele ofertate în anexele la Ordinul ministrului sănătății nr. 1469/2018 pentru aprobarea prețurilor maximale ale medicamentelor de uz uman valabile în România (pozițiile 5754 - 5759 pentru Oxigen medicinal lichid, pozițiile 5747 - 5753 pentru dioxidul de carbon), subliniind totodată că în acest preț aprobat de către Ministerul Sănătății nu se face nicio referire la includerea altor servicii/produse/echipamente. Astfel, nici în formularele de contract, nici în modelul de ofertă financiară nu se găsesc referiri privind valoarea bunurilor și serviciilor solicitate, cine va asigura păstrarea lor, cum se vor preda acestea la încetarea contractului și cum se va despăgubi ofertantul în cazul în care bunurile oferite în prețul gazului pe întreaga durată a acordului-cadru, vor fi distruse sau pierdute.

Având în vedere că în caietul de sarcini, pagina (10-11) se menționează că *„Autoritatea contractantă solicită valoare zero pentru chiria instalațiilor de stocare/evaporare și distribuție, transport, montare, mentenanță, avize, chirie, butelii etc., tot ce ține de seviciile conexe de livrare a gazelor medicale și dioxidului de carbon, care fac obiectul acestei proceduri de achiziții. Autoritatea contractantă va plăti doar prețul pe produsele solicitate în speță, oxigen medical - lot 1, protoxidul de azot - lotul 2 și dioxid de carbon - lot 3, pe unitatea de măsură specifică fiecărui produs, orice alte taxe/costuri suplimentare constituie o ofertă alternativă și automat conduce la neconformitatea acesteia”* și totodată că, în prezent, Codul Fiscal din România nu permite bugetarea cu valoare zero pentru diferite servicii/produse/echipamente, petenta consideră că autoritatea contractantă nu are nicio bază legală pentru a solicita valoare zero pentru astfel de servciii/echipamente/produse.

Drept urmare, solicită obligarea autorității la eliminarea acestui paragraf din caietul de sarcini, întrucât modalitatea de estimare a prețului total al licitației s-a făcut numai pe baza estimării prețului gazului, fără a se lua în calcul prețul tuturor serviciilor/ produselor/ echipamentelor solicitate, care depășește cu mult prețul gazului și revizuirea bugetului procedurii, prin includerea în formularul de ofertă financiară a unei linii seprate pentru prețul estimat al acestor servicii conexe.

Și în acest caz se solicită anularea procedurii, dacă măsurile corective nu sunt posibile, solicitând totodată autorității contractante să pună la dispoziția ofertanților legea care îi dă dreptul de a solicita valoare zero pentru echipamentele de stocare/evaporare și distribuție, serviicile de transport, montare, mentenanță, proiectare, obținere avize, chirie butelii etc., tot ce ține de seviciile conexe de livrare a gazelor medicale și dioxidului de carbon, care fac obiectul acestei proceduri de achiziții, având în vedere că acestea depășesc ca valoare prețul gazului estimat, solicitând autorității contractante să republice această procedură, prin estimarea corectă atât a prețului gazului, cât și a serviciilor conexe solicitate.

În susținere, contestatoarea invocă decizia Curții de Apel ... nr. 3834/07.07.2015, referitoare la punerea la dispoziția autorității contractate, cu titilu gratuit, a diferitelor servicii/produse/echipamente, în care se arată: *„contractul de achiziție publică este un contract cu titlu oneros, astfel că, pentru a se asigura deplina transparență și eficiență a folosirii fondurilor publice, este exclusă orice prestare de servicii sau lucrări cu titlu gratuit. Ofertanții au obligația să depună oferte financiare în care să cuprindă toate costurile aferente investiției, atribuirea contractului urmând a se face în mod transparent, prin promovarea concurenței între operatorii economici”.*

Având în vedere cele menționate mai sus, petenta reiterează solicitarea în ceea ce privește reevaluarea bugetului alocat acestei licitații

și retransmiterea unui buget care are la bază studii de piață pentru fiecare serviciu/produs/echipament solicitat de către autoritatea contractantă în caietul de sarcini. Studiul de piață trebuie să fie unul real, bazat pe prețuri actualizate, din care să reiasă foarte clar prețul pentru fiecare serviciu/produs/echipament solicitat.

Totodată, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la revizuirea bugetului procedurii, prin defaclarea separată în formularul de ofertă pentru prețul gazului și prețul pentru serviciile conexe solicitate, iar dacă măsurile corective care se doresc a fi luate de către autoritatea contractantă nu sunt posibile, solicită anularea procedurii.

Astfel, petenta opinează că dimensionarea bugetului licitației trebuie să fie realist întocmit, având la bază suficiente documente justificative, pentru a evita ca ofertanții să se afle în situația de a elabora oferte tehnice și financiare nerealiste, fapt ce ar duce la dificultăți în implementarea acestui contract, ce ar avea drept consecință privarea în alimentarea cu oxigen a spitalului, cu un puternic impact negativ asupra siguranței pacienților.

Referitor la Lotul nr. 1 – Oxigen, sunt menționate etapele privind alimentarea cu gaze medicinale a unui spital, respectiv:

a) Proiectarea sistemului de alimentare și distribuție gaze medicinale;
b) Obținerea avizelor și autorizațiiilor necesare;
c) Execuția lucrărilor de amenajare a locațiilor pentru amplasarea rezervoarelor criogenice, vaporizatoarelor și a stațiilor de distribuție;
d) Achiziția, livrarea și montajul echipamentelor și recepția acestora;
e) Achiziționarea și livrarea gazelor medicinale (alimentarea rezervorului criogenic cu oxigen medicinal lichid și livrarea buteliilor de gaze medicinale).

Față de prevederile caietului de sarcini, pagina 3, unde se solicită ca *„Documente ce vor fi puse la dispoziția achizitorului, pe cheltuiala furnizorului, care fac referire la instalația ofertată în vederea punerii în funcțiune la sediul achizitorului:*

- *planul de amplasare al instalației;*
- *proiectul pentru montaj utilaje și conducte, inclusiv necesarul de materiale;*
- *proiectul pentru instalații electrice;*
- *instrucțiuni de utilizare a instalației (inclusiv schița instalației);*
- *întreaga documentație necesară obținerii avizelor și Autorizației de construcție,*

coroborat cu pagina 5 din caietul de sarcini, respectiv *„că toate cheltuielile privind transportul echipamentelor, instalarea și punerea în funcțiune a instalațiilor, precum și toate autorizările necesare privind funcționarea instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid, vor fi în totalitate în sarcina furnizorului”*, rezultă că:

- acest proiect nu este deținut de autoritatea contractantă, iar el va trebui executat de către ofertant, pe cheltuiala lui;

- în documentația de atribuire nu este bugetată această activitate, iar costurile trebuie să și le asume fiecare ofertant, fără a avea posibilitatea recuperării sau amortizării acestora pe toată perioada derulării acordului – cadru;

- practic, în costul gazului trebuie incluse și costurile elaborării unui proiect pentru fundația pe care se instalează aceste echipamente, precum și obținerea tuturor avizelor și acordurilor necesare, aspecte care nu fac obiectul prezentei licitații și care au un impact financiar asupra ofertanților, neputând fi acoperite de prețul estimat al gazului pentru fiecare lot în parte, așa cum a fost el bugetat de către autoritatea contractantă.

- în ceea ce privește realizarea instalației de stocare și distribuție a oxigenului medicinal lichid, în caietul de sarcini, la pagina 4 se solicită ca furnizorul să realizeze rețeaua de conducte, țevi, armături specifice unei bune funcționări a instalației, precum și interconectarea instalației la rețeaua de conducte a spitalului.

De asemenea, în contestație se arată că proiectul de conducte a spitalului nu este anexat la prezenta documentație și nici proiectul de fluide medicale a spitalului, în vederea realizării conexiunilor necesare alimentării cu oxigen medicinal lichid a spitalului.

Față de aspectele semnalate mai sus, petenta solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la completarea documentației de atribuire, prin anexarea tuturor proiectelor instalațiilor necesare, în vederea realizării alimentării cu oxigen a spitalului, iar dacă măsurile corective nu sunt posibile, se solicită anularea procedurii.

În continuare, precizează că în caietul de sarcini, la pagina 6 se solicită: *„Totodată furnizorul se obligă să asigure câte o stație de back-up (conf. normativelor legale în vigoare) pentru fiecare punct de lucru, astfel pentru locația I cu capacitate de 800 mc/zi și pentru locația II de 400 mc/zi. Aceste stații de back-up se vor amenaja pe cheltuiala furnizorului în locațiile puse la dispoziție de beneficiar, stații care trebuie să fie în stare de funcționare în același timp cu punerea în funcțiune a stocătorului, așa încât, în situația unei avarii la stocator sau vaporizator, alimentarea cu oxigen să nu se întrerupă și să se treacă pe stațiile de rezervă. Totodată, furnizorul are obligația să instruiască personalul muncitor care deservește aceste echipamente (în situația unei avarii), să afișeze la loc vizibil instrucțiuni de utilizare a echipamentului, norme de SSM și PSI în condițiile date”.*

În conformitate cu prevederile Standardului SR EN ISO 7396-1:2016, pentru fiecare sursă principală de oxigen medicinal trebuie să existe și sursă secundară.

Cerința privind furnizarea stației de back-up pentru fiecare punct de lucru este necesară, însă petenta consideră ca fiind abuzivă această

cerință a autorității contractante, având în vedere că nu există buget alocat pentru acestea și se dorește includerea lor în prețul gazului.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă impută în mod excesiv potențialilor ofertanți furnizarea de bunuri cu valoare zero, încălcând în acest fel prevederile legislației în vigoare, motiv pentru care consideră că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea din caietul de sarcini a tuturor bunurilor/produselor/serviciilor solicitate cu valoare zero și la emiterea unei alte documentații de atribuire care să fie în conformitate cu prevederile legale în vigoare, bine fundamentată, bazată pe studii de piață realiste, iar dacă măsurile corective nu sunt posibile, solicită anularea procedurii.

Referitor la Oxigen medicinal gazos, în caietul de sarcini, pagina 7 se solicită: *Pentru aceasta furnizorul trebuie să dețină:*

*- Aviz de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale din care să reiasă că furnizorul poate efectua reparații și mentenanță pentru dispozitive medicale.*

Petenta arată că în acest enunț nu se menționează că stația de back-up pentru alimentarea cu oxigen a Spitalului trebuie să se regăsească în Avizul de Funcționare emis de Ministerul Sănătății. Avizul de funcționare de la Ministerul Sănătății trebuie să includă activitățile de import, distribiție și depozitare, dar și de reparație și mentenanță.

În acest sens, solicită obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire, în conformitate cu cele precizate mai sus.

Referitor la cerința din caietul de sarcini prin care autoritatea contractantă solicită valoare zero pentru chiria buteliilor, în contestație se arată că ambalajul oxigenului diferă de ambalajul oricărui alt medicament, în acest caz ambalajul unui gaz medicinal fiind butelia. Acest ambalaj se supune unei alte legislații, care are implicații financiare asupra furnizorului, deoarece intră în sarcina lui să efectueze procedurile de verificare, curățare, întreținere, iscirizare, activități care necesită un personal calificat în acest domeniu și implică un cost suplimentar.

Solicitarea autorității contractante, respectiv chirie zero pentru butelii este considerată de contestatoare ca fiind abuzivă, motiv pentru care se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe din caietul de sarcini și crearea unei linii bugetare separate în oferta financiară, care să includă prețul pentru acest serviciu de chirie atât pentru instalația de oxigen medicinal lichefiat cât și pentru buteliile de gaze medicinale.

În contestație se reiterează susținerea potrivit căreia stabilirea prețurilor la medicamente, inclusiv al gazelor medicinale, se face printr-o procedură strictă reglementată de Ordinul ministrului sănătății nr. 1469/2018, pentru aprobarea prețurilor maximale ale medicamentelor de uz uman valabile în România, reiterând că în acest sens ... are

prețurile înregistrate pentru medicamentele ofertate, în anexele la Ordinul ministrului sănătății nr. 1469/2018, pentru aprobarea prețurilor maximale ale medicamentelor de uz uman valabile în România (pozițiile 5754-5759 pentru Oxigen medicinal Lichid, pozițiile 5747-5753 pentru dioxidul de carbon).

Și de această dată solicită anularea procedurii, dacă măsurile corective care se doresc a fi luate de către autoritatea contractantă nu sunt posibile.

Referitor la lotul nr. 2 - Protoxidul de azot medicinal, la pagina 8 din caietul de sarcini se solicită ca furnizorul să *dețină Autorizație de Punere pe Piață de la Agenția Națională a Medicamentului, conform Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII Medicamentul.*

Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la completarea acestei cerințe cu sintagma *să dețină Autorizație de Punere pe Piață de la Agenția Națională a Medicamentului, conform Legii 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII Medicamentul, valabilă la data depunerii ofertei.*

Referitor la cerința din caietul de sarcini, respectiv valoare zero pentru chiria buteliilor, se reia argumentația de la lotul 1 și se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe din caietul de sarcini și crearea unei linii bugetare separate în oferta financiară, care să includă prețul pentru acest serviciu de chirie atât pentru instalația de oxigen medicinal lichefiat cât și pentru buteliile de gaze medicinale.

Referitor la lotul nr. 3 - Dioxid de carbon, față de cerința din caietul de sarcini, respectiv valoare zero pentru chiria buteliilor, se reia în integralitate argumentația prezentată mai sus, solicitând și în acest caz eliminarea acestei cerințe din caietul de sarcini și crearea unei linii bugetare separate în oferta financiară, care să includă prețul pentru acest serviciu de chirie atât pentru instalația de oxigen medicinal lichefiat cât și pentru buteliile de gaze medicinale.

Și în acest caz SC ... SRL arată că are prețurile înregistrate pentru medicamentele ofertate în anexele la Ordinul ministrului sănătății nr. 1469/2018 pentru aprobarea prețurilor maximale ale medicamentelor de uz uman valabile în România (pozițiile 5754-5759 pentru Oxigen medicinal Lichid, pozițiile 5747-5753 pentru dioxidul de carbon).

Totodată, pentru acest lot se reia argumentația referitoare la cerințele din caietul de sarcini de la pagina 9, respectiv că pentru toate aceste gaze medicinale furnizorul trebuie să atașeze la oferta tehnică următoarele documente:

*- Autorizație de punere pe Piață de la Agenția Național a Medicamentului, conform Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății cu modificările și completările ulterioare, cu Titlul VII Medicamentul pentru oxigen medicinal comprimat, oxigen medicinal lichefiat și protoxid de azot medicinal (conf art. 700);*

*- Autorizație de fabricație pentru oxigen medicinal lichefiat emisă de Agenția Națională a Medicamentului, doar dacă ofertantul este producător, în baza Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății cu modificările și completările ulterioare, cu titlul VII Medicamentul. (conf art. 748);*

*- Certificat de bună practică (GMP) pentru oxigen medicinal, emis de Agenția Națională a Medicamentului, Legea nr. 95/2006 și OUG nr. 152/1999 (conf. art. 33) în cazul în care ofertantul este producător, în baza Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății cu modificările și completările ulterioare, cu titlul VII Medicamentul;*

*- Autorizație de distribuție pentru protoxid de azot medicinal, în cazul în care furnizorul nu este producător conform Legii nr. 95/2006;*

*- Autorizație de la Agenția Națională a Medicamentului pentru depozitul de gaze medicinale din care se livrează buteliile de oxigen medicinal, conform Legii nr. 95/2006, numai în cazul în care nu este producător din locația din care se face distribuția;*

*- Autorizații ISCIR (conf. art. 9) pentru:*

*a) verificare și reparare butelii de gaze comprimate și lichefiate, conform Legii nr. 64/2008, privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune și Ordinului nr. 1610/28.03.2007, pentru aprobarea Regulamentului privind depozitarea buteliilor transportabile pentru gaze comprimate, lichefiate sau dizolvate sub presiune;*

*b) verificarea și repararea rezervoarelor de gaze lichefiate, conform Legii nr. 64/2008, privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune și Ordinului nr. 1610/28.03.2007, pentru aprobarea Regulamentului privind depozitarea buteliilor transportabile pentru gaze comprimate, lichefiate sau dizolvate sub presiune;*

*c) Reparare și verificare conducte de gaze, conform Legii nr. 64/2008, privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune și Ordinului nr. 1610/28.03.2007, pentru aprobarea Regulamentului privind depozitarea buteliilor transportabile pentru gaze comprimate, lichefiate sau dizolvate sub presiune;*

*d) Supraveghere tehnică îmbuteliere de gaze, conform Legii nr. 64/2008, privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune și Ordinului nr. 1610/28.03.2007, pentru aprobarea Regulamentului privind depozitarea buteliilor transportabile pentru gaze comprimate, lichefiate sau dizolvate sub presiune;*

*- Pentru oxigenul medical lichefiat - Aviz de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale (Legea nr. 95/2006 art. 800);*

*- ISO 13485:2003 - Sistemul de management al calității pentru realizare instalații și service pentru rețele de gaze medicinale, instalare, service și suport tehnic pentru sistemele de distribuție centralizat a gazelor medicale.*

Așadar, se solicită obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire, cu indicarea că toate autorizațiile menționate anterior trebuie să fie valabile la data depunerii ofertei, ele fiind parte componentă din oferta tehnică.

Având în vedere că se dorește achiziționarea unor gaze medicale, gaze care se utlizează în mediu spitalicesc, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că produsele ce vor fi administrate pacienților au autorizații de fabricație și certificate de bună practică valabile la data depunerii, pentru a evita în acest fel administrarea unor produse neautorizate de către ANMDM.

Referitor la solicitarea privind *valoarea zero pentru chiria instalațiilor de stocare/evaporare și distribuție, transport, montare, mentenanță, avize, chirie butelii etc., tot ce ține de seviciile conexe de livrare a gazelor medicale și dioxidului de carbon, care fac obiectul acestei proceduri de achiziții. Autoritatea contractantă va plati doar prețul pe produsele solicitate în speță, oxigen medical - lot 1, protoxidul de azot - lotul 2 și dioxid de carbon - lot 3, pe unitatea de măsură specifică fiecărui produs, orice alte taxe/costuri suplimentare constituie o ofertă alternativă și automat conduce la neconformitatea acesteia,* se reia solicitarea ca autoritatea contractantă să pună la dispoziția ofertanților legea care îi dă dreptul de a solicita valoare zero pentru bunuri/servicii/produse conexe, având în vedere că acestea depășesc, ca valoare, prețul gazului estimat de către autoritatea contractantă.

Având în vedere necesitatea elaborării unor oferte financiare competente, care să se încadreze în bugetul estimat al licitației, petenta solicită obligarea autorității contractante în a se limita la obiectul licitației publice, care are drept scop închierea unui acord cadru pentru furnizare de gaze medicale, prin eliminarea din caietul de sarcini a tuturor solicitărilor autorității contractante de a furniza bunuri/servicii/produse cu valoare zero, bunuri/servicii/produse care au cota TVA diferită de cea a gazului medicinal și, implicit, valoare mult mai mare decât gazul.

Astfel, petenta consideră abuzive solicitările autorității contractante prezentate în documentația de atribuire, totodată precizând că autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția potențialilor ofertanți modalitatea de estimare a bugetului, nefăcând referire la aceste documente suport în cadrul documentației de atribuire initială.

În această ordine de idei, se solicită obligarea autorității contractante să pună la dispoziția tuturor ofertanților/candidaților toate informațiile necesare elaborării unor oferte tehnice și financiare clare și complete, astfel încât să se respecte principiile care stau la baza Legii nr. 98/2016.

Cu adresa nr. 3447/19.02.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 6495/20.02.2019, ... a transmis punctul său de vedere nr. 3448/19.02.2019 referitor la contestația formulată de SC ... SRL, precum și dosarul achiziției publice.

1. În punctul de vedere autoritatea contractantă arată că în fișa de date a achiziției apare doar codul CPV principal, si anume 24111900-4 Oxigen. Dintr-o eroare umană, s-a omis trecerea în descrierea loturilor a codurilor CPV secundare, respectiv 24112200-4 Oxizi de azot pentru lotul 2 și 24112100-3 Dioxid de carbon pentru lotul 3. Autoritatea contractantă precizează că menține codurile CPV din caietul de sarcini.

Aceasta menționează că împărțirea pe coduri CPV s-a făcut conform art. 16 alin. 2 din HG 395/2016, pe codul CPV care descrie cel mai exact produsul, împărțirea pe coduri CPV fiind responsabilitatea autorității contractante. Autoritatea contractantă mai precizează că în nomenclatorul codurilor CPV (Rev. 2 ) nu se menționează care sunt gazele care intră în categoria gazelor medicale și care sunt gazele care intră în categoria gazelor tehnice.

2. Referitor la critica contestatoarei privind împărțirea pe loturi, respectiv ca oxigenul și protoxidul de azot să formeze un singur lot, justificat de faptul că cele două gaze se administrează împreună, autoritatea contractantă susține că aceasta este o justificare nefondată, deoarece administrarea acestor gaze împreună se face pe baza caracteristicilor tehnice solicitate prin caietul de sarcini, și nu a faptului ca trebuie furnizate de acelasi furnizor.

Referitor la solicitarea contestatoarei ca oxigenul medicinal și protoxidului de azot medicinal să fie cuprinse în cadrul aceluiași lot, pe considerentul că sunt medicamente, autoritatea contractantă susține că aceasta este nejustificată, întrucât și medicamentele se regăsesc pe mai multe coduri CPV și au utilizări diferite, respectiv: oxigenul medicinal în procent de 99,99% se foloseste pentru aparatul respirator, iar protoxidul de azot medicinal în procent de 0,01% se folosește pentru aparatele de anestezie.

3. În ceea ce privește critica potrivit căreia autoritatea contractantă trebuia să includă în documentatia de atribuire cerința ca fiecare ofertant, deținător al Autorizațiilor de Punere pe Piață, să facă dovada achitării taxei clawback pentru vânzările raportate la medicamentele utilizate in mediul spitalicesc, in conformitatea cu prevederile O.U.G. nr. 77/2011, privind stabilirea unei contribuții pentru finanțarea unor cheltuieli în domeniul sănătății, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 193 alin. 1 și art. 196 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 și arată că, înainte de încheierea acordului-cadru, comisia de evaluare va solicita ofertantului situat pe primul loc în clasament să prezinte toate documentele suport din DUAE prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare prevăzute în fișa de date, iar în situația în care un ofertant nu și-a îndeplinit obligațiile de plată la bugetul consolidat (inclusiv achitarea taxei de clawback), acest fapt se va regăsi în certificatul emis de ANAF, în care va figura cu obligații fiscale/bugetare restante, caz în care comisia de evaluare are obligația de a respinge oferta, conform art. 165 alin. 1 din Legea nr. 98/2016.

4. În ceea ce privește critica contestatoarei privind includerea in prețul gazului a costului echipamentelor/stațiilor de back-up, chirii echipamente, service, iscirizare, proiectare și obținerea tuturor avizelor, autoritatea contractantă subliniază că, așa cum recunoaște și contestatoarea, în Ordinul Ministrului Sănătății nr. 1469/2018 nu se face nicio referire la includerea altor servicii/produse/echipamente în prețul medicamentului oxigen. În punctul de vedere se invocă prevederile art. 16 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora doar în cazul contractelor de lucrări, prețul include și prețul produselor și serviciilor conexe, necesare executării contractului.

Autoritatea contractantă susține că în CANAMED (Catalogul Național de Prețuri), pentru medicamentele oxigen medicinal și protoxid de azot medicinal, ambalajul este butelie sau rezervor criogenic de diferite capacități, deci, un ambalaj ca la orice alt medicament, de exemplu cutie, flacon, seringă etc, a cărui valoare este inclusă în prețul medicamentului, nefăcându-se vreo referire la o anumită situație specială a ambalajului la produsele menționate mai sus.

5. Referitor la critica contestatoarei cu privire la faptul că proiectul de conducte al spitalului și proiectul de fluide medicale nu este anexat la documentatia de atribuire, autoritatea contractantă învederează că în caietul de sarcini s-a stipulat obligația potențialilor ofertanți de a vizita locațiile, ceea ce presupune încheierea unui proces-verbal de vizitare a amplasamentelor în care se prezintă situația faptică, în speță racordarea la instalația spitalului, astfel încât ofertanții să elaboreze oferta tehnica în conformitate cu documentația de atribuire.

Până la data depunerii contestației s-au prezentat pentru vizitarea amplasamentelor SC ... SRL (cu care autoritatea contractantă are în derulare un acord-cadru pentru furnizare gaze medicale) și SC ... SRL.

Întrucat cerința privind furnizarea stației de back-up pentru alimentarea cu oxigen a spitalului este necesară in conformitate cu standardul SR EN ISO 7396-1:2016, stațiile de back-up vor avea acelasi regim ca și buteliile, stocatorul și vaporizatorul de oxigen.

Gestionarea acestor echipamente  butelii, stocator și vaporizator de oxigen, stația de back-up) de către autoritatea contractanta presupune încheierea unor procese-verbale de predare-primire, iar în situația deteriorării sau pierderii acestora, din culpa spitalului, furnizorul va fi despăgubit la valoarea de inventar a acestora la momentul respectiv sau potrivit unei alte soluții alternative, luată de comun acord de ambele părți.

7. Referitor la critica contestatoarei conform căreia toate autorizațiile solicitate în documentatia de atribuire trebuie să fie valabile la momentului depunerii ofertelor, autoritatea contractantă face precizarea că este obligația comisiei de evaluare de a verifica dacă toate documentele suport depuse de ofertantul clasat pe primul loc, în vederea

îndeplinirii criteriilor de calificare din documentația de atribuire, sunt în termen de valabilitate la momentul solicitării.

8. Referitor la faptul că bugetul maxim alocat pentru contract, de 2.114.073,60 lei, este, în opinia contestatoarei, incorect dimensionat, autoritatea contractantă precizează că această valoare reprezintă maximumul de care dispune pentru această achiziție.

Față de argumentele expuse mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să decidă măsurile care se impun.

Prin adresa nr. TM 269286/25.02.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 7179/26.02.2019, SC ... SRL a formulat concluzii scrise la punctul de vedere nr. 3448/19.02.2019 emis de ..., prin care solicită Consiliului să respingă, ca neîntemeiate și nefondate, susținerile autorității contractante, cu consecința admiterii contestației și, în principal, a obligării autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/eliminării/modificării unor elemente din documentația de atribuire, iar în subsidiar, a anulării procedurii de atribuire, dacă măsurile de remediere nu sunt posibile.

1. Contestatoarea reiterează că în fișa de date și în caietul de sarcini codurile CPV menționate sunt aferente achiziției de gaze tehnice, iar obiectul procedurii este achiziția de gaze medicale. În opinia sa, răspunsul oferit de către autoritatea contractantă subliniază ambiguitatea documentației de atribuire, considerând că se impune luarea unor măsuri corective. În acest sens, arată că în nomenclatorul codurilor CPV există codul CPV pentru gaze medicale, respectiv 24111500-0 gaze medicale, pe care îl consideră ca fiind cel adecvat acestei licitații, precizând că își menține punctul de vedere cuprins în contestația depusă.

2. Referitor la critica privind împărțirea eronată pe loturi, petenta precizează că își menține punctul de vedere din contestație. Aceasta reiterează că în acest mod autoritatea contractantă nu are controlul asupra furnizorilor de oxigen și protoxid de azot, având în vedere că protoxidul de azot nu se poate administra decât în amestec cu oxigenul, indiferent de proporție. Astfel, învederează ipoteza conform căreia un lot poate fi atribuit, iar celălalt să fie întârziat, în acest caz neputându-se administra amestecul până nu sunt atribuite ambele loturi. Mai mult, consideră că nu poate fi urmărită trasabilitatea produsului final, respectiv a amestecului de protoxid cu oxigen administrat pacientului.

3. În ceea ce privește criticile referitoare la includerea obligativității potențialilor ofertanți la plata taxei de clawback, petenta își susține în continuare punctul de vedere exprimat în contestație. Consideră că din punctul de vedere transmis reiese foarte clar că autoritatea contractantă nu cunoaște prevederile legislației naționale în vigoare, aplicabile tuturor deținătorilor de autorizații de punere pe piață.

Astfel, învederează că înregistrarea pentru taxa de clawback se face la ANAF, dar plata acestei taxe nu este reflectată în certificatul emis

de către ANAF privind situația plăților ofertantului la bugetul de stat. Taxa de clawback este plătită separat și nu este inclusă în taxele la bugetul de stat.

Având în vedere acest aspect, petenta precizează că își menține solicitarea completării documentației de atribuire cu aceste cerințe, având în vedere că aceste obligații fiscale sunt aplicabile tuturor deținătorilor de autorizații de punere pe piață, iar în cazul în care acest lucru nu este posibil, reia solicitarea privind anularea procedurii.

4. Referitor la răspunsul autorității contractante, precizează că pentru oxigenul medicinal lichid ambalajul este cisterna, nu rezervorul criogenic. Totodată, consideră ca fiind abuzivă includerea în prețul gazului a stocatoarelor de oxigen, a stațiilor de back-up, considerând că se încalcă flagrant legislația achizițiilor publice, precum și codul fiscal din România care nu prevede în niciun caz facturarea cu valoare "zero" pentru aceste servicii/echipamente.

De asemenea, petenta reiterează că buteliile au un regim cu totul aparte față de orice alte ambalaje pentru medicamente pe care le poti arunca imediat după achiziția medicamentului. Buteliile necesită operațiuni de întreținere, iscirizare, activități care implică costuri suplimentare pentru ofertant și chiar dacă nu se mai pot utiliza, casarea buteliilor (trimiterea lor la fieare vechi) nu se poate face decât după emiterea unui buletin de casare, emis de către personal autorizat. Nu se poate compara un ambalaj de medicament tip cutie de carton cu un ambalaj sub presiune, care poate pune în pericol viața oamenilor. Mai mult, susține că acestea sunt puse la dispoziția autorității contractante sub formă de chirie, având în vedere că acestea sunt în proprietatea furnizorului, iar toate activitățile de întreținere a acestora intră în responsabilitatea furnizorului. Contestatoarea precizează că își menține punctul de vedere exprimat în contestație, iar în cazul în care măsurile solicitate nu sunt posibile, solicită anularea procedurii.

5. Referitor la proiectul de fluide medicale și cel de conducte ale spitalului, SC ... SRL susține că a vizitat amplasamentul și, având în vedere conexiunile care trebuie realizate pentru a alimenta spitalul cu oxigen, consideră că aceste proiecte sunt necesare a fi anexate la documentația de atribuire. Pentru întocmirea proiectului ce trebuie să stea la baza montării echipamentelor tehnice necesare distribuției oxigenului medicinal lichefiat, consideră că este necesar a fi cunoscute anumite aspecte, ca de exemplu: până unde trebuie să ajungă rețeaua de conducte armături și care este conexiunea, diametrul de intrare al țevii, tipul conectării etc., aspecte ce nu pot fi clarificate vizitând amplasamentul, astfel că își susține punctul de vedere din constestație.

6. În continuare, reiterează că standardul SR EN ISO 7396-1:2016 prevede alimentarea cu trei surse a spitalului, fiind obligativitatea spitalului și nu a unui furnizor de face acest lucru, reluând în argumentație toate considerentele din contestație, precizând că și în

acest caz își menține punctul de vedere din constestație, iar în cazul în care măsurile de remediere nu sunt posibile, solicită anularea procedurii.

7. Referitor la autorizațiile la care se face mențiune în documentația de atribuire, arată că acestea sunt documente suport la oferta tehnică, ceea ce implică că acestea trebuie să fie valabile la data depunerii ofertelor. Afirmația autorității contractante în sensul ca acestea să fie valabile la data solicitării, este considerată ca fiind eronată de către petentă, deoarece asta ar implica ca oferta tehnică depusă de către un ofertant care nu are aceste autorizații anexate trebuie să fie declarată neconformă, fiind considerată o ofertă inacceptabilă.

8. Referitor modul de alocare a bugetului acestei proceduri, petenta îl consideră ca fiind eronat, raportat la obiectul licitației și a tuturor serviciilor/instalațiilor/echipamentelor solicitate a fi ofertate cu valoare "zero". Totodată, reiterează că legislația națională în vigoare nu prevede facturarea cu valoare "zero" pentru aceste servicii/ instalații/ echipamente.

Pe cale de consecință, autoarea contestației își menține punctul de vedere exprimat în contestația depusă și solicită Consiliului să admită contestația așa cum a fost aceasta formulată și să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, iar dacă acest lucru nu este posibil, s-o oblige la anularea procedurii.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Furnizare gaze medicale”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 1008763 în data de 05.02.2019, împreună cu documentația de atribuire.

Valoarea estimată a întregului acord-cadru este de 2.114.073,60 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit anunțului de participare, procedura de atribuire se va desfășura pe 3 loturi, respectiv: lotul 1 – Oxigen, lotul 2 – Protoxid de azot în butelii de 7,5 l și lotul 3 – Dioxid de carbon în butelii de 37,5 Kg, data limită de depunere a ofertelor fiind 14.03.2019.

Împotriva unor prevederi ale documentației de atribuire, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, prin care solicită următoarele:

- anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea bugetului alocat prezentei proceduri, prin defalcarea separată a prețului gazului, precum și bugetarea separată a tuturor celorlate bunuri/echipamente/servicii solicitate în prezent cu valoare zero;
- obligarea autorității contractante la corectarea și completarea documentației de atribuire, prin punerea la dispoziția potențialilor ofertanți a tuturor documentelor suport necesare elaborării unei oferte tehnice complete și corecte;

- obligarea autorității contractante la eliminarea tuturor aspectelor privind solicitarea cu valoare zero a tuturor bunurilor/ produselor/serviciilor care nu fac obiectul prezentei proceduri, respectiv eliminarea solicitării de chirie zero pentru instalațiile de stocare/evaporare oxigen medicinal lichid, distribuție, transport, montare, mentenanță, proiectare, avize, instruire personal, asigurare service, stațiile de back-up pentru fiecare punct de lucru, chirie butelii și tot ce ține de serviciile conexe de livrare a gazelor medicale și a dioxidului de carbon, care fac obiectul prezentei proceduri de achiziție;

- obligarea autorității contractante la republicarea documentației de atribuire, prin clasificarea diferită, pe loturi, a produselor solicitate.

După depunerea contestației, la solicitarea Consiliului, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. $61^1$ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 42.281,48 lei, prin consemnarea la CEC BANK a sumei respective, conform recipisei nr. 205239615/1/12.02.2019, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația formulată împotriva procedurii organizată de ....

Cauţiunea 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) și (6) din Legea nr. 101/2016.

În continuare, Consiliul va analiza, pe fond, criticile din contestația depusă.

Referitor la critica din contestație privitoare la inadvertența între codurile CPV ale produselor aferente loturilor 2 și 3, respectiv la faptul că în anunțul de participare și în fișa de date aceste produse au codurile CPV ale oxigenului, 24111900 - 4 Oxigen (rev.2), iar în caietul de sarcini au codurile corespunzătoare acestor gaze, respectiv 24112200-4 pentru protoxidul de azot și 24112100-3 pentru dioxidul de carbon, Consiliul constată că aceasta este o eroare formală, care nu o împiedică pe contestatoare să identifice produsele solicitate și să depună o ofertă conformă cu prevederile documentației de atribuire, cu atât mai mult cu cât a participat la mai multe proceduri de acest fel organizate de aceeași autoritate contractantă, fiind chiar furnizorul actual al unor astfel de produse, urmare a câștigării ultimei proceduri de achiziție de astfel de gaze organizată de ....

Aceeași situație este și cu privire la susținerea contestatoarei, potrivit căreia codul CPV adecvat acestei proceduri este 24111500-0 gaze medicale.

Prin urmare, Consiliul va respinge critica referitoare la codurile CPV ca fiind lipsită de interes, contestatoarea nefăcând dovada vreunei vătămări produse de codurile CPV indicate în documentația de atribuire.

În ceea ce privește criticile privind împărțirea pe loturi, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a procedat în mod eronat la împărțirea procedurii pe 3 loturi. În opinia contestatoarei,

loturile 1 – oxigen și 2 – protoxid de azot trebuiau să formeze un singur lot, pe motiv că aceste gaze se administrează în amestec și, în consecință aceste gaze trebuie să aibă același furnizor. În replică, autoritatea contractantă susține că această justificare este nefondată, administrarea gazelor împreună făcându-se pe baza caracteristicilor acestora, și nu a faptului că sunt furnizate de același operator economic.

Consiliul are în vedere prevederile 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.”

Așadar, conform acestor prevederi legale, împărțirea pe loturi este regula, caz în care nu este necesară justificarea acestei alegeri în cadrul strategiei de contractare, pe când neîmpărțirea pe loturi constituie excepția de la regulă și necesită justificarea acestei decizii de către autoritatea contractantă.

Motivarea contestatoarei ar fi justificată în situația în care s-ar fi solicitat ca amestecul oxigen-protoxid de azot să fie furnizat gata preparat și nu să fie preparat în cadrul spitalului, prin amestecul celor două gaze. Pentru obținerea amestecului necesar utilizării este necesar ca cele două gaze să respecte cerințele caietului de sarcini și nu să fie produse de același operator economic. Prin urmare, Consiliul va respinge critica respectivă.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei, potrivit căreia autoritatea contractantă trebuia să includă în documentația de atribuire ca ofertanții să facă dovada achitării taxei claw-back pentru vânzările de medicamente în mediul spitalicesc, Consiliul reține că, de fapt, contestatoarea solicită înăsprirea condițiilor de participare la procedură, ceea ce contravine prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)”. Prin contestație, SC ... SRL poate formula critici privind cerințe care

restricționează participarea la procedură și nu împotriva unor cerințe care permit participarea la procedură a unui număr mai mare de operatori economici.

În plus, Consiliul reține că, potrivit prevederilor art. 5 din O.U.G. nr. 77/2011, această contribuție este asimilată obligațiilor fiscale, fiind administrată de Agenţia Naţională de Administrare Fiscală și achitându-se la unităţile Trezoreriei Statului din cadrul organelor fiscale în raza cărora sunt luaţi în administrare contribuabilii. În consecință, eventuala neîndeplinire a plății acestei taxe se va regăsi în certificatul fiscal emis de ANAF și care va fi depus de ofertanții care vor participa la etapa de licitație electronică.

În contestație se formulează critici cu privire la faptul că valoarea estimată a întregii proceduri este incorect dimensionată, raportat la valoarea tuturor cheltuielilor. De asemenea, contestatoarea susține că cheltuielile aferente echipamentelor de stocare, rezervoare criogenice și butelii, stații de distribuție, execuția proiectelor, obținerea autorizațiilor și avizelor necesare, instruirea perrsonalului, chiria echipamentelor și buteliilor de oxigen, activitățile de iscirizare pentru buteliile de oxigen și pentru echipamentele de stocare și rezervoarele criogenice nu pot fi incluse în prețul gazului și trebuie bugetate separat, având cote de TVA diferite.

În replică, autoritatea contractantă susține că valoarea maximă a fondurilor care pot fi alocate acestei proceduri este identică cu valoarea estimată a acordului-cadru, de 2.114.073,60 lei.

În legătură cu valoarea estimată a procedurii, Consiliul reține că în anexa la strategia de contractare nr. 1654/29.01.2019 este prezentat un tabel cu cantităție din fiecare gaze (minime și maxime), iar pentru oxigen și cu cantitățile de oxigen lichefiat și oxigen comprimat în butelii de 10 l (2 mc), precum și cu prețul unitar estimat al fiecărui tip de gaz. Potrivit acestui tabel, valoarea estimată maximă a acordului-cadru este de 2.114.073,60 lei fără TVA, reprezntând 98,67% din valoarea acordului-cadru precedent nr. 10865/11.05.2017, încheiat de autoritatea contractantă și SC ... SRL, care a fost de 2.142.480 lei.

De asemenea, în referatul de necesitate nr. 1213/22.01.2019 se menționează că prețurile estimate au crescut pe unitatea de măsură deoarece chiriile pe echipament (stocător, vaporizator, butelii, transport, etc.) au fost introduse în preț față de procedura din anul 2017, iar la produsele livrate în butelii prețul unitar s-a făcut pe butelie (conform reglementărilor legale în vigoare), față de prețul unitar care era exprimat la mc sau kg.

Cu privire la calculul valorii estimate, în Legea nr. 98/2016 sunt următoarele prevederi incidente în prezenta speță:

- Art. 9 - (1) Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziţii având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice

eventuale forme de opţiuni şi prelungiri ale contractului menţionate în mod explicit în documentele achiziţiei.

- Art. 18. - (1) În cazul în care autoritatea contractantă intenţionează să achiziţioneze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziţiei se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

- Art. 20. - În cazul contractelor de achiziţie publică de produse sau de servicii cu caracter de regularitate ori care se intenţionează să fie reînnoite în cursul unei anumite perioade, valoarea estimată a achiziţiei se calculează pe baza următoarelor:

a) fie valoarea reală globală a tuturor contractelor similare succesive atribuite în ultimele 12 luni sau în anul bugetar anterior, ajustată, acolo unde este posibil, pentru a lua în considerare modificările cantitative şi valorice care pot surveni într-un interval de 12 luni de la data contractului iniţial;

b) fie valoarea estimată globală a tuturor contractelor succesive atribuite într-un interval de 12 luni de la prima livrare.

Consiliul mai reține că în acordul-cadru precedent, nr. 10865/11.05.2017, prețul total al acestuia a cuprins, pe lângă prețul gazelor, exprimat în mc sau kg, și prețul chiriei pentru următoarele: echipamentele de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat din cele două locații, sistemul de telemetrie, butelii standard și butelii de reductor încorporat.

Consiliul mai are în vedere și faptul că, spre exemplu, prețul oxigenului lichefiat din strategia de contractare a acordului-cadru prezent este de 2,16 lei/mc, în timp ce în acordul-cadru nr. 10865/11.05.2017 acest preț este de 1,80 lei/mc, restul cheltuielilor până la concurența prețului de 2,16 lei/mc fiind dată de prețurile chiriilor. De asemenea, Consiliul reține că între cantitățile de gaze comprimate (la butelii) există atât diferențe cantitative (la oxigen – în acordul-cadru precedent max. 550 mc/lună, în procedura prezentă max. 200 mc/lună, la dioxid de carbon – max. 400 kg/lună în acordul-cadru precedent, max 375 kg kg/lună în prezenta procedură), cât și în ceea ce privește dimeniunile buteliilor de oxigen (butelii mai mici și mai mari de 6 mc în acordul-cadru precedent, butelii de 2 mc în prezenta procedură), ceea ce determină diferențe între valoarea acordului-cadru precedent și valoarea estimată a prezentei proceduri.

În concluzie, deși între acordul-cadru nr. 10865/11.05.2017, luat ca etalon pentru determinarea valorii estimate, și prezentul acord-cadru nu există diferențe în ceea ce privește cantitățile de oxigen medical lichefiat și de protoxid de azot, totuși există unele diferențe în ceea ce privește cantitățile de oxigen comprimat și de dioxid de carbon, precum și în ceea ce privește capacitățile buteliior de oxigen, ceea ce justifică apariția unor diferențe valorice între cele două acorduri-cadru de 28.406,40 lei,

respectiv o valoare estimată mai mică cu 1,33% în prezenta procedură. Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă a avut în vedere la calculul valorii estimate prevederile Legii nr. 98/2016 invocate mai sus.

Faptul că valoarea estimată a acordului-cadru prezent este mai mică decât valoarea acordul-cadru precedent nu constituie, în opinia Consiliului, un motiv suficient pentru a anula această procedură, mai ales, având în vedere valoarea mică a acestei reduceri, de doar 1,33%. În contextul economiei de piață, Consiliul consideră că în locul unei măsuri administrative de anulare a procedurii, ar fi normal și în interesul public ca piața să fie cea care să determine viitorul acestei proceduri: în situația în care valoarea estimată se va dovedi prea mică nu vor exista oferte admisibile, astfel că autoritatea contractantă va fi nevoită să anuleze procedura, iar în situația în care se va dovedi că valoarea estimată este suficientă pentru depunerea de oferte conforme, procedura va continua.

Referitor la faptul că pentru unele dintre componentele prețului ofertelor valoarea TVA este de 19%, iar pentru alte componente valoarea TVA este de 9%, Consiliul are în vedere prevederile art. 141 din H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora: „Indiferent de criteriul aplicat pentru atribuirea contractului, compararea preţurilor prevăzute în propunerile financiare ale ofertanţilor se realizează la valoarea fără TVA”. Prin urmare, valoarea TVA aplicat nu are niciun fel de importanță în evaluarea ofertelor.

Susținerile contestatoarei referitoare la așa-numite imposibilități financiar-contabile de introducere în costurile oxigenului a costurilor necesare cu realizarea platformelor sau transportul sunt pure speculații, existând și multe alte cheltuieli taxate diferit care intră în costul oxigenului, cum ar fi cheltuielile cu munca vie. De altfel, contestatoarea nu facturează separat și diferit transportul de oxigen, facturând doar oxigen, nicăieri în documentația de atribuire neexistând dispoziții din care să rezulte că autoritatea plătește separat transportul, ci dimpotrivă. De altfel, niciun alt furnizor de medicamente nu solicită separat transport, sau, de pildă, cheltuieli vamale și alte asemenea, și separat prețul medicamentelor, cheltuielile de transport intrând în prețul medicamentului, conform înțelegerii părților, nefiind nimic ilegal într-o astfel de practică, așa cum susține contestatoarea. După cum rezultă din conținutul întregii contestații, contestatoarea nu dorește includerea respectivelor cheltuieli în costul medicamentului, ci dorește decontarea separată a respectivelor cheltuieli, respectiv eliminarea tuturor costurilor aferente montării instalațiilor și decontarea lor separată de către autoritatea contractantă, ori obiectul contractului este de furnizare oxigen, medicament, și nu construcție sistem integrat de distribuție oxigen, prin urmare toate solicitările contestatoarei referitoare la eliminarea din caietul de sarcini a tuturor prevederilor referitoare la suportarea anumitor costuri de către ofertant și punerea la dispoziția

autorității cu titlu gratuit a instalației de stocare, evaporare și distribuție sunt nefondate, întrucât vizează transformarea obiectului contractului dintr-unul de furnizare medicamente, în anumite condiții specifice respectivului medicament, într-unul de construire, închiriere instalație cu deservenți, servicii de transport etc.

Ad absurdum, susținerea contestatoarei se poate traduce prin aceea că TVA-ul de 9% se aplică doar pe costul medicamentului în sine, celelalte elemente de cost pentru a fi aduse în farmacie inclusiv cheltuielile de desfacere fiind taxate cu 19%. Dimpotrivă, potrivit codului fiscal, livrarea de medicamente se bucură de taxare redusă, deci și furnizarea de oxigen se bucură de această taxare redusă, indiferent de existența altor componente taxate diferit din cadrul produsului final.

În acest sens, s-a exprimat și Curtea de Apel Oradea în Hotărârea nr. 2402/2017, emisă în cadrul doarului nr. 423/35/2017 într-o speță în care inimanta a fost SC ... SRL.

Contestatoarea critică și mențiunea din caietul de sarcini (pag. 10-11):

„Autoritatea contractantă solicită valoare zero pentru chiria instalațiilor de stocare/evaporare și distribuție, transport, montare, mentenanță, avize, chirie butelii, etc, tot ce ține de seviciile conexe de livrare a gazelor medicale și dioxidului de carbon, care fac obiectul acestei proceduri de achiziții.

Autoritatea contractantă va plăti doar prețul pe produsele solicitate în speță, oxigen medical - lot 1, protoxidul de azot - lotul 2 și dioxid de carbon - lot 3, pe unitatea de măsură specifică fiecărui produs, orice alte taxe/costuri suplimentare constituie o ofertă alternativă si automat conduce la neconformitatea acesteia.”

Consiliul reține că din documentele aflate la dosarul achiziției publice și mai ales din referatul de necesitate reiese că aceste costuri trebuie avute în vedere la calcularea prețului gazului, fiind incluse în acesta, dar nu vor apare ca atare în formularul de ofertă și în anexa la acesta, în Centralizatorul de prețuri urmând a fi evidențiate următoarele prețuri: „preț unitar fără TVA, valoare maximă a acordului-cadru fără TVA și evidențiat separat TVA”, așa cum se precizează în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă nu solicită efectuarea unor lucrări și servicii în mod gratuit, ci solicită ca valoarea acestora să fie cuprinsă în prețul gazelor care urmează să fie achiziționate și nu într-o rubrică separată.

Prin urmare, Decizia nr. 3834/02.07.2015 a Curții de Apel ..., invocată de contestatoare, referitoare la punerea la dispoziția autorității contractate, cu titilu gratuit, a diferitelor servicii/ produse/ echipamente, nu este similară speței de față, în care este vorba de includerea în prețul gazului a tuturor cheltuielilor efectuate în legătură cu achiziția în cauză.

În ceea ce privește criticile referitoare la faptul că cheltuielile cu transportul echipamentelor, instalarea și punerea în funcțiune a instalațiilor precum și pentru obținerea autorizărilor necesare trebuie suportate de către ofertant, Consiliul le consideră lipsite de interes, întrucât, la momentul actual contestatoarea derulează contracte subsecvente aferente acordului-cadru nr. 10865/11.05.2017, având același obiect și aceleași locații, astfel că cheltuielile aferente acestor activități vor fi cu siguranță mai mici decât ale celorlalți ofertanți, care vor fi nevoiți să execute de la zero aceste instalații. Aceeași situație este și în cazul criticii privind faptul că în documentația de atribuire nu se găsește proiectul de conducte și de fluide a spitalului. În plus, contestatoarea are obligația de a efectua vizitarea locației, ceea ce a și făcut. Dintre toți potențialii ofertanți, contestatoarea este cel mai puțin îndreptățită să susțină că nu deține toate datele necesare pentru elaborarea unei oferte conforme, de vreme ce la momentul contestației desfășoară contracte aproape identice cu cele care fac obiectul prezentei proceduri. Prin lipsa acestor proiecte din documentația de atribuire, contestatoarea nu este nicidecum dezavantajată în raport cu alți potențiali ofertanți, ci dimpotrivă, este avantajată fiind ultimul operator economic care distribuie oxigen autorității contractante și care a folosit respectivele instalații.

În ceea ce privește cerința privind asigurarea câte unei stații de back-up pentru fiecare dintre cele două puncte de lucru, contestatoarea o consideră legală, însă consideră că este abuzivă cerința ca aceasta să se realizeze pe cheltuiala furnizorului. Ca și în cazul instalațiilor de criogenare, Consiliul reține că aceaste stații de back-up vor fi executate de ofertant pe cheltuială proprie, însă toate cheltuielile vor fi incluse în prețul gazului. De altfel, asigurarea stațiilor de back-up reprezintă noutatea acestui acord-cadru față de acordul-cadru precedent. Consiliul nu identifică nicio normă legală care să interzică autorității contractante o astfel de solicitare. De altfel, nici contestatoarea nu invocă încălcarea vreunei prevederi legale, deși, potrivit prevederilor art. 249 din Codul de procedură civilă, sarcina probei revine reclamantului.

Aceeași situație este cu privire la critica contestatoarei privind cerința autorității contractante ca chiria pentru buteliile de gaz și instalația de oxigen lichefiat să fie 0, urmând ca prețul chiriei să fie inclus în prețul gazului.

Prin urmare, Consiliul respinge, ca nefondate, aceste critici.

Cu privire la critica privind autorizațiile și certificatele solicitate la pag. 9 din caietul de sarcini, Consiliul reține că, de fapt, contestatoarea solicită ca autorizările și certificările solicitate să fie valabile la data depunerii ofertelor și nu la data solicitării acestora de către autoritatea contractantă. Ca și în cadrul cerinței privind taxa claw-back, contestatoarea solicită înăsprirea condițiilor de participare la procedură, ceea ce contravine prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Deși contestatoarea nu prezintă niciun argument din perspectiva sa, ca ofertant, pentru care solicită ca autorizațiile și certificatele respective să fie valabile la data depunerii ofertelor, Consiliul va analiza, în continuare, din punct de vedere legal, la ce moment se apreciază valabilitatea autorizațiilor și certificărilor.

În acest sens, Consiliul reține că toate aceste autorizații și certificate au fost solicitate și în anunțul de participare la pct. III.1.1) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale" și* III.1.3) *Capacitatea tehnică si profesională (*Certificatul ISO 13485:2003*),* acestea fiind dovezi pentru îndeplinirea criteriilor de calificare. De asemenea, în anunțul de participare s-a specificat și modalitatea de îndeplinire a acestor cerințe: „Modalitate de îndeplinire: completare DUAE, urmând ca documentul justificativ sa fie prezentat doar la solicitarea autorității contractante **la finalizarea evaluării ofertelor, după etapa finală de licitație electronică**, doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar."

Potrivit art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte **documente justificative actualizate** prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, **cu excepţia procedurilor desfăşurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitaţiilor pentru etapa a doua** către candidaţii selectaţi".

Potrivit acestei norme legale, documentele justificative trebuie să fie actualizate, deci trebuie să fie valabile la data transmiterii acestora, nu neapărat la data depunerii ofertelor.

Consiliul constată că prevederea din anunțul de participare, potrivit căreia documentele justificative vor fi prezentate, la cererea autorității contractante, după etapa finală de licitație electronică, contravine prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora acestea vor fi depuse înaintea etapei de licitație electronică.

Prin urmare, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să reformuleze modalitatea de îndeplinire a cerințelor de la pct. III.1.1) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale" și III.1.3) „Capacitatea tehnică si profesională" și corelarea acestora cu prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... și obliga autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor de la pct. III.1.1) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale

sau comerciale” și III.1.3) „Capacitatea tehnică si profesională”, în sensul corelării acestora cu prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... și obliga autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor de la pct. III.1.1) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale” și III.1.3) „Capacitatea tehnică si profesională”, în sensul corelării acestora cu prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, potrivit art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile lucrătoare de la primire.

Redactată în 4 exemplare, conţine 25 (douăzeci și cinci) pagini