



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. 491 / C8 / 395

Data: 26.03.2020

Prin contestația nr. 310/06.03.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9130/06.03.2020, depusă SC SRL, cu sediul în, ..., CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de doamna, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de gaze medicale, cod CPV 24111500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 13.04.2020, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat Prin încheierea nr. 441/C8/395/09.03.2020, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

**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, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC SRL reclamă anumite prevederi ale documentației, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în

motivare că autoritatea contractantă a publicat anunțul nr. CN1019171/26.02.2020, de inițiere a unei achiziții de gaze medicale.

Conform fișei de date a procedurii:

„II.1.4. Descrierea succinta a contractului sau a achiziției/achizițiilor

1 Oxigen medicinal lichid Nmc. 828000 900000 7000 8000

2 Oxigen medicinal gazos în butelii de 5 l din oțel și din aluminiu cu regulator încorporat butelie 8000 10000 2000 3000

3 Oxigen medicinal gazos în butelii de 10 l din oțel și din aluminiu cu regulator încorporat butelie 240 360 10 20

4 Oxigen medicinal gazos în butelii de 50 l din oțel butelie 1000 1500 350 400

5 Protoxid azot medicinal de 37,5 kg butelie 36 72 2 4

6 Dioxid de carbon de 7,5 kg butelie 150 240 10 20

7 Amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot în butelii de 10 l (1 butelie are 2,8 mc) = lei/mc butelie 6 36 1 2

8 Închiriere stocator lunar 24 24 1 1

9 Taxă transport pt. oxigenul lichid pe transp. 24 24 1 1

10 Taxă închiriere butelii otel oxigen medicinal, protoxid de azot medicinal, dioxid de carbon/zi calendaristică BUT/zile 126000 162000 28 30

11 Taxă închiriere butelii cu valva integrată/zi calendaristică și amestec gaz medicinal BUT/zile 54000 90000 28 30

Valoarea estimată conform FDA II.1.5) Valoarea totală estimată: Valoarea estimată fără TVA: 2.309.668 lei

Cap. II.1.6) Împărțire in loturi: Nu”

Având în vedere faptul ca produsele care fac obiectul achiziției (oxigenul medical, protoxidul de azot medical, entonoxul și dioxidul de carbon) sunt diferite, procedura, în modalitatea publicată, încalcă nediscriminarea și tratamentul egal prin faptul că autoritatea intenționează a încheia acordul cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate. Autoritatea este liberă să utilizeze regula lotului unic pentru aceste gaze dacă poate să justifice faptul că execuția contractului, din punct de vedere tehnic, ar fi prea dificilă sau costisitoare ori dacă nu este în măsură să coordoneze executarea contractului. Refuzul autorității de a atribui contractul prin divizarea acestuia în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii pe loturi sau ca un ansamblu este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici, restrângere ce nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Autoritățile sunt încurajate să împartă contractele/acordurile-cadru în loturi, mod de a sprijini IMM-urile să participe la achizițiile publice.

Este relevantă conduita autorității din anul 2015, când a inițiat o procedură de achiziție de gaze medicale, grupate toate într-un singur lot, cu singura diferență ca la acel moment nu solicita și entonox. În urma contestației depuse, Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. 2127/C9/2203/11.12.2015, prin care a dispus împărțirea pe loturi. Cerințele documentației de atribuire din 2015 sunt similare cu cele de acum, din achiziție lipsind entonoxul.

Este evident un comportament rău-intenționat din partea autorității, care atribuie contractul unui furnizor unic, respectiv ... Gaz România, același unic furnizor care deține autorizația de punere pe piața a entonoxului și a dioxidului de carbon medicinal.

În Canamed-ul din anul 2019 se regăsește entonoxul, pentru care deținătoare de autorizație de punere pe piață în România este firma este parte integrantă a ... AG încă din anul 2000, aceștia cumpărând concernul Ca dovadă, la căutarea pe website-ul ... găsim entonox având asimilate datele

În Canamed-ul din anul 2019 se regăsește dioxid de carbon ... 100%, singurul medicament de acest tip înregistrat, iar deținătoare de autorizație de punere pe piața în România este

Având în vedere că gazele solicitate au nevoie de autorizație de punere pe piața și pentru două dintre ele (dioxidul de carbon și entonoxul) există un singur furnizor în România care deține autorizația de punere pe piață în cadrul grupului din care face parte, devine evident că se restricționează accesul la aceasta procedură și se încalcă principiile nediscriminării și proporționalității.

Incidente, în această situație, sunt și prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016.

Oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul comprimat, dioxidul de carbon, entonoxul și protoxidul de azot sunt produse cu destinații diferite, furnizate de operatori autorizați în acest sens, unii dintre ei fiind unici furnizori în România. Fiecare autorizație se obține pentru fiecare produs în parte și nu pentru toate cele cinci produse. În caietul de sarcini, pentru fiecare produs în parte se solicită autorizația de punere pe piață (*„Se va atașa APP-ul produsului la propunerea tehnică.”*).

Menținerea lotului unic poate trezi suspiciuni legate de intenția autorității de a favoriza un anumit operator economic, unicul deținător al autorizației de punere pe piață pentru entonox și dioxid de carbon medicinal. Este de natură a împiedica operatorii economici să participe la procedură și de a restrânge în mod vădit concurența între operatorii economici interesați.

Raportat la principiile promovării concurenței între operatorii economici, garantării tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici, asigurării transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și la dificultățile obiective ce

pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției în loturi, impune împărțirea achiziției, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează. Este imposibilă asocierea sau subcontractarea în condițiile în care pe piață există o singură firmă care deține autorizație pentru entonox și dioxid de carbon medical.

Prin împărțirea pe loturi a achiziției și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, autoritatea creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice și în condiții de eficiență economică. Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele guvernamentale. Totodată, concurența presupune o confruntare loială între comercianții care acționează pe același segment de piață și oferă consumatorilor produse similare în scopul creării cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție. Posibila existență a doi sau mai mulți furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădește cu nimic managementul livrărilor; acest argument poate fi folosit de autorități publice - spitale, pentru a achiziționa toate medicamentele necesare desfășurării activității în lot unic și îngrădind astfel participarea producătorilor anumitor medicamente la procedurile de achiziție publică.

Presupunând că autoritatea nu ar avea nicio obligație de a diviza achiziția în mai multe în loturi, ci doar un drept, rezultă că acest drept nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, fără scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, neexcesiv și rezonabil.

În toate cazurile în care autoritățile publice au avut același comportament de a nu împărți pe loturi achiziția (exemplu: Spitalul Bagdasar Arseni și Spitalul Elias), a participat unicul furnizor care evident că a semnat acordurile-cadru la valorile estimate, neexistând concurență, spre deosebire de situațiile în care la procedurile împărțite pe loturi, prețul oxigenului medicinal lichefiat se reduce și cu până la 40% față de valoarea estimată (a se vedea procedura de achiziție de la Spitalul Clinic Județean de Urgență Cluj sau aceea de la Spitalul Clinic Județean de Urgență Bacău). 95% din procedurile de achiziție gaze medicale se realizează utilizând împărțirea pe loturi, în cele 5% regăsindu-se și

Referitor la capătul de cerere cu privire la obligarea autorității să răspundă în mod clar și concludent solicitărilor de clarificări din partea operatorilor economici interesați de participare la procedură, contestatoarea arată că nu a putut deschide documentul model contract subsecvent, motiv pentru care a cerut clarificări. Răspunsul autorității – „Se deschide” – este de natură a întări convingerile că interesul ei este să limiteze accesul operatorilor la procedură, ea fiind dedicată actualului furnizor.

În punctul său de vedere nr. 12424/20.03.2020 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 11257/20.03.2020, autoritatea susține în apărare că, analizând site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, a constatat că toți producătorii de gaze medicale autorizați de agenție sunt, în același timp, și producători de gaze industriale. Nu există restricții în vederea participării producătorilor de gaze medicale la prezenta procedură.

Conform art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în situația în care autoritatea nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. Autoritatea a hotărât să achiziționeze produsele care constituie obiectul prezentei proceduri fără a recurge la împărțirea pe loturi, alegând soluția care răspunde cel mai bine necesităților sale și care nu generează riscuri suplimentare. Autoritatea dorește să diminueze cât mai mult riscurile care pot afecta pacienții, motiv pentru care dorește să achiziționeze toate gazele de la un singur furnizor. Administrarea gazelor medicinale se realizează în mod direct către pacient, asigurarea trasabilității administrării gazelor medicale și a asumării responsabilității referitoare la calitate fiind mult mai facilă.

Decizia organizării unui singur lot de gaze medicinale s-a luat având în vedere riscurile de contaminare încrucișată a produselor provenite de la furnizori diferiți/imposibilitatea determinării vinovăției unuia sau altuia în cazul apariției unui incident la administrarea combinată a mai multor tipuri de gaze medicinale.

Conform art. 53 din Legea nr. 98/2016, orice operator are posibilitatea să participe la procedura de atribuire în asociere ori să subcontracteze, neexistând restricții.

Autoritatea este cea mai mare unitate medicală din județul, cu secții ATI, cardiologie, angiografie și UPU, care acordă servicii de spitalizare continuă. Gazele medicinale sunt produse care, în cadrul unor unități medicale, este necesar a se administra continuu, atât în secțiile de terapie intensivă și cardiologie, cât și în unitățile de primiri urgență.

Este decizia fiecărei companii dacă depune eforturi să își autorizeze produsele pentru a putea fi utilizate în scop medical sau nu. Contestatoarea are în portofoliu toate produsele care fac parte

din această licitație, dar nu poate fi responsabilitatea autorității contractante să obțină autorizațiile necesare de la Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru a putea să le utilizeze în scop medical. Punerea pe piața de gaze medicinale autorizate presupune responsabilități și obligații, inclusiv plata taxei de claw-back pentru produsele respective, și de aceea orice companie care dorește să ofere gaze medicinale care să fie utilizate în tratamentul pacienților internați trebuie să respecte legislația în vigoare.

De altfel, pe site-ul companiei contestatoare apar menționate ca disponibile pentru comercializare toate produsele care fac obiectul acestui lot. Informațiile care apar în prezent pe site-ul contestatoarei, pagina din România, menționează posibilitatea comercializării atât a dioxidului de carbon medicinal, cât și a protoxidului de azot și a amestecurilor cu protoxid de azot.

De asemenea, orice companie care deține autorizație de distribuție medicamente poate distribui produse cu autorizația de punere pe piață deținută de alte companii, dacă încheie contracte de distribuție. Este decizia operatorilor economici dacă și cu ce producători încheie contracte de distribuție și ce produse includ în portofoliu, pentru a fi comercializate în România.

Procedura de licitație publică trebuie să corespundă în primul rând cerințelor autorității contractante, iar ofertanții interesați de colaborarea cu autoritățile se pot interesa din timp care sunt nevoile acestora, astfel încât să vină cu oferte care să satisfacă aceste cerințe. Mai mult, prin divizarea procedurii pe loturi există riscul de a nu se prezenta niciun furnizor pentru anumite loturi și, astfel, autoritatea contractantă să fie în situația de a nu putea furniza serviciile medicale necesare pacienților.

Nu a fost solicitat ca participanții la licitație să fie doar producători ai gazelor medicinale, ei putând fi distribuitori.

La 25.03.2020, contestatoarea a formulat la Consiliu o replică în care combate argumentele autorității achizitoare.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1019171, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 26.02.2020, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de diverse gaze medicale, estimate valoric la 2.309.668 lei, fără TVA, pentru o perioadă de 24 de luni. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 26.02.2020, alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că gruparea mai multor tipuri de

gaze în cadrul licitației este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, precum și că răspunsul de clarificare „se deschide” este insuficient, SC SRL a atacat documentația și răspunsul în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele 15 pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele, că dorește să achiziționeze mai multe tipuri de gaze medicale:

- oxigen medicinal lichid;
- oxigen medicinal gazos;
- protoxid azot medicinal;
- dioxid de carbon;
- amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot,

grupare pe care SC SRL o apreciază ca fiind nejustificată și restrictivă, în condițiile în care operatorii interesați să participe la licitație nu pot asigura furnizarea întregii game de gaze, iar pe de altă parte gruparea nu este fundamentată obiectiv.

Fundamentul prezentei dispute litigioase îl constituie nu doar perspectiva diferită de percepere a cadrului legal aplicabil speței, ci și o anumită consecvență de orientare, în contextul în care problematica supusă analizei a format obiectul unei contestații depuse tot de SC SRL, în contradictoriu tot cu, soluționată de Consiliu prin decizia nr. 2127/C9/ 2203/11.12.2015, în sensul admiterii ei și anulării licitației. Raționamentul și considerentele pe care s-a întemeiat respectiva decizie își mențin valabilitatea și în prezenta cauză, context în care le reproducem în extras:

..... a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție gaze, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 163898/27.10.2015.

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare ce urmează a se atribui este de 3.007.980,00 lei, fără TVA, termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru data de 18.12.2015, ora 16⁰⁰, iar deschiderea acestora pentru data de 21.12.2015, ora 18⁰⁰.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, SC SRL a înaintat contestația de față, solicitând și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

Referitor la cererea de suspendare, aceasta a fost respinsă prin decizia CNSC nr. 282s/C9/2203/10.11.2015.

La analiza criticilor contestatoarei împotriva prevederilor documentației de atribuire, Consiliul constată temeinicia acestora.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că prin fișa de date a achiziției și caietul de sarcini s-a definit obiectul achiziției ca fiind achiziția de gaze medicale (oxigen medicinal lichefiat, protoxid de azot, oxigen medicinal butelie) și dioxid de carbon, inclusiv soluțiile tehnice aferente livrării acestora. De asemenea, se constată că în fișa de date a achiziției la cap. II.1.8) *Împărțire în loturi*, autoritatea contractantă a specificat faptul că nu dorește divizarea achiziției pe loturi.

Prin urmare, se constată evidența faptului că autoritatea contractantă, deși dorește achiziția mai multor tipuri de gaze, prin modul în care a înțeles să întocmească

documentația de atribuire obligă participanții să depună ofertă pentru toate aceste produse, în caz contrar oferta acestora fiind respinsă. Totodată, procedând astfel, se constată că și cerințele stabilite prin fișa de date a achiziției au fost definite pe măsură, în sensul stabilirii unor cerințe de calificare conform cărora ar trebui depusă autorizație de fabricație/de punere pe piață pentru fiecare dintre gazele medicale. Nu în ultimul rând, valoarea garanției de participare a fost stabilită prin raportare la întreaga valoare a acordului-cadru.

Prin decizia sa de a nu diviza achiziția acestor gaze pe loturi, cu consecințele mai sus amintite ce decurg dintr-o astfel de decizie, Consiliul apreciază că sunt încălcate principiile care stau la baza achizițiilor publice, astfel cum sunt acestea stipulate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv scopul întregii legislații în materie, îndeosebi în ceea ce privește promovarea concurenței între operatorii economici și garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici. Ori, art. 17 din ordonanța de urgență prevede expres obligația autorității contractante de a respecta aceste principii în relația sa cu operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Contrar celor invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere la contestație care, cel puțin în opinia sa, ar determina necesitatea achiziției acestor gaze într-un singur lot, lipsa divizării pe loturi a achiziției acestora conduce tocmai la restrângerea participării la procedura de atribuire. Raportat la prevederile legale nu există niciun argument sustenabil care să determine o astfel de necesitate ca atribuirea să se facă unui singur furnizor. Astfel, consecința directă a diminuării concurenței prin reducerea numărului de participanți este creșterea artificială a costului achiziției, respectiv ineficienta utilizare a fondurilor publice.

Chiar dacă legislația națională în materia achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la a diviza o achiziție pe loturi, o obligă în schimb la a asigura un cadru concurențial cât mai larg și la a nu reduce artificial concurența pentru achiziția de produse ca acestea, care ar putea fi achiziționate separat. De asemenea, conform prevederilor legale în materie autoritatea contractantă nu poate impune operatorilor economici să se asocieze sau să subcontracteze doar prin simpla sa voință, fără ca o astfel de necesitate să fie determinată de complexitatea contractului. Este dreptul operatorilor economici să se asocieze sau să subcontracteze, iar participarea la o procedură de atribuire de furnizare gaze precum cea de față nu ar trebui obstrucționată în mod artificial.

Fiecare dintre aceste gaze (oxigen medicinal, protoxid de azot sau dioxid de carbon) poate fi livrat de un singur producător sau mai mulți, fără a exista vreun impediment.

Nici trasabilitatea și farmacovigilența invocate de autoritatea contractantă în scopul justificării deciziei sale de a nu împărți pe loturi nu sunt de natură a determina și accepta o astfel de practică, cu atât mai mult cu cât nu sunt aduse argumente concrete care să-i susțină afirmațiile, cele susținute apărând drept simple speculații. Nu a fost arătat în niciun fel cum atribuirea pe loturi ar diminua răspunderea furnizorilor privind siguranța pacienților.

Prin urmare, deși nu este interzisă achiziția mai multor produse prin încheierea unui singur contract, dacă astfel sunt determinate anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la o procedură precum cea de față, o astfel de practică devine abuzivă și contrară principiilor și scopului legislației în materie astfel cum au fost mai sus amintite.

De altfel, nici modul în care a fost întocmit caietul de sarcini nu indică o astfel de necesitate a existenței unui singur furnizor pentru fiecare dintre aceste gaze, fiind evident faptul că fiecare dintre aceste gaze sunt produse separate care pot fi furnizate de operatori economici diferiți și care pot fi specializați doar pe furnizarea unuia dintre acestea sau a mai multora. Astfel, nu poate fi pus în discuție nici faptul că necesitatea obiectivă a autorității contractante nu ar putea fi acoperită printr-o divizare pe loturi a achiziției, numărul de contractante care ar fi încheiat în acest scop fiind irelevant, mai multe contractate încheiate cu operatori economici diferiți fiind chiar în avantajul său, cel puțin prin prisma prețului achiziției.

Nu în ultimul rând, Consiliul consideră că menținerea acestei decizii, de atribuire a întregului contract doar unui singur furnizor este de natură a trezi suspiciuni legate de o eventuală favorizare a unui operator economic capabil să furnizeze toate aceste gaze, în

detrimentul altor operatori economici care ar putea furniza doar o parte dintre acestea. Or, legiuitorul a interzis expres o astfel de practică.

De asemenea, Consiliul consideră că se impune divizarea pe loturi a procedurii de atribuire și datorită necesității de a facilita accesul la procedură a întreprinderilor mici și mijlocii, astfel cum rezultă din prevederile cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004.

O astfel de măsură ar încuraja participarea unor astfel de operatori economici și datorită faptului că prin aplicarea ei cuantumul garanției de participare ar fi diminuat corespunzător funcție de valoarea estimată a fiecărui lot.

În sprijinul celor reținute de Consiliu sunt și cele evocate de Comisia Europeană în Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice (*European Code of Best Practices Facilitating Access by Small and Medium-sized Enterprises - SMEs - to Public Procurement Contracts*), respectiv că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze această posibilitate pentru a restrânge libera competiție.

Această direcție este menținută și reafirmată în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE: *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. [...] În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.*

De asemenea, cele reținute de Consiliu au fost validate în spețe similare de către Curtea de Apel, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 și nr. 3501 din 19 septembrie 2013 sau nr. 5445 din 2 decembrie 2013, prin care s-a stabilit că autoritatea contractantă în exercitarea drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță în scopul asigurării unui cadru competițional cât mai larg, fără a crea bariere artificiale în calea participării operatorilor economici interesați la procedura de achiziție.

În consecință, Consiliul constată necesitatea modificării documentației de atribuire în sensul acceptării posibilității încheierii acordului-cadru pe loturi și reducerea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare în funcție de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta.

[...]

Astfel, Consiliul constată necesitatea remedierii documentației de atribuire, criticile contestatoarei fiind întemeiate. Cum împărțirea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat contestatoarea, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi, aspect relevant Consiliului în cuprinsul adresei Centrului Național de Management pentru Societatea Informațională nr. 10006/21.03.2013 (*„În cazul în care autoritatea*

contractantă inițiază procedura de atribuire în SEAP prin atribuirea unui singur contract sau a mai multor contracte pe loturi, configurația tehnică în SEAP nu permite reîmpărțirea achiziției în mai multe loturi sau comasarea loturilor. Precizăm că la nivelul fișei de date a achiziției, sect. II.1.8) – Împărțire în loturi, autoritatea contractantă decide dacă procedura este împărțită pe loturi sau nu. După publicarea invitației/anunțului de participare nu se poate interveni din punct de vedere tehnic la nivelul fișei de date"). Astfel, chiar dacă cererea de împărțire pe loturi a achiziției este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire. [...]

Pe cale de consecință, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul admite contestația depusă de SC SRL și anulează procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție gaze.

Din documentația licitației pendinte reiese cu certitudine că spitalul nu intenționează să procure un singur produs, ci cinci, respectiv oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal gazos, protoxid azot medicinal, dioxid de carbon și amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot. La modul cum este redactată în prezent documentația de atribuire, fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru cele cinci tipuri de produse, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme.

În privința organizării procedurii în vederea achiziționării celor cinci tipuri de gaze medicale, chiar dacă au destinații similare, de la un unic contractant, prin interzicerea împărțirii pe loturi și impunerea condițiilor cumulative aferente întregii licitații, forul jurisdicțional apreciază că autoritatea contractantă aduce atingere atât scopului legii achizițiilor publice, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiilor legale al nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică. Aceste principii prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor. De asemenea, ele primează și față de argumentele pătinoare concepute de autoritate, ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței între cât mai mulți furnizori de gaze medicale.

Deși nu este interzisă gruparea mai multor genuri de produse (gaze medicale) într-un singur contract (un singur „lot”), dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din lege (promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici).

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate cele cinci categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a gazelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de gaze, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea și/sau distribuția tuturor celor cinci tipuri de gaze, autoritatea înfrânge accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați pe mai puține tipuri.

Din parcurgerea celor 15 pagini ale caietului de sarcini întocmit de autoritate se observă că furnizarea fiecărui tip de gaze este independentă de furnizarea celorlalte. Nicăieri nu se arată că ele trebuie să fie livrate doar împreună și doar de un singur operator economic, mai ales că nu se achiziționează un ansamblu unitar de produse medicale, ci produse separate. După cum s-a reținut anterior, se poate acoperi necesitatea autorității de livrare a gazelor chiar dacă ele provin de la ofertanți diferiți, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate.

Faptul că există un singur furnizor sau cinci nu trebuie să preocupe autoritatea, ci, astfel cum s-a arătat în paginile anterioare, asigurarea unei concurențe cât mai mari, respectiv obținerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe o bază numeroasă de selecție a contractanților, la prețuri cât mai avantajoase cu putință.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea achiziției în cinci sau mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru cinci loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă. Menținerea grupării achiziției, în scopul atribuirii unui singur contract, este și de natură să trezească suspiciuni, în sensul intenției favorizării unei anumite sau anumitor firme, din numărul limitat al acelor care au în obiectul de activitate furnizarea celor cinci tipuri de gaze (interzisă expres de legislația achizițiilor publice și nu numai), fără nicio legătură cu argumentele protejării intereselor economice ale autorității. SC SRL a remarcat că autoritatea contractantă încearcă să atribuie contractul furnizorului actual, iar această remarcă, analizată în coroborare cu refuzul de împărțire a achiziției pe loturi, astfel încât să poată participa la licitație orice furnizor al celor cinci tipuri de produse și care nu afectează derularea viitorului contract, este de natură să nască suspiciuni asupra legalității achiziției.

Despărțirea în cinci loturi a achiziției, după cum judicios a remarcat și contestatoarea, este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale (în care se poate include prin analogie și) au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea achiziției pe loturi 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: 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 al 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 [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

În Strategia națională în domeniul achizițiilor publice, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 901/2015, s-a prevăzut încurajarea autorităților contractante să împartă contractele mari în loturi, pentru promovarea competiției locale. Se vor utiliza întotdeauna loturi, dacă așa o cere piața vizată (de exemplu, pentru hârtie și rechizite: hârtie, rechizite, consumabile).

În legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, dacă situația concretă impune divizarea:

Art. 141. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, **adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să**

corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, **pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor** sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

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

Așadar, încă de la momentul inițierii achiziției, autoritatea este datoră să explice de ce refuză divizarea pe loturi a achiziției, explicație care nu înseamnă doar invocarea dreptului de a nu diviza sau generalitățile expuse în punctul de vedere nr. 12424/20.03.2020.

Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere și nici prin mijloacele de probă anexate lui, autoritatea achiziitoare nu reușește să probeze că, în afară de compania ... (cu afiliatele sale din România sau din alte state), există operatori autorizați pentru a pune pe piața din România a entonox-ului și a dioxidului de carbon medicinal.

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției în loturi, Consiliul trebuie să determine că se impune împărțirea achiziției, astfel încât și firma contestatoare să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează. Prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice. Oxigenul poate fi livrat la fel de bine și în situația în care protoxidul de azot, dioxidul de carbon sau amestecul sunt livrate de alt furnizor sau viceversa, neexistând niciun impediment.

Mergând pe acest fir de gândire, legiuitorul a prevăzut, la art. 107 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența. Posibila existență a doi sau mai mulți furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădește cu nimic managementul livrărilor și nici nu expune pacienții unui risc mai mare.

În circumstanțele reținute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic lotizarea achiziției, iar o astfel de lotizare – cum s-a evidențiat – îi este absolut necesară contestatoarei și altor profesioniști care livrează doar un singur tip de gaze medicale pentru a putea accede la licitația pendinte, Consiliul consideră că spitalul nu are niciun

motiv să refuze realizarea ei. Nu doar destinația este aceea care decide lotizarea unei achiziții, primordială fiind obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția. Altfel spus, nimic nu oprește autoritatea să divizeze achiziția chiar dacă obiectul este identic. Dimpotrivă, Strategia națională în domeniul achizițiilor publice încurajează autoritățile contractante să ia în considerare în mod activ posibilitatea de a lotiza, acolo unde operatorii economici solicită lotizarea. Interpretarea este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie. Ea este, în plus, de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tind respectivele directive (a se vedea, de pildă, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino*, C-94/ 12, EU:C:2013:646, punctul 34, și Hotărârea din 27 noiembrie 2019, *Tedeschi și Consorzio Stabile Istant Service*, C-402/18, EU:C:2019:1023, punctul 39).

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>):

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.**

În lucrarea „Orientări pentru responsabili cu achizițiile publice privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene”, disponibilă la https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_ro.pdf, se afirmă, între altele:

Autoritățile contractante sunt încurajate să împartă contractele în loturi pentru a facilita participarea IMM-urilor la procedurile de achiziții publice. Contractele vizând un set de produse sau servicii care servesc unui scop similar, a căror valoare combinată este atât de mare încât puțini operatori ar fi capabili să le furnizeze integral, ar trebui să fie împărțite în loturi. Acest lucru îi va permite oricărui operator care este interesat să liciteze pentru unul sau mai multe loturi.

Împărțirea unui contract în loturi sporește concurența deoarece este posibil ca autoritățile contractante să beneficieze de un număr mai mare și o gama mai variată de ofertanți adresându-se pieței cu contracte mai multe și mai mici.

Împărțirea unui contract în loturi facilitează, de asemenea, participarea IMM-urilor la licitație. De exemplu, în contractele cu valoare foarte mare, concurența poate fi obținută numai prin împărțirea contractului, întrucât doar un număr mic de operatori economici ar fi capabili să ofere toate produsele sau serviciile solicitate, făcând astfel autoritatea contractantă să depindă de aceștia.

SC SRL a oferit două exemple pertinente, respectiv achizițiile organizate de către Spitalul Clinic Județean de Urgență Cluj-Napoca (patru loturi) și Spitalul Clinic Județean de Urgență Bacău (patru loturi), în care divizarea a permis participarea la licitație a mai multor companii, mai cu seamă că piața de nișă din România este extrem de restrânsă. De asemenea, judicios contestatoarea a scos în evidență că, în cazurile în care autoritățile publice au preferat să organizeze achizițiile grupat, respectiv fără a recurge la lotizare (Spitalul Bagdasar Arseni și Spitalul Elias), la acestea a participat unicul furnizor, care a semnat acordurile-cadru la valorile estimate, neexistând concurență. Actuala configurație a licitației, în care urmărește să achiziționeze cinci tipuri de gaz medical de la un singur furnizor (unicul furnizor din România autorizat și capabil să ofere întreaga gamă, până la dovada contrară, pe care spitalul nu a fost în măsură să o aducă), coroborată cu mijloacele de probă prezentate de contestatoare, din care reiese că unicul operator autorizat de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru punerea pe piață care acoperă toată gama de gaze cerute este ... România, determină Consiliul să concluzioneze că, și la licitația pendinte, ... va semna acordul-cadru tot cu ..., contrar prescripțiilor legale care îi impun asigurarea măcar a unei minime concurențe (loiale, desigur). Dacă toate unitățile spitalicești ar raționa și proceda în același mod, piața gazelor medicale din România s-ar reduce la un singur furnizor, aruncând în derizoriu ideea de competiție și de adaptare a prețului în funcție de cerere și ofertă. Art. 42 alin. (2) din Directiva 2014/24 impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctul 35).

După cum a fost punctat și în amintita decizie nr. 2127/C9/2203/11.12.2015, într-o speță similară, fiind dedusă instanței de judecată decizia Consiliului de obligare a autorității la împărțire pe loturi, Curtea de Apel, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raționând că, prin admiterea contestației de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenți economici, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea

concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeași linie, Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat în decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 că, dacă gruparea produselor într-un singur lot determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați în participarea la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor ordonanței, pe care autoritatea este obligată să le respecte.

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

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 îngrădiri 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.

Aceeași instanță, în decizia civilă nr. 5445 din 2 decembrie 2013 a reținut că, *"într-adevăr, în cuprinsul dispozițiilor ordonanței nu se prevede în mod expres obligația autorității contractante de a diviza obiectul contractului de achiziție publică, ci se stabilește dreptul ei de a forma loturi, cu respectarea anumitor condiții [în acest sens fiind art. 23 și 27-29 din ordonanță, precum și art. 10 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006]. Cu toate acestea, Curtea constată că, în anumite împrejurări, dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu formarea de loturi pentru atribuirea contractului poate deveni în același timp și o obligație, iar aceasta ar derivă din necesitatea respectării tuturor obligațiilor stabilite în sarcina sa prin ordonanță și normele de aplicare, precum și a principiilor generale statuate la art. 2 din ordonanță."*

În aceeași direcție, în decizia nr. 6982 din 21 august 2013, Curtea de Apel, Secția a II-a civilă, de contencios

administrativ și fiscal, a concluzionat că prerogativa autorității de a diviza achiziție pe loturi a nu se poate exercita în mod arbitrar, iar petenta are obligația de a face dovada că, prin decizia de a nu diviza pe loturi contractul de achiziție publică, se aduce atingere principiilor liberei concurențe între agenții economici și eficienței utilizării a fondurilor publice. În speță, o asemenea dovadă a fost realizată de SC SRL, care nu poate participa la licitație pentru toată gama de produse, nefiind autorizată pentru punerea pe piață a tuturor.

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, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: "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 (constituțional) al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu dorește.

Nu intră în competența Spitalului Județean de Urgență să judece, să reproșeze ori să dea indicații companiilor în privința efectuării demersurilor de autorizare a produselor pentru a putea fi utilizate în scop medical. În plus, este vădit nelegal argumentul nedivizării pe riscul de a nu se prezenta niciun furnizor pentru anumite loturi, argument care nesocotește esența art. 51 din Ordonanța Guvernului nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață („Este interzisă condiționarea vânzării către consumator a unui produs de cumpărarea unei cantități impuse sau de cumpărarea concomitentă a unui alt produs sau serviciu. De asemenea, este interzisă prestarea unui serviciu către consumator, condiționată de prestarea altui serviciu sau de cumpărarea unui produs.”) și a art. 10 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului („Este interzisă condiționarea vânzării către consumator a unui produs, de cumpărarea unei cantități impuse sau de cumpărarea concomitentă a unui alt produs sau serviciu. De asemenea, este interzisă prestarea unui serviciu către consumator, condiționată de prestarea altui serviciu sau de cumpărarea unui produs.”). Cu alte cuvinte, unitatea spitalicească

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

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

În considerarea celor prezentate, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC SRL și va anula licitația deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de gaze medicinale, cod CPV 24111500-0, cu data de deschidere a ofertelor 13.04.2020, organizată de

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de asigurare a unei minime concurențe, astfel încât la licitație să poată participa mai mult decât un singur operator economic, indiferent dacă el este sau nu chiar actualul furnizor de gaze medicale al autorității contractante.

Analiza criticilor legate de răspunsul de clarificare „se deschide” devine de prisos.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC SRL nr. 310/06.03.2020, în contradictoriu cu, și anulează procedura de atribuire a acordului-cadru de furnizare de gaze medicale inițiată prin anunțul de participare nr. CN1019171/ 26.02.2020.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....

.....

.....

Redactată în patru exemplare, conține optsprezece pagini.