

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. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41700/31.07.2023, depusă de ...SRL, cu sediul în ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de doamna ... și convențional de avocați ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea unui contract de furnizare de gaze medicale, cod CPV 24111500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 18.08.2023, anunț de participare nr. ..., organizată de Spitalul Municipal ..., cu sediul în str. ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire.

**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 ...SRL reclamă cerințele tehnice restrictive din documentația de atribuire aferentă licitației menționate în partea introductivă, învederând în motivare că obiectul achiziției este reprezentat de furnizarea de gaze medicale, după cum urmează: *„Oxygen medicinal lichefiat Oxigen medicinal comprimat Oxigen medicinal comprimat în butelii de 5 l Oxigen medicinal comprimat în butelii de 30 l Oxigen medicinal comprimat în butelii de 50 l Dioxid de carbon medical în butelii de 10L Protoxid de azot medicinal Protoxid de azot in butelii de 50L Protoxid de azot în butelii de 10L Chirie butelii Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 50 L Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 10 L Chirie butelii oxigen 50 L Chirie butelii oxigen 5L sau 10L cu reductor incorporat”*.

Din analiza prevederilor caietului de sarcini, contestatoarea a remarcat imposibilitatea participării la licitație, ca urmare a unor cerințe tehnice considerate restrictive:

- interdicția furnizării oxigenului medicinal comprimat, ca soluție provizorie, până la montarea și autorizarea rezervoarelor criogenice pentru oxigenul lichefiat;

- impunerea furnizării buteliilor de oxigen capacitate de 30 l, capacitate care se găsește la un singur furnizor de oxigen (Linde Gaz România SRL);

- realizarea unui lot separat (lotul 5) care se referă la chiria pentru recipientele de gaze comprimate pentru produsele din loturile 2-4.

La lotul 1 - oxigen medicinal lichefiat, autoritatea a solicitat în caietul de sarcini:

Soluțiile tehnice de livrare și stocare vor avea în vedere în mod obligatoriu următoarele:

- furnizarea instalațiilor care să aibă o funcționare autonomă și continuă (24 ore din 24, 7 zile din 7) fără consumuri energetice suplimentare;
- proiectul, amenajarea și montajul instalațiilor. Cheltuielile de transport, instalații, montaj și probe de punere în funcțiune a instalațiilor cad în sarcina furnizorului;
- pregătirea ISCIR și recepția;
- instruirea personalului beneficiarului pentru utilizarea instalațiilor;
- asigurarea service-ului și a reparațiilor curente;
- asigurarea obținerii autorizațiilor necesare funcționării;

Oxigenul medicinal lichefiat se livrează în rezervoare criogenice ce necesită montaj și autorizare „ISCIR”, astfel cum se precizează și în caietul de sarcini (ceea ce presupune realizarea unor pași privind autorizarea, care nu sunt consumați instantaneu, fiind necesare cel puțin câteva zile pentru obținerea respectivei autorizări). Prin caietul de sarcini, autoritatea a impus ca, până la montarea echipamentelor necesare pentru oxigenul medicinal lichefiat, ofertanții să asigure o soluție de provizorat exclusiv prin oxigen medicinal lichefiat, nu comprimat: *„Până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, adică pe perioada celor 30 zile, furnizorul va asigura livrarea de oxigen medicinal necesar bunei funcționări a spitalului la prețul din contract, de minim 14.000 mc. Având în vedere consumul mare de oxigen medicinal nu se acceptă varianta cu butelii, nu există nici spațiu suficient pentru stocare și nici personal care să manipuleze buteliile.”*

Soluția provizorie de furnizare a oxigenului medicinal lichefiat constă în montarea unui rezervor criogenic de o capacitate mai mică, însă și acesta trebuie autorizat de către „ISCIR”, operațiune ce se realizează într-un termen legal de 30 de zile. Până la autorizarea rezervorului provizoriu, se impune ca ofertanților să le fie permisă furnizarea oxigenului medicinal și din butelii de 50 l. Furnizarea în această modalitate, pentru o perioadă extrem de scurtă (până la autorizarea rezervorului provizoriu), este unica ce permite depunerea mai multor oferte.

Păstrarea cerinței în forma existentă în caietul de sarcini îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante să depună ofertă, întrucât numai acesta are montate rezervoarele de oxigen lichefiat. Or, pentru a asigura o concurență corectă, se impune obligarea

autorității la modificarea documentației de atribuire, astfel încât să permită operatorului economic declarat câștigător să furnizeze oxigen medicinal (inclusiv comprimat) până la autorizarea soluției provizorie de furnizare oxigen medicinal lichefiat.

La lotul 2, autoritatea a solicitat furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 5 l, 30 l și 50 l, însă capacitatea de 30 l este neuzuală. Un singur operator economic o are autorizată de punere pe piață (Linde Gaz România SRL).

Păstrarea celor două cerințe din caietul de sarcini, în forma actuală, conduce la restrângerea artificială a concurenței, în sensul art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin favorizarea actualului furnizor al autorității. Potrivit art. 49 și 50, autoritățile au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, respectiv nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării lor de la aplicarea dispozițiilor legii ori al restrângerii artificiale a concurenței.

Totodată, autoritatea a conceput un lot separat (lotul 5) care se referă la chiria pentru recipiente de gaze comprimate pentru produsele ce se regăsesc în loturile 2-4. Însă, chiria ar fi trebuit cuprinsă în loturile respective.

În maniera în care este împărțită în prezent procedura, se poate ajunge la situația în care un operator economic prezintă cea mai bună ofertă pentru unul din loturile 2-4, iar altul cel mai bun preț pentru chiria buteliilor (lotul 5). În această manieră, în care un operator economic ar câștiga un lot cu buteliile, iar alt operator cu chiria, îndeplinirea contractului este imposibilă.

Deși acest element a formulat obiectul solicitărilor de clarificări, autoritatea a menținut cerința, fără a motiva cum ar fi posibilă executarea contractului în cazul în care doi operatori diferiți ar fi declarați câștigători pentru loturi diferite.

Cu nr. 43363/08.08.2023, Consiliul a înregistrat un e-mail fără conținut text transmis de către ..., având atașate fișa de date, strategia de contractare și caietul de sarcini aferente licitației.

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. CN1057548, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 21.07.2023, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de gaze medicinale, achiziție divizată în cinci loturi și estimată valoric la 1.945.320 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 21.07.2023, alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării caietului de sarcini al acestei documentații, considerând că anumite cerințe impuse de autoritate sunt

restrictive și contravin dispozițiilor legale, ...SRL a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de 37.351 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 209358491/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Piața Alba Iulia, la data de 28.07.2023, pentru suma de 36.624 lei, precum și prin recipisa de consemnare nr. 209379217/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Piața Alba Iulia, la data de 04.08.2023, în sumă de 727,20 lei.

In limine litis, Consiliul observă că, până la această dată, unitatea spitalicească nu a formulat niciun punct de vedere asupra contestației. Faptul că reprezentantul autorității achizitoare a înțeles să nu își exercite dreptul la apărare prin formularea legală a unui punct de vedere asupra contestației nu împiedică soluționarea ei de către Consiliu, în condițiile în care art. 18 alin. (3) teza I din Legea nr. 101/2016 prevede expres că *„lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă”*.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, se constată că autoritatea a structurat achiziția în loturi având următoarele denumiri:

- „1. oxigen medical lichefiat”
- „2. Oxigen medicinal comprimat”
- „3. Dioxid de carbon medical in butelii de 10L”
- „4. Protoxid de azot medicinal”
- „5. chirie butelii -Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 50 L Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 10 L Chirie butelii oxigen 50 L Chirie butelii oxigen 5L sau 10L cu reductor incorporat”.

Pentru lotul 1, care vizează furnizarea de oxigen medicinal lichefiat, în cele 14 pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele:

- Soluțiile tehnice de livrare și stocare vor avea în vedere în mod obligatoriu următoarele:
- furnizarea instalațiilor care să aibă o funcționare autonomă și continuă (24 ore din 24, 7 zile din 7) fără consumuri energetice suplimentare;
 - proiectul, amenajarea și montajul instalațiilor. Cheltuielile de transport, instalații, montaj și probe de punere în funcțiune a instalațiilor cad în sarcina furnizorului;
 - pregătirea ISCIR și recepția;
 - [...]
 - asigurarea obținerii autorizațiilor necesare funcționării;

Furnizorul este obligat să pună în funcțiune la sediul beneficiarului echipamentele care compun instalațiile de stocare/evaporare în termen de max. 30 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru și finalizarea amenajării amplasamentului de către autoritatea contractantă.

Instalație de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid

Echipamente tehnice la sediul autorității contractante:

- Rezervor criogenic de stocare oxigen medicinal lichefiat de minim 6000 litri;
- Vaporizator atmosferic de minim: 130 Nmc/ora - 2 buc
- Presiune maximă asigurată: 18 bari;
- Asigurarea unui debit uniform și continuu 24 din 24 de ore;
- Asigurarea unui sistem de transmitere la distanță a datelor, sistem de telemetrie;
- Panou electric necesar pompei criogenice de transvazare;

- Realizarea rețelei de conducte, tevi, armaturi specifice unei bune funcționari a instalației

- Interconectarea instalației la rețeaua de conducte a spitalului, care să fie prevăzută cu regulator de rezerva, montat pe un by pass, care să asigure continuitate în cazul unei defecțiuni.

Furnizorul se obliga să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maximum 30 zile lucratoare de la semnarea acordului cadru și predarea locațiilor.

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.

Până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, adică pe perioada celor 30 zile, furnizorul va asigura livrarea de oxigen medicinal necesar bunei funcționari a spitalului la prețul din contract, de minim 14.000 mc. Având în vedere consumul mare de oxigen medicinal nu se accepta varianta cu butelii, nu există nici spațiu suficient pentru stocare și nici personal care să manipuleze buteliile.

Se va prezenta în oferta tehnică soluția aleasă pentru această perioadă, detaliind printr-un grafic de livrare posibilitatea de a livra oxigenul medicinal de la semnarea acordului cadru și până la punerea în funcțiune a echipamentelor de stocare și livrare oxigen medicinal lichefiat. Se va prezenta graficul de livrări pentru această perioadă. În cazul neprezentării acestui grafic de livrări și a documentelor justificative, oferta va fi considerată neconformă.

Furnizorul va avea toată răspunderea în ce privește buna funcționare a echipamentelor tehnice instalate la sediul autorității contractante precum și a efectuării inspecțiilor periodice și autorizărilor specifice (ISCIR), necesare utilizării în condiții legale și de siguranță a acestora.

Furnizorul se obliga să pună la dispoziția autorității contractante înaintea punerii în funcțiune a echipamentelor tehnice, pentru informare, toată documentația necesară punerii în funcțiune a echipamentelor tehnice.

...SRL a sesizat că oxigenul medicinal lichefiat se livrează în rezervoare criogenice, care necesită inclusiv autorizarea prealabilă din partea Inspecției de Stat pentru Controlul Cazanelor, Recipientelor sub Presiune și Instalațiilor de Ridicat – ISCIR (după cum este precizat și în caietul de sarcini), ceea ce durează mai multe zile. Pentru această perioadă, autoritatea a interzis varianta alimentării cu butelii, argumentând că „nu există nici spațiu suficient pentru stocare și nici personal care să manipuleze buteliile”. O soluție provizorie de furnizare a oxigenului medicinal lichefiat ar fi montarea unui rezervor criogenic de o capacitate mai mică (de 2.000 l/3.000 l), însă și acesta trebuie autorizat de ISCIR, operațiune care durează.

Ar trebui ca, până la obținerea autorizării, ofertanților să le fie permisă furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 50 l, astfel fiind posibilă participarea la licitație a mai multor operatori. Menținerea interdicției livrării provizorii prin butelii este restrictivă, întrucât doar furnizorul actual al autorității poate oferta, fiind singurul care are deja montate rezervoarele de oxigen lichefiat.

Pe acest subiect, autoritatea a primit o solicitare de clarificare, la care a răspuns negativ în SEAP, la 25.07.2023, după cum urmează:

Solicitare:

Va solicitam ca pentru soluția provizorie să acceptați și furnizarea de oxigen medicinal din butelii astfel încât să permiteți tuturor operatorilor economici interesați să depună oferta pentru acest lot. Neacceptarea acestei modificări îi permite doar furnizorului actual, care are deja toate echipamentele montate și autorizate, să depună oferta.

Luarea masurilor solicitate ar permite mai multor operatori economici sa depună oferte, să se asigure continuitatea in furnizare cu oxigen medicinal a spitalului si să se respecte principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Răspuns autoritatea contractantă:

Nu suntem de acord cu soluția dumneavoastra provizorie.

Nu avem spațiu suficient pentru depozitarea buteliilor de oxigen si nici personal suficient pentru un volum atat de mare de butelii!

La art. 50 din Legea nr. 98/2016 este specificat:

Art. 50. - (1) **Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul** exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al **restrângerii artificiale a concurenței**.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care **achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici**.

Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și *nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici* [art. 155 alin. (6) din aceeași lege].

Potrivit preambulului la Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, atribuirea contractelor de achiziții publice de către sau în numele autorităților statelor membre trebuie să respecte principiile Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, mai exact libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, precum și principiile care derivă din acestea, cum ar fi egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența. Pentru contractele de achiziții publice care depășesc o anumită valoare, ar trebui elaborate dispoziții pentru coordonarea procedurilor de achiziții publice naționale, pentru ca principiile respective să fie transpuse în practică și achizițiile publice să fie deschise concurenței. Prin recunoaștere reciprocă se înțelege și acceptarea produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național, indiferent de țara de origine a produselor. Mai este de adăugat că, la 1 ianuarie 2007, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului privind aderarea României la Uniunea Europeană, ratificat de România prin Legea nr. 157/2005, în baza art. 2 alin. (1) din tratat, țara noastră a devenit parte și la Tratatul pentru înființarea Comunității Economice Europene, înlocuit de noile tratate.

Directiva 2014/24 stabilește anumite limite pe care autoritatea contractantă trebuie să le respecte, astfel cum a reținut și Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctele 32-37, redată mai jos:

32. Printre altele, la articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 se **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.

33. Această cerință concretizează, în scopul formulării specificațiilor tehnice, principiul egalității de tratament care figurează la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din directiva menționată. Potrivit acestei dispoziții, autoritățile contractante îi tratează pe operatorii

economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională.

34. Astfel cum Curtea a statuat deja, **principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare** (a se vedea, în ceea ce privește Directiva 2004/18,

Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos, C-368/10, EU:C:2012:284, punctul 62).

35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că 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**.

36. În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic”. Astfel, tot potrivit acestui considerent, „ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte **care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice**, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”.

37. Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, **cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate**.

În primul articol al normelor metodologice de aplicare a legii achizițiilor publice se atrage atenția că, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței. În cazul în care constată apariția unei astfel de situații, autoritatea are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea. Autoritatea este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

În contextul în care ... a pretins ca, până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, furnizorul să asigure livrarea oxigenului medicinal necesar bunei funcționări a spitalului (minimum 14.000 mc), însă nu cu butelii, soluția rămasă la îndemâna ofertanților ar fi montarea de rezervoare criogenice

provizorii, de capacitate mai mică, însă ele trebuie autorizate în prealabil de către ISCIR, precum și interconectarea cu rețeaua de distribuție a spitalului, operațiune care durează, însemnând că nici în această variantă spitalul nu poate fi aprovizionat *imediat* cu oxigen lichefiat. În plus, a nu se omite că, anterior amplasării noilor echipamente, vor trebui dezafectate cele prezente și eliberată platforma betonată de către actualul contractant (presupunând că adjudecatarul este diferit de acesta), ceea ce înseamnă timp. Practic, prin interdicția livrării temporare a oxigenului prin intermediul buteliilor, unitatea spitalicească favorizează în mod vădit actualul contractant care îi asigură livrarea de oxigen criogenat, care nu are nevoie nici de autorizare ISCIR și nici de butelii pentru continuarea livrării în ipoteza câștigării contractului supus licitației.

Prin Ordinul ministrului economiei, comerțului și mediului de afaceri nr. 663/2010 a fost aprobată prescripția tehnică PT C4-2010 "Recipiente metalice stabile sub presiune", care se referă și la autorizarea funcționării recipientelor criogenice din industria oxigenului, azotului și argonului:

Art. 58. - În vederea autorizării funcționării recipientelor criogenice din industria oxigenului, azotului și argonului, inspectorul de specialitate din cadrul ISCIR efectuează următoarele activități:

- a) verificarea existenței documentației tehnice a recipientului, conform art. 29;
- b) verificarea condițiilor de instalare, conform art. 34;
- c) revizia interioară (numai verificarea exterioară) pentru a se constata eventuale defecte ca urmare a operațiilor de transport, manipulare, instalare;
- d) verificarea dotării cu dispozitive de siguranță și verificarea reglării acestora;
- e) încercarea de etanșeitate a recipientului, efectuată cu azot sau fluidul de lucru la presiunea maximă admisibilă PS concomitent cu verificarea gradului de vid în mantaua exterioară.

Potrivit Legii nr. 64/2008 privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune, instalațiilor de ridicat și a aparatelor consumatoare de combustibil, autorizarea funcționării reprezintă acordul emis de ISCIR pentru deținătorii/utilizatorii de instalații/echipamente, după caz, în scopul atestării faptului că o/un instalație/echipament îndeplinește toate condițiile și cerințele pentru a fi pusă/pus în funcțiune în condiții de siguranță.

În speță, pornind de la argumentația construită de unitatea beneficiară, forul administrativ-jurisdicțional determină că nu se justifică interdicția introdusă în caietul de sarcini și repetată în răspunsul de clarificare, vădit contrară art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, conform căruia specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici. Ofertarea

și, corelativ, achiziția ar fi supuse, într-un asemenea caz, unor „obstacole

nejustificate”. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să argumenteze și să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, spitalul nu reușește să probeze că buteliile necesare pentru o scurtă perioadă nu pot fi depozitate în secțiile sale și nici manipulate de personalul propriu *sau de personal detașat de ofertant*. În accepțiunea Consiliului, respectiva interdicție îngrădește participarea la achiziție a operatorilor economici furnizori de oxigen medicinal lichid care au nevoie de o perioadă de timp pentru avizarea și montarea echipamentelor și care au putea livra oxigenul dorit de spital în butelii, până la punerea în funcțiune a echipamentelor.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal. Întrucât autoritatea cumpărătoare nu a prezentat niciun argument concret și plauzibil, cu atât mai puțin documente care să îi acorde dreptul de a interzice participarea furnizorilor cu butelii pe durata punerii în funcțiune a instalațiilor criogenice, prin interdicția în dezbatere autoritatea a încălcat și prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din legea achizițiilor publice. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința expusă în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți. Obiectivul obligației autorității de respectare a principiului egalității de tratament consistă în favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective la procedura de atribuire. Principiul impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și ca acestea să fie supuse

acelorași condiții pentru toți concurenții (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358).

Instanța de la Luxemburg a statuat că nu i se poate solicita ofertantului să dispună de personalul necesar executării contractului chiar de la momentul depunerii ofertei, o asemenea cerință favorizând ofertantul care execută contractul aflat în derulare la momentul depunerii ofertelor (Hotărârea din 25 noiembrie 2014, Alfastar Benelux/Consiliul, T-394/12, EU:T:2014:992, și Hotărârea din 6 iulie 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisia, T-148/04, EU:T:2005:274). Același raționament se poate aplica și în speța pendinte, favorizarea actualului contractant al spitalului reieșind în interdicția discutată mai sus.

În consecință, este necesară anularea din caietul de sarcini a interdicției: *„Având în vedere consumul mare de oxigen medicinal nu se acceptă varianta cu butelii, nu există nici spațiu suficient pentru stocare și nici personal care să manipuleze buteliile.”*, precum și a răspunsului de clarificare postat în SEAP la 25.07.2023, la lotul 1.

Restrictivă este și cerința de la lotul 2 ca buteliile de oxigen medicinal să aibă capacitatea de 30 de litri, întrucât singur operator economic ce are autorizat de punere pe piață oxigen medicinal în butelii cu această capacitate este Linde Gaz România SRL (butelie din oțel a 30 litri cu robinet on/off, cu presiune de lucru 150/200 bari), potrivit listei medicamentelor din nomenclator, actualizată până la 16.08.2023, disponibilă la <https://nomenclator.anm.ro/> medicamente. Există și compania producătoare Sol Nederland B.V. – Olanda (Țările de Jos), autorizată cu butelii din oțel sau aluminiu, cu capacitatea de 30 litri, însă nu sunt pentru oxigen medicinal, ci pentru protoxid de azot (alt produs). În consecință, trebuie eliminată din caietul de sarcini și capacitatea buteliilor de 30 de litri, deoarece favorizează vădit aceeași societate Linde Gaz România SRL. Relevant este și aspectul că ... nu a argumentat în niciun fel limitarea capacității buteliilor la exact 30 de litri, ceea ce coincide cu tipul de butelii asigurate de actualul furnizor, amintit mai sus. Astfel cum a fost deja reținut la pag. 6, specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici [art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016]. Încălcarea regulilor de elaborare a specificațiilor tehnice prevăzute la art. 155 alin. (6) este sancționată contravențional de legiuitor cu amendă de până la 30.000 lei [art. 224 alin. (1) lit. e) și alin. (2)], tocmai pentru a evidenția importanța nerestricționării de către autoritate a accesului la competiție.

...SRL reclamă și conceperea de către autoritate a unui lot separat (lotul 5) care se referă la chiria pentru recipientele de gaze comprimate pentru produsele ce se regăsesc în loturile 2-4. În opinia contestatoarei, în maniera în care este împărțită procedura, se poate ajunge la situația

în care un operator economic prezintă cea mai bună ofertă pentru unul din loturile 2-4, iar altul prezintă cel mai bun preț pentru chiria buteliilor (lotul 5), manieră în care îndeplinirea contractului este imposibilă.

Față de aceste obiecții, se cuvine a fi remarcat că, în caietul de sarcini, lotul 5 (spre deosebire de celelalte) nu beneficiază de vreo descriere, în afara expunerii sumare din tabelul cu specificații generale:

LOT	Chirie butelii	J.M	Pret Unitar	Cantit Min./ luna	Cantit Max/ luna	Cantit. Min. 24 luni	Cantit. Max. 24 luni	Val Min/ Luna	Val max/ luna	Val Min 24 luni	Val Max/ 24 luni
5.1	Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 50 L	zi	2.0	60	60	1440	1440	120	120	2880	2880
5.2	Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 10 L	zi	2.0	120	120	2880	2880	240	240.00	5760	5760
5.3	Chirie butelii oxigen 50 L	zi	2.0	60	60	1440	1440	120	120	2880	2880
5.4	Chirie butelii oxigen 5L sau 10L cu reductor incorporat	zi	2.5	30	30	720	720	75	75	1800	1800

Față de această carență evidentă a caietului de sarcini, care nu acoperă rigorile ce definesc documentația de atribuire – „documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare *completă*, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”, prin prisma obligației de la art. 154 alin. (1) din legea achizițiilor publice – „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”, Consiliul stabilește că este întemeiată temerea expusă a contestatoarei. Se observă că autoritatea nu s-a preocupat nici să răspundă explicit solicitării de clarificare:

1. Având în vedere faptul ca procedura este impartita pe loturi dupa cum urmeaza:

- Lot 1 - oxigen medical lichefiat
- Lot 2 - Oxigen medicinal comprimat
- Lot 3 - Dioxid de carbon medical in butelii de 10L
- Lot 4 - Protoxid de azot medicinal
- Lot 5 - chirie butelii -Chirie butelii protoxid de azot NIONTIX 50 L Chirie butelii

protoxid de azot NIONTIX 10 L Chirie butelii oxigen 50 L Chirie butelii oxigen 5L sau 10L cu reductor incorporate

Va solicitam sa corectati documentația procedurii si sa inserați chiriile pentru fiecare gaz in loturile cu butelii, pentru a elimina riscul ca un furnizor sa câștige un lot cu butelii si altul lotul de chirie si astfel îndeplinirea contractelor va fi imposibila.

Răspuns autoritate contractanta: Nu suntem de acord cu cerința dumneavoastra!

În aceste condiții de incertitudine, menținută prin răspunsul negativ acordat de autoritate, în care este plauzibilă și firească ipoteza

contestatoarei, Consiliul stabilește că un lot distinct pentru chiria buteliilor aferente loturilor 2-4 este illogic. Dacă aceasta este premisa, actuala structurare a loturilor 2-5 obligă, practic, autoritatea să le atribuie pe toate unui singur operator economic, în caz contrar fiind imposibilă executarea contractelor.

De altminteri, deficiențele de întocmire a documentației sunt flagrante și obligă Consiliul să anuleze întreaga procedură de atribuire. Spre pildă, cu toate că autoritatea invocă insistent încheierea unui acord-cadru, licitația este inițiată pentru atribuirea unui contract de furnizare, nicidecum a unui acord-cadru. În anunțul de participare, la secțiunea IV.1.3) – „Informații privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achiziții”, subsecțiunea „Achiziția implică încheierea unui acord-cadru”, indicația este „Nu”, ceea ce contrazice toate trimiterile autorității la un eventual acord-cadru și aduce atingere principiului transparenței, ce are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice integral documentele de derulare a licitației, inclusiv sub aspectul lotizării, ceea ce nu se poate realiza mai ales la acest moment, data-limită a depunerii ofertelor fiind mânia, 18.08.2023, timp insuficient pentru a fi comunicată decizia de față autorității și refacerii de către aceasta a întregii documentații, inclusiv a anunțului de participare. În Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP, licitația se află în derulare, deci nu a fost suspendată de către autoritate. Prin urmare, 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 ...SRL și va anula licitația deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare de gaze medicale, cod CPV 24111500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 18.08.2023, anunț de participare nr. CN1057548/21.07.2023, 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.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația ...SRL nr. 41700/31.07.2023, în contradictoriu cu ..., și anulează procedura de atribuire a contractului de furnizare de gaze medicale inițiată prin anunțul de participare nr.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în patru exemplare, conține treisprezece pagini.