

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

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., formulată de ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată legal de ..., și convențional de SPRL ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva documentației de atribuire aferentă lotului nr. 1 – *Oxigen medicinal lichefiat, gazos și servicii conexe*, întocmită de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii licitație deschisă, derulată online, organizată în vederea încheierii unui *Acord cadru furnizare gaze medicale și servicii conexe*, cod CPV 24111500-0 – Gaze medicale (Rev. 2), anunț de participare nr. .../ ..., s-au solicitat:

„• *Suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei;*

• *Obligarea Autorității Contractante la remedierea prevederilor nelegale din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul eliminării cerințelor tehnice restrictive de la nivelul Caietului de sarcini privind: restricțiile de furnizare a oxigenului medicinal în perioada intermediară punerii în funcțiune a rezervoarelor criogenice fixe, solicitarea unor vase mobile pentru una dintre locații, obligația de a verifica stația de butelii existentă a Autorității Contractante, precum și efectuarea unor servicii de mentenanță a surselor de oxigen din cadrul spitalului, și, în special, lipsa împărțirii pe loturi a produselor aferente Lotului I, respectiv oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal gazos.*

• *În subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de eliminare a cerințelor restrictive de mai sus, obligarea Autorității Contractante la anularea procedurii de atribuire.”*

În luarea deciziei, **CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:**

... SRL formulează contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., împotriva documentației de

atribuire aferente lotului 1 - *Oxigen medicinal lichefiat, gazos și servicii conexe*, documentație întocmită de către ..., solicitând cele redată în partea introductivă.

I. Prezintă situația de fapt, contestatorul arată că, la data de 28.07.2023, a înaintat autorității contractante Solicitarea de informații de interes public înregistrată sub nr. 1040/30.06.2023, prin intermediul căreia a solicitat clarificarea următoarelor aspecte:

- în ce condiții autoritatea contractantă achiziționează oxigen medicinal, și

- care sunt prevederile planului anual de achiziții cu privire la achiziția de oxigen medicinal,

În contextul în care nu a identificat nicio procedură de achiziție transparentă inițiată prin SEAP pentru acest produs, deși, din experiență, activitatea medicală a spitalului necesită cantități de oxigen medicinal ale căror costuri depășesc pragul valoric peste care ar fi necesară demararea unei proceduri de atribuire conform Legii nr. 98/2016.

Continuând, punctează că la data de 27.08.2023, ... a inițiat prezenta procedură de atribuire, împărțită pe 2 loturi: lotul nr. 1, pentru achiziționarea oxigenului medicinal lichid și a oxigenului medicinal gazos, și lotul 2, pentru achiziționarea protoxidului de azot medicinal și a bioxidului de azot medicinal.

Cu privire la lotul nr. 1, susține că a remarcat imposibilitatea depunerii unei oferte, date fiind cerințele tehnice restrictive din caietul de sarcini, cu privire la:

- restricțiile de furnizare a oxigenului medicinal în perioada intermediară punerii în funcțiune a rezervoarelor criogenice fixe;
- solicitarea unor vase mobile pentru una dintre locații;
- obligația de a verifica stația de butelii existentă a autorității contractante, precum și efectuarea unor servicii de mentenanță a surselor de oxigen din cadrul spitalului, și,
- în special, lipsa împărțirii pe loturi a produselor aferente lotului 1, respectiv oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal gazos.

În opinia sa, cerințele documentației de atribuire pot fi aduse la îndeplinire de un singur operator economic activ pe piața gazelor medicale, ... SRL, care este, de altfel, actualul furnizor de gaze medicinale al autorității contractante.

II. Solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire a fost analizată de Consiliu, iar prin încheierea nr. .../..., s-a dispus: *„Admite cererea de suspendare a procedurii, din contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., și dispune suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului cauzei”*.

III. Revenind la susținerile potrivit cărora anumite cerințe tehnice sunt restrictive și conduc la restrângerea artificială a concurenței, face trimitere la dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 și afirmă că autoritatea contractantă nu poate insera orice fel de specificații tehnice, ci trebuie să existe un echilibru între interesul urmărit de aceasta și permiterea accesului egal la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați.

Petentul consideră că includerea unei caracteristici tehnice restrictive la nivelul caietului de sarcini în mod nejustificat este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament, prevăzute de art. 18 al Directivei 2014/24/UE și transpuse în legislația

națională prin art. 49 și urm. din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Invocând o limitare a soluției de aprovizionare pe durata intermediară, indică cerința de la pag. 9 din caietul de sarcini (*„În perioada de realizare a platformei tehnice de la sediul central al autorității contractante sau în perioada de instalare a echipamentelor tehnice, operatorul ofertant declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigen medicinal lichefiat spitalului printr-o soluție tehnică autorizată, care să fie conformă Autorizației de Punere pe Piață (APP) și va fi*

prezentată detaliat în Propunerea Tehnică”), despre care afirmă că este restrictivă și denaturează în mod artificial concurența.

Detaliind, susține că schimbarea furnizorului de oxigen medicinal lichefiat necesită o perioadă intermediară până la data la care rezervoarele criogenice nou amplasate pot fi puse în funcțiune, perioadă pe durata căreia noul furnizor poate furniza oxigen medicinal prin butelii (în practică, de 50 l) și rezervoare criogenice doar după obținerea autorizării ISCIR pentru acestea (termen legal de autorizare de 30 zile).

Această practică, mai adaugă, rezultă din timpul necesar montajului efectiv în incinta autorității contractante și din necesitatea acordării unui timp de montaj al echipamentului de furnizare permanent, precum și necesitatea avizării acestuia de către ISCIR, în vederea punerii în funcțiune conform Legii nr. 64/2008, avizare care se acordă într-un termen de 30 de zile de la data depunerii solicitării.

În schimb, autoritatea contractantă menționează faptul că în această perioadă intermediară urmează a se livra oxigen medicinal lichefiat (nu comprimat, prin butelii, sau altă soluție aleasă de ofertant care poate asigura continuitatea aprovizionării cu oxigen medicinal), fapt care necesită amplasarea și autorizarea unor rezervoare criogenice, lucru imposibil de îndeplinit imediat după semnarea acordului-cadru, subliniază contestatorul.

În condițiile date, apreciază că singurul operator economic care poate livra oxigen medicinal lichefiat de la data semnării acordului-cadru este ... SRL (actualul furnizor), care dispune de echipamente deja montate și autorizate din perioada anterioară organizării prezentei proceduri de atribuire.

Contestatorul susține că cerința este nejustificată căci, în fapt, orice echipamente/butelii ar fi furnizate autorității contractante, acestea s-ar cupla la instalația de distribuție de oxigen medicinal a instituției și ar aduce la îndeplinire același rezultat, respectiv administrarea produsului pacienților.

Pe de altă parte, ... SRL declară că specificațiile tehnice ale rezervoarelor criogenice au un caracter nejustificat.

În acest sens, redă prevederile de la pag. 6 din caietul de sarcini (*„Instalație stocare, vaporizare și distribuție gaze alcătuită din 2 vase mobile de capacitate 600 l, ce cuprinde și vaporizator cu un regulator de presiune. Aceste vase se conectează la rețeaua de distribuție a oxigenului în spital. Montarea instalației intră în sarcina furnizorului.”*) și transmite că această soluție este cea abordată de actualul furnizor de oxigen medicinal, însă nu are o justificare din punct de vedere tehnic sau funcțional, cea de-a doua locație putând fi aprovizionată atât din vase mobile, cât și fixe, de diferite dimensiuni, atât timp cât se respectă volumul de oxigen medicinal lichefiat necesar autorității contractante.

Afirmând că și această cerință este pârținitoare (în sensul că favorizează actualul furnizor de gaz medicinal al spitalului), își exprimă nedumerirea cu privire la rostul utilizării a două rezervoare criogenice de dimensiuni mai reduse pentru alimentarea aceleiași locații și nu a unui singur rezervor de capacitate mai mare. De asemenea, apreciază că varianta de stocare (în două vase criogenice) de care beneficiază autoritatea contractantă în prezent se datorează perioadei de pandemie, când, probabil, pe motiv de urgență, a fost implementată această soluție.

Totodată, contestatorul arată că în documentația de atribuire se regăsesc cerințe nejustificate din punct de vedere al responsabilității asupra echipamentelor.

În acest sens, redă prevederile caietului de sarcini, pag. 8 (*„În termen de 10 zile de la semnarea acordului cadru furnizorul se obligă să verifice stația de butelii existentă, proprietate a spitalului și să întocmească un raport al verificare. Pentru aceasta furnizorul trebuie să dețină: Aviz de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale din care să reiasă că furnizorul poate efectua reparații, mentenanță pentru dispozitive medicale”*), și specifică faptul că nu există un temei legal în baza căruia să fie solicitată o verificare a stației de butelii care este proprietate a autorității contractante. Operatorii economici care furnizează oxigen medicinal au autorizate propriile echipamente în vederea participării la procedurile de atribuire, neavând nici responsabilitatea, dar nici date tehnice concrete privind echipamentele ce fac parte din proprietatea autorităților contractante, mai adaugă.

Petentul face precizarea că avizarea pe care ... SRL a obținut-o, cu privire la dispozitivele medicale, se referă exclusiv la dispozitivele instalate de societate, și nu se poate aplica echipamentelor aflate în proprietatea altor entități sau instalate de alți furnizori.

În plus, menționează că, în timpul vizitei la amplasament, a constatat că stația de butelii este nefuncțională, nu are accesorii, iar data fabricației (anii '70) face ca aceasta să nu poată fi considerată dispozitiv medical prin aplicarea standardelor legale actuale. Adăugând că, mai mult, autoritatea contractantă nu a prezentat niciun fel de documente de ordin tehnic privind acest echipament, declară că solicitarea impusă prin caietul de sarcini nu poate fi adusă la îndeplinire în mod obiectiv de niciun operator economic participant.

Caracterul echivoc și neclar al prevederii de mai sus este reluat prin alt paragraf în caietul de sarcini, mai arată contestatorul - *„Se solicită servicii de mentenanță (întreținere și manoperă reparație) a surselor de oxigen medical și instalațiilor aferente acestora, constând în:*

a) Efectuarea de Teste, probe și încercări pentru verificarea periodică, de două ori pe an, a surselor de oxigen medical și instalațiilor aferente acestora, din cadrul ... privind:

- modul de funcționare a instalațiilor;*
- stațiile de reducere de presiune;*
- pierderile de presiune;*
- interconectările;*
- sursele de alimentare;*
- robinetii de izolare;*
- unitățile terminale;*

- calitatea și identitatea gazului medical;
- alte verificări/certificări specifice prevăzute de legislația aferentă în vigoare.

Ofertanții interesați de atribuirea contractului trebuie să dețină Aviz de funcționare emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM) pentru activitățile de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare dispozitive medicale uz medical general spitalicesc - instalații pentru fluide medicale.”.

... SRL mai consideră că termenul pentru punerea în funcțiune a soluției permanente de furnizare a oxigenului medicinal este nejustificat de redus, sens în care redă următoarele prevederi ale caietului de sarcini:

„- se va avea în vedere faptul că autoritatea contractantă nu pune la dispoziția furnizorului platforma betonată și împrejmuită cu gard metalic la sediul central, nefiind proprietatea spitalului, ci doar la sediul secundar, din Pitești, str. I. C. Brătianu nr. 56;

- Furnizorul este obligat să pună în funcțiune la sediul beneficiarului echipamentele care compun instalația de stocare/evaporare în termen de max. 20 zile lucrătoare de la emiterea autorizației de construcție (dacă este cazul). Dacă nu este cazul, furnizorul este obligat să pună în funcțiune la sediul beneficiarului echipamentele care compun instalația de stocare/evaporare în termen de max. 20 zile lucrătoare de la data semnării acordului cadru.

- furnizorul va amenaja spațiul necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului necesar, va suporta costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, dacă este cazul și execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid de la sediul central (declarație pe propria răspundere);”

În aprecierea sa, aceste dispoziții favorizează în mod direct furnizorul actual de gaze medicinale, întrucât acesta este singurul care beneficiază de o infrastructură deja existentă în vederea aprovizionării spitalului, ceilalți furnizori aflându-se într-o imposibilitate obiectivă de a îndeplini acest demers în termen de 20 zile de la data încheierii acordului-cadru.

În concret, punctează petentul, în vederea furnizării efective a gazelor medicinale de către un nou operator economic, trebuie întreprinse următoarele activități:

- în baza unui proiect avizat MLPAT, spitalul pregătește și depune documentele pentru obținerea autorizației de construcție, activitate ce durează minimum 30 zile lucrătoare;

- se emite autorizație de construire, pentru care termenul legal este de 30 de zile;

- sunt executate lucrări de construire a fundației propriu-zise (turnare, uscare beton) - 30 de zile;

- sunt livrate și instalate echipamentele de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat, într-o perioadă de aprox. 1-2 zile;

- se obține autorizare ISCIR, în termen de 30 zile.

În susținere, face trimitere la dispozițiile legale care confirmă termenele mai sus specificate: pentru autorizația de construire – art. 7

alin. (1) din Legea nr. 50/1991; pentru autorizarea ISCIR – interpretarea *per a contrario* a art. 2 alin. (1) lit. h)⁵ din Legea nr. 554/2004.

Având în vedere cele de mai sus, prin adunarea termenelor legale, declară că doar componenta teoretică de obținere a documentelor necesare poate dura, în principiu, 60 de zile de la data obținerii autorizației de construire. Astfel, reiterează că doar furnizorul actual ar fi în măsură să respecte termenul de maximum 20 zile de la data semnării acordului-cadru, pentru că acesta are deja montate și instalate echipamentele la sediul organizatoarei procedurii. Termenul ar putea fi

redus la 30 zile, adaugă petentul, în cazul în care spitalul ar pune la dispoziție fundația betonată existentă, ce reprezintă o construcție în curtea sa, pentru care furnizorul actual ar fi avut nevoie de drept de suprafață pentru a deveni proprietarul acesteia.

Nu în ultimul rând, ... SRL afirmă că lotul nr. 1 ar fi trebuit, de fapt, divizat în două loturi.

Continuând, redă prevederile caietului de sarcini, pag. 7, („capacitatea buteliilor de oxigen medicinal trebuie să fie: 2 litri, 5 litri și 8-10 litri, cu și fără regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual, respectiv 50 litri, fără regulator integrat.” și „furnizorul trebuie să pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii cu reductor de presiune integrat, folosite în Unitatea de Primiri Urgențe (U.P.U.) a spitalului. Buteliile trebuie să se regăsească în Autorizația de Punere pe Piață. În caz contrar oferta va fi considerată neconformă. Oxigenul medicinal comprimat trebuie să se livreze în conformitate cu Autorizația de Punere pe Piață, în ambalajele specificate.”) și susține că păstrarea acestor cerințe și neîmpărțirea procedurii pe loturi i-ar permite doar furnizorului actual să depună ofertă în cadrul acesteia.

În sprijin, invocă dispozițiile art. 141 din Legea nr. 98/2016 și susține că, din punct de vedere tehnic, nu există niciun motiv justificat în vederea lipsei lotizării obiectului procedurii de atribuire, oxigenul medicinal lichid și cel gazos fiind două produse diferite, care se furnizează prin modalități distincte și se pot oferta de doi operatori economici distincti.

Detaliind, precizează că, deși cele două produse se încadrează în categoria medicamentelor de uz uman, modalitatea de utilizare a oxigenului medicinal lichefiat este diferită de modalitatea de utilizare a oxigenului medicinal comprimat, deoarece:

1. oxigenul medicinal lichefiat se utilizează prin intermediul instalației de distribuție oxigen medicinal a spitalului, alimentată din stocatorul criogenic pentru tratarea pacienților din secțiile ATI, saloane, bloc operator;

2. oxigenul medicinal comprimat (butelii de 2, 5, 10 l) este utilizat pentru tratarea pacienților în ambulatorii, secții UPU și ambulanțe sau pentru transferul pacienților dependenți de oxigen între secții, la diferite investigații, etc.

Cu privire la acest aspect, invocă jurisprudența Consiliului și pe cea a Curții de Apel Iași.

Redând dispozițiile alin. (3) al art. 141 din Legea nr. 98/2016, subliniază că motivarea deciziei de a nu atribui pe loturi procedura trebuie să fie una serioasă, care să justifice faptul că interesul public

urmărit este superior obligației de adaptare a contractului-cadru activității IMM-urilor.

În final reiterează că, din coroborarea tuturor cerințelor tehnice restrictive pe larg expuse, rezultă că singurul operator economic interesat, a cărui ofertă poate fi considerată conformă, este actualul furnizor de gaze medicale al spitalului.

Astfel, reia solicitările din petitul contestației.

Dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă a fost prezentată.

Prin adresa nr. .../.../.../..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. 2² din Legea nr. 101/2016, Consiliul solicită ... SRL dovada constituirii cauțiunii aferente contestației, în cuantumul legal.

Prin intermediul punctului de vedere nr. 38208/11.08.2023, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... solicită respingerea contestației ce face obiectul prezentei cauze, ca netemeinică și nelegală.

În fapt, autoritatea contractantă prezintă, pe scurt, procedura de atribuire și punctează că a prevăzut planul anual de achiziții cu privire la oxigenul medicinal, dar acest aspect nu face obiectul contestației.

Combătând criticile contestatorului, potrivit cărora caietul de sarcini ar conține cerințe tehnice restrictive, subliniază că rolul acestora din urmă este de a descrie cât mai bine produsele ofertate, astfel încât să corespundă necesităților obiective ale întregii unități spitalicești, și nicidecum acela de a îngreuna accesul ofertanților la procedura de atribuire.

În privința cerinței de la pag. 9 din caietul de sarcini (*„În perioada de realizare a platformei tehnice de la sediul central al autorității contractuale sau în perioada de instalare a echipamentelor tehnice operatorul ofertant declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigen medicinal lichefiat spitalului printr-o soluție tehnică autorizată, care să fie conformă autorizației de punere pe piață și va fi prezentată detaliat în propunerea tehnică”*), contestată de ... SRL, transmite că aceasta nu este restrictivă. În motivare, adaugă că, pe perioada de realizare a platformelor, nu este posibilă aprovizionarea cu oxigen medicinal comprimat în butelii deoarece spitalul nu dispune de personal necesar pentru monitorizarea și manipularea unui număr mare de astfel de recipiente și nici de spațiu necesar depozitarii lor, în siguranță.

De asemenea, precizează că nici cerința de la pag. 6 din caietul de sarcini nu este una restrictivă, autoritatea contractantă prevăzând două rezervoare criogenice de dimensiuni mai reduse pentru alimentarea aceleiași locații și nu un singur rezervor de capacitate mai mare, tocmai pentru a nu pierde oxigen prin evaporare și a avea, astfel, un cost suplimentar nejustificat. Consumul nu justifică un stocator de 3000 l, mai adaugă.

Totodată, autoritatea contractantă combate și criticile petentului conform cărora păstrarea cerinței tehnice restrictive privind includerea reguletoarelor de presiune în autorizațiile de punere pe piață și lipsa lotizării obiectului contractului fac ca procedura de atribuire să aibă un caracter pur formal. În acest sens, afirmă că cerințele au fost formulate pentru a satisface nevoile spitalului în realizarea actelor medicale la standardele de calitate impuse de legislația specifică din domeniul serviciilor medicale. Aprovizionarea cu oxigen medicinal a unității sanitare nu poate fi pusă în pericol prin lipsa buteliilor, epuizarea

stocurilor, neonorarea la timp a livrărilor, mai adaugă. Mai mult, precizează că, pentru realizarea cerințelor contestatorului, este nevoie de investiții suplimentare, pentru care nu există buget disponibil.

Referitor la critica ... SRL potrivit căreia *„cerințele tehnice restrictive duc la restrângerea artificială a concurenței”* face trimitere la prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016 și susține că, dacă petentul este interesat în mod real de participarea la procedură, poate să se asocieze sau să subcontracteze o parte a acordului-cadru, cu respectarea prevederilor legale.

... consideră că, din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte. De asemenea, comunică faptul că, înainte de toate, a identificat necesitatea pe care urmează să o acopere efectuarea achiziției în cauză, respectiv aceea de derulare în condiții optime a activității spitalului; astfel, produsele și caracteristicile acestora au fost stabilite în funcție de gama de produse a unor furnizori.

Prevalându-se de dispozițiile art. 141 din Legea nr. 98/2016, adaugă că autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică și să aleagă modalitatea de organizare a acesteia și de întocmire a documentației de atribuire aferente, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016, precum și cele ale HG nr. 395/2016.

Dovada comunicării punctului de vedere și către contestator a fost atașată.

Față de punctul de vedere al autorității contractante, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... SRL transmite concluzii scrise, solicitând admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

În primul rând, precizează că rezervoarele criogenice fixe reprezintă sursa primară de oxigen, însă pe lângă aceasta, autoritatea contractantă este obligată să dispună și de sursă secundară de oxigen și de sursă de rezervă (sau de urgență). În opinia sa, argumentele organizatoarei procedurii privind caracterul justificat al cerinței restrictive se bazează pe propria lipsă de acțiune în ceea ce privește asigurarea unei stații de back-up și a unui personal dedicat pentru manipularea buteliilor, ceea ce nu le conferă legitimitate.

În al doilea rând, contrar susținerilor spitalului, afirmă că utilizarea a două rezervoare criogenice în paralel duce la pierderea unei cantități mai mari de oxigen medicinal prin procesul de evaporare, deoarece presiunea crește în rezervorul care nu este utilizat și activează supapele care eliberează suprapresiunea. Mai mult, adaugă că rezervoarele mobile au devenit fixe pentru că atunci când se golesc nu se schimbă de către furnizor, ci sunt alimentate periodic din cisterna criogenică.

În al treilea rând, contestatorul susține că, deși autoritatea contractantă a declarat că împărțirea pe loturi a procedurii ar fi mai costisitoare, aceasta nu a prezentat și argumente în acest sens. În opinia sa, prin lotizare, ... va beneficia, în mod logic, de oferte mai avantajoase din punct de vedere economic, de participare fiind interesați cel puțin doi operatori economici concurenți.

În final, punctează că autoritatea contractantă nu a arătat în mod concret care este justificarea solicitării unor vase mobile și nu a răspuns

cu privire la obligația de a verifica stația de butelii existentă și efectuarea unor servicii de mentenanță a surselor de oxigen din cadrul spitalului.

Cu adresa nr. 38517/16.08.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., autoritatea contractantă transmite, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin nota internă din data de 06.09.2023, Consiliul a dispus prelungirea termenului de soluționare cu 10 zile. Decizia a fost comunicată autorității contractante prin adresa nr. .../....

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., contestatorul transmite, în original, recipisa nr. ... din data de 02.08.2023, eliberată de CEC Bank - Sucursala ..., în valoare de 49.246,20 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă pentru încheierea unui *Acord cadru furnizare gaze medicale și servicii conexe*, cod CPV 24111500-0 – Gaze medicale, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. .../.... Conform acestui anunț, valoarea estimată a procedurii este de 2.613.540,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire utilizat este „*Cel mai bun raport calitate-preț*”, cu factorii de evaluare: *Prețul ofertei – 80% și Termen de livrare – 20%.*

Prin încheierea nr. .../..., Consiliul a dispus: „*Admite cererea de suspendare a procedurii, din contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., și dispune suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului cauzei*”.

Hotărârea a fost transmisă autorității contractante prin adresa nr. .../... și contestatorului prin adresa nr. .../....

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, ... SRL a formulat contestația a cărei soluționare face obiectul prezentei cauze, solicitând următoarele:

„/.../ • *Obligarea Autorității Contractante la remedierea prevederilor nelegale din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul eliminării cerințelor tehnice restrictive de la nivelul Caietului de sarcini privind: restricțiile de furnizare a oxigenului medicinal în perioada intermediară punerii în funcțiune a rezervoarelor criogenice fixe, solicitarea unor vase mobile pentru una dintre locații, obligația de a verifica stația de butelii existentă a Autorității Contractante, precum și efectuarea unor servicii de mentenanță a surselor de oxigen din cadrul spitalului, și, în special, lipsa împărțirii pe loturi a produselor aferente Lotului I, respectiv oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal gazos.*

• *în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de eliminare a cerințelor restrictive de mai sus, obligarea Autorității Contractante la anularea procedurii de atribuire.*”

Autorul contestației mai arată și faptul că a înaintat autorității contractante solicitarea de informații de interes public înregistrată sub nr. 1040/30.06.2023, prin intermediul căreia a solicitat clarificarea următoarelor aspecte:

- în ce condiții autoritatea contractantă achiziționează oxigen medicinal, și
- care sunt prevederile planului anual de achiziții cu privire la achiziția de oxigen medicinal.

Cu privire la aceste solicitări, Consiliul constată că nu reprezintă o contestare a unor acte ale autorității contractante, emise în cadrul procedurii de atribuire, pentru a căror soluționare legislația incidentă cauzei stabilește competență pentru CNSC. Astfel, prin act al

*„Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un **act al unei autorități contractante** sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau*

a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

(2) Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, **în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire**, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare /.../”.

Cu privire la aceste solicitări, Consiliul constată că nu vizează o anumită procedură de atribuire, pentru care legislația incidentă cauzei stabilește competența CNSC în ceea ce privește soluționare contestației. Astfel, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 stipulează următoarele:

„/.../ Art. 12. - (1) Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2) /.../”.

În ceea ce privește documentația de atribuire, considerând că anumite cerințe sunt restrictive și denaturează în mod artificial concurența, contestatorul a formulat următoarele critici care vizează lotul nr. 1 al procedurii de atribuire:

- impunerea furnizării de oxigen medicinal lichefiat în perioada până la punerea în funcțiune a rezervoarelor criogenice fixe, fără a fi permisă livrarea de oxigen comprimat sau altă soluție aleasă de ofertant, care să asigure continuitatea procesului de furnizare de oxigen medicinal;
- solicitarea ofertării unei soluții care cuprinde două rezervoare criogenice mobile, cu capacitate de 600 de litri;
- obligația de a verifica stația de butelii existentă a autorității contractante precum și efectuarea unor servicii de mentenanță a surselor de oxigen din cadrul spitalului, fiind solicitat ca furnizorul să dețină aviz de funcționare care să permită efectuarea de reparații, mentenanță, instalare și punere în funcțiune pentru dispozitive medicale de acest tip, în condițiile în care echipamentele verificate sunt proprietatea autorității contractante, nu sunt furnizate date tehnice concrete cu privire la aceste echipamente, iar unele dintre aceste echipamente sunt nefuncționale și foarte vechi;

- termenul nejustificat de redus pentru punerea în funcțiune a soluției permanente de furnizare a oxigenului medicinal, în condițiile în care este necesară realizarea unor lucrări de construcție pe amplasamentul pus la dispoziție de autoritatea contractantă, care nu permite obținerea autorizațiilor/avizelor necesare și efectuarea lucrărilor aferente, favorizând furnizorul actual (... SRL), care beneficiază de infrastructura existentă;

- lipsa împărțirii pe loturi a produselor aferente lotului 1, respectiv oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal gazos.

Consiliul va proceda la analizarea, în primul rând, a criticii cu privire la lipsa împărțirii pe loturi a produselor aferente lotului 1, respectiv oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal gazos, dat fiind faptul că o eventuală admitere a acestuia ar conduce la imposibilitatea tehnică de a fi adoptate măsuri de remediere de către autoritatea contractantă și la anularea lotului nr. 1 al procedurii.

În analiza criticii, Consiliul are în vedere următoarele prevederi regăsite la pag. 5 și pag. 7 din documentul intitulat „*Caiet de sarcini*”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 32454/10.07.2023, publicat în SEAP în anexa anunțului de participare nr. .../..., sub identificatorul „[.../00001] *Caiet de sarcini.pdf.p7s*”, înscris care, potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, face parte din caietul de sarcini și conține specificații tehnice prin intermediul cărora a descris autoritatea contractantă necesitatea sa, pentru a cărei satisfacere a fost organizată prezenta procedură de atribuire, și anume:

„/.../ Lot 1 Produse:

Produsele aferente lotului 1 sunt:

- *Oxigen medicinal lichefiat;*
- *Oxigen medicinal gazos în butelii de 2 litri, cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual;*
- *Oxigen medicinal gazos în butelii de 5 litri;*
- *Oxigen medicinal gazos în butelii de 5 litri, cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual;*
- *Oxigen medicinal gazos în butelii de 8-10 litri;*
- *Oxigen medicinal gazos în butelii de 8-10 litri (2 mc), cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual;*
- *Oxigen medicinal gazos în butelii standard de 50 litri;*
- *Servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat;*
- *Închiriere butelii standard gaze medicinale;*
- *Închiriere butelii cu regulator de presiune încorporat /.../” (pag. 5 din caietul de sarcini).*

„/.../ Ofertanții vor ține cont de următoarele aspecte: /.../

- *capacitatea buteliilor de oxigen medicinal trebuie să fie: 2 litri, 5 litri și 8-10 litri, cu și fără regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual, respectiv 50 litri, fără regulator integrat;*
- *furnizorul trebuie să pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii cu reductor de presiune integrat, folosite în Unitatea de Primiri Urgențe (U.P.U.) a spitalului. Buteliile trebuie să se regăsească în Autorizația de Punere pe Piață. În caz contrar oferta va fi considerată neconformă. Oxigenul medicinal comprimat trebuie să se livreze în conformitate cu Autorizația de Punere pe Piață, în ambalajele specificate” (pag. 7 din caietul de sarcini).*

În ceea ce privește obligațiile autorității contractante de a proceda la împărțirea pe loturi a produselor care fac obiectul achiziției publice,

Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză:

Legea nr. 98/2016:

„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 /.../”.

Consiliul are în vedere faptul că realizarea achiziției publice implică derularea mai multor etape obligatorii, conform dispozițiilor HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele:

„Art. 2. /.../ (5) În sensul alin. (4), **sprijinirea activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor publice** se realizează, fără a se limita la acestea, după cum urmează:

a) transmiterea referatelor de necesitate care cuprind necesitățile de produse, servicii și lucrări, valoarea estimată a acestora, precum și informațiile de care dispun, potrivit competențelor, necesare pentru elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru;

/.../

Art. 8. - (1) Atribuirea unui contract de achiziții publică/acord-cadru este rezultatul unui proces ce se derulează în mai multe etape.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a se documenta și de a parcurge pentru fiecare proces de achiziție publică trei etape distincte:

a) etapa de planificare/pregătire;

b) etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului/acordului-cadru;

/.../

Art. 9. /.../ (3) **Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:**

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte;

/.../

c) tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;

d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;

/.../

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, **decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi**, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați /.../”.

De asemenea, Consiliul constată faptul că sunt incidente speței următoarele prevederi legislative:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: „lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate **astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și**

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

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016: „(1) **În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi**

separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) **sunt destinate unor utilizări** identice sau **similare**;

b) **fac parte din gama normală de produse** care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”.

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „(1) **Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței**”.

- art. 141 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016: „(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**”.

Un prim aspect criticat de contestator privește faptul că autoritatea contractantă a solicitat ca buteliile de oxigen medicinal comprimat cu capacitatea de 2, 5 și 8-10 litri să fie „/.../ cu și fără regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual /.../”, precum și „/.../ butelii cu reductor de presiune integrat, folosite în /.../ UPU a spitalului. Buteliile trebuie să se regăsească în Autorizația de Punere pe Piață /.../”.

Contestatorul consideră că aceste prevederi din caietul de sarcini sunt de natură a avantaja furnizorul actual de oxigen al autorității contractante, care ar fi singurul în măsură a depune ofertă și solicită împărțirea pe loturi a procedurii.

Cu privire la aceste susțineri ale contestatorului ... SRL, Consiliul reține că sunt, în fapt, susțineri generice, respectiv simple afirmații, prin care contestatorul, **fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu**, cu privire la caracterul restrictiv al acestor cerințe sau cu privire la faptul că cerința poate fi îndeplinită de un singur operator economic.

În primul rând, contestatorul nu aduce argumente tehnice, potrivit căroră cerința autorității contractante, de a fi furnizat oxigen medicinal comprimat, ambalat atât în butelii care nu sunt echipate cu regulator de presiune încorporat prin construcție, cât și în butelii care sunt dotate cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual, nu este justificată de o necesitate a autorității contractante.

În al doilea rând, contestatorul nu a prezentat probe cu privire la susținerea sa, potrivit căreia furnizorul actual de oxigen al unității

spitalicești beneficiază de condiții restrictive sau că este singurul în măsură să livreze produsele analizate.

Consiliul subliniază faptul că, raportat la prevederile legale reglementate, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai **motivarea, în fapt și în drept**, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării, **precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația**, altminteri soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „*in integrum*” a documentației de atribuire sau o evaluare a posibilității operatorilor economici cu activitate specifică obiectului contractului de a depune oferte pe baza cerințelor documentației de atribuire, pe bază de supoziții.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. f) în coroborare cu lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde cauza care face obiectul dosarului iar adversarul va triumfa.

Or, în condițiile date, faptul că autoritatea contractantă a precizat în documentația de atribuire faptul că anumite butelii de oxigen medicinal comprimat (cele care sunt dotate cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual) sunt folosite într-o anumită secție a spitalului (unitatea de primiri urgențe), nu este de natură a conduce la interpretarea potrivit căreia acesta reprezintă o utilizare diferită de cea a buteliilor care nu sunt dotate cu regulator de presiune încorporat prin construcție, modul de administrare a oxigenului pentru pacienți fiind similar.

Prin urmare, Consiliul constată faptul că produsele în discuție (butelii care nu sunt echipate cu regulator de presiune încorporat prin construcție și în butelii care sunt dotate cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual) pot face obiectul unui singur lot, nefiind întemeiată susținerea contestatorului,

potrivit căreia sunt întrunite condițiile care impun împărțirea pe loturi a procedurii de atribuire.

În consecință, în condițiile în care autoritatea contractantă a considerat că este necesară achiziționarea ambelor tipuri de produse (butelii care nu sunt echipate cu regulator de presiune încorporat prin construcție și butelii care sunt dotate cu regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual), este firească și solicitarea ca autorizațiile de punere în piață a acestor produse să fie

emise pentru produsele efectiv livrate, cu menționarea caracteristicilor tehnice ale acestora, o astfel de solicitare neavând caracter restrictiv.

Contestatorul critică lipsa împărțirii pe loturi a produselor aferente lotului 1 și pentru motivul că oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal gazos, deși se încadrează în aceeași categorie de medicamente de uz uman, sunt utilizate în mod diferit, deoarece:

1. oxigenul medicinal lichid se utilizează prin intermediul instalației de distribuție oxigen medicinal a spitalului, alimentată din stocatorul criogenic pentru tratarea pacienților din secțiile ATI, saloane, bloc operator;

2. oxigenul medicinal comprimat (butelii de 2, 5, 8-10 litri) este utilizat pentru tratarea pacienților în ambulatorii, secții UPU și ambulanțe sau pentru transferul pacienților dependenți de oxigen între secții, la diferite investigații, etc.

Din analiza normelor legale anterior precizate, rezultă că, alcătuirea loturilor din cadrul unei proceduri se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea a două condiții, conform celor precizate la art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, anterior reproduș.

Suplimentar, legislația în materie statuează că 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.

De asemenea, 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, justificare care trebuie să se regăsească la nivelul strategiei de contractare.**

Chiar dacă împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, fiind necesar ca decizia autorității contractante să fie și justificată.

Or, la punctul „6. Decizia de împărțire pe loturi” din cadrul strategiei de contractare întocmită de autoritatea contractantă (pag. 12-18 din dosarul cauzei), nu a fost precizată nici o justificare cu privire la gruparea într-un singur lot a produselor din cadrul lotului nr. 1 al

procedurii. Singurele precizări cu privire la modul în care au fost stabilite produsele care urmează a fi achiziționate în cadrul lotului nr. 1 al procedurii se regăsesc în cadrul referatului de necesitate înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 32453/10.07.2023, în cadrul căruia au fost precizate următoarele:

„/.../ 2. Procedura de atribuire se va desfășura pentru 2 (două) loturi. La stabilirea acestor loturi și a structurii lor s-a urmărit soluția pe care o considerăm cea mai avantajoasă și sigură din punct de vedere tehnic și economic, cu respectarea legislației specifică în vigoare, în

acord cu Decizia nr. 1486/C7/1569 din 30.06.2023 a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor – atașată și ținând cont că operatorii economici interesați au dreptul de a depune oferta aferentă în cadrul unei asocieri, potrivit dispozițiilor art. 53 din Legea nr. 98/2016 sau de a subcontracta anumite activități din cadrul contractului de achiziție publică aferentă, conform art. 48 din Legea nr. 98/2016 /.../”.

Consiliul constată faptul că această justificare a deciziei cu privire la produsele care fac obiectul lotului nr. 1 al procedurii conține argumente ce nu țin de circumstanțele prezentei achiziții publice, ci de circumstanțe specifice procedurii de achiziție publică în cadrul căruia a fost pronunțată decizia CNSC anterior menționată, nefiind justificată, la nivelul documentației de atribuire, includerea în cadrul lotului în discuție a produselor a căror achiziționare face obiectul acestui lot.

În ceea ce privește jurisprudența națională, invocată de contestator și de autoritatea contractantă, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”.*

Consiliul nu poate reține nici susținerile autorității contractante, regăsite în cadrul punctului de vedere nr. 38208/11.08.2023, înregistrat la CNSC sub nr. .../..., potrivit căreia aceasta a identificat necesitatea pe care urmează să o acopere efectuarea achiziției publice, respectiv aceea de derulare în condiții optime a activității spitalului, iar produsele și caracteristicile acestora au fost stabilite în funcție de gama de produse a unor furnizori, precum și faptul că, din punct de vedere tehnic, execuția

contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte.

Astfel, întrucât oxigenul medicinal comprimat urmează a fi livrat în butelii de *„2 litri, 5 litri și 8-10 litri, cu și fără regulator de presiune încorporat prin construcție și care nu se detașează manual, respectiv 50 litri, fără regulator integrat”*, iar *„furnizorul trebuie să pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii cu reductor de presiune integrat, folosite în Unitatea de Primiri Urgențe (U.P.U.) a spitalului”*, Consiliul constată faptul că aceste butelii nu sunt utilizate

pentru a livra oxigen prin intermediul rețelei de la nivelul unității spitalicești, așa cum este cazul oxigenului lichefiat. Tot în acest sens sunt și susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere nr. 38208/11.08.2023, înregistrat la CNSC sub nr. .../..., potrivit cărora, prin raportare la solicitarea contestatorului de a fi permisă utilizarea unor butelii de oxigen comprimat pentru înlocuirea pe o perioadă limitată a unui stocator criogenic, conectat la rețeaua de distribuție a spitalului, autoritatea contractantă a precizat faptul că *„nu este posibilă aprovizionarea cu oxigen medicinal comprimat în butelii deoarece spitalul nu dispune de personal necesar pentru monitorizarea și manipularea unui număr mare de astfel de recipiente și nici de spațiu necesar depozitarii lor, în siguranță”*.

Prin urmare, Consiliul constată că sunt întemeiate susținerile contestatorului, potrivit cărora modul în care urmează a fi utilizat oxigenul medicinal lichefiat (prin intermediul instalației de distribuție oxigen medicinal a spitalului, alimentată din stocatorul criogenic) este diferit de modul în care urmează a fi utilizat oxigenul medicinal comprimat (livrat în butelii de 2, 5, 8-10 și 50 de litri), acesta din urmă fiind utilizat, potrivit susținerilor autorității contractante, tot pentru tratarea pacienților, dar fără a fi utilizată instalația de oxigen a spitalului.

Consiliul reține că, deși, conform autorității contractante, cele 2 categorii de oxigen (oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos, în butelii), au aceeași destinație și se utilizează în același scop, acestea sunt, în realitate, categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, putând fi utilizate independent unele față de altele.

În consecință, justificările autorității contractante anterior precizate nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele în discuție, în circumstanțele date, ar trebui să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul produselor, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul constată că sunt întemeiate susținerile contestatorului ... SRL, potrivit căruia sunt întrunite condițiile pentru împărțirea obiectului lotului nr. 1 al procedurii de atribuire în două loturi distincte, pentru două categorii de produse de oxigen (oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos, în butelii).

Față de cele anterior menționate, Consiliul va admite critica formulată de contestator cu privire la necesitatea împărțirii pe două loturi a produselor aferente lotului 1, respectiv oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal comprimat, livrat în butelii.

Dat fiind faptul că nu este posibilă adoptarea unor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă și dat fiind capătul de cerere subsidiar formulat de contestator, de anulare a procedurii de atribuire, în sensul celor anterior dispuse, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la anularea lotului nr. 1 al procedurii.

Întrucât toate criticile formulate de contestator în prezenta procedură vizează prevederi din documentația de atribuire aferentă lotului nr. 1 al procedurii, cu privire la care Consiliul a constatat că se impune anularea, în vederea divizării achiziționării produselor care fac

obiectul acestuia în cadrul a două loturi distincte, Consiliul nu va mai analiza restul criticilor formulate de contestator prin contestația sa.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., respectiv critica potrivit căreia era necesar ca autoritatea contractantă să împartă pe două loturi produsele aferente lotului 1 (oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal comprimat, livrat în butelii) întrucât nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere,

va obliga autoritatea contractantă la anularea lotului nr. 1 al procedurii de atribuire.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., respectiv critica potrivit căreia era necesar ca autoritatea contractantă să împartă pe două loturi produsele aferente lotului 1 (oxigenul medicinal lichid și oxigenul medicinal comprimat, livrat în butelii), întrucât nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere,

Obligă autoritatea contractantă la anularea lotului nr. 1 al procedurii de atribuire.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practica deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... (...) de pagini.