

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 3308/16.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48892/16.09.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în, formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Gaze medicale” – lotul 1 „Oxygen medicinal lichid”, cod CPV 24111500-0, s-a solicitat:

- *obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 3 loturi a achiziției aferente Lotului 1 - oxigen medicinal lichid: lot 1 - oxigen medicinal lichefiat; lot 2 - oxigen medicinal comprimat în butelii de 50 l, 10 l, 5 l, 2 l; lot 3 - oxigen medicinal comprimat în butelie de 8 l cu regulator de presiune integrat.*

- *în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de atribuire aferentă lotului 1;*

- *suspendarea procedurii de atribuire aferentă lotului 1 până la soluționarea pe fond a cauzei.*

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins ca rămas fără obiect, în urma suspendării procedurii de către autoritatea contractantă.

**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 SC ...SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică documentația de atribuire, solicitând, în principal, împărțirea *Lotului 1 - Oxigen medicinal lichid* în 3 loturi, astfel: lot 1 - oxigen medicinal lichefiat; lot 2 - oxigen

medicinal comprimat în butelii de 50 l, 10 l, 5 l, 2 l; lot 3 - oxigen medicinal comprimat în butelie de 8 l cu regulator de presiune integrat.

În fapt, potrivit fișei de date a achiziției aferentă lotului 1, autoritatea contractantă dorește achiziționarea următoarelor produse și servicii:

- *Oxigen medicinal lichefiat cu servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat și servicii de transmitere la distanță a datelor privind cantitatea de oxigen lichid;*

- *Oxigen medicinal comprimat în butelii de 50l, 10 l, 8 l, 5 l și 2 l cu servicii de închiriere butelii și servicii de închiriere butelii cu reductor încorporat.*

În opinia contestatoarei, prin gruparea celor 2 tipuri de gaze într-un lot unic (oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat), este restricționată participarea operatorilor economici care nu au ambele tipuri de gaze în portofoliul de produse, așa cum sunt ele solicitate în cadrul documentației de atribuire și favorizează singurului operator economic care poate furniza întreaga gamă de gaze medicinale solicitată pentru lotul 1.

Oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat sunt produse diferite, ambalate diferit, livrate diferit, autorizate a fi puse pe piață în mod diferit.

Petenta arată că, potrivit informațiilor de pe website-ul ANMDMR, singura autoritate competentă din România să autorizeze medicamente, există doar 2 deținători de Autorizație de punere pe piață pentru oxigen medicinal lichefiat (lichid) și 4 deținători de Autorizație de punere pe piață pentru oxigen medicinal comprimat. Însă, butelia de oxigen medicinal comprimat de 8 l se regăsește doar în Autorizația de punere pe piață deținută de Linde Gas România SRL, ea nefiind disponibilă la ceilalți 3 furnizori de oxigen medicinal comprimat.

În susținere, aceasta indică link-uri, din care reiese că Linde Gas România SRL este singurul operator economic de pe piața din România, autorizat de ANMDM să pună pe piață butelii de 8 litri de oxigen medicinal comprimat.

Astfel, autoarea contestației apreciază că, în acest context, în care doar un singur furnizor este autorizat pentru unul dintre produsele supuse achiziției, respectiv butelia de 8 l de oxigen medicinal comprimat, este evidentă restricționarea celorlalți trei concurenți în ceea ce privește furnizarea de oxigen medicinal comprimat, autoritatea încălcând art. 49 și art. 50 din Legea nr. 98/2016. Prin solicitarea buteliei de 8 l de oxigen medicinal comprimat, se restricționează accesul la întregul lot 1 al procedurii de achiziție.

Contestatoarea consideră că, prin păstrarea lotului unic, în ceea ce privește lotul 1, autoritatea contractantă va semna acordul cadru tot cu Linde Gaz România, contrar prescripțiilor legale care îi impun asigurarea unei minime concurențe.

Având în vedere că documentația de atribuire aferentă lotului 1 se referă la furnizarea mai multor produse diferite, petenta solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să împartă pe loturi această achiziție, respectiv în 3 loturi distincte, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedura de achiziție și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Petenta apreciază că refuzul autorității contractante, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu, este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției. În acest sens, contestatoarea invocă decizia Consiliului nr. 1175/C6/1274 din 10.07.2020, decizia nr. 2127/C9/2203/11.12.2015, decizia civilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008, emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, precum și decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Ape București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

De asemenea, autoarea contestației face trimitere și la ghidul ANAP, unde se precizează: *„Atragem atenția autorităților contractante asupra obligației de a justifica decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, rațiunea acestei obligații fiind încurajarea participării IMM-urilor la procedurile de atribuire”*.

În același timp, contestatoarea remarcă conduita altor autorități contractante care au ales să încurajeze concurența și să achiziționeze oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal comprimat în condiții de eficiență economică și socială, după cum urmează:

- ..., anunț participare ... Acord cadru de furnizare oxigen medicinal, CPV 24111900-4 Oxigen (Rev.2), II.2.1 - Denumire lot: 1 - Oxigen medicinal lichid și 2 - Oxigen medicinal gazos;

- ..., anunț participare ..., acord cadru de furnizare oxigen medicinal lichid în stocator și oxigen medicinal comprimat în tuburi, CPV Gaze medicale (Rev.2), II.2.1 - Denumire lot: 1 - achiziție oxigen medicinal lichid în stocator și 2- oxigen medicinal comprimat în tuburi;

- ..., acord cadru de furnizare Oxigen medicinal, CPV Gaze medicale (Rev.2), II.2.1 - Denumire lot: 1. oxigen medicinal lichid și 2. oxigen medicinal comprimat;

Revenind la procedura în cauză, petenta învederează Consiliului că, în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a numit Lotul 1- Oxigen medicinal lichid, însă achiziția se referă atât la oxigen medicinal lichid, cât și la oxigen medicinal lichieftat și servicii conexe. Este clar că pentru oxigenul medicinal lichieftat se solicită servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare, precum și servicii de transmitere la distanță a datelor privind cantitatea de oxigen lichid, iar în cazul oxigenului medicinal comprimat se solicită tarif închiriere butelii.

În opinia sa, acest lot poate fi împărțit în 3 loturi, după cum urmează:

- Lot 1. Oxigen medicinal lichid
 - Oxigen medicinal lichid mc
 - Servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat lunar
 - Servicii de transmitere la distanță a datelor privind cantitatea de oxigen lichid lunar
- Lot 2. Oxigen medicinal comprimat
 - Oxigen medicinal comprimat în butelii de 50 l
 - Oxigen medicinal comprimat în butelii de 10 l cu regulator de presiune integrat
 - Oxigen medicinal comprimat în butelii de 5 l cu regulator de presiune integrat
 - Oxigen medicinal comprimat în butelii de 2 l cu regulator de presiune integrat
 - Tarif închiriere butelii oxigen zile
 - Tarif închiriere butelii oxigen cu reductor încorporat zile
- Lot 3. Oxigen medicinal comprimat în butelii de 8 l cu regulator de presiune integrat
 - Oxigen medicinal comprimat în butelii de 8 l cu regulator de presiune integrat buc
 - Tarif închiriere butelii oxigen cu reductor încorporat zile

Contestatoarea precizează că produsele supuse achiziției sunt produse diferite, respectiv oxigen medicinal, lichid livrat în cisternă criogenică și stocat în rezervor criogenic și oxigen medicinal comprimat, livrat în butelii.

Aceasta consideră că, procedura de atribuire, așa cum a fost publicată, încalcă principiul nediscriminării și principiul proporționalității, prin faptul că autoritatea contractantă intenționează să încheie contractul de achiziție publică cu un singur furnizor, pentru ambele tipurile de gaze solicitate, inclusiv pentru oxigenul medicinal comprimat în butelie de 8 l, pentru care doar un singur operator economic este autorizat de ANMDM să pună pe piață acest produs.

Prin împărțirea în 3 loturi a achiziției și accesul la procedura de achiziție a unui număr cât mai mare de operatori economici specializați, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea contractantă creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice și în condiții de eficiență economică. Operatorii economici specializați pe un singur tip de gaze nu au acces fie din cauza obiectului contractului, care le excede propriul obiect de activitate, fie din cauza cerințelor impuse prin documentația de atribuire.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 32 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31

martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, care la alin. (2) prevede ca *„autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența”*.

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă corelativ și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele guvernamentale. Protecția liberei concurențe și a libertății comerțului are statut constituțional (art. 135 din Legea fundamentală), iar: *„Libertatea comerțului apare ca fiind o cerință fundamentală a economiei de piață, care se concretizează în participarea neîngrădită a comercianților la schimburile de mărfuri și servicii. [...] Totodată, concurența presupune o confruntare loială între comercianții care acționează pe același segment de piață și oferă consumatorilor produse similare în scopul creării cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție. Statul trebuie să susțină o politică concurențială corectă, aceasta jucând un rol esențial în facilitarea liberei circulații a mărfurilor, în stimularea inițiativei participanților la activitatea de comerț, realizând și funcția de garanție a unei economii de piață”* - decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007.

Presupunând că autoritatea contractantă nu ar avea nicio obligație de a diviza lotul 1 în mai multe loturi, ci doar un drept, rezultă că acest drept nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, fără scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, neexcesiv și rezonabil.

Este evident că autoritatea contractantă, deși dorește achiziția mai multor tipuri de gaze în cadrul acestei achiziții, prin modul cum a înțeles să întocmească documentația de atribuire obligă operatorii economici interesați să depună ofertă pentru toate aceste produse grupate în lot unic, în caz contrar ofertele lor putând fi respinse. Referitor la valoarea garanției de participare (care a fost stabilită prin raportare la valoarea estimată a lotului 1, respectiv 0,2368 % - 6467,06 lei), petenta arată că, dacă exista împărțirea pe loturi a lotului 1, accesul era facilitat și din acest punct de vedere pentru I.M.M.-uri, cu garanție de participare adaptată la fiecare lot în parte.

Pentru toate motivele expuse, petenta consideră că cerințele documentației de atribuire sunt de natura a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament interzis de dispozițiile Legii nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Împărțirea pe loturi este permisă de legiuitor, conform prevederilor art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind descrisă ca un drept de care autoritățile contractante pot uza, în condițiile legii. Astfel, potrivit prevederilor alin. (2) ale articolului în discuție, în cazul împărțirii pe loturi, 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 I.M.M.-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

De asemenea, în vederea stabilirii/înțelegerii sensului de „lot”, autoritatea contractantă va avea în vedere faptul că lotul este definit, potrivit prevederilor art. 3 alin. (2) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, ca fiind *„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 [...]”*.

Legislația achizițiilor publice obligă autoritatea contractantă să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

În vederea stabilirii cerințelor minime de calificare, autoritatea contractantă trebuie să țină cont de factori precum complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/acordului cadru ce urmează a fi încheiat. Criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul de achiziție publică/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Prin punctul său de vedere nr. 12739/01.10.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 51630/01.10.2021, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, apreciind că nu a încălcat prevederile legale în vigoare în materia achizițiilor publice și că nu restrânge sfera de participare a operatorilor economici, având în vedere următoarele aspecte:

Procedura de atribuire a fost organizată în scopul satisfacerii necesităților sale și nu în funcție de produsele comercializate de contestatoare.

Ținând cont de decizia CNSC de a lotiza procedura organizată în luna iulie 2021, autoritatea contractantă a întocmit o nouă documentație, împărțită pe mai multe loturi, astfel:

- Lot 1 Oxigen medicinal lichid;
- Lot 2 Protoxid de azot medicinal;
- Lot 3 Bioxid de carbon medicinal;

- Lot 4 Amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot.

Autoritatea contractantă dorește să achiziționeze produse care sunt încadrate în categoria medicamentelor, cu codul CPV aferent de gaze medicale. Oxigenul medicinal comprimat deține aceeași Autorizație de punere pe piață, fiind același produs solicitat în diferite tipuri/capacități de butelii.

În opinia sa, nu se justifică un lot independent pentru buteliile de 8 l doar din simplul motiv că SC ...SRL nu deține în portofoliul său acest tip de butelie. În plus, de pe site-ul contestatoarei, respectiv <https://www.siad.com/ro/produse/gaze medicinale>, reiese că ...SRL poate furniza următoarele produse: oxigen medicinal lichefiat și comprimat.

Așadar, petenta are produsele care fac obiectul Lotului 1 și este de datoria acesteia să obțină avizele necesare de la Agenția Națională a Medicamentului. Punerea pe piață a medicamentelor și a gazelor medicinale autorizate ca medicamente implică mai multe responsabilități și obligații, pe care fiecare societate comercială trebuie să și le asume și, mai mult decât atât, toate societățile trebuie să respecte legislația în vigoare.

În opinia autorității, prin împărțirea Lotului 1, așa cum solicită contestatoarea, va crește apariția riscurilor, vor trebui alocate mai multe resurse pentru procesele de analiză și tratare a riscurilor și va fi în imposibilitatea de a respecta cerințele ISO 13485:2016, punând în pericol pacienții.

Produsele care compun Lotul 1 sunt gaze medicale identice ca și folosință, aceste gaze fiind administrate pacienților din cadrul unității spitalicești. Atât oxigenul medicinal lichid, cât și comprimat se administrează pacienților în același scop, nefiind produse distincte cu uz diferit, de aceea și decizia ca acest lot să nu fie împărțit în mai multe loturi.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că nu restricționează participarea contestatorului la licitație atât timp cât acesta deține Autorizația de punere pe piață pentru produsele care intră în componența Lotului 1. Lipsa buteliilor oxigen medicinal de 8 l din cadrul Autorizației de punere pe piață intră în sarcina contestatoarei.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a comunicat adresa nr. 3673/06.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 52437/06.10.2021, prin care precizează punctual următoarele:

- SC ...SRL a fost nevoită și anterior publicării acestei proceduri să depună contestație împotriva procedurii de atribuire neîmpărțită pe loturi, tocmai pentru a deschide concurența și pentru a putea participa. Chiar dacă în urma Deciziei CNSC, autoritatea contractantă a lotizat achiziția (în 4 loturi și nu în 6, așa cum a fost solicitat), tot a menținut

anumite cerințe restrictive cu scopul de a limita participarea la această procedură a operatorilor economici care nu au toate gazele medicinale în portofoliul de produse și care sunt obligați să ofere întreaga gamă, în caz contrar ofertele fiind respinse;

- autoritatea contractantă este obligată să respecte principiile care stau la baza achizițiilor publice fiind constrânsă să urmărească asigurarea unei concurențe reale și accesul la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici;

- gazele medicale solicitate, chiar dacă fac parte din aceeași categorie, sunt produse distincte, nu cum greșit susține autoritatea contractantă;

- autoritatea contractantă vrea să încheie un singur contract cu actualul furnizor, nu contează că obiectivul final al acestei proceduri este achiziționarea celor 3 tipuri de gaze medicale și nu are nicio importanță numărul de contracte ce urmează a fi încheiate pentru atingerea acestui obiectiv. Autoritatea contractantă ignoră faptul că are obligația de a încuraja participarea întreprinderilor mici și mijlocii la procedurile de achiziții publice prin împărțirea lotului 1 în loturi și diminuarea corespunzătoare a garanțiilor de participare și a cerințelor de calificare aferente. Astfel, petenta consideră că autoritatea contractantă nu are niciun motiv să refuze împărțirea pe loturi a lotului 1, fiind evident că lotizarea nu o afectează cu nimic și garantând un tratament egal și nediscriminatoriu, neimpunând obligații în sarcina operatorilor economici pentru participarea la procedura de achiziție.

Urmare studierii dosarului achiziției, contestatoarea a depus concluzii scrise nr. 3826/15.10.2021, înregistrate la Consiliu cu nr. 54316/15.10.2021, prin care învederează următoarele:

În cadrul strategiei de contractare, la împărțirea pe loturi a procedurii, a identificat punctul f), potrivit căruia *„Justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Legea nr. 98/2016 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;”*

În opinia sa, justificarea se referă la întreaga procedură, respectiv la cele 4 loturi, fără ca în ceea ce privește *lotul 1 - Oxigen medicinal lichid*, în care este cuprins și oxigenul medicinal comprimat, să existe o împărțire pe loturi a acestuia.

Tot în cadrul strategiei de contractare a identificat că *„în baza art. 200 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ofertanții ce depun oferta trebuie să facă dovada implementării sistemului de management al calității (ediția în vigoare) sau echivalent: - Certificat ISO 13485:2016 - Dispozitive medicale. Sisteme de management al calității. Cerințe pentru scopuri de reglementare este un standard general acceptat care stabilește cerințele pentru un sistem de management specific industriei dispozitivelor*

medicale. Standardul este conceput pentru a fi utilizat de organizațiile implicate în proiectarea, producția, instalarea și mentenanța dispozitivelor.

Certificarea implementării unui standard de management al calității oferă un plus de conformitate și transparență. Este solicitat standardul de calitate pentru dispozitive medicale, SR EN ISO 13485, deoarece este mai prescriptiv decât SR EN ISO 9001, întrucât tratând numai dispozitive medicale și serviciile asociate lor, conține mai multe cerințe față de referențialul SR EN ISO 9001”.

Petenta precizează că nu a identificat, în cadrul strategiei de contractare, tratarea riscurilor la care face trimitere autoritatea contractantă prin punctul său de vedere și nici creșterea apariției riscurilor.

Este bine știut faptul ca atunci când se planifică sistemul de management al calității, autoritatea contractantă trebuie să determine riscurile care necesită a fi tratate, or în această situație, aceste riscuri de care vorbește autoritatea contractantă nu se regăsesc în strategia de contractare. Acțiunile întreprinse pentru tratarea riscurilor trebuie să fie proporționale cu impactul potențial asupra conformității produselor și serviciilor. Important este de avut în vedere că procesul de management al riscului nu funcționează independent, el se integrează la nivelul proceselor și practicilor organizaționale și nu generează activități independente în cadrul sistemului de management.

Solicitarea tuturor informațiilor relevante în ceea ce privește fiecare gaz medical în parte, cum ar fi specificații cât mai clare, conformitate cu standarde naționale și internaționale, sau orice altă informație care se crede a fi relevantă pentru respectarea unui standard de calitate cât mai bine pus la punct, se realizează la nivelul documentației de atribuire, prin strategia de contractare inițială. Astfel că, prevenirea materializării riscurilor și a efectelor negative ale acestora, se face încă din faza stabilirii strategiei de contractare, tocmai cu rolul de a acționa preventiv. În plus, respectarea clauzelor contractuale aferente revine furnizorului (calitatea, documentele care atestă calitate/conformitatea, termene de livrare, etc).

În opinia contestatoarei, refuzul autorității contractante de a atribui contractul pe loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Autoritatea contractantă este obligată să respecte principiile care stau la baza achizițiilor publice fiind constrânsă să urmărească asigurarea unei concurențe reale și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici la procedura aferenta lotului 1.

În concluzie, autoarea contestației susține că în cadrul acestei proceduri de achiziție, pentru lotul 1, autoritatea contractantă poate obține un număr mare de oferte atât prin aplicarea principiilor transparenței, tratamentului egal, nediscriminării, recunoașterii reciproce și proporționalității, cât și prin modul de configurare a procedurii, respectiv împărțirea în loturi a lotului 1. Autoritatea contractantă are responsabilitatea de a analiza oportunitatea împărțirii acordului-cadru aferent lotului 1 pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achiziția lotului 1, astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici și nu să limiteze achiziția la actualul furnizor.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pe loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din 07.09.2021 și a documentației de atribuire aferente, pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Gaze medicale”, valoarea estimată fiind cuprinsă între 1.633.643,74 și 3.446.550,48 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunere a ofertelor 12.10.2021, ora 15:00.

Valoarea estimată pentru lotul 1 – Oxigen medicinal lichid, este cuprinsă în intervalul 1.309.933,70 și 2.731.199,60 lei, fără TVA, iar valoarea celui mare contract subsecvent care ar putea fi atribuit este de 646.706,40 lei, fără TVA.

Criteriul de atribuire stabilit este „Prețul cel mai scăzut”.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, în speță, împotriva modului în care autoritatea contractantă a împărțit procedura de atribuire pe loturi și a stabilit produsele care fac parte din cadrul lotului 1, a formulat contestație SC ...SRL.

Prin contestația formulată, SC ...SRL solicită obligarea autorității contractante de a remedia documentația de atribuire prin împărțirea lotului 1 în alte trei loturi, respectiv:

Lot 1 - Oxigen medicinal lichefiat

Lot 2 – Oxigen medicinal comprimat în butelii de 50l, 10l, 5l, 2l, și

Lot 3 – Oxigen medicinal comprimat în butelie de 8l cu regulator de presiune integrat, iar în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, obligarea acesteia la anularea procedurii de atribuire pentru lotul 1.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207511205/1 din 14.09.2021, a sumei de 25.869,00 lei, emisă de CEC Sucursala Piața Alba Iulia, respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, așa cum au fost modificate și completate prin OG nr. 3/2021 din data de 30.08.2021.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Analizând contestația formulată de SC ...SRL, Consiliul constată că în susținerea acesteia este invocat faptul că prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit ofertarea în 4 loturi a unor tipuri de produse (gaze) iar la lotul 1 sunt incluse atât oxigen medicinal lichefiat cât și oxigen medicinal comprimat.

Prin gruparea celor două gaze într-un lot unic, contestatoarea consideră că se restricționează participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici care nu au ambele gaze în portofoliul de produse, așa cum sunt ele solicitate în cadrul documentației de atribuire, favorizând astfel un singur furnizor pentru întreaga gamă de gaze medicinale de la lotul 1.

Un argument în plus invocat de către contestatoare este acela că oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat sunt produse diferite, ambalate diferit, livrate diferit, autorizate a fi puse pe piață în mod diferit.

Contestatoarea mai arată că pe piață sunt autorizați doi furnizori de oxigen medicinal lichefiat și patru furnizori de oxigen medicinal comprimat, însă oxigen medicinal comprimat în butelii de 8l autorizat poate furniza doar SC LINDE GAZ ROMANIA SRL. În acest context consideră că este restricționată participarea la procedura de atribuire a celorlalți trei operatori economici, fiind încălcate astfel dispozițiile art. 49 și art. 50 din Legea nr. 98/2016 și solicită împărțirea lotului 1 în alte 3 loturi, așa cum s-a arătat.

În susținerea criticilor contestatoarea indică jurisprudență în acest sens, respectiv Deciziile nr., din analiza cărora Consiliul constată că prin acestea a fost dispusă divizare pe mai multe loturi a unor tipuri diferite de gaze care au făcut obiectul respectivelor proceduri de atribuire cum de altfel a fost cazul și în procedura anterior organizată de ..., ce avut ca obiect oxigen medicinal, protoxid de azot medicinal, dioxid de carbon medicinal, amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot.

Consiliul reține că pentru achiziționarea produselor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire autoritatea contractantă a inițiat anterior procedura de atribuire (anunț), procedură care a fost contestată tot de SC ...SRL, pentru nedivizarea pe loturi a produselor pe tipuri de gaz, contestație care a fost admisă prin Decizia nr.

Consiliul reține că la pagina 14/18 a deciziei s-a reținut în considerente că:

*„În circumstanțele reținute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic lotizarea achiziției, iar **o astfel de lotizare** – cum s-a evidențiat – **îi este absolut necesară contestatorului și altor profesioniști care livrează doar un singur tip de gaze medicale pentru a putea accede***

la licitația pendinte, Consiliul consideră că spitalul nu are niciun motiv să refuze realizarea ei. Nu doar destinația este aceea care decide lotizarea unei achiziții, primordială fiind obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția”.

Consiliul reține că potrivit art. 141 alin. (1) 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”, prevedere legală de care autoritatea contractantă a ținut seama după primirea Deciziei nr.

În acest sens, Consiliul constată că după primirea deciziei, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire anterioară și a inițiat prezenta procedură de atribuire, prin împărțirea pe loturi de această dată a produselor pe tipuri de gaz, așa cum de altfel SC ...SRL solicitase și cum Consiliul a dispus prin decizie.

Față de toate acestea, Consiliul reține că efectul pozitiv al autorității de lucru judecat se aplică și în cauza de față. Astfel, art. 431 alin. (2) din codul de procedură civilă reglementează prezumția legală de lucru judecat, care reprezintă manifestarea pozitivă a autorității de lucru judecat; ea este la îndemâna oricăreia dintre părțile unui litigiu, în sensul că fiecare dintre ele are posibilitatea de a opune lucrul anterior judecat, într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

Așa cum practica judecătorească a subliniat în repetate rânduri, în acest caz, nu este necesar a fi întrunită tripla identitate, ci este suficient ca în judecata ulterioară să fie adusă în discuție o chestiune litigioasă în legătură cu ceea ce s-a soluționat anterior fie prin dispozitiv, fie prin considerente, fie prin dispozitiv și considerente; această judecată fiind deja făcută, ea nu mai poate fi contrazisă.

În acest sens, Consiliul apreciază ca fiind relevante considerentele următoarelor decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, care, chiar dacă sunt emise în alte materii decât achizițiile publice, tratează problema interpretării art. 431 alin. (2) din codul de procedură civilă:

- Decizia nr. 2787/2014 - Efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care nu prezintă triplă identitate cu primul, **dar care are legătură cu aspectul litigios dezlegat anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.** În acest sens, puterea de lucru judecat, în forma prezumției, vine să asigure, din nevoia de ordine și stabilitate juridică, evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor judecătorești. Prezumția nu oprește judecata celui de-al doilea proces, ci doar ușurează sarcina probațiunii, aducând în fața instanței constatări ale unor raporturi juridice făcute cu ocazia judecății anterioare și care nu pot fi ignorate. Cum potrivit art. 1200 pct. 4, cu referire la art. 1202 alin. (2) C. civ., în relația dintre părți, prezumția lucrului judecat are caracter absolut, înseamnă că ceea ce s-a dezlegat

jurisdicțional într-un prim litigiu va fi opus părților din acel litigiu, fără posibilitatea dovezii contrarii din partea acestora, într-un proces ulterior, **care are legătură cu chestiunea de drept sau cu raportul juridic deja soluționat.**

- Decizia nr. 4100/2018 – *„Pe de altă parte, există și efectul pozitiv al lucrului judecat, instituit prin dispozițiile art. 431 alin. (2) C. proc. civ., potrivit căruia oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă. După cum reiese din aceste prevederi legale, nu este necesar să existe tripla identitate de părți, obiect și cauză, ci este suficient ca în judecata ulterioară să fie adusă în discuție o problemă litigioasă care să aibă legătură cu ceea ce s-a soluționat anterior, așa încât aceasta să nu poată fi contrazisă, indiferent de calitatea soluției anterioare (dacă este sau nu corectă)”.*

Față de considerentele sus arătate, văzând că SC ...SRL a avut calitate procesuală activă în dosarul anterior, fiind societatea care a reclamat nelegalitatea prevederilor documentației de atribuire, inclusiv nedivizarea pe mai multe loturi (pe tipuri de gaz), văzând că cele constatate de Consiliu se referă la modalitatea de interpretare a aceleiași documentații de atribuire, constatând, de asemenea, că în cauza de față este adusă în discuție o problemă litigioasă care are legătură cu ceea ce s-a soluționat anterior, respectiv obligativitatea împărțirii pe loturi, respectiv pe **„doar un singur tip de gaze medicale”**, Consiliul constată că sunt incidente în cauză dispozițiile art. 431 alin. (2) C. proc. civ.

Astfel, Consiliul reține că decizia autorității contractante de divizare pe tipuri de gaze, ca urmare a Deciziei Consiliului nr., este corectă, autoritatea aplicând întocmai considerentele deciziei respective.

Prin urmare, critica contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 141 alin (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *„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”* se dovedește a fi nefondată de vreme ce aceasta a avut în vedere la reluarea noii proceduri de atribuire Decizia nr. și a împărțit pe loturi, în speță pe tipuri de gaze, câte un lot pentru fiecare tip de gaz, **„doar un singur tip de gaze medicale”** așa cum a dispus Consiliul prin decizie.

În acest context, solicitarea contestatoarei ca lotul 1 care are ca obiect un tip de gaz, respectiv oxigen medicinal, să fie împărțit pe loturi la rândul lui, inclusiv pe tipuri de cantități îmbuteliate, respectiv constituirea unui lot separat pentru oxigenul medicinal comprimat în butelie de 8l întrucât societatea sa nu deține autorizație pentru butelia de 8l, apare ca nefondată. Consiliul reține că este culpa sa că nu a autorizat produsul respectiv, întrucât documentația de atribuire nu se redactează în funcție de autorizările pe care le dețin operatorii privați

pentru fiecare produs, ci în funcție de necesitățile autorității contractante.

Autoritatea contractantă nu are obligația de a se interesa ce autorizații deține fiecare producător în parte, fiind în sarcina lor să obțină autorizațiile necesare.

Consiliul va reține că în cazul procedurilor organizate pe loturi autoritatea contractantă este obligată să țină seama de prevederile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care stabilesc că *„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”,* dispozițiile legale de care a ținut seama având în vedere că prin lotul 1 procedura se adresează producătorilor de oxigen.

Consiliul constată de asemenea că deși în fișa de date a procedurii de atribuire organizată în luna iunie 2021 (...), la Cap. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, punctul 6 este menționat *„Oxigen medicinal comprimat în butelii de 10l și 8l cu regulator de presiune integrat buc 264 528 960 2,112”,* contestatoarea nu a solicitat prin contestația anterioară împărțirea oxigenului medicinal comprimat pe tipuri de cantități îmbuteliate, cum solicită în prezenta speță, ci, *„s-a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 5 loturi a achiziției, respectiv oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat, protoxid de azot medicinal, dioxid de carbon medicinal și amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot”,* dovadă că prezenta contestație apare ca formulată cu rea credință.

Este reținut faptul că în prezenta procedură de atribuire împărțirea pe alte noi loturi nu este posibilă fără a se dispune anularea procedurii de atribuire, ori în acest context pandemic, pe lângă caracterul nefondat al solicitării, o astfel de decizie se dovedește contrară interesului public.

În acest sens, Consiliul reține adresa nr. 65869/18.10.2016, emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României potrivit căreia *„(...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.”*, dar și de adresa nr.3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, potrivit cu care *„Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor.”*

Consiliul reține că în toate cele patru proceduri indicate de contestatoare, ca jurisprudență, este vorba de proceduri în care s-a

solicitat achiziționarea mai multor tipuri de gaz fără a fi împărțite pe loturi, iar Consiliul a stabilit că este necesară o astfel de împărțire, lucru pe care de altfel și autoritatea l-a făcut la reluarea procedurii de atribuire.

Așa cum s-a reținut și prin Decizia nr. ... era necesară împărțirea pe câte un tip de gaz, pentru a da posibilitatea contestatoarei să participe la procedura de atribuire, cât și altor operatori economici care nu pot furniza toate tipurile de gaz, în conformitate cu art. 141 alin. (2) citat mai sus.

Consiliul constată că SC ...SRL este furnizor de oxigen medicinal, prin urmare, nu poate invoca faptul că îi este restricționată participarea la procedura de atribuire ca urmare a monitorizării buteliilor de 8l, din propria sa neglijență.

Faptul că societatea sa nu a făcut demersuri pentru a obține autorizarea pentru oxigen medicinal comprimat în butelii de 8l acesta nu este un motiv de natură a fi invocat ca o piedică din partea autorității contractante pusă contestatoarei de a participa la prezenta procedură de atribuire.

Potrivit art. 20 din HG nr. 395/2016, *„(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire” iar potrivit alin. 10 „Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”.*

Prin urmare, contestatoarea nu poate impune autorității contractante să împartă lotul 1 în alte trei loturi astfel încât să poată participa și societatea sa cu recipienți pentru care este autorizat, operatorii economici fiind cei interesați să obțină autorizări pentru cât mai multe tipuri de îmbuteliere a aceluiași tip de gaz, cu atât mai mult cu cât este producător de astfel de gaz. Incapacitatea SC ...SRL de a furniza produsul în butelii de 8l pentru că nu este autorizat nu este o chestiune care să oblige autoritățile contractante să stabilească un lot separat pentru oxigen comprimat în butelii de 8l.

În contextul pandemic actual producătorii de oxigen medicinal cum este și contestatorul ar trebui să aibă tot interesul să vină în întâmpinarea nevoilor reale ale autorităților contractante care de regulă sunt unități spitalicești.

Or, nevoia autorității contractante în acest moment este, așa cum rezultă din caietul de sarcini, cel puțin în ceea ce privește cantitatea minimă/contract subsecvent pentru oxigen medicinal comprimat în butelii de 10l și 8l de 264 buc. fiind apropiată de cantitatea minimă/contract subsecvent pentru oxigen medicinal comprimat în butelii de 5l de 250 buc.

În soluționarea contestației, Consiliul va reține că oxigenul medicinal a fost cuprins în lotul 1, având în vedere că sunt produse care folosesc același scop, sunt gaze medicale identice ca și folosință fiind administrate pacienților, au același Cod CPV, iar oxigenul medicinal comprimat, pentru care se solicită un lot separat pentru buteliile de 8l, este un singur produs solicitat în diferite capacități de butelii pentru care operatorii economici trebuie să dețină Autorizație de punere pe piață.

Așa cum rezultă din informațiile puse la dispoziție pe site-ul <https://www.siad.com/ro/produse/gaze-medicinale>, contestatoarea poate furniza produse care fac obiectul lotului 1, respectiv oxigen medicinal lichefiat și oxigen comprimat, faptul că nu poate oferta butelie de 8l nu poate fi reținută ca o restricționare de participare la prezenta procedură de atribuire. În situația prezentată de contestatoare se pot considera restricționați și ofertanții care nu dețin autorizație pentru butelii de 50l, motiv pentru care ar solicita, evident nefondat, să se constituie un lot separat pentru butelii de această capacitate doar pentru că societatea nu deține aviz pentru o astfel de tip de butelie.

Așadar, contestatoarea este producător și furnizor al produselor cuprinse în lotul 1, respectiv pentru tipul de gaz ce face obiectul lotului 1 situație în care se reține că acest lot este destinat producătorilor de oxigen, respectiv acestui segment de piață din care face parte și contestatoarea.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

...

...

Redactată în 4 exemplare, conține 16 (şaisprezece) pagini