



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. 1519/C3/1627

Data: 27.08.2020

Prin contestația nr. 988/06.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32204/06.08.2020, înaintată de SRL, cu sediul în, înmatriculată la registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, formulată împotriva documentației de atribuire emisă de autoritatea contractantă, cu sediul în, în procedura licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru "Furnizare gaze medicale și servicii diverse", inițiată cu anunțul de participare nr. CN1023126, publicat în SEAP la 28.07.2020, s-a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind documentația de atribuire, prin achiziția pe mai multe loturi, iar subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de achiziție. În același timp, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea cauzei pe fond.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația sa (nr. 988/06.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32204/06.08.2020), ... SRL atacă documentația de atribuire emisă de autoritatea contractantă, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru "Furnizare gaze medicale și servicii diverse", ce a fost inițiată cu anunțul de participare CN1023126, publicat în SEAP la 28.07.2020,

solicitând remedierea ei (documentației) prin împărțirea achiziției în 3 loturi, și anume: oxigen medicinal, dioxid de carbon medicinal și protoxid de azot medicinal.

În opinia contestatoarei, procedura de atribuire, în modalitatea publicată, încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, întrucât autoritatea contractantă intenționează să încheie contractul de achiziție publică cu un singur furnizor, pentru toate tipurile de gaze.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic, pentru aceste gaze, numai dacă poate să justifice faptul că execuția contractului, din punct de vedere tehnic, ar fi prea dificilă sau costisitoare sau dacă nu este în măsură să coordoneze executarea contractului. Or, refuzul de a atribui contractul prin divizarea în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide aspra oportunității organizării procedurii, pe loturi sau ca un ansamblu, este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte, iar această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

În susținerea celor menționate mai sus, contestatoarea, enumeră, cu titlu de exemplu, autorități contractante similare și proceduri de achiziție similare, prezentând copii ale unor anunțuri de participare din proceduri care s-au derulat pe loturi.

Consideră contestatoarea că procedura nu este împărțită pe loturi, pentru că, în opinia autorității contractante, toate produsele (gaze medicinale) ar avea același cod CPV.

În vederea combaterii acestei supoziții, contestatoarea precizează că a identificat, pentru fiecare produs, în parte, câte un cod CPV și anume: oxigen medicinal – CPV 24111900-4 Oxigen, protoxid de azot – CPV 24112200-4 Oxizi de azot și dioxid de carbon – CPV 24112100-3 Dioxid de carbon.

În altă ordine de idei, contestatoarea subliniază că divizarea pe loturi presupune diminuarea răspunderii privind siguranța pacientului.

Privitor la convingerea autorității contractante că toți operatorii economici autorizați pentru gaze medicinale dețin produsele care fac obiectul acordului-cadru, contestatoarea precizează că, în realitate, nu toți operatorii autorizați să pună pe piață oxigen medicinal sunt autorizați să pună pe piață și protoxid și dioxid de carbon.

Având în vedere că aceste gaze au nevoie de autorizație de punere pe piață și că, pentru dioxidul de carbon, există un singur furnizor în România, care deține autorizația de punere pe piață, devine evident că se restricționează accesul la prezenta procedură și se încalcă principiile nediscriminării și proporționalității, mai precizează contestatoarea.

Conform Nomenclatorului de medicamente, singurul producător unic de dioxid de carbon medicinal și singurul operator economic care îl poate pune pe piață, în România, este Ltd. - deținătorul autorizației de punere pe piață și fabricantul produsului.

Contestatoarea arată că, în Fișa de Date a Achiziției, la pct. *III. 1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, prin cerințele nr. 1 și 2, se solicită ofertanților autorizația de distribuție *angro, eliberată de MS - Agenția Națională a Medicamentului și dovada avizării unității pentru activități de procurare/comercializare, activități de deținere (depozitare)/manipulare, livrare/transport sub contract, a medicamentelor de uz uman prin prezentarea autorizației de distribuție angro eliberata de MS-ANM*, precum și autorizație de punere pe piață a produsului.

De asemenea, există și mențiunea că: *autorizație de distribuție angro și autorizație de punere pe piață a produsului, emise de Ministerul Sănătății, care se vor prezenta la solicitarea autorității contractante, doar de către operatorii economici clasați pe primele trei locuri, după finalizarea evaluării ofertelor. La data limită de depunere a ofertelor, operatorii economici vor prezenta doar DUAE, iar persoanele juridice/fizice străine vor prezenta documente echivalente, emise în conformitate cu legislația aplicabilă în țara de rezidență.*

Astfel, în opinia contestatoarei, se restricționează participarea operatorilor economici producători de oxigen medicinal și a producătorilor de protoxid, în condițiile în care există un furnizor unic pentru dioxidul de carbon medicinal.

Mai precizează contestatoarea că actele normative care impun obligativitatea acestor autorizări sunt: Titlu XVII, *Medicamentul*, art. 700, alin. (1) și (2), art. 730 alin. (5) și art. 788 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare și OMS nr. 1964/2008 pentru aprobarea normelor privind înființarea, organizarea și funcționarea unităților de distribuție angro de medicamente de uz uman; Ordinele MSF nr. 263/15.03.2003 și nr. 895/20.07.2006; Regulamentul (CE) nr. 726/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 31.03.2004 de stabilire a procedurilor comunitare privind autorizarea și supravegherea medicamentelor de uz uman și veterinar; Regulamentul (CE) nr. 1234/2008 al Comisiei din 24.11.2008 privind examinarea modificării condițiilor autorizațiilor de introducere pe piață acordate pentru medicamentele de uz uman și veterinar.

Contestatoarea susține că, analizând argumentele autorității contractante din cadrul caietului de sarcini, reiese că aceasta nu a ales să utilizeze lotul unic în funcție de necesități obiective, adaptând obiectul acordului-cadru astfel încât să permită

participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici, ci a ales să restricționeze accesul și să influențeze în mod direct concurența. În acest sens, contestatoarea înțelege să invoce prevederile art. 1 și ale art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În altă ordine de idei, contestatoarea susține că, din cuprinsul caietului de sarcini, se observă că furnizarea fiecărui tip de gaze este independentă de furnizarea celorlalte. Niciunde nu se arată că aceste gaze trebuie să fie livrate doar împreună și doar de un singur operator economic, mai ales că nu se achiziționează un ansamblu unitar de produse medicale, ci produse separate, situație din care reiese, în mod indubitabil, că se poate acoperi necesitatea autorității contractante, de livrare a gazelor, chiar dacă ele ar proveni de la ofertanți diferiți.

Autoritatea contractantă, în opinia contestatoarei, este ținută de principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora, nu trebuie să restrângă libertatea competiției, principii consacrate și de Codul European de Bune Practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor Mici și Mijlocii la contractele de achiziții publice.

Menținerea lotului unic, în scopul atribuirii unui singur contract poate trezi suspiciuni legate de intenția autorității contractante de a favoriza un anumit operator economic, în cazul de față unicul deținător al autorizațiilor de punere pe piață pentru dioxidul de carbon medicinal, protoxidul de azot și oxigen medicinal.

Codul European de Bune Practici, în articolul „1.1 Divizare în loturi” reglementează expres că: "Directivele referitoare la achiziții publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi".

Divizarea contractului de achiziție publică, indubitabil, facilitează accesul IMM-urilor atât din punct de vedere cantitativ (mărimea loturilor corespunde cât mai bine capacității productive), cât și calitativ (conținutul unui astfel de lot poate să corespundă cât mai bine unui sector specializat). Deși există posibilitatea pentru autoritățile contractante de a diviza un contract în măsura în care este adecvat și fezabil, această posibilitate nu trebuie folosită în așa fel încât să se restrângă libera concurență.

Prin împărțirea pe loturi a achiziției și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, 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.

Or, operatorii economici specializați pe un singur tip de gaze nu au acces liber, fie din cauza obiectului contractului, care excedă propriului obiect de activitate, fie din cauza cerințelor impuse prin documentația de atribuire.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 32 alin. (2) 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, potrivit cărora: "autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența".

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.

Conform deciziei Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007: „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”.

În opinia contestatoarei, presupunând că autoritatea contractantă nu ar avea nicio obligație de a diviza achiziția în mai multe loturi, așa cum menționează în caietul de sarcini, ci doar un drept, din textele reproduse rezultă că acest drept nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, fără scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, neexcesiv și rezonabil.

În susținerea tuturor criticilor, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere și motivarea deciziilor CNSC nr. 24812/1379/C5/ 19.06.2018, 14928/492/C9/15.04.2020 și 12090/395/C8/26.03.2020.

În drept, contestatoarea arată că își întemeiază cererile pe dispozițiile art. 8 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții legale incidente în cauză.

În replică, prin adresa nr. 16088/10.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 33206/12.08.2020, autoritatea contractantă a înaintat un punct de vedere la contestația SRL, prin care comunică Consiliului că, începând cu data de 10 august 2020, a suspendat procedura de achiziție ce face obiectul cauzei.

În ceea ce privește contestația promovată de SRL, autoritatea contractantă precizează că acest ofertant nu a solicitat clarificări cu privire la criticile formulate prin contestație.

Referitor la justificarea deciziei de a nu împărți pe loturi procedura, autoritatea contractantă specifică că, la baza modalității de atribuire au stat prevederile HG nr. 395/2016, valoarea estimată a achiziției și faptul că toți operatorii economici, furnizori de gaze medicale, au în portofoliu produsele solicitate și astfel, în opinia sa, nu se restrânge libera concurență și nici nu se încalcă principiile tratamentul egal și al nediscriminării.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă precizează faptul că toate produsele au același cod CPV, iar între ele există o strânsă legătură, în sensul că protoxidul de azot medicinal nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal.

Apreciază autoritatea contractantă că, prin divizarea achiziției pe loturi, este posibil să nu se prezinte nici un ofertant și să fie în situația de a nu putea furniza serviciile.

Nu în ultimul rând, arată autoritatea contractantă, așa cum se specifică în documentație, dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și a protoxidului de azot, a dioxidului de carbon, a azotului lichid, a heliului lichid și comprimat să se facă de un singur operator economic, datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența. Or, divizarea pe loturi presupune o diminuarea răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui potențial incident fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea producerii incidentului.

În susținerea celor menționate mai sus, autoritatea contractantă invocă Ordinul Ministrului Sănătății nr. 131/04.02.2016, pentru aprobarea Normelor privind autorizarea unităților de distribuție angro de medicamente de uz uman, certificarea de bună practică de distribuție și înregistrarea brokerilor de medicamente de uz uman.

Prin adresa nr. 1037/20.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționarea a Contestațiilor sub nr. 34947/20.08.2020, ... SRL a transmis concluzii scrise, prin care reiterează motivele și argumentele din cuprinsul contestației, în susținerea cererilor sale.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii unui acord-cadru pentru "Furnizare gaze medicale și servicii diverse", ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o licitație deschisă, cu anunțul de participare nr. CN1023126, publicat în SEAP la 28.07.2020.

Considerând că procedura de atribuire încalcă principiile nediscriminării și tratamentului egal, prin faptul că autoritatea contractantă intenționează să încheie achiziția cu un singur furnizor, pentru toate tipurile de gaze, ... SRL a promovat prezenta contestație, prin care solicită obligarea autorității contractante la comunicarea valorii celui mai mare contract subsecvent, împărțirea achiziției în mai multe loturi, concomitent cu accesul la dosarul cauzei, iar subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de achiziție, precum și suspendarea procedurii, până la soluționarea cauzei pe fond.

Cererea de suspendarea a procedurii a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. 1385/C3/1627 din data de 10.08.2020, autoritatea contractantă înțelegând să decidă voluntar suspendarea.

Preliminar analizei pe fond a cererilor, Consiliul a luat act de faptul că SRL a făcut dovada îndeplinirii obligației stabilite la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii unei cauțiuni, conform celor consemnate prin recipisa de consemnare nr. 206444200/1, în valoare de 16.654,09 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, la data de 14.08.2020. Demersul contestatoarei a urmat trimiterii către ea, de către autoritatea contractantă, a strategiei de contractare, document care conține informațiile de detaliu ale procedurii de atribuire, inclusiv valoarea estimată a achiziției.

Consiliul mai reține, de asemenea, faptul că autoritatea contractantă a confirmat, prin punctul de vedere la contestație, intenția de a preciza, pe calea unui anunț tip erată, noi informații, privitoare la procedura de atribuire, legate de nivelul valoric al garanției de participare și celui al garanției de bună execuție.

În privința absenței informațiilor, de precizie, legate de dimensiunea valorică a contractelor subsecvente acordului-cadru, Consiliul constată că, în fapt, autoarea criticilor a primit strategia de contractare, care conține valoarea celui mai mare contract subsecvent (dar pentru două loturi).

În acest context, Consiliul consideră că, la nivel formal, solicitarea de obligare a autorității contractante de a indica valoarea celui mai mare contract subsecvent a rămas fără obiect.

Cu toate acestea, întrucât contestatoarea atacă modalitatea de stabilire a dimensiunii înțelegerilor contractuale viitoare (nedivizarea pe loturi a achiziției de gaze medicinale), Consiliul va analiza necesitatea, implicită, a redimensionării contractelor subsecvente, în funcție de ansamblul criticilor.

Conform regulilor generale/specifice de organizare a achiziției prin acord-cadru, regăsite în art. 20 alin. (8) litera g), art. 35 alin. (3) litera a) și art. 107 alin. (2) litera f) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, anunțul de participare trebuie să conțină și un set minim de informații specifice, precum estimarea valorii celui mai mare contract subsecvent care urmează să fie atribuit, iar garanția de participare și criteriile de calificare trebuie să fie stabilite prin raportare la această valoare.

De asemenea, autoritatea contractantă stabilește condițiile specifice de derulare a achiziției prin strategia de contractare, în concordanță cu prevederile art. 9 alin. (3) din aceleași Norme: *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;

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;

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

d) mecanismele de plată în cadrul contractului [...];

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, [...];

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;

g) obiectivul din strategia locală/regională/națională de dezvoltare la a cărei realizare contribuie contractul/acordul- cadru respectiv, dacă este cazul;

h) orice alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesităților autorității contractante.

Or, din conținutul strategiei de contractare puse la dispoziție de autoritatea contractantă (exemplarul transmis contestatoarei fiind integral, în timp ce exemplarul transmis Consiliului este copiat în parte), rezultă că autoritatea contractantă a pregătit achiziția prin raportare la două loturi (lot 1 - *Oxigen medicinal* și lot 2 - *Dioxid de carbon*).

Cu toate acestea, anunțul de participare conține informația că nu sunt admise loturi în procedura de atribuire, iar autoritatea contractantă neagă propriile demersuri (prin punctul de vedere la contestație), în sensul că nu acceptă atribuirea pe loturi (contrar informațiilor din propria strategie de contractare).

În privința justificărilor din punctul de vedere la contestație, privind neatribuirea pe loturi a obiectului achiziției, Consiliul le consideră, global, neavenite, întrucât temeinicia lor ar fi putut fi verificată numai dacă erau menționate în strategia de contractare.

Conform regulilor generale, stabilite la art. 141 din Legea nr. 98/2016, atribuirea pe loturi este un drept ce trebuie exercitat nediscreționar de autoritatea contractantă, care trebuie să justifice decizia de a nu recurge la o astfel de atribuire:

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.

Documentul care conține justificarea neatribuirii pe loturi este, conform regulilor, sus enunțate, din Normele de aplicare a Legii, strategia de contractare.

În situația de față, autoritatea contractantă nu a justificat neatribuirea pe loturi, prin strategia de contractare, ci a prevăzut loturi diferite, ceea ce confirmă temeinicia susținerilor contestatoarei, privind incorecta dimensionare a obiectului achiziției.

Consiliul constată, de asemenea, că în practică există proceduri de atribuire a gazelor medicinale conform compoziției/naturii distincte a acestora, în sensul achiziției separate a oxigenului medicinal, a dioxidului de carbon și a protoxidului de azot, Regulamentul CPV conținând chiar clasificări distincte (clase și categorii) ale oxigenului, dioxidului de carbon și oxidului de azot.

Prin urmare, nu se confirmă imposibilitatea practică sau inconvenientul obiectiv pentru autoritatea contractantă de a atribui contracte pe loturi diferite, în funcție de cele 3 tipuri de gaze medicinale de interes.

Pentru aceste motive, ținând cont și de intenția declarată a autorității contractante de a completa parte din documentația de atribuire, pe calea unui anunț tip erată, Consiliul va admite contestația, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 și va obliga autoritatea contractantă la împărțirea achiziției pe 3 loturi distincte, cu dimensionarea contractelor subsecvente în mod implicit, precum și a altor informații de interes, în 15 zile de la primirea deciziei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SRL împotriva documentației de atribuire emise de, în procedura inițiată cu anunțul de participare nr. CN1023126/28.07.2020.

Obligă autoritatea contractantă la împărțirea achiziției pe 3 loturi distincte (pe tip de gaze medicinale), cu dimensionarea contractelor subsecvente în mod implicit, precum și a altor informații de interes, în 15 zile de la primirea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform prevederilor art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.