CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată la ORC sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal de ....., formulată împotriva unor prevederi ale documentaţiei de atribuire, elaborată de ....., cu sediul în ....., ..., judeţul ....., cod poştal: ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de "licitaţie deschisă" organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect furnizarea de: „Gaze medicale şi servicii accesorii livrării în bune condiţii a acestora", coduri CPV: 24111500-0 Gaze medicale şi 98390000-3 Alte servicii (Rev. 2), s-a solicitat Consiliului:

- obligarea autorităţii contractante să remedieze documentaţia de atribuire, prin împărţirea pe loturi a atribuirii contractului de furnizare şi să elimine obligativitatea prezentării Avizului de funcţionare emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medical lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicinal, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii;
- în subsidiar, în situaţia în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, să dispună anularea procedurii de atribuire;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea pe fond a cauzei.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat de către SC ..... SRL să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care atacă unele prevederi ale documentaţiei de atribuire, elaborată de ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menţionate în partea introductivă.

1. Referitor la lipsa împărţirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, contestatoarea consideră că, în fapt, autoritatea contractantă intenţionează să achiziţioneze următoarele produse:

- **Oxigen medicinal lichefiat şi oxigen medicinal comprimat – cod CPV: 24111900-4 Oxigen (Rev.2) şi servicii de închirirere instalaţie stocare şi distribuţie oxigen;**
- **Protoxid de azot medical – cod CPV: 24112200-4 Oxizi de azot (Rev.2).**

Contestatoarea opinează că: „prin corelarea art. 10 din HG nr. 925/ 2006 cu art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, reiese clar că se aplică principiile care guvernează materia achiziţiilor publice care prevede împărţirea pe loturi la atribuirea contractului."

În opinia sa, având în vedere că sunt produse diferite, procedura de atribuire încalcă principiul nediscriminării şi principiul tratamentului egal, prin faptul că autoritatea contractantă intenţionează să încheie contractul de achiziţie publică cu un singur furnizor, pentru toate tipurile de gaze menţionate: *Oxigen medical lichefiat; Oxigen medical comprimat; Protoxid de azot medical.*

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic pentru aceste gaze, dacă poate să justifice faptul că, din punct de vedere tehnic, execuţia contractului ar fi prea dificilă sau costisitoare sau dacă autoritatea contractantă nu este în măsură să coordoneze executarea contractului de achiziţie publică.

În caz contrar, susţine că refuzul autorităţii contractante de a atribui contractul prin divizarea acestuia în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunităţii organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu, este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte şi această restrângere nu este întemeiată pe natura şi complexitatea achiziţiei.

În acest sens, menţionează că autoritatea contractantă este ţinută de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, care statuează că nu trebuie restrânsă libertatea competiţiei, principii consacrate şi de Codul European de Bune Practici pentru înlesnirea accesului Întreprinderilor Mici şi Mijlocii la contractele de achiziţii publice.

În opinia sa, menţinerea lotului unic, în scopul atribuirii unui singur contract, poate trezi suspiciuni legate de intenţia autorităţii contractante de a favoriza un anumit sau anumiţi operatori economici, invocând, în apărarea sa, Codul European de Bune Practici, prin articolul „1.1 Divizare în loturi", potrivit căruia: „Directivele referitoare la achiziţii publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi".

Contestatoarea susţine că acest articol stabileşte că deşi există posibilitatea pentru autorităţile contractante de a diviza un contract, în măsura în care este adecvat şi fezabil, această posibilitate ***nu trebuie folosită în aşa fel încât să se restrângă libera concurenţă, afirmând că*** din acest articol se pune în discuţie principiul tratamentului egal şi nediscriminării versus principiul proporţionalităţii în atribuirea unui contract de achiziţie publică sau, cu alte cuvinte, este posibilă o restrângere a concurenţei dintre operatorii economici numai în măsura în care este adecvat şi fezabil în funcţie de obiectul contractului. În opinia sa, includerea tuturor solicitărilor într-un singur lot rămâne un obstacol nejustificat, de natură a împiedica operatorii economici să participe la procedură şi de a restrânge în mod vădit concurenţa între operatorii economici interesaţi.

În argumentarea criticilor sale, SC ..... SRL menţionează că alte spitale au publicat acest gen de achiziţie pe loturi, tocmai pentru că aceste produse au coduri CPV diferite (de exemplu: CPV 24111900-4 Oxigen (Rev.2) şi CPV 24112200-4 Oxizi de azot), fiind produse care pot fi furnizate de anumiţi producători şi distribuitori în condiţiile legii, arâtând că furnizarea acestor gaze se face conform Legii nr. 95/2006, iar producătorii/furnizorii de gaze trebuie să deţină Autorizaţie de Punere pe Piaţă de la Agenţia Naţională a Medicamentului şi Autorizaţie de Fabricaţie emisă de Agenţia Naţionala a Medicamentului, dacă operatorul economic participant este producător de gaze medicale, în baza legii de mai sus.

Contestatoarea consideră că, autoritatea contractantă încearcă, prin orice mijloace, să atribuie contractul furnizorului actual, cu care are relaţii contractuale de peste 15 ani, motiv pentru care, acum, a publicat documentaţia fără a împărţi în loturi contractul de achizie, subliniind că posibila existenţă a doi sau mai mulţi furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădeşte cu nimic managementul livrărilor.

Invocând prevederile art. 14 alin. (1) şi art. 15 din Codul Civil, contestatoarea arată că dreptul autorităţii contractante de a diviza contractul pe loturi nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu ***bună-credinţă*** în acord cu ordinea publică şi bunele moravuri, fără scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, neexcesiv şi rezonabil, contrar bunei-credinte.

În concluzie, SC ..... SRL consideră că autoritatea contractantă nu are niciun motiv să refuze împărţirea în loturi a acestui contract, cu excepţia abuzului de drept, interzis de normele legale de altfel, având în vedere că această achziţie are acelaşi obiect ca şi cea publicată în anul 2013, caietul de sarcini fiind nemodificat, singura modificare operată fiind neîmpărţirea pe loturi.

Contestatoarea consideră ***că*** prin modul de grupare a produselor într-un singur lot, autoritatea contractantă a încălcat şi principiul eficienţei utilizării fondurilor publice, în această situaţie fiind certă obţinerea unor preţuri unitare mult mai mari decât în situaţia în care ar fi mai multe loturi şi implicit mai mulţi ofertanţi (concurenţa fiind mai mare). În acest sens, solicită Consiliului să dispună anularea procedurii de atribuire, astfel cum aceasta a fost publicată.

2. Referitor la solicitarea Avizului de funcţionare emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale, pentru comercializarea de oxigen medicinal lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicinal, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă demonstrează că nu cunoaşte legislaţia în vigoare, respectiv Legea nr. 176/2000 privind dispozitivele medicale cu normele metodologice aprobate prin Ordinul nr. 1636/2004, care stabileşte cadrul legal şi instituţional pentru controlul dispozitivelor medicale, dispozitivelor medicale implantabile active, dispozitivelor medicale pentru diagnostic in vitro, puse în funcţiune şi utilizate, denumite în continuare dispozitive medicale, precum şi pentru controlul activităţilor de comercializare, distribuţie şi de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale.

Ţinând cont de faptul că oxigenul medicinal de concentraţie 99,5% este autorizat de Agenţia Naţională a Medicamentului, cu precizarea că este produs în mod industrial şi livrat în butelii şi rezervoare (recipienţi criogenici), iar stocatoarele de oxigen şi buteliile nu sunt considerate dispozitive medicale, contestatoarea solicită Consiliului să dispună modificarea documentaţiei de atribuire în sensul eliminării acestei cerinţe.

Prin adresa nr. 8866/02.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 17086/06.06....., ... a transmis punct de vedere cu privire la contestaţia înaintată de SC ..... SRL, precum şi copia dosarului achiziţiei publice.

Autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu documentaţia de atribuire, publicată în SEAP, se solicită prezentarea ofertei într-un singur lot pentru gaze medicale (oxigen medicinal lichefiat, comprimat, protoxid de azot medicinal) şi servicii accesorii, livrării în bune condiţii a acestora.

Totodată, una dintre condiţiile de livrare este ca ofertantul să prezinte AVIZUL DE FUNCŢIONARE emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medicinal lichefiat, comprimat si protoxid de azot medicinal, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii.

1. Referitor la solicitarea contestatoarei privind împărţirea pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, după ce invocă prevederile art. 23 şi art. 44 din OUG nr. 34/2006, ale art. 10 din HG nr. 925/2006, precum şi cele menţionate în fişa de date a achiziţiei la punctul III.1.3) forma juridică pe care o va lua grupul de operatori economici căruia i se atribuie contractul, autoritatea contractantă consideră că, în spiritul articolelor de lege mai sus amintite, orice ofertant are posibilitatea să participe la procedura de atribuire în asociere.

http://www.siad.com/romania/ paqina.asp?m= 3&id = 96Astfel, susţine că este îndreptăţită să constituie obiectul prezentei proceduri, fără a recurge la împărţirea pe loturi, alegând soluţia cea mai avantajoasă şi sigură din punct de vedere tehnic şi economic, precizând că, de pe site-ul oficial (http://www.siad.com/romania/ paqina.asp?m= 3&id = 96), reiese că SC ..... SRL poate furniza integral toate produsele solicitate, într-un singur lot.

De asemenea, subliniază că toţi furnizorii de gaze medicale şi gaze de terapie, înregistraţi şi autorizaţi de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale, au în portofoliu toate produsele solicitate, astfel că nu se restrânge libera concurenţă şi nici nu se încalcă principiul tratamentului egal şi al nediscriminării, versus principiul proporţionalităţii, în atribuirea unui contract de achiziţii publice.

2. Referitor la solicitarea contestatoarei în ceea ce priveşte Avizul de funcţionare, emis de Agenţia Naţionala a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medical lichefiat, comprimat si protoxid de azot medical, conform Legii nr. 95/2006, autoritatea contractantă precizează că acesta se cere pentru realizarea reţelei de conducte, armături şi reductoare specifice unei bune funcţionări a instalaţiei, necesare pentru interconectarea instalaţiei la reţeaua de conducte a spitalului, în conformitate cu cerinţele din caietul de sarcini.

În acest sens, precizează, pe de o parte, că *„atât oxigenul medicinal lichid şi comprimat, cât şi protoxidul de azot medical sunt autorizate de Agenţia Naţionala a Medicamentului si a Dispozitivelor Medicale stocate în stocator sau/şi butelii considerate ambalaj”*, iar pe de altă parte că *„Avizul de funcţionare pentru dispozitivele medicale emis de Ministerul Sănătăţii nu se cere nici pentru stocator şi nici pentru butelii ci pentru dispozitivele sistemului de distribuţie, care face legătura la reţeaua de conectare a spitalului, conform cerinţelor caietului de sarcini.*

În final, susţine că ştie legislaţia în vigoare şi de aceea solicită acest aviz, astfel încât componentele sistemelor de distribuţie să fie dispozitive medicale conform Directivei 93/42/EEC. Prin urmare, solicită respingerea contestaţiei în cauză, ca fiind netemeinică şi nelegală.

3. Referitor la solicitarea privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea pe fond a cauzei, ... menţionează că a suspendat procedura în data de 30.05..... şi implicit s-a amânat data de deschidere a ofertelor până la soluţionarea contestaţiei de către CNSC.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 17560/09.06....., SC ..... SRL a transmis concluzii scrise, formulate în urma analizării punctului de vedere comunicat de autoritatea contractantă, precum şi ca urmare a studierii dosarului cauzei la sediul Consiliului.

În plus faţă de argumentaţia comunicată prin intermediul contestaţiei, SC ..... SRL consideră că sunt necesare urmatoarele precizări:

- autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic, pentru aceste gaze, dacă poate să justifice faptul că, din punct de vedere tehnic, execuţia contractului ar fi prea dificilă sau costisitoare sau utoritatea contractantă nu este în măsură sa coordoneze executarea contractului de achiziţie publică;

- din analiza punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, nu rezultă că aceasta a adus argumente privind dificultatea execuţiei contractului, ba din contră, precizează foarte clar că "are dreptul, nu obligaţia de a recurge la atribuirea contractului pe loturi" fără alte explicaţii.

Refuzul autorităţii contractante de a atribui contractul prin divizarea acestuia în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunităţii organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu este nejustificat, deoarece ***restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte şi această restrângere nu este întemeiată pe natura şi complexitatea achiziţiei***.

În opinia contestatoarei, în modalitatea publicată, procedura de atribuire ***încalcă principiul nediscriminării şi principiul tratamentului egal,*** prin faptul că autoritatea contractantă intenţionează să încheie contractul de achiziţie publică ***cu un singur furnizor, susţinând că î***mpărţirea contractului pe loturi ar conduce la obţinerea unei concurenţe mai mari între operatorii economici.

În concluzie, exercitarea de către autoritatea contractantă ***a drepturilor sale*** trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental şi primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Prin urmare, contestatoarea consideră că, deşi nu este interzisă gruparea a trei genuri de produse (gaze medicale) într-un singur contract (un singur "lot"), dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesaţi să participe la licitaţie, ***ea devine abuzivă şi contrară principiilor şi scopurilor de la art. 2 din ordonanţă.***

Referitor la alegaţiile autorităţii contractante privind faptul că SC ..... SRL "are postat pe site-ul oficial toate produsele care fac obiectul prezentei proceduri", contestatoarea precizează că are în portofoliu aceste gaze, însă nu are toate autorizaţiile şi cerinţele specifice solicitate prin fişa de date a achiziţiei la pct. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale.

După ce subliniază că autoritatea contractantă a cerut expres cerinţele de calificare ***pentru oxigen medicinal lichid şi comprimat, separat de cele pentru protoxid de azot medicinal, în opinia sa,*** aceste produse sunt complet separate, ele putând fi împărţite pe loturi, având nevoie de autorizaţii de fabricaţie şi autorizaţii de punere pe piaţă care implică costuri mari şi pe care nu le deţine orice distribuitor sau producător de gaze.

Referitor la afirmaţia autorităţii contractante potrivit căreia: "De asemenea ***toţi furnizorii de gaze medicale şi gaze de terapie înregistraţi şi autorizaţi de ANMDM*** au în portofoliu toate produsele solicitate astfel nu se restrânge libera concurenţă şi ....", contestatoarea menţionează că este este autorizată de către ANMDM pentru producerea şi furnizarea oxigenului medical atât comprimat cât şi lichefiat, ***însă, nu este autorizată să pună pe piaţă gaze de terapie (protoxid de azot medical), precizând că, a***cceptând doar ofertanţii care au în obiectul lor de activitate producerea celor 3 tipuri de gaze, autoritatea contractantă restrânge accesul la achiziţie al producătorilor/distribuitorilor specializaţi.

În consecinţă, susţine că autoritatea contractantă este obligată să respecte principiile promovării concurenţei între operatorii economici,

garantării tratamentului egal ***şi*** nediscriminarii operatorilor economici, asigurării transparenţei şi integrităţii procesului de achiziţie publică, precum şi asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice, apreciind că menţinerea grupării achiziţiei, în ***scopul atribuirii unui singur contract, este şi de natură să trezească suspiciuni, în sensul intenţiei autorităţii contractante de a favoriza un(unii) anumit(anumiţi) operator(i) economic(i),*** din numărul limitat al acelora care au în obiectul de activitate furnizarea celor 3 tipuri de gaze (interzisă expres atât de legislaţia achiziţiilor publice, cât şi de cea penală).

În opinia sa, argumentarea autorităţii contractante că operatorii economici se pot asocia sau pot depune o ofertă comună ***contravine principiului eficienţei utilizării fondurilor publice.***

În acest sens, contestatoarea aminteşte că autoritatea contractantă, la procedura organizată în anul 2013, a stipulat clar în fişa de date a achiziţiei, ***la pct II. 1.8) împărţire în loturi DA*** - Acelaşi tip de achiziţie, aceleaşi cerinţe de calificare.

Prin urmare, apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispoziţiile în materia achiziţiilor publice, fiind afectat interesul său legitim de a participa la procedura de achiziţie publică în cauză, pentru motivele expuse în cadrul contestaţiei şi prezentelor note scrise

Din analiza documentelor aflate la dosar, respectiv Nota justificativă pentru stabilirea cerinţelor minime de calificare referitoare la situaţia economică şi financiară sau la capacitatea tehnică sau profesională, reiese că autoritatea contractantă nu a justificat în niciun fel solicitarea cerinţelor minime de calificare, acestea fiind doar enumerate, diferenţiat ***pentru fiecare tip de gaz separat.***

În opinia sa, dreptul autorităţii contractante de a se proteja de riscuri este recunoscut de legiuitor, ***dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreţionar ci întinderea sa este limitată doar la acele cerinţe care derivă din natura şi complexitatea contractului care urmează să fie atribuit*** şi a căror aplicare nu au ca efect eliminarea din competiţie a unor operatori economici care au capacitatea şi seriozitatea de a satisface necesitatea care face obiectul achiziţiei publice.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu este obligată prin lege să impună cerinţe de calificare şi selecţie, rămânând la latitudinea sa dacă ia sau nu ia măsuri de protecţie contra riscurilor prin instiutuirea unor cerinţe de calificare şi selecţie, cu excepţia obligaţiei prevăzute de art. 180 din OUG nr. 34/2006, ba mai mult, dacă alege să impună cerinţe de calificare şi selecţie, ea trebuie să justifice care este motivul pentru care instituie acele cerinţe raportat la natura şi complexitatea contractului care urmează să fie atribuit.

Referitor la solicitarea privind AVIZUL DE FUNCŢIONARE emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medicinal lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicinal, conform legii 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii, subliniază că, prin punctul de vedere transmis, autoritatea contractantă a modificat cerinţa, respectiv a precizat că se solicită "***pentru***

realizarea reţelei de conducte, armături şi reductoare specifice unei bune funcţionari a instalaţiei, necesare pentru interconectarea instalaţiei la reţeaua de conducte a spitalului conform cerinţelor din caietul de sarcini".

Aşa cum s-a precizat şi în cuprinsul contestaţiei, oxigenul medicinal de concentraţie 99,5% este autorizat de Agenţia Naţională a Medicamentului, deci este considerat medicament.

Conform art. 7 din Legea nr. 176/2000 privind dispozitivele medicale, prezenta lege nu se aplică:

- medicamentelor;
- produselor cosmetice;
- sângelui uman, produselor din sânge uman, plasmei umane sau celulelor din sânge uman ori dispozitivelor care încorporează în momentul punerii pe piaţă astfel de produse derivate din sânge, plasmă sau celule;
- transplanturilor care sunt ţesuturi sau celule de origine umană şi produselor care încorporează sau derivă din ţesuturi sau celule de origine umană;
- transplanturilor, cu excepţia cazurilor în care un dispozitiv este fabricat prin utilizarea de ţesuturi animale neviabile sau produse neviabile, derivate din ţesuturi animale.

În aceste condiţii, suţine că afirmaţiile autorităţii contractante nu pot fi reţinute, mai ales că prin punctul său de vedere nu justifică de ce a cerut avizul pentru oxigen medical lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicale, toate aceste gaze fiind considerate medicamente şi autorizate de Agenţia Naţională a Medicamentului.

Prin urmare, consideră că, potrivit legislaţiei specifice, reţeaua de interconectare a spitalului nu este considerată dispozitiv medical.

Dacă autoritatea contractantă deţine AVIZUL DE FUNCŢIONARE emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale, pentru ***reţeaua de conducte a spitalului, aceasta trebuie să-l prezinte, în caz contrar, contestatoarea solicită Consiliului să dispună*** remedierea documentaţiei de atribuire prin eliminarea cerinţei privind prezentarea AVIZULUI DE FUNCŢIONARE.

Contestatoarea precizează că, la dosar, nu a identificat justificări, nici măcar superficiale pentru nicio cerinţă de calificare impusă de autoritatea contractantă, ci doar o enumerare a acestora, fără o susţinere reală.

SC ..... SRL consideră că se impune, conform Codului de conduită etică în achiziţiile publice, să se facă formularea adecvată a cerinţelor de calificare cu respectarea principiului proporţionalităţii, pentru a asigura participarea unui număr cât mai mare de operatori economici la această procedură.

Faţă de susţinerile contestatoarei şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

În vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect furnizarea de „Gaze medicale şi servicii accesorii livrării în bune condiţii a acestora”, coduri CPV: 24111500-0 Gaze medicale şi 98390000-3 Alte servicii (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de

„licitaţie deschisă”, prin publicarea, în SEAP, a anunţului de participare nr. ...../....., odată cu care a postat şi documentaţia de atribuire.

Nemulţumită de anumite cerinţe din cadrul documentaţiei de atribuire, SC ..... SRL a învestit Consiliul cu soluţionarea prezentei contestaţii, solicitând:

- obligarea autorităţii contractante să remedieze documentaţia de atribuire, prin împărţirea pe loturi a atribuirii contractului de furnizare şi să elimine obligativitatea prezentării Avizului de funcţionare emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medical lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicinal, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii;
- în subsidiar, în situaţia în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, să dispună anularea procedurii de atribuire;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea pe fond a cauzei.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii, Consiliul s-a pronunţat prin Decizia nr. ..... din data de ....., în sensul respingerii ca rămasă fără obiect.

Analizând conţinutul contestaţiei, Consiliul constată că observaţiile acesteia vizează două aspecte cu care SC ..... SRL nu este de acord, respectiv :

- faptul că autoritatea contractantă nu a împărţit pe loturi contractul de furnizare în cauză;
- prezentarea Avizului de funcţionare emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medical lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicinal.

În ceea ce priveşte solicitarea contestatoarei de obligare a autorităţii contractante de a diviza pe loturi cele două tipuri de gaze, respectiv CPV 24111900 – 4 - Oxigen şi CPV 24112200-4 Oxizi de azot, Consiliul o respinge ca neîntemeiată.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere, pe de o parte, dispoziţiile art. 10 alin. (1) din HG nr. 925/2006, potrivit cărora: *„Autoritatea contractantă <u>are dreptul</u> de a recurge la atribuirea contractului pe loturi, cu respectarea prevederilor art. 23 din ordonanţa de urgenţă şi cu condiţia de a preciza acest lucru în documentaţia de atribuire”,* iar pe de altă parte prevederile art. 27 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, care stipulează: *„În cazul în care autoritatea contractantă îşi propune să achiziţioneze produse similare, dar defalcate pe loturi a căror cumpărare se realizează prin atribuirea mai multor contracte de furnizare distincte, atunci valoarea estimată se consideră a fi valoarea cumulată a tuturor loturilor (...)”.*

Din verificarea anunţului de participare nr. ...../....., Consiliul constată că la cap. II.1.8) „Împărţire în loturi”, se regăseşte menţiunea: „Nu”.

Având în vedere cele de mai sus, raportat la dispoziţiile legale citate, rezultă că decizia de divizare pe loturi este un drept exclusiv al autorităţii contractante, pe care aceasta şi l-a exercitat cu privire la prezenta

achiziţie, în funcţie de interesele proprii pe baza principiului asumării răspunderii, cenzurarea acestuia de către Consiliu fiind posibilă numai în condiţiile în care ar fi încălcate, în mod explicit, scopul şi principiile enunţate la art. 2 din OUG nr. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare.

În aceste condiţii, faţă de conţinutul normelor legale enumerate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu are obligaţia de a împărţi pe loturi o procedură de atribuire, acest aspect fiind lăsat la latitudinea ei, pe baza principiului asumării răspunderii stabilit de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, cu atât mai mult cu cât contestatorul nu demonstrează că autoritatea contractantă a încălcat anumite prevederi legale, raportat la dreptul şi nu la obligaţia acesteia din urmă de a diviza contractul pe loturi.

Referitor la modul în care autoritatea contractantă a ales să achiziţioneze *oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal comprimat şi protoxidul de azot medical,* în cadrul unui lot unic, Consiliul reţine că sunt relevante, în cauză, dispoziţiile art. 23 din OUG nr. 34/2006 conform cărora: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziţie publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică şi nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziţie publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanţe de urgenţă care instituie obligaţii ale autorităţii contractante în raport cu anumite praguri valorice*".

Faţă de cele prezentate anterior, Consiliul respinge ca neîntemeiate afirmaţiile contestatoarei referitoare la nerespectarea, de către autoritatea contractantă, a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, statuate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, pe motiv că aceasta din urmă nu a recurs la împărţirea pe loturi a contractului de achiziţie publică în cauză, ţinând cont, pe de o parte, că nu este obligată să recurgă la acest mod de achiziţie, iar pe de altă parte că dispoziţiile art. 44 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, prevăd următoarele: *„Mai mulţi operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună, fără a fi obligaţi să îşi legalizeze din punct de vedere formal asocierea”.*

Consiliul reţinând că, în susţinerile sale, contestatoarea nu prezintă elemente care să conducă la situaţia mai sus menţionată, ci se limitează la faptul că neîmpărţirea pe loturi îi afectează dreptul de a participa la procedura de atribuire, deşi are posibilitatea de a o face în asociere, va respinge, ca neîntemeiată, această critică a SC ..... SRL.

De asemenea, Consiliul reţine, în soluţionare, afirmaţia autorităţii contractante conform căreia „toţi furnizorii de gaze medicale şi gaze de terapie, înregistraţi şi autorizaţi de către ANMDM, au în portofoliu toate produsele solicitate, astfel nu se restrânge libera concurenţă şi nici nu se încalcă principiul tratamentului egal, nediscriminării versus principiul proporţionalităţii în atribuirea unui contract de achiziţii publice”.

http://www.siad.com/romania/paqina.asp?m=3&id=96Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere, pe de o parte, afirmaţia autorităţii

contractante potrivit căreia, conform site-ul oficial (http://www.siad.com/romania/paqina.asp?m=3&id=96), SC ..... SRL poate furniza integral toate produsele solicitate într-un singur lot, iar pe de altă parte, că aceasta din urmă a confirmat că are „în portofoliu aceste gaze, însă nu are toate Autorizaţiile şi Cerinţele specifice solicitate", precizând că nu este autorizat să pună pe piaţă protoxidul de azot .

Contestatoarea afirmă că procedura ar fi organizată cu încălcarea legii, deoarece nu i se permite să participe pentru produsele din oxigen, pentru care deţine autorizaţie. Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere faptul că societatea contestatoare, pe de o parte, nu a făcut demersurile necesare astfel încât să obţină autorizaţia şi pentru *protoxidul de azot*, mai cu seamă că are în portofoliu acest produs, iar pe de altă parte, că nu a acceptat nici posibilitatea de a se asocia cu un operator economic care deţine documentele specifice pentru punerea pe piaţă a produsului în discuţie.

Consiliul apreciază că s-ar fi impus soluţia divizării pe loturi în condiţiile în care autoritatea contractantă, de exemplu, ar fi dorit, prin aceeaşi procedură, să achiziţioneze *gaze medicale* şi *paturi de spital,* condiţionând furnizarea acestor produse printr-un singur pachet, având în vedere să sunt produse cu destinaţii total diferite.

În concluzie, nicio dispoziţie legală nu obligă autoritatea contractantă la împărţirea pe loturi a prezentei proceduri, din moment ce ambele tipuri de gaze, respectiv cele cu oxigen şi oxizi de azot se încadrează în acelaşi cod CPV, respectiv 24111500-0 Gaze medicale. Codurile CPV 24111900 Oxigen şi CPV 24112200-4 Oxizi de azot nu se referă la gaze medicale, ci fac parte din grupa 2411 Gaze industriale, grupă în care este cuprinsă şi clasa 24111500-0 Gaze medicale, deci este corectă codificarea realizată de autoritatea contractantă.

În sprijinul celor evocate, Consiliul ţine seama de Decizia nr. 3814/13.06.2014, emisă de Curtea de Apel Ploieşti, ca urmare a admiterii plângerii formulată împotriva deciziei CNSC nr. 1492/C4/796 din 21.05.2014, într-o altă procedură care a avut ca obiect achiziţia aceloraşi tipuri de produse (oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat protoxid de azot medical), în cadrul căreia s-au reţinut următoarele: *„Curtea consideră că nici dispoziţiile OUG 34/2006 şi nici cele ale HG 925/2006 nu instituie obligaţia autorităţii contractante de a împărţi pe loturi obiectul contractului, întrucât autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziţie publică în parte şi să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile şi de întocmire a documentaţiei de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului şi o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.* (...).

Curtea consideră că voinţa legiuitorului nu este în sensul indicat de contestatoare, întrucât operaţia de scindare a obiectului contractului apare ca o posibilitate a autorităţii contractante de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune, şi fără a o deturna de la scopul său, în sensul de a nu o utiliza excesiv pentru a sustrage

diferite achiziţii de la aplicarea dispoziţiilor legale în materie. Altfel spus, scindarea contractului este reglementată ca o situaţie de excepţie, şi nu de regulă.(...)

În plus, produsele şi serviciile ce urmează a fi achiziţionate se încadrează în coduri CPV similare, şi, ca urmare, prin modalitatea unitară de stabilire a obiectului contractului nu s-au încălcat principiile proporţionalităţii, al tratamentului egal, al nediscriminării şi al eficienţei utilizării fondurilor publice.

De asemenea, trebuie remarcat că, în conformitate cu art. 5 alin. 1 din HG 925/2006, autoritatea contractantă este responsabilă de stabilirea circumstanţelor specifice pentru aplicarea fiecărui tip de procedură de atribuire".

Similar, Curtea de Apel ……. a reţinut prin Decizia sa nr. 9498/ 18.11.2014, pronunţată în dosarul nr. 1507/59/2014, că structura unui lot poate fi stabilită de autoritatea contractantă, şi că nu s-a adus nicio dovadă a restricţionării participării contestatoarei la procedură prin nedivizarea contractului în mai multe loturi, corespunzătoare fiecărui produs.

De asemenea, Curtea de Apel ....., prin Decizia nr. 5724 din 23.11.2015, emisă ca urmare a respingerii plângerii formulate de SC ..... SRL împotriva Deciziei CNSC nr. 1774/...../1838 din 20.10.2015 (obiectul contractului de furnizare fiind acelaşi), a precizat, printre altele: „(...) Corect a reţinut CNSC că nici OUG nr. 34/2006 şi nici HG nr. 925/2006 nu impun autorităţii contractante divizarea unei achiziţii pe loturi, acesta fiind un drept al autorităţii contractante şi nu o obligaţie. Este adevărat că decizia autorităţii contractante trebuie să respecte principiile de la art. 2 din OUG nr. 34/2006, însă petenta nu a dovedit că autoritatea contractantă ar fi încălcat aceste principii când a hotărât pentru mai multe produse având acelaşi cod CPV să nu împartă achiziţia pe loturi, aşa cum doreşte reclamanta, întrucât aceasta nu este producător şi furnozor de protoxid de azot medicinal şi nu doreşte să se asocieze cu alţi producători ori furnizori.

Pentru a se putea reţine respingerea concurenţei nu este suficient ca petenta să afirme, chiar dacă este real, că nu este producător ori furnizor şi de protoxid de axot medicinal, ci trebuia să demonstreze cu probe că în mod obişnuit produsele ce făceau obiectul contractului de achiziţie sunt produse şi furnizate separat, neexistând decât un număr limitat de producători şi furnizori ai ambelor produse. (...)

Am arătat că produsele au acelaşi cod CPV, iar între ele există o strânsă legătură pentru că intimatul a arătat că cele două produse (oxigen medical şi protoxid de azot medical) se administrează împreună pacienţilor. (...).

Achiziţia produselor în mod separat nu garantează în niciun fel faptul că preţul produselor va fi mai mic.

De asemenea, este posibil ca prin divizarea loturilor, pentru un produs, respectiv protoxidul de azot medical, să nu se prezinte niciun ofertant şi astfel autoritatea contractantă să fie în situaţia de a nu putea

furniza serviciile medicale necesare pacienţilor şi să nu poată folosi nici celălalt produs achiziţionat, mai ales în contextul în care, cel puţin din necesarul prezentat de petentă, reise că urma să se achiziţioneze o cantitate mult mai mică de protoxid de azot medicinal.(...).

Referitor la a doua critică a societăţii contestatoare legată de cerinţa 2.2 de la Cap. III.2.1.b) – Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, din fişa de date, respectiv: *„AVIZUL DE FUNCŢIONARE emis de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale pentru comercializarea de oxigen medicinal lichefiat, comprimat şi protoxid de azot medicinal, conform legii 95/2006 privind reforma în sistemul sănătăţii*", Consiliul o reţine ca fiind întemeiată, întrucât oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal comprimat şi protoxidul de azot, denumite de autoritatea contractantă „gaze medicale", sunt autorizate de Agenţia Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale (ANMDM), cu precizarea că sunt produse în mod industrial şi livrate în butelii şi rezervoare (recipiente criogenice), iar buteliile şi rezervoarele (stocatoarele) de oxigen sau protoxid, nu sunt considerate dispozitive medicale, deci nu sunt autorizate de ANMDM.

De altfel, în punctul său de vedere autoritatea contractantă nu prezintă informaţii care să combată cele susţinute de contestatoare, ci doar face trimitere la Legea nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătăţii, fără a indica prevederile exacte care obligă la solicitarea acestui document pentru achiziţia *gazelor medicale* în discuţie.

Mai mult, în acelaşi punct de vedere autoritatea contractantă precizează, pe de o parte, că Avizul de funcţionare în discuţie este emis de Ministerul Sănătăţii şi se solicită *pentru realizarea reţelei de conducte, armături şi reductoare specifice unei bune funcţionări a instalaţiei, necesare pentru interconectarea instalaţiei la reţeaua de conducte a spitalului, conform cerinţelor caietul de sarcini*, iar pe de altă parte, că acest act *„nu se cere nici pentru stocator şi nici pentru butelii, ci pentru dispozitivele sistemului de distribuţie, care face legătura la reţeaua de conectare a spitalului, conform cerinţelor caietului de sarcini".*

Faţă de cele prezentate anterior, Consiliul constată că există o contradicţie între formularea cerinţei referitoare la avizul în discuţie, aşa cum se regăseşte în fişa de date, şi formularea prezentată de autoritatea contractantă în punctul său de vedere.

Prin urmare, Consiliul apreciază că este necesară eliminarea solicitării avizului aşa cum este menţionat în fişa de date a achiziţiei, iar în condiţiile în care autoritatea contractantă constată că este obligatorie prezentarea altor avize/autorizaţii, pentru această achiziţie, să le solicite, dar cu justificarea necesităţii lor, inclusiv prin indicarea exactă a instituţiilor abilitate care le emit şi a termenului legal.

În sprijinul concluziei anterioare sunt prevederile art. 1 alin. (1) şi (3) din Ordinul Preşedintelui ANRMAP nr. 509/2011, potrivit cărora: *„Criteriile de calificare şi selecţie stabilite de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerinţelor minime solicitate prin documentaţia de*

atribuire, precum şi documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului" respectiv: *„În sensul alin. (1), nu se vor impune condiţii ce nu prezintă relevanţă sau sunt disproporţionate în raport cu ceea ce urmează a se achiziţiona*".

De asemenea, în Anexa nr. 1 a aceluiaşi ordin, la rubrica ce indică art. 183 din OUG nr. 34/2006, rubrica - *FORMULĂRI NERESTRICTIVE DOCUMENTAŢIA DE ATRIBUIRE/ANUNŢUL DE PARTICIPARE/INVITAŢIA DE PARTICIPARE SE ACCEPTĂ/VALIDEAZĂ,* se regăseşte următoarea *„NOTĂ*: *Actele normative care impun astfel de documente se vor menţiona la nivelul anunţului de participare/invitaţiei de participare".*

Totodată, Consiliul are în vedere şi faptul că, în fişa de date, la capitolul indicat mai sus, pentru achiziţia în cauză, se solicită, printre altele: *Autorizaţii de punere pe piaţă pentru oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal lichefiat şi protoxid de azot, emise de Agenţia Naţională a Medicamentului, conform Legii nr. 95/2006; Autorizaţii de distribuţie conform Legii nr. 95/2006; Autorizaţii ISCIR pentru verificare şi reparare butelii de gaz*.

Având în vedere stadiul procedurii, precum şi faptul că nu sunt motive de anulare a ei, conform celor analizate mai sus, Consiliul respinge ca nefondată cererea de anulare a procedurii.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/....., pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul admite, în parte, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., astfel:

- admite în ceea ce priveşte eliminarea cerinţei referitoare la *AVIZUL DE FUNCŢIONARE,* aşa cum este formulată în fişa de date, măsură ce urmează a fi luată de autoritatea contractantă în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii şi va fi adusă la cunoştinţa tuturor operatorilor economici prin postarea în SEAP, în cadrul aceluiaşi termen dispus, şi stabilirea unui nou termen corespunzător de depunere, respectiv de deschidere a ofertelor;

- respinge, ca nefondate, solicitarile de obligare a autorităţii contractante la împărţirea pe loturi a procedurii de atribuire în cauză şi de anulare a acestei proceduri.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/..... şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE
cu majoritate de voturi

Admite, în parte, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., astfel:

- admite în ceea ce priveşte eliminarea cerinţei referitoare la *AVIZUL DE FUNCŢIONARE,* aşa cum este formulată în fişa de date, măsură ce urmează a fi luată de autoritatea contractantă în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii şi va fi adusă la cunoştinţa tuturor operatorilor economici prin postarea în SEAP, în cadrul aceluiaşi termen dispus, şi stabilirea unui nou termen corespunzător de depunere, respectiv de deschidere a ofertelor;

- respinge, ca nefondate, solicitările de obligare a autorităţii contractante la împărţirea pe loturi a procedurii de atribuire în cauză şi de anulare a acestei proceduri.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREŞEDINTE COMPLET **MEMBRU COMPLET**

..... **.....**

OPINIE SEPARATĂ,

Fundamentul prezentei opinii separate îl constituie nu doar perspectiva diferită de percepere a cadrului legal aplicabil speţei, ci şi o anumită consecvenţă de orientare, în contextul în care problematica supusă analizei a format obiectul unei contestaţii depuse tot de SC ..... SRL, soluţionată de Consiliu prin decizia nr. 1247/C4/1186/ 04.08.2015, în sensul admiterii ei. Raţionamentul şi considerentele pe care s-a întemeiat respectiva decizie îşi menţin valabilitatea şi în prezenta cauză, context în care nu ne dezicem de ele. Opinia divergentă nu se doreşte a fi, câtuşi de puţin, o critică la adresa abordării exprimată de majoritate, care îşi are meritele ei şi este întâlnită frecvent atât în jurisprudenţa Consiliului, cât şi în cea a instanţelor judiciare. Mai mult, ne alăturăm părerii majoritate în ceea ce priveşte critica legată de cerinţa 2.2 de la cap. III.2.1.b) din fişa de date a achiziţiei.

Prin anunţul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă Spitalul Judeţean de Urgenţă ..... a iniţiat procedura de licitaţie deschisă în vederea achiziţionării de gaze medicale (oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat şi protoxid de azot medical), pe o perioadă de 48 de luni, estimate valoric la 1.123.400 lei, fără TVA. Documentaţia de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunţul de participare. Ulterior consultării acestei documentaţii, considerând că ea nu corespunde

prevederilor legale, SC ..... SRL a atacat-o la Consiliu, în termen legal, prin contestaţia ce formează obiectul prezentei cauze, solicitând, între altele, divizarea achiziţiei în loturi sau, dacă nu este posibilă divizarea, anularea licitaţiei.

Din documentaţia licitaţiei reiese cu certitudine că spitalul nu intenţionează să procure un singur produs, ci trei, respectiv oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat şi protoxid de azot medical. La modul cum este redactată în prezent documentaţia de atribuire, fiecare operator economic are obligaţia să prezinte ofertă pentru cele trei tipuri de produse, ceea ce înseamnă că participanţii care nu vor oferta întreaga gamă vor fi excluşi, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme. Neacceptând divizarea, garanţia de participare a fost stabilită prin raportare la valoarea estimată a întregului acord-cadru (aproximativ 2% din 1.123.400 lei, fără TVA), autoritatea impunând ofertanţilor constituirea unei garanţii de participare de 22.000 lei. De asemenea, criteriile de calificare au fost stabilite şi prin raportare la cele trei produse, ofertanţii trebuind să prezinte aviz/autorizaţie de fabricaţie/punere pe piaţă pentru toate cele trei gaze medicale.

În privinţa organizării procedurii în vederea achiziţionării oxigenului şi azotului medicale, chiar dacă au destinaţii similare, de la un unic contractant, prin interzicerea împărţirii pe loturi şi impunerea condiţiilor cumulative de mai sus, apreciem că autoritatea contractantă aduce atingere atât scopului ordonanţei de urgenţă nr. 34/2006, de promovare a concurenţei între operatorii economici, cât şi principiilor legale al nediscriminării, tratamentului egal şi al proporţionalităţii, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziţie publică. **Aceste principii prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorităţii contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental şi primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.** De asemenea, ele primează şi faţă de argumentele simpliste concepute de autoritate, ţinută să promoveze deschiderea pieţei şi a concurenţei între cât mai mulţi furnizori de gaze medicale.

Deşi nu este interzisă gruparea a trei genuri de produse (gaze medicale) într-un singur contract (un singur "lot"), dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesaţi să participe la licitaţie, ea devine abuzivă şi contrară principiilor şi scopurilor de la art. 2 din ordonanţă (promovarea concurenţei între operatorii economici, garantarea tratamentului egal şi nediscriminarea operatorilor economici).

Art. 17 din ordonanţă statuează expres că autoritatea contractantă are obligaţia de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relaţia cu operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, iar art. 2 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 stabileşte că, în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţie

publică, orice situaţie pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanţa de urgenţă. Art. 293 lit. v) califică drept contravenţie încălcările prevederilor ordonanţei sau ale actelor normative emise în aplicarea ei având ca efect încălcarea dispoziţiilor art. 2, faptă sancţionabilă cu amendă de până la 40.000 lei.

Prin interdicţia ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanţi doar la aceia al căror obiect de activitate priveşte comerţul cu toate cele trei categorii de produse, mai cu seamă că, pe piaţa de nişă a gazelor medicale, producătorii şi distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de gaze, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piaţă. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanţi care au în obiectul lor de activitate producerea tuturor celor trei tipuri de echipamente, autoritatea înfrânge accesul la achiziţie al producătorilor/distribuitorilor specializaţi.

Din parcurgerea celor 5 pagini ale caietului de sarcini întocmit de autoritate se observă că furnizarea fiecărui tip de gaze este independentă de furnizarea celorlalte. Nicăieri nu se arată că ele trebuie să fie livrate doar împreună şi doar de un singur operator economic, mai ales că nu se achiziţionează un ansamblu unitar de produse medicale, ci produse separate. După cum s-a reţinut anterior, se poate acoperi necesitatea autorităţii de livrare a gazelor chiar dacă ele provin de la ofertanţi diferiţi, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate.

Posibila existenţă a doi sau trei furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădeşte cu nimic activităţile de montaj sau serviciile de mentenanţă şi reparaţii. Faptul că există un singur furnizor sau trei nu trebuie să preocupe autoritatea, ci, astfel cum s-a arătat în paginile anterioare, asigurarea unei concurenţe cât mai mari, respectiv obţinerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe o bază numeroasă de selecţie a contractanţilor, la preţuri cât mai avantajoase cu putinţă.

Necesitatea deschiderii pieţei, prin divizarea achiziţiei în două sau trei loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorităţii contractante, nu prezintă nicio relevanţă numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru trei loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziţionarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă. Menţinerea grupării achiziţiei, în scopul atribuirii unui singur contract, este şi de natură să trezească suspiciuni, în sensul intenţiei autorităţii contractante de a favoriza o anumită sau anumite firme, din numărul limitat al acelora care au în obiectul de activitate furnizarea celor trei tipuri de gaze (interzisă expres atât de legislaţia achiziţiilor publice, cât şi de cea penală), fără nicio legătură cu argumentele protejării intereselor economice ale autorităţii. SC ..... SRL a remarcat că autoritatea contractantă încearcă, prin orice mijloace, să atribuie contractul furnizorului actual, cu care are relaţii contractuale de peste 15 ani, iar această remarcă, analizată în coroborare

cu refuzul de împărţire a achiziţiei pe loturi, astfel încât să poată participa la licitaţie orice furnizor al celor trei tipuri de produse şi care nu afectează derularea viitorului contract, este de natură să nască indicii şi suspiciuni asupra legalităţii achiziţiei, pe baza cărora angajaţii autorităţii să facă obiectul unor cercetări extinse.

Despărţirea în trei loturi a achiziţiei, după cum judicios a remarcat şi contestatoarea, este de natură a facilita accesul la licitaţie al întreprinderilor mici şi mijlocii. Din redactarea cap. II, secţiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că entităţile publice (în care se poate include prin analogie şi Spitalul Judeţean de Urgenţă .....) au obligaţia de a încuraja creşterea ponderii întreprinderilor mici şi mijlocii în valoarea contractelor de achiziţii publice de bunuri materiale, lucrări şi servicii, creştere care în cazul de faţă se poate realiza prin divizarea achiziţiei pe loturi şi, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanţiei de participare şi a cerinţelor de calificare.

În aceeaşi direcţie, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European şi a Consiliului privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: "Achiziţiile publice ar trebui adaptate la necesităţile IMM- urilor. Autorităţile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziţii publice", care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziţii publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop şi pentru a stimula concurenţa, autorităţile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. [...] În cazul în care autoritatea contractantă hotărăşte că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziţiei ar trebui să conţină o prezentare a principalelor motive care să susţină alegerea autorităţii contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărţire ar putea restrânge concurenţa sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiţii contractanţi pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului."

În Strategia naţională în domeniul achiziţiilor publice, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 901/2015, s-a prevăzut încurajarea autorităţilor contractante să împartă contractele mari în loturi, pentru promovarea competiţiei locale. **Se vor utiliza întotdeauna loturi, dacă aşa o cere piaţa vizată (de exemplu, pentru hârtie şi rechizite: hârtie, rechizite, consumabile).**

În legislaţia naţională în vigoare privind achiziţiile publice nu este prevăzută explicit obligaţia autorităţii de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, dacă situaţia concretă impune divizarea:

Art. 141. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor-cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei.

(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 capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii**, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, **pentru a adapta conţinutul contractelor**

individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

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

Aşadar, încă de la momentul iniţierii achiziţiei, autoritatea este datoare să explice de ce refuză divizarea pe loturi a achiziţiei, explicaţie care nu înseamnă doar invocarea dreptului de a nu diviza.

Raportat la principiile evocate şi la dificultăţile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăţi ce determină restrângerea accesului la procedura competiţională iniţiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziţiei în loturi, Consiliul ar fi trebuit să determine că se impunea împărţirea achiziţiei, astfel încât şi firma contestatoare să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează.

Prin împărţirea pe loturi şi accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializaţi la procedură, deci a unei cât mai largi concurenţe, autoritatea creează premisele pentru obţinerea unor preţuri de achiziţie mai reduse, în acord cu principiul eficienţei utilizării fondurilor publice. Oxigenul poate fi livrat la fel de bine şi în situaţia în care azotul este livrat de alt furnizor sau viceversa, neexistând niciun impediment.

Mergând pe acest fir de gândire, legiuitorul a prevăzut, la art. 143 din ordonanţă, că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurenţa. Posibila existenţă a doi sau mai mulţi furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădeşte cu nimic managementul livrărilor.

În circumstanţele reţinute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic lotizarea achiziţiei, iar o astfel de lotizare – cum s-a evidenţiat – îi este absolut necesară contestatoarei şi altor profesionişti care livrează doar un singur tip de gaze medicale pentru a putea accede la licitaţia pendinte, Consiliul ar fi trebuit să considere că spitalul nu are niciun motiv să refuze realizarea ei, cu excepţia abuzului de drept, interzis de normele legale. Cu alte cuvinte, prin răspunsul negativ exprimat, autoritatea dă dovadă de rea-credinţă şi se face vinovată de săvârşirea unui abuz de drept împotriva contestatoarei.

Raţionamentul că s-ar fi impus soluţia divizării pe loturi doar în condiţiile în care autoritatea contractantă ar fi dorit să achiziţioneze, de exemplu, *gaze medicale* şi *paturi de spital,* într-un singur pachet, având în vedere să sunt produse cu destinaţii total diferite, poate fi utilizat, deopotrivă, şi în cauza de faţă. Nu doar destinaţia este cea care decide lotizarea unei achiziţii, primordială fiind obligaţia autorităţii de a deschide piaţa către cât mai mulţi furnizori, dacă această deschidere este posibilă şi nu alterează în niciun fel achiziţia. Altfel spus, nimic nu opreşte autoritatea să divizeze achiziţia chiar dacă obiectul este identic (de pildă, lucrări de anvelopare a unor imobile, de reabilitare a unor străzi, furnizarea de alimente, de medicamente şamd). Dimpotrivă, Strategia naţională în domeniul achiziţiilor publice încurajează autorităţile contractante să ia în

considerare în mod activ posibilitatea de a lotiza, acolo unde operatorii economici solicită lotizarea.

Într-o speţă similară, fiind dedusă instanţei de judecată decizia Consiliului de obligare a autorităţii la împărţire pe loturi, Curtea de Apel Ploieşti, Secţia comercială şi de contencios administrativ şi fiscal, prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raţionând că, prin admiterea contestaţiei de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenţi economici, cu respectarea principiilor care guvernează achiziţiile publice, în condiţiile unui tratament egal şi nediscriminatoriu, cu promovarea concurenţei şi utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeaşi linie, Curtea de Apel ....., Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal, a statuat în decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 că, dacă gruparea produselor într-un singur lot determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesaţi în participarea la licitaţie, ea devine abuzivă şi contrară principiilor şi scopurilor ordonanţei, pe care autoritatea este obligată să le respecte.

Faptul că autoritatea are obligaţia de a diviza achiziţia pe loturi pentru a nu se îngrădi concurenţa a fost confirmat şi în decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curţii de Apel ....., Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal:

Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziţiei pe mai multe loturi.

Această critică este nefondată, întrucât **exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanţă, astfel încât gruparea mai multor activităţi diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesaţi să participe la licitaţie, într-o asemenea situaţie devenind abuzivă şi contrară principiilor şi scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanţă**.

Prin interdicţia ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanţi la cei al căror obiect de activitate priveşte multitudinea de tipuri de servicii şi de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, şi nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Astfel, acceptând numai ofertanţi care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activităţi supuse licitaţiei, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziţie publică al profesioniştilor autorizaţi.

Cât priveşte susţinerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii şi lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorităţii contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile şi scopurile consacrate de ordonanţă.

Aceeaşi instanţă, în decizia civilă nr. 5445 din 2 decembrie 2013 a reţinut că, "într-adevăr, în cuprinsul dispoziţiilor ordonanţei nu se prevede în mod expres obligaţia autorităţii contractante de a diviza obiectul contractului de achiziţie publică, ci se stabileşte dreptul ei de a forma loturi, cu respectarea anumitor condiţii [în acest sens fiind art. 23 şi 27-29 din ordonanţă, precum şi art. 10 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr.

925/2006]. Cu toate acestea, Curtea constată că, în anumite împrejurări, dreptul autorităţii contractante de a aprecia dacă se impune sau nu formarea de loturi pentru atribuirea contractului poate deveni în acelaşi timp şi o obligaţie, iar aceasta ar derivă din necesitatea respectării tuturor obligaţiilor stabilite în sarcina sa prin ordonanţă şi normele de aplicare, precum şi a principiilor generale statuate la art. 2 din ordonanţă."

În aceeaşi direcţie, în decizia nr. 6982 din 21 august 2013, Curtea de Apel Ploieşti, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, a concluzionat că prerogativa autorităţii de a diviza achiziţie pe loturi a nu se poate exercita în mod arbitrar, iar petenta are obligaţia de a face dovada că, prin decizia de a nu diviza pe loturi contractul de achiziţie publică, se aduce atingere principiilor liberei concurenţe între agenţii economici şi eficientei utilizări a fondurilor publice. În speţă, o asemenea dovadă a fost realizată de SC ..... SRL, care nu poate participa la licitaţie pentru toată gama de produse, nefiind autorizată pentru punerea pe piaţă a protoxidului de azot medical.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociaţi sau subcontractanţi doar pentru a putea participa la licitaţie, după cum în mod judicios a sesizat şi motivat Curtea de Apel ....., Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: "În privinţa apărării petentei referitoare la aceea că ofertanţii au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susţineri din partea diverşilor terţi, Curtea, la rândul său, va reţine că potrivit art. 44 din ordonanţă, acesta este un drept al ofertantului şi nu o obligaţie impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici şi mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalţi participanţi."

Asocierea constituie un drept (constituţional) al operatorilor economici, nu o obligaţie, iar dreptul îl implică şi pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu doreşte.

În atari circumstanţe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuia să oblige autoritatea să îşi modifice în consecinţă documentele de derulare a licitaţiei, în sensul lotizării produselor solicitate şi al acceptării depunerii de oferte pe loturi, cu reducerea corespunzătoare a cuantumului garanţiei de participare şi a cerinţelor de calificare în funcţie de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta.

În esenţă, divergenţa de opinie poartă asupra unui subiect volatil şi în interpretarea instanţelor judiciare, existând pronunţate soluţii contrare chiar în cadrul aceleiaşi instanţe, în funcţie de viziunea particulară a fiecărui complet de judecată.

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conţine (douăzecişidouă) pagini