



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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. , înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. , depusă de SC SRL, cu sediul în, str., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată pentru încheierea acordului-cadru de furnizare având ca obiect "Acord-cadru oxigen medicinal" – lotul 1, cod CPV organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat Consiliului:

-să oblige autoritatea contractantă să modifice factorul de evaluare-termenul de instalare, punere în funcțiune - din cadrul criteriului de atribuire deoarece în opinia sa este utilizat un algoritm de calcul subiectiv;

-să oblige autoritatea contractantă să solicite actele aferente fundației existente actualului furnizor și să clarifice cine este proprietarului fundației existente;

-în cazul în care nu obține actele de construire, să oblige autoritatea contractantă să execute expertizarea tehnică a fundației existente pentru a putea să o pună la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți în cel mai scurt timp pentru a asigura continuitate în furnizarea oxigenului medicinal lichefiat;

-să modifice formula privind ajustarea prețului conform obiectului acordului cadru și să introducă clauzele de revizuire clare, precise și fără echivoc la nivelul acordului cadru;

-să elimine solicitarea buletinului de verificare metrologică a cisternelor de transport din cerințele documentației de atribuire;

-să oblige autoritatea contractantă să modifice termenul nerealist de maxim 30 zile calendaristice solicitat pentru punerea în funcțiune a instalațiilor de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat în condițiile

în care autoritatea contractantă nu pune la dispoziție fundația existentă pentru stocatorul de 20.000 nmc;

-să oblige autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire prin împărțirea în 2 loturi a achiziției aferente Lotului 1 oxigen medicinal: lot 1. oxigen medicinal lichefiat, lot 2. oxigen medicinal comprimat în butelii;

-să permită accesul contestatorului la dosarul achiziției publice în temeiul art. 19 alin. 1 din Legea 101/2016;

-în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, să oblige autoritatea contractantă să anuleze procedura de achiziție 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 solicitării de suspendare a procedurii de atribuire din cadrul contestației formulate de SC SRL, pe care a admis-o.

Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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 reclamă documentația de atribuire, solicitând cele de mai sus.

1. Modificarea factorului de evaluare-termenul de instalare, punere în funcțiune - din cadrul criteriului de atribuire ce utilizează un algoritm de calcul subiectiv.

Contestatorul susține că potrivit Fișei de date a achiziției, cap II. 1.4, autoritatea contractantă dorește să achiziționeze Oxigen medicinal pentru tratarea pacienților, contractul fiind împărțit pe loturi, Lotul 1 - Oxigen medicinal.

Totodată contestatorul arată că, criteriul de atribuire utilizat de autoritatea contractantă este *cel mai bun raport calitate preț*, factorii de evaluare utilizați fiind:

- termenul de instalare, punere în funcțiune-20%-20 puncte
- prețul ofertei-70%-70 puncte
- termenul de răspuns în caz de avarie-10%-10 puncte

Contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă are obligația respectării dispozițiilor art. 154 din Legea 98/2016 care prevăd: „*autoritatea contractanta are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completa, corecta si precisa cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului si modul de desfasurare a procedurii de atribuire*”.

Se menționează că etapele procesului de achiziție publică conform H.G. nr. 395/2016, activitățile din cadrul unui proces de achiziție publică sunt grupate în 3 etape (Art. 8, alin (2)):

- Etapa de planificare/pregătire;

- Etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului/ acordului- cadru;
- Etapa postatribuire contract/ acord-cadru, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului/ acordului-cadru.

Contestatorul pune în discuție obiectul contractului, lot 1-furnizare oxigen medicinal, valoare estimată între 386.010,64 și 19.267.762,16 lei. Mai exact pentru lotul 1 se solicită Oxigen medicinal în instalații stocare oxigen medicinal -2 bc + Oxigen medicinal îmbuteliat la tuburi 5-50 l proprietatea furnizorului. Contestatorul apreciază că factorul de evaluare utilizat de autoritatea contractantă are legătură doar parțial cu obiectul lotului 1, respectiv cu oxigenul medicinal lichefiat care se stochează în cele 2 instalații criogenice solicitate de autoritatea contractantă, fără a avea legătură cu cel de-a doilea produs, oxigen medicinal comprimat care se livrează în butelii.

Totodată, contestatorul precizează că acest factor de evaluare este utilizat în mod nelegal de autoritatea contractantă, în model formulare FORMULAR 2 - ANEXA 1-punctul 30- Pentru Lotul 1 - Oxigen medicinal în instalații stocare oxigen medicinal -2 bc + Oxigen medicinal îmbuteliat la tuburi 5 - 50 l proprietatea furnizorului:

I. Termenul de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR- 20 puncte Nota:

1. Termenul de punere în funcțiune începe din momentul eliberării amplasamentului;
2. **Termenul minim ce poate fi oferat este de 10 zile calendaristice de la predarea amplasamentului;**
3. Termenul maxim ce poate fi oferat este de **30 zile calendaristice;**
4. Termenul de punere în funcțiune se va exprima în zile calendaristice
5. Un termen de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR mai mic de 10 zile calendaristice, se va considera ca fiind de 10 zile calendaristice de la semnarea PV de eliberare a amplasamentului. Ofertele care au un termen mai mare de 30 zile calendaristice de la semnarea PV de eliberare a amplasamentului vor fi descalificate

Iar în caietul de sarcini se solicită:

8.2 Termenul de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR va fi de minim 10 zile calendaristice și maxim 30 zile calendaristice de la semnarea PV de eliberare a amplasamentului pentru lotul 1 și de minim 1 zi calendaristică și maxim 10 zile calendaristice de la semnarea PV de eliberare a amplasamentului pentru lotul 2
Ofertanții vor depune grafic de livrare, montaj și autorizare. Data de eliberare a amplasamentului va fi comunicată în scris.

Se arată că autorizarea ISCIR a unei instalații de stocare oxigen medicinal lichefiat se face conform prevederilor legale în termen de maxim 30 de zile. Însă, autorizarea funcționării instalației de către ISCIR poate fi făcută după livrarea și montarea pe poziție a întregii instalații de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat care necesită câteva zile, abia ulterior poate fi solicitată vizita expertului CNIR în vederea autorizării funcționării instalației. După vizita expertului, termenul legal de autorizare ISCIR este de 30 de zile conform Legii nr. 544/2001, Art. 7. - (1) Autoritățile și instituțiile publice au obligația să răspundă în scris la solicitarea informațiilor de interes public în termen de 10 zile sau, după caz, în cel mult 30 de zile de la înregistrarea solicitării, în funcție de dificultatea, complexitatea, volumul lucrărilor documentare și de urgența solicitării. În cazul în care durata necesară pentru identificarea și difuzarea informației solicitate depășește 10 zile, răspunsul va fi comunicat solicitantului în

maximum 30 de zile, cu condiția înștiințării acestuia în scris despre acest fapt în termen de 10 zile.

Contestatorul afirmă că construcția, amplasarea, montarea rezervorului, dispozitivele de siguranță se supun reglementarilor ISCIR - în temeiul Legii nr. 64/2008 privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune. În această situație, nu se poate utiliza un factor de evaluare de 10 zile calendaristice de la predarea amplasamentului având în vedere că obținerea autorizațiilor ISCIR urmează reglementările legale în vigoare și nu poate deroga de la acestea.

De asemenea, în caietului de sarcini se solicită:

1.2.1

Furnizorul va prezenta oferta privind montarea și punerea în funcțiune a 2 vase de stocare după cum urmează:

- 1 stocator de minim 20,000 nmc
- 1 stocator de minim 10.000 nmc

În acest moment, autoritatea contractantă are o construcție (fundatie) în proprietate pentru stocatorul de minim 10 000 nmc. În ceea ce privește platforma stocatorului de minim 20 000 nmc aceasta a fost executată de furnizorul actual de oxigen lichid și deci nu poate fi considerată proprietatea beneficiarului, în consecință ofertantul trebuie să ia în calcul executarea unei noi platforme.

Toate cheltuielile privind obținerea eventualelor autorizații de construire, montarea, punerea în funcțiune precum și verificarea instalației respective vor fi suportate de către furnizor.

Contestatorul susține că potrivit acestei cerințe, furnizorul de oxigen medicinal lichefiat trebuie să execute lucrări de proiectare și execuție fundație betonată. Conform factorului de evaluare tot în cele 10 zile. Acest criteriu determină o discriminare nejustificată față de ofertanți cu oferte ce îndeplinesc, în fapt, toate cerințele legate de obiectul contractului. O asemenea limitare a sferei operatorilor economici care pot depune o ofertă, este contrară obiectivului de promovare a concurenței, obiectiv urmărit de legislația incidentă în materia achizițiilor publice și de directivele europene pentru coordonarea procedurilor de achiziții publice.

Menționează contestatorul că autorizația de construire pentru fundația betonată poate fi obținută de către proprietarul terenului pe baza reglementărilor privind proiectarea și executarea construcțiilor, nu de către furnizorul/producătorul de medicament oxigen medicinal lichefiat.

Se reține că termenul pentru obținerea autorizațiilor de construire pentru noile fundații betonate este cel legal de 30 de zile conform Legii 50/1991 cu modificările și completările ulterioare, art. 7 Autorizarea executării lucrărilor de construcții, alin. (1) Autorizația de construire se emite în cel mult 30 de zile de la data înregistrării cererii, pe baza documentației depuse la autoritățile prevăzute la art. 4, care va cuprinde:

- a) certificatul de urbanism;
- b) dovada titlului asupra terenului și/sau construcțiilor;
- c) proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții;
- d) avizele și acordurile legale necesare, stabilite prin certificatul de urbanism;
- e) dovada privind achitarea taxelor legale.

În atare circumstanțe, este clar pentru contestator că acest factor de evaluare utilizat de autoritatea contractantă este unul care favorizează doar actualul furnizor, dezavantajându-i pe toți ceilalți potențiali ofertanți. Contestatorul afirmă că autoritatea contractantă este obligată să respecte dispozițiile legale incidente: art 32 din HG 395/2016 și art. 187-188 din Legea 98/2016 și să utilizeze factori de evaluare de natură să asigure o competiție corectă între ofertanți.

Contestatorul solicită CNSC să aibă în vedere și condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească, un factor de evaluare impus de autoritatea contractantă:

- a) trebuie să se aplice în mod nediscriminatoriu;
- b) trebuie să fie justificat de motive imperative de interes general;
- c) trebuie să fie adecvat pentru atingerea scopului urmărit;
- d) nu trebuie să meargă dincolo de ceea ce este necesar pentru atingerea scopului urmărit.

Mai mult, contestatorul opinează că autoritatea contractantă este obligată să asigure condiții de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la obținerea unui contract de achiziție publică, adică orice operator economic să aibă șansa să participe la procedura de atribuire și să devină contractant. Nici o autoritatea contractantă nu are voie să acorde tratament preferențial unui operator economic prin utilizarea unor factori de evaluare subiectivi, de reținut și art. 46 din Directiva 2004/18/CE coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, conform căruia *"Pentru a garanta egalitatea de tratament, criteriile de atribuire trebuie să permită compararea și evaluarea ofertelor în mod obiectiv."*

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice factorul de evaluare-termenul de instalare, punere în funcțiune - din cadrul criteriului de atribuire ce utilizează un algoritm de calcul subiectiv.

2. Clarificarea proprietarului fundației existente aferenta stocatorului de 20.000nmc.

Contestatorul face precizarea că, anterior publicării unei proceduri de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația de a pregăti respectiva procedură. Principiul asumării răspunderii presupune determinarea clară a sarcinilor și responsabilităților persoanelor implicate în procesul de achiziție publică, asigurându-se profesionalismul, imparțialitatea și independența deciziilor adoptate pe parcursul acestui proces.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că trebuie analizată cerința din caietul de sarcini - Anexa 1:

1.2.1. Furnizorul va prezenta oferta privind montarea și punerea în funcțiune a 2 vase de stocare după cum urmează:

- 1 stocator de minim 20.000 nmc.
- 1 stocator de minim 10.000 nmc.

În acest moment, autoritatea contractantă are o construcție (fundație) în proprietate pentru stocatorul de minim 10 000 nmc. În ceea ce privește platforma stocatorului de minim 20 000 nmc aceasta a fost executată de furnizorul actual de oxigen lichid și deci nu poate fi considerată

proprietatea beneficiarului. În consecință ofertantul trebuie să ia în calcul executarea unei noi platforme.

Toate cheltuielile privind obținerea eventualelor autorizații de construire, montarea, punerea în funcțiune precum și verificarea instalației respective vor fi suportate de către furnizor.

În urma vizitării amplasamentului ofertantii vor menționa obligatoriu dacă vor fi nevoiți să execute lucrări suplimentare.

Contestatorul pune în vedere CNSC să oblige autoritatea contractantă să solicite actele de construire ale fundațiilor existente actualului furnizor pentru a clarifica cine este proprietarul acestei fundații, o precizare de genul «fundația a fost executat de actualul furnizor și deci nu poate fi considerată proprietatea beneficiarului» neputând fi primită. Contestatorul susține că în mod normal, pe terenul proprietate a autorității contractante nu poate construi nici actualul furnizor și nici o altă persoană fizică sau juridică o fundație cu respectarea prevederilor legale decât în situația în care actualul furnizor are drept de suprafață, care constă în dreptul de proprietate pe care îl are o persoană (care este denumită suprafațiar) asupra construcțiilor, care se află pe un teren ce aparține unei alte persoane (în cazul de față autoritatea contractantă), precum și dreptul de folosință al suprafațiarului asupra terenului, caz în care spitalul trebuie să dețină actele prin care a fost acordat acest drept de suprafață actualului furnizor.

Se apreciază de către contestator că autoritatea contractantă, anterior publicării documentației de atribuire trebuia să se informeze și să cunoască situația fundațiilor existente pentru a putea demara această achiziție. Contestatorul opinează că nu este normal ca Autoritatea să nu cunoască statutul juridic al acestei fundații pe care se pot instala echipamentele de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat într-un termen scurt, astfel încât să se asigure continuitatea cu oxigen a spitalului și să se respecte principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Contestatorul este de părere că autoritatea contractantă trebuia să facă demersurile necesare în acest sens anterior demarării procedurii de achiziție astfel încât să instituie prin documentația de atribuire aceleași cerințe pentru toți potențialii ofertanți, fără favorizarea actualului furnizor. Este inadmisibil în opinia petentului să se solicite execuția unei noi fundații în condițiile în care actualul furnizor are echipamentele instalate pe această construcție, construcție ce se află pe proprietatea autorității contractante.

Se reține că aceste fundații betonate există, pe ele sunt instalate echipamentele din care la acest moment se livrează oxigen medicinal lichefiat spitalului. Ceea ce înseamnă în opinia petentului că în cadrul aceleiași documentații de atribuire sunt instituite cerințe diferite pentru actualul furnizor și pentru alți potențiali furnizori, lucru interzis de dispozițiile legislației în vigoare în materia achizițiilor publice.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să solicite actele aferente fundației existente actualului furnizor și să clarifice cine este proprietarul fundației existente.

3. Expertizarea tehnică a fundației existente pentru a putea să o pună la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți în cel mai scurt timp pentru a asigura continuitatea în furnizarea oxigenului medicinal lichefiat.

Contestatorul afirmă că expertizarea tehnică a fundației existente poate fi făcută de autoritatea contractantă prin intermediul unui expert MLPAT, în cazul în care nu primește actele de construire de la actualul furnizor.

Se arată că autoritatea contractantă trebuie să pună la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți fundația existentă ceea ce înseamnă corelativ și respectarea prevederilor art. 50: „(1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi și al restrângerii artificiale a concurenței. (2) In sensul alin. (1), se considera ca exista o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiti operatori economici*”. Chiar dacă fundația existentă este executată de actualul furnizor, autoritatea contractantă este proprietarul acesteia, situație în care petentul apreciază că Autoritatea este obligată să solicite actele aferente construcției actualului furnizor. În cazul în care nu le primește, este obligată să facă expertizarea tehnică a fundației tehnice și ulterior, după implementarea măsurilor dispuse de expertiză, să o pună la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți.

Pentru toate motivele invocate mai sus, contestatorul solicită CNSC, în cazul în care autoritatea contractantă nu obține actele de construire de la actualul furnizor, să oblige autoritatea contractantă să execute expertizarea tehnică a fundației existente pentru a putea să o pună la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți ca și pe cealaltă, despre care afirmă că este proprietatea sa.

4. Modificarea formulei de ajustare a prețului conform obiectului acordului cadru și introducerea clauzelor de revizuire clare, precise și fără echivoc la nivelul acordului cadru.

Față de cerința autorității contractante din Fișa de date, pct. II.3 *Ajustarea prețului contractului*, contestatorul face mențiunea că aceasta se regăsește și la nivelul acordului cadru, art. 6, respectiv 6.2, însă această formulă de ajustare a prețului nu este adecvată pentru obiectul contractului. Contestatorul susține că trebuie să avem în vedere prevederile art. 164 din HG 395/2016 de unde rezultă că sunt clauze de revizuire acele clauze expres prevăzute în documentația de atribuire, respectiv în clauzele contractuale, fiind făcute cunoscute tuturor potențialilor ofertanți de la momentul derulării procedurii de atribuire a contractului/acordului-cadru în cauză.

Contestatorul precizează că prețul acestui acord cadru ce urmează să fie semnat pe 4 ani, nu poate fi ajustat doar cu indicii de inflație, acest preț trebuie să țină cont de indicii de preț pentru elementele constitutive ale ofertei.

Se menționează de către petent că este încălcat principiul echilibrului contractual care pornește de la ideea că un contract este o realitate juridică ce implică, în mod esențial, un parteneriat, o situație biechitabilă,

iar contractul trebuie văzut ca un ansamblu de drepturi și obligații astfel configurate încât asigură un câștig ambelor părți. Astfel, chiar dacă autoritatea contractantă are o poziție privilegiată în cadrul contractului de achiziție publică, interesul public nu poate constitui temei de încălcare al unor prevederi legale, precum dispozițiile art. 15 „Abuzul de drept” din Noul Cod Civil, conform căruia: „Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe.” În concluzie, formula de calcul pentru ajustarea prețului nu este adecvată, este o condiție dezechilibrată, abuzivă și ilegală ce determină ofertanții fie să nu participe, fie să depună o contestație.

Contestatorul arată că în conformitate cu Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021, art. 12 alin. (1) *„Autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a introduce în contractul din documentația de atribuire o clauză de revizuire a prețului contractului, cât mai bine adaptată la complexitatea contractului și la elementele componente ale prețului oferat, atunci când durata contractului depășește 24 de luni, dacă nu există o altă prevedere legală care să stabilească o perioadă mai scurtă de 24 luni; totodată, în cadrul clauzei de revizuire se va menționa, după caz, și momentul de la care ajustarea devine aplicabilă și frecvența de ajustare în funcție de calendarul de plăți.”*

și alin. (7) lit.a) *„(7) Alegerea indicilor utilizați pentru ajustare dintre cei calculați în statistici oficiale naționale trebuie să respecte următoarea procedură/următorii pași:*

a) se alege indicele de preț aferent domeniului/producției industriale pentru activitățile CAEN din care fac parte produsele/ serviciile / activitățile respective; pentru exemplificare: (i) în cazul contractelor de lucrări civile unde o pondere importantă o reprezintă structurile din beton armat indicele

producției industriale ce poate fi utilizat pentru ajustare este „fabricarea betonului - CAEN 2362”; (ii) pentru un contract de furnizare de articole de papetărie se poate utiliza indicele producției industriale aferent cod CAEN 1723 "fabricarea articolelor de papetărie"; (iii) pentru un contract de servicii de proiectare nu există un indice specific, exclusiv dedicat serviciilor de proiectare și trebuie utilizat un indice de pe o ramură mai generală, disponibil în statisticile naționale oficiale.”

În situația de față, contestatorul apreciază că ajustarea prețului contractului trebuie făcută utilizând alți indicatori, formula de calcul adecvată obiectului contractului, respectiv producerii oxigenului medicinal poate fi: $P_n = P_v \cdot (0.25 \cdot M_n / M_v + 0.5 \cdot E_n / E_v + 0.25 \cdot T_n / T_v)$ unde:

M = manopera, E=energia electrică, T=transportul, v = indicatorii vechi, n = indicatorii noi.

Aceștia sunt indicatorii legați de livrarea oxigenului medicinal la autoritatea contractantă: manopera și energia electrică sunt cele care influențează direct costul de producție, iar transportul este cel care influențează direct prețul final al produsului comercializat.

Prețul contractului va fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor generate de creșterile de preț, astfel încât modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu conduce la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau

diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul a fost declarat câștigător în urma finalizării procedurii de achiziție, astfel cum se prevede la art. 164 alin. (5) și (6) din Anexa la H.G. nr. 395/2016.

Având în vedere că la nivelul acordului cadru se regăsește doar:

12. MODIFICAREA ȘI ÎNCETAREA ACORDULUI-CADRU/ CONTRACTELOR SUBSECVENTE

12.1 Modificarea acordului-cadru/contractelor subsecvente se poate realiza strict cu respectarea condițiilor prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și Instrucțiunea nr. 3/2017. Promitentul - achizitor are dreptul de a denunța unilateral acordul-cadru/contractele subsecvente în cazul în care promitentul - furnizor nu înțelege să respecte prevederile legale privind modificarea contractelor.

12.2 În cazul în care apar modificări legislative/normative aplicabile, acestea se aplică de drept și prevederile prezentului acord-cadru se vor considera modificate de drept în sensul nou reglementat.

Chiar dacă există acest articol prevăzut la nivelul acordului cadru și modalitatea de ajustare a prețului la art. 6, contestatorul opinează că este necesară introducerea unui articol exclusiv cu clauzele de revizuire. Pentru a nu reprezenta o modificare a contractului inițial, ci doar aplicarea prevederilor contractului inițial, astfel de schimbări, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani și indiferent de valoarea acestora, trebuie să fie prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului sau orice alte opțiuni. Astfel, pentru ca o modificare să poată fi încadrată în categoria aplicabilității mecanice, este necesar ca aceasta:

- să fi fost clar anticipată în proiectul de contract din documentația de atribuire printr-o „clauză de revizuire”, cunoscută de către toți ofertanții,
- să rezulte exclusiv din aplicarea „mecanică” a acestei „clauze de revizuire” din contractul inițial.

Contestatorul arată că din modalitatea de reglementare a art. 221 alin. (1) lit a) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 236 alin. 1) din Legea nr. 99/2016 nu rezultă impunerea de către legiuitor a vreunui prag valoric limitativ cu privire la creșterea/micșorarea prețului contractului ca urmare a aplicării mecanice a prevederilor acestuia, ci doar îndeplinirea condițiilor sus-menționate. Se reține că Directiva Europeană 24/2014, admite în mod expres modificarea contractelor publice aflate în executare, enumerând limitativ, condițiile necesare a fi îndeplinite pentru legalitatea demersului. În scopul uniformizării practicii comunitare în materie și în vederea implementării recomandărilor cuprinse în jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, forurile europene au decis să stabilească reguli clare pentru evitarea divergențelor de opinie referitoare la admisibilitatea modificărilor clauzelor unui contract de achiziție publică pe perioada derulării sale, fără inițierea unei noi proceduri de achiziție.

Mai mult, contestatorul afirmă că chiar autoritatea contractantă a avut în vedere și alte posibile modificări la nivelul caietului de sarcini:

11. MODIFICĂRILE CONTRACTUALE ÎN PERIOADA DE EXECUȚIE A CONTRACTULUI

11.1 Acordul cadru și Contractele subsecvente vor putea să fie modificate prin acte adiționale în următoarele situații:

- *Modificarea Carstitatilor maxime ce poate fi achizitionata se va face in cuantum de maxim 50% din valoarea acordului cadru;*

- *Ajustarea preturilor unitare se va face in functie de indicele de inflatie, in cazul in care pe piata au aparut anumite conditii, in urma carora s-a constatat cresterea/diminuarea indicilor de pret pentru elemente constitutive ale ofertei, al caror efect se reflecta in cresterea/diminuarea costurilor pe baza carora s-a fundamentat prețul contractului.*

dar acestea nu se regăsesc la nivelul acordului cadru în clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc cum prevede Instrucțiunea nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului cadru, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 56 din 19 ianuarie 2021 cap. II, art. 2, alin (2):

Clauzele de revizuire din cadrul contractului/acordului-cadru trebuie să nu ofere o marjă nelimitată de acțiune în timpul contractului / acordului-cadru, respectiv :

a) *să fie clare, precise și fără echivoc;*

b) *să precizeze limitele și natura modificărilor sau opțiunilor precum și condițiile în care se poate recurge la acestea;*

c) *să nu afecteze caracterul general al contractului sau acordului-cadru;*

(3) *În sensul alin. (1) și (2) clauzele de revizuire pot consta în aplicarea unor opțiuni de suplimentare sau reducere a contractului/acordului-cadru sau pot face referire la modificări ale contractului/acordului-cadru.*

Contestatorul apreciază că este necesar ca la nivelul acordului cadru să se regasească aceste clauze de revizuire, întrucât atât autoritatea contractantă cât și operatorii economici stabilesc prin semnarea acordului-cadru drepturile și obligațiile pe care și le asumă, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice, ca urmare a acordului de voință exprimat.

Pentru toate motivele arătate mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice formula de ajustare a prețului conform obiectului acordului cadru și să introducă clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc la nivelul acordului cadru.

5. Eliminarea solicitării buletinului de verificare metrologică din cerințele documentației de atribuire.

Contestatorul susține că în Anexa 1 la caietul de sarcini-s specificații tehnice, se solicită:

I.1.7 Instalațiile de stocare precum și cisternele de transport vor fi prevăzute cu mijloace de măsură a cantităților de oxigen livrate. Cel puțin unul din mijloacele de măsură va fi însoțit de certificat de etalonare sau buletin de verificare metrologică.

Se apreciază că această solicitare este ilegală în contextul în care aceste mijloace de măsură nu se află în lista oficială a mijloacelor de măsurare supuse controlului metrologic legal și prin urmare nu sunt supuse verificării metrologice. Contestatorul atașează în acest sens, în probațiune adresa răspuns a Institutului Național de metrologie nr. 125 din 15.01.2015.

Pentru aceste motive, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să elimine cerința de mai sus din cadrul documentației de atribuire.

6. Modificarea termenului nerealist de maxim 30 zile calendaristice solicitat pentru punerea în funcțiune a instalațiilor de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat în condițiile în care autoritatea contractantă nu pune la dispoziție fundația existentă pentru stocatorul de 20.000nmc.

Cerința de la nivelul caietului de sarcini este:

Termenul de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR

Nota:

1. Termenul de punere in functiune incepe din momentul eliberării amplasamentului;

2. Termenul minim ce poate fi ofertat este de 10 zile calendaristice de la predarea amplasamentului;

3. Termenul maxim ce poate fi ofertat este de 30 zile calendaristice;

4. Termenul de punere in funcțiune se va exprima in zile calendaristice;

5. Un termen de instalare, punere in funcțiune si autorizare ISCIR mai mic de 10 zile calendaristice, se va considera ca fiind de 10 zile calendaristice de la semnarea PV de eliberare a amplasamentului. Ofertele care au un termen mai mare de 30 zile calendaristice de la semnarea PV de eliberare a amplasamentului vor fi descalificate.

Corelată cu cerința de mai jos, tot de la nivelul caietului de sarcini:

Furnizorul va prezenta oferta privind montarea si punerea in funcțiune a 2 vase de stocare dupa cum urmeaza:

- 1 stocator de minim 20.000 nmc,

- 1 stocator de minim 10.000 nmc.

In acest moment, autoritatea contractanta are o constructie (fundație) in proprietate pentru stocatorul de minim 10 000 nmc. În ceea ce privește platforma stocatorului de minim 20 000 nmc aceasta a fost executată de furnizorul actual de oxigen lichid si deci nu poate fi considerata proprietatea beneficiarului. In consecinta ofertantul trebuie sa ia in calcul executarea unei noi platforme.

Toate cheltuielile privind obtinerea eventualelor autorizatii de construire, montarea, punerea in functiune precum si verificarea instalatiei respective vor fi suportate de catre furnizor.

In urma vizitarii amplasamentului ofertantii vor mentiona obligatoriu daca vor fi nevoiti sa execute lucrari suplimentare.

Contestatorul reține că toți operatorii economici interesați de participarea la această procedură, cu excepția actualului furnizor trebuie să execute fundația betonată pentru stocatorul de 20.000nmc.

Se menționează că construcția unei fundații betonate presupune solicitarea certificatului de urbanism, obținerea tuturor avizelor impuse prin certificatul de urbanism, obținerea autorizației de construire și apoi execuția fundației betonate. Etapa de proiectare și obținere certificat de urbanism și avizele aferente necesită minim 30-35 zile, termenul minim de obținere al autorizației de construire este de maxim 30 de zile de la depunerea dosarului, execuția fundației și uscarea acesteia presupune iarăși câteva zile, minim 15 zile în perioada caldă, dar având în vedere că este iarnă iar execuția unei fundații depinde de condițiile meteorologice poate fi ceva mai mare, ulterior se pot livra și instala echipamentele în maxim 10 zile, apoi se poate face vizita reprezentantului CNCIR care va efectua inspecția în vederea autorizării funcționării instalațiilor, de la această etapă curge termenul de obținere autorizație ISCIR. În concluzie,

în mod realist, termenul de punere în funcțiune a instalațiilor de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat este de minim 90 zile.

În atare situație, este evident pentru petent că această cerință a documentației de atribuire este una nerealistă și nu poate fi îndeplinită decât de către actualul furnizor, în detrimentul altor potențiali ofertanți la acesta procedură. Prin menținerea acestei solicitări coroborat cu execuția fundației betonate de către furnizorul de oxigen medicinal lichefiat, contestatorul arată că nu se asigură continuitatea în livrarea oxigenului și se instituie cerințe disproporționate la nivelul documentației de atribuire. În formularea acestor reclamații contestatorul a avut în vedere aspectele legate de faptul că eliminarea acestor cerințe disproporționate de la nivelul documentației de atribuire vor permite accesului neîngrădit al operatorilor economici la procedură pedinte și obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, inclusiv asigurarea unei concurențe reale.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice termenul de maxim 30 zile calendaristice solicitat pentru punerea în funcțiune a instalațiilor de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat.

7. Remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 2 loturi a achiziției aferente Lotului 1 oxigen medicinal: lot 1. oxigen medicinal lichefiat, lot 2. oxigen medicinal comprimat în butelii;

În fapt, conform Fișei de date a achiziției, cap II.1.4, II.1.6, II.2.1, II. 2.4, contestatorul constată următoarele:

- Obiectul acordului cadru este cel de furnizare oxigen medicinal, atât pentru lot 1 cât și pentru lot 2;
- Oxigenul medicinal care face obiectul acestei proceduri este reprezentat de 3 gaze medicinale diferite: oxigen medicinal lichefiat în instalații de stocare, oxigen medicinal îmbuteliat la tuburi și oxigen medicinal produs local de puritate 93%.
- Autoritatea contractantă a împărțit în 2 loturi această achiziție, dar ea trebuia împărțită în 3 loturi, fiind vorba de 3 produse diferite, care au nevoie de autorizări diferite, sunt ambalate diferit și care sunt livrate diferit.
- În lotul 1 sunt grupate ilegal 2 tipuri diferite de oxigen medicinal: oxigen medicinal lichefiat în instalații de stocare și oxigen medicinal comprimat în tuburi (butelii);

Contestatorul apreciază că prin gruparea celor 2 gaze oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat în lot unic, nu se face decât restricționarea participării la această procedură a operatorilor economici care nu au ambele gaze în portofoliul de produse așa cum sunt ele solicitate în cadrul documentației de atribuire aferentă lotului 1.

Se precizează că oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat sunt produse diferite, ambalate diferit, livrate diferit, autorizate a fi puse pe piață în mod diferit, la fel cum este și oxigenul medicinal de puritate 93% care face obiectul lotului 2.

În acest sens, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile în materia achizițiilor publice, fiind afectat interesul legitim al acestuia de a participa la procedura de achiziție publică în cauză pentru motivele expuse pe larg în cadrul prezentei contestații.

Documentația de atribuire în forma publicată prin care autoritatea contractantă urmărește să achiziționeze cele 2 tipuri de gaz medicinal (oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat) de la un singur furnizor îl determină pe contestator să concluzioneze că prin păstrarea lotului unic în ceea ce privește lotul 1, autoritatea contractantă va semna acordul cadru tot cu actualul furnizor atât pentru oxigenul medicinal lichefiat cât și pentru oxigenul medicinal comprimat, contrar prescripțiilor legale care îi impun asigurarea unei minime concurențe.

Se menționează de către petent că în cazul oxigenului medicinal lichefiat se solicită inclusiv execuția unei fundații betonate, care nu are legătură directă cu obiectul contractului, se cere autorizarea ISCIR a instalației de stocare și evaporare, se solicită ca furnizorul să aibă pe stoc toate echipamentele pentru stocare și evaporare, ceea ce înseamnă că un furnizor de oxigen medicinal comprimat, care poate furniza doar butelii de oxigen medicinal comprimat, nu poate participa la această achiziție din cauza condițiilor restrictive impuse pentru oxigenul medicinal lichefiat.

Contestatorul aduce în atenția CNSC art. 42 alin.(2) din Directiva 2014/24 care impune ca documentația de atribuire să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, punctul 35).

Având în vedere că documentația de atribuire aferenta lotului 1 se referă la furnizarea a două produse, diferite, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să împartă pe loturi această achiziție aferentă lotului 1, respectiv în 2 loturi distincte, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedura de achiziție și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Refuzul autorității contractante de a atribui contractul aferent lotului 1 în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu este nejustificat în opinia contestatorului deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției așa cum corect a reținut și CNSC în Decizia sa nr. :

După cum a fost punctat și în amintita decizie nr. 2127/C9/2203/11.12.2015, într-o speță similară, fiind dedusă instanței de judecată decizia Consiliului de obligare a autorității la împărțire pe loturi, Curtea de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raționând că, prin admiterea contestației de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenți economici, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeași linie, Curtea de Ape , Secția a VIII-a contencios administrativ și

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 interesați în participarea la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor ordonanței pe care autoritatea este obligată să le respecte.

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngrădi concurența a fost confirmat și în decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și 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 achiziției pe mai multe loturi.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul atașează documentația aferentă achiziției anterioare din anul 2017 derulată de către autoritatea contractantă, când, aceeași autoritate contractantă a decis să achiziționeze în 2 loturi separate oxigenul medicinal lichefiat și oxigenul medicinal comprimat.

Contestatorul subliniază că autoritățile contractante au obligația de a justifica decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, rațiunea acestei obligații fiind încurajarea participării IMM-urilor la procedurile de atribuire, situație în care autoritatea contractantă este obligată să justifice de ce la procedura anterioară din anul 2017 a utilizat împărțirea pe loturi și în acest caz a renunțat la împărțirea pe loturi, când valoarea estimată a achiziției este mult mai mare.

Se arată că CNSC a punctat corect acest aspect într-o Decizie:

Despărțirea în loturi a achiziției, după cum judicios a remarcat și contestatorul, este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale (în care se poate include prin analogie și) au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea achiziției pe loturi și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

Contestatorul aduce în discuție și articolul 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 care statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de asigurare a unei minime concurențe, astfel încât la procedura de achiziție publică să poată participa mai mult decât un singur operator economic, indiferent dacă el este sau nu chiar actualul furnizor de gaze medicale al autorității contractante.

Contestatorul apreciază că este relevant să aducă în atenția CNSC 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:

-Spitalul Județean de Urgență "Mavromati" Botoșani, nr. anunț participare CN1033124/22.07.2021, 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;

-Spitalul de Urgență Tg. Cărbunești, nr. anunț participare CN 1030230/17.04.2021, 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;

-Spitalul Municipal Salonta, nr. anunț participare SCN 1090724/06.08.2021, 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;

Contestatorul face precizarea că în Anexa la prezenta contestație se regăsesc fișele de date aferente achizițiilor mai sus menționate, precum și fișa de date a achiziției anterioare, derulată de autoritatea contractantă în anul 2017.

Consideră petentul că în situația de față, conduita autorității contractante de a identifica «soluții» de a restricționa accesul la această procedură a altor participanți, cu excepția actualului furnizor, nu poate fi încurajată. Se notează faptul că această procedură de achiziție a fost precedată de o licitație similară, autoritatea contractantă alegând să împartă contractul de achiziție publică pe loturi. Menținerea lotului unic în cazul lotului 1 reprezintă în opinia petentului o cerință excesiv de restrictivă prin care autoritatea contractantă limitează numărul candidaților la unul singur, ducând și la încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice. Este evidentă pentru petent intenția autorității contractante de a favoriza actualul furnizor prin toate mijloacele posibile și consideră că aceasta încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că intenționează să încheie contractul de achiziție publică cu un singur furnizor, respectiv actualul furnizor.

În fapt, contestatorul învederează 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, la fel ca și oxigenul medicinal produs local, care face obiectul lotului 2 al acestei proceduri.

Contestatorul aduce în atenție și Decizia CNSC nr. 627/C9/492 din data de 15.04.2020. Potrivit dispozitivului acestei decizii, Consiliul „*obliga entitatea să isi modifice în consecința documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor solicitate si al acceptarii depunerii de oferte pe loturi*”.

Se reține că prin împărțirea în 3 loturi a achiziției, respectiv în 2 loturi achiziția aferentă lotului 1 și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedura de achiziție, 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.

Contestatorul susține că 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, petentul afirmă că se impune a se analiza și 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 că *"autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența"*, situație care apare în mod evident în această procedură.

Se arată că pe lângă operatorii economici care nu au ambele gaze în portofoliul de produse, mai sunt alți producători care au ambele tipuri de gaze în portofoliul de produse dar care aleg să oferteze doar un singur tip de gaze din cauza distanței mari față de locul de producere al oxigenului medicinal lichefiat (transportul poate mări foarte mult prețul oxigenului), din cauza lipsei de echipamente de stocare și evaporare pe stoc, din cauza lipsei de butelii în cazul oxigenului comprimat, iar prin separarea în 2 loturi independente poate obține prețuri de achiziție competitive și utilizarea eficientă a fondurilor publice pentru fiecare produs în parte.

Presupunând că autoritatea contractantă nu ar avea nicio obligație de a diviza lotul 1 în mai multe loturi, 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.

Contestatorul afirmă că valoarea garanției de participare a fost stabilită prin raportare la valoarea estimată a lotului 1, respectiv 0,2500 % - 48169,31 RON o valoare considerabilă. Dacă exista impartirea pe loturi a lotului 1, accesul era facilitat și din acest punct de vedere pentru I.M.M.-uri cu o garanție de participare adaptată la fiecare lot în parte, deci pentru fiecare gaz în parte.

Pentru toate motivele expuse mai sus, petentul consideră că cerințele documentației de atribuire, așa cum a fost publicată inițial, sunt cerințe de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispozițiile Legii 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Astfel, contestatorul opinează că neîmpărțirea pe loturi a lotului 1 duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedură, aceasta urmând să se desfășoare cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice.

Totodată, contestatorul susține că 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.

Contestatorul arată că 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 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, așa cum a făcut-o deja în anul 2017 și fără a impune cerințe restrictive la nivelul documentației de atribuire cum ar fi factori de evaluare subiectivi, termene de punere în funcțiune nerealiste, cerința unor buletine metrologice care nu au legătură cu furnizarea acestor gaze medicale etc.

Se precizează de către petent că 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.

Pentru toate motivele enumerate mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire prin împărțirea în 2 loturi a achiziției aferente Lotului 1- Oxigen medicinal: lot 1. Oxigen medicinal lichefiat, lot 2. Oxigen medicinal comprimat în butelii.

Prin adresa nr. 1181/B din 13.01.2022 înregistrată la CNSC cu nr. 2558/17.01.2022, autoritatea contractantă formulează Punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, învederând următoarele:

Referitor la critica privind modificarea factorului de evaluare „termenul de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR” din cadrul criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” (punctul 1 din contestație), Autoritatea menționează că cei doi factori de evaluare indicați în documentația de atribuire (termenul de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR și termenul de răspuns în caz de avarie) întrunesc cerințele prevăzute la art. 187 alin. 4 și 5 din Legea nr. 98/2016, modificările și completările ulterioare, și la art. 32 alin. 2 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Se arată că factorii de evaluare folosiți de spital se încadrează în prevederile art. 187 alin. 5 lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, care recunosc ca factori de evaluare și serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare. Autoritatea contractantă susține că a prezentat într-o manieră clară atât în caietul de sarcini cât și în fișa de date cerințele pe care înțelege să le puncteze și formula de calcul. Obiectul procedurii de achiziție este oxigen medicinal, cu cele două forme de ambalare/prezentare: oxigen lichefiat și oxigen comprimat (tuburi de oxigen de diverse mărimi). Compoziția chimică a produsului oxigen medicinal este aceeași și pentru oxigenul lichefiat și pentru oxigenul comprimat. Instalarea și punerea în funcțiune a instalației de stocare a oxigenului lichefiat reprezintă elemente de o importanță vitală pentru o unitate sanitară cu paturi care folosește zilnic în activitatea medicală oxigen medicinal, viața unor pacienți depinzând de primirea acestui produs; prin urmare, prin punctarea acestui factor, unitatea sanitară urmărește obținerea unui beneficiu real, respectiv

conectarea la instalația de oxigen într-un interval de timp rezonabil și asigurarea continuității în aprovizionarea cu oxigen medicinal.

Afirmațiile contestatoarei că termenul de instalare stabilit de unitatea sanitară este prea scurt (maxim 30 de zile) sunt neîntemeiate în opinia Autorității deoarece unitatea sanitară trebuie să aibă continuitate în asigurarea oxigenului medicinal, având în vedere și actualul context epidemiologie determinat de virusul SARS-CoV-2 (unitatea sanitară fiind nominalizată pe lista spitalelor care asigură asistență medicală pacienților, cazuri confirmate și suspecte de Covid, aprobată prin Anexa nr. 2 la OMS nr. 434/2021). De altfel, în caietul de sarcini, la punctul 8.3, s-a făcut mențiunea că *„Până la punerea în funcțiune a rezervoarelor de stocare a oxigenului medicinal lichefiat și a tuturor echipamentelor și instalațiilor aferente, ofertantul declarat câștigător pentru lotul 1 se obligă să găsească o soluție tehnică viabilă (butelii, stocatoare de oxigen medicinal mobile, etc.), astfel încât furnizarea oxigenului să NU se întrerupă, având în vedere că sunt internați pacienți dependenți de oxigen”*.

Referitor la criticile privind clarificarea proprietarului fundației existente aferente stocătorului de 20.000 mc și efectuarea unei expertize tehnice în acest sens (punctele 2 și 3 din contestație), autoritatea contractantă precizează că unitatea sanitară a eliminat din caietul de sarcini mențiunile privitoare la rezervorul de minim 20000 mc.

Referitor la criticile privind modificarea formulei de ajustare a prețului și introducerea unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc (punctul 4 din contestație), autoritatea contractantă menționează că unitatea sanitară a indicat într-un mod clar și echivoc formula de ajustare și etapele ce trebuie îndeplinite pentru aplicarea acesteia atât în caietul de sarcini (punctul 11) cât și în fișa de date (punctul II.3 „Ajustarea prețului contractului”). Consideră Autoritatea că apelarea la indicii de inflație în loc de formula propusă de contestatoare este mai sigură, având în vedere că inflația presupune o creștere generalizată a prețurilor în economia de piață și se calculează de regulă în funcție de indicii prețurilor de consum (IPC) comunicat de Institutul Național de Statistică.

Unitatea sanitară a făcut următoarea rectificare a prevederilor art. 12.1 din acordul cadru:

„12.1 Modificarea acordului-cadru/contractelor subsecvente se poate realiza strict cu respectarea condițiilor prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016, Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021 și punctul 11 din caietul de sarcini. Promitentul-achizitor are dreptul de a denunța unilateral acordul-cadru/contractele subsecvente în cazul în care promitentul-furnizor nu înțelege să respecte prevederile legale privind modificarea contractelor.”

Referitor la eliminarea de către autoritatea contractantă a solicitării buletinului de verificare metrologică (punctul 5 din contestație), autoritatea contractantă menționează că această cerință a fost trecută cu scopul de a avea certitudinea aparatului de măsurare, înlăturându-se astfel orice neînțelegere ce ar putea să se ivească între părți.

Referitor la cererea contestatoarei de a modifica termenul nerealist de maxim 30 zile calendaristice solicitat pentru punerea în funcțiune a instalațiilor de stocare a oxigenului (punctul 6 din contestație), Autoritatea consideră că termenul stabilit de spital este unul rezonabil raportat la

obligatia spitalului de a asigura continuitatea în aprovizionarea cu oxigen medicinal și de a acoperi nevoile de îngrijiri medicale ale pacienților în actuala situație epidemiologică generată de răspândirea virusului SARS-CoV-2.

Referitor la solicitarea de remediere a documentației de atribuire prin împărțirea în loturi a achiziției aferente lotului 1 „oxigen medicinal”, autoritatea contractantă menționează că, în lotul 1, unitatea sanitară a inclus produsul „oxigen medicinal” în cele două forme de prezentare:

1. Oxigen medicinal lichefiat (aflat în stare lichidă), care se depozitează în instalații de stocare;

2. Oxigen medicinal comprimat (aflat în stare gazoasă) care este îmbuteliat în tuburi de diverse dimensiuni (51, 101 și 501).

Se menționează că indiferent de modul de ambalare (fie în instalație de stocare fie în tuburi), unitatea sanitară urmărește să achiziționeze oxigen medicinal a cărui compoziție chimică și concentrație nu este afectată sau modificată de modul de stocare a acestui produs medicament.

Prin includerea oxigenului medicinal comprimat și a oxigenului medical lichefiat într-un singur lot, Autoritatea opinează că nu se poate acuza unitatea sanitară că a urmărit îngrădirea de a participa la procedură a unor operatori economici. Gama de produse ce poate fi oferită de un operator economic (care poate fi redusă sau mai diversă) nu poate fi opusă autorității contractante.

Se reține că potrivit art. 4 alin. 1 lit. dd) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin lot se înțelege fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

Autoritatea contractantă menționează că la procedura anterioară, desfășurată în anul 2017, niciun operator economic nu a depus ofertă pentru lotul destinat achiziționării de oxigen comprimat.

Față de aceste considerente, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

Cu adresa nr. 5125/21.01.2022 înregistrată la Consiliu sub nr. 3578/21.01.2022, SC SRL depune Concluzii scrise față de aspectele învederate de autoritatea contractantă prin Punctul de Vedere, arătând următoarele:

1. Modificarea primului factor de evaluare-termenul de instalare, punere în funcțiune - din cadrul criteriului de atribuire ce utilizează un algoritm de calcul subiectiv.

Contestatorul apreciază că și autoritatea contractantă a recunoscut că factorul de evaluare utilizat are legătură doar parțial cu obiectul lotului 1, respectiv cu oxigenul medicinal lichefiat care se stochează în cele 2 instalații criogenice solicitate prin documentația de atribuire, fără a avea

legătură cu cel de-a doilea produs, oxigen medicinal comprimat care se livrează în butelii.

Totodată, contestatorul susține că își menține afirmația cu privire la faptul că acest factor de evaluare este utilizat în mod nelegal de către autoritatea contractantă, pentru motivele arătate în cadrul contestației. Referitor la autorizarea ISCIR a unei instalații de stocare oxigen medicinal lichefiat care se face conform prevederilor legale în termen de maxim 30 de zile, petentul remarcă faptul că autoritatea contractantă nu și-a exprimat opinia prin punctul de vedere transmis. Trimiterea autorității contractante la așa zisa respectare a prevederilor legale cu privire la factorii de evaluare folosiți de spital, nu este suficientă în opinia petentului și nu poate fi primită de Consiliu.

Contestatorul apreciază că acest criteriu utilizat determină o discriminare nejustificată față de ofertanții cu oferte ce îndeplinesc, în fapt, toate cerințele legate de obiectul contractului și actualul furnizor al autorității contractante.

De asemenea, contestatorul reține că prin punctul de vedere transmis autoritatea contractantă nu face nicio trimitere la autorizația de construire pentru fundația betonată care poate fi obținută doar de către proprietarul terenului (în cazul de față autoritatea contractantă) pe baza reglementărilor privind proiectarea și executarea construcțiilor.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul opinează că acest factor de evaluare utilizat de autoritatea contractantă este unul care favorizează doar actualul furnizor, dezavantajându-i pe toți ceilalți potențiali ofertanți. Se menționează că autoritatea contractantă este obligată să respecte dispozițiile legale incidente: art. 32 din HG 395/2016 și art. 187-188 din Legea 98/2016 și să utilizeze factori de evaluare de natură să asigure o competiție corectă între ofertanți.

Contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice factorul de evaluare-termenul de instalare, punere în funcțiune și autorizare ISCIR - din cadrul criteriului de atribuire ce utilizează un algoritm de calcul subiectiv și care avantajează în mod evident actualul furnizor.

2. Clarificarea proprietarului fundației existente și

3. Expertizarea tehnică a fundațiilor pentru a putea să le pună la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți.

Contestatorul reține că autoritatea contractantă a eliminat din caietul de sarcini mențiunile privitoare la rezervorul de minim 20.000 mc, însă nu precizează noua reformulare a acestei cerințe. În lipsa unei precizări clare a noilor prevederi ale caietului de sarcini, contestatorul susține că nu renunță la solicitările din cadrul contestației promovate.

Contestatorul precizează că anterior publicării unei proceduri de achiziție publică, autoritatea contractantă avea obligația de a pregăti respectiva procedură; mai mult, în procesul verbal de vizitare amplasament este trecut ca proprietar al fundațiilor betonate tot Messer, actualul furnizor.

Pentru toate motive invocate mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să comunice noua formulare a prevederilor caietului de sarcini.

4. Modificarea formulei de ajustare a prețului conform obiectului acordului cadru și introducerea clauzelor de revizuire clare, precise și fără echivoc la nivelul acordului cadru.

Față de răspunsul autorității contracte referitor la criticile privind modificarea formulei de ajustare a prețului și introducerea unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc (punctul 4 din contestație), contestatorul susține că trebuie avut în vedere și prevederile art. 164 din HG 395/2016, apreciind că prețul acestui acord cadru ce urmează să fie semnat pe 4 ani, nu poate fi ajustat doar cu indicii de inflație, acest preț trebuind să țină cont de indicii de preț pentru elementele constitutive ale ofertei. Contestatorul afirmă că, prin menținerea acestui indice este încălcat principiul echilibrului contractual care pornește de la ideea că un contract este o realitate juridică ce implică, în mod esențial, un parteneriat, o situație biechitabilă, iar contractul trebuie văzut ca un ansamblu de drepturi și obligații astfel configurate încât asigură un câștig ambelor părți.

Se menționează că în situația de față, ajustarea prețului contractului trebuie făcută la fiecare 6 luni, formula de calcul adecvată obiectului contractului, respectiv producerii oxigenului medicinal fiind dependentă de salarizare, manoperă, costul energiei electrice și costul transportului direct legat de variația prețului combustibililor.

Pentru toate motivele arătate mai sus, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să modifice formula de ajustare a prețului conform obiectului acordului cadru și să introducă clauzele de revizuire clare, precise și fără echivoc la nivelul acordului cadru.

5. Eliminarea solicitării buletinului de verificare metrologică din cerințele documentației de atribuire.

Contestatorul reiterează precizarea că această solicitare este ilegală în contextul în care aceste mijloace de măsură nu se află în lista oficială a mijloacelor de măsurare supuse controlului metrologic legal și prin urmare nu sunt supuse verificării metrologice.

Se menționează de către petent că răspunsul autorității contractante nu poate fi primit ca atare în condițiile în care acesta a atașat contestației răspunsul autorității care se ocupă cu verificarea metrologică.

Referitor la eliminarea de către autoritatea contractantă a solicitării buletinului de verificare metrologică (punctul 5 din contestație), contestatorul precizează că această cerință a fost trecută cu scopul de a avea certitudinea aparatului de măsurare, înlăturându-se astfel orice neînțelegere ce ar putea să se ivească între părți.

Pentru aceste motive, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să elimine cerința de mai sus din cadrul documentației de atribuire.

6. Modificarea termenului nerealist de maxim 30 zile calendaristice solicitat pentru punerea în funcțiune a instalațiilor de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat.

Contestatorul apreciază că răspunsul autorității contractante legat de acest punct al contestației a fost tratat la fel de superficial ca și celelalte.

Fără să reia argumentele din cadrul contestației depuse, contestatorul opinează că termenul de 30 de zile nu este realist chiar și fără execuția fundației betonate. Doar pentru livrarea și instalarea echipamentelor la sediul autorității contractante este nevoie de câteva zile și apoi urmează vizita reprezentantului CNCIR care va efectua inspecția în vederea autorizării funcționării instalațiilor ISCIR, apoi termenul de obținere autorizație ISCIR de maxim 30 de zile de la depunerea dosarului. În atare situație, este evident pentru petent că această cerință este una nerealistă și nu poate fi îndeplinită decât de actualul furnizor, chiar și în contestul neluării în calcul a execuției fundației betonate.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice termenul de maxim 30 zile calendaristice solicitat pentru punerea în funcțiune a instalațiilor de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat.

7. Remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 2 loturi a achiziției aferente Lotului 1 oxigen medicinal: lot 1. oxigen medicinal lichefiat, lot 2. oxigen medicinal comprimat în butelii.

Contestatorul afirmă că prin gruparea celor 2 gaze oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat în lot unic, nu se face decât restricționarea participării la această procedură a operatorilor economici care nu au ambele gazele în portofoliul de produse așa cum sunt ele solicitate în cadrul documentației de atribuire aferentă lotului 1. Se menționează că în cazul achiziției anterioare a achiziționat în loturi separate aceste produse și că oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat sunt produse diferite, ambalate diferit, livrate diferit, autorizate a fi puse pe piață în mod diferit, la fel cum este și oxigenul medicinal de puritate 93% care face obiectul lotului 2.

Contestatorul apreciază că prin răspunsul său, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile în materia achizițiilor publice, fiind afectat interesul legitim al acestuia de a participa la procedura de achiziție publică în cauză pentru motivele expuse pe larg în cadrul contestației promovate.

Având în vedere că documentația de atribuire aferentă lotului 1 se referă la furnizarea a două produse, diferite, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să împartă pe loturi această achiziție aferentă lotului 1, respectiv în 2 loturi distincte, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedura de achiziție și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Se apreciază că autoritatea contractantă ignoră faptul că fiecare dintre aceste 2 gaze au nevoie de autorizație de punere pe piață, autorizație de fabricație, certificat de bună practică de fabricație, licență de transport pentru gaze medicinale ADR, autorizații ISCIR și ignoră faptul că există furnizori care sunt specializați doar pe furnizarea unui singur tip de gaz în România.

Contestatorul reține și faptul că autoritatea contractantă a recunoscut că factorul de evaluare utilizat are legătură doar parțial cu obiectul lotului 1, respectiv cu oxigenul medicinal lichefiat care se stochează în cele 2 instalații criogenice solicitate prin documentația de atribuire, fără a avea legătură cu cel de-a doilea produs, oxigen medicinal

comprimat care se livrează în butelii. Ceea ce confirmă afirmațiile contestatorului referitoare la furnizarea celor 2 produse, care pot fi la fel de bine achiziționate în loturi independente.

În concluzie, pe baza argumentelor invocate mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Cu adresa nr. 5256/28.01.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 4883/28.01.2022, SC SRL depune Concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției, prin care reiterează argumentele expuse inițial în cuprinsul contestației, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru încheierea acordului-cadru de furnizare având ca obiect "Acord-cadru oxigen medicinal" – lotul 1, cod CPV 24111500-0. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind .

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra solicitării de suspendare a procedurii de atribuire din cadrul contestației formulate de SC SRL pentru lotul 1, pe care a admis-o.

În ceea ce privește fondul contestației SC SRL referitoare la lotul 1, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Consiliul va analiza cu prioritate criticile contestatorului prin care acesta consideră că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile legale în materie în privința componenței lotului 1 contestat, solicitând remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 2 loturi a achiziției aferente Lotului 1 oxigen medicinal: lot 1. oxigen medicinal lichefiat, lot 2. oxigen medicinal comprimat în butelii.

Referitor la acest aspect, Consiliul reține că autoritatea contractantă, pentru lotul 1, a inclus produsul „oxigen medicinal” în cele două forme de prezentare:

1. Oxigen medicinal lichefiat (aflat în stare lichidă), care se depozitează în instalații de stocare;

2. Oxigen medicinal comprimat (aflat în stare gazoasă) care este îmbuteliat în tuburi de diverse dimensiuni (51, 101 și 501).

Potrivit dispozițiilor art. 141 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor

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

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

Potrivit normelor legale citate mai sus, nu este prevăzută explicit obligația expresă ca autoritatea contractantă să recurgă la divizarea pe loturi, însă, art. 2 alin. (2) lit. a), b) și e) din Legea nr. 98/2016 impune, în mod evident, respectarea, de către autoritatea contractantă, a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv: *nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea*, care au ca scop asigurarea și mărirea concurenței, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor, care ar putea fi, la fel de bine, achiziționate separat.

Este adevărat că în speță autoritatea contractantă a împărțit procedura în două loturi, însă, în ceea ce privește lotul 1, autoritatea contractantă a inclus obligația ofertării atât a produsului „Oxigen medicinal lichefiat” (aflat în stare lichidă), care se depozitează în instalații de stocare, cât și a produsului „Oxigen medicinal comprimat” (aflat în stare gazoasă) care este îmbuteliat în tuburi de diverse dimensiuni.

Ori, este evident, prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu ambele categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a gazelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de gaze, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea și/sau distribuția tuturor celor trei tipuri de gaze, autoritatea limitează accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați pe mai puține tipuri.

În acest context, preluând jurisprudența constantă a CNSC și a Curților de Apel, Consiliul reține că echipamentele ce fac obiectul lotului 1 sunt diferite, iar operatorii economici, interesați de participarea la procedură este posibil să nu dețină în portofoliu toate produsele solicitate, participarea cu o ofertă conformă fiind imposibilă.

În privința componenței lotului 1, (achiziționarea celor 2 tipuri de gaze oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat) chiar dacă poartă denumirea generică de oxigen medicinal, acestea sunt produse diferite, ambalate diferit, livrate diferit, autorizate a fi puse pe piață în mod diferit. În aceste condiții, prin includerea acestora în cadrul unui singur lot, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce atingere principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea achiziției publice. Astfel spus, exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să nu conducă la încălcarea principiilor legale, aceasta fiind ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței cât mai multor furnizori de produse/echipamente din domeniul medical.

Față de cele evocate, Consiliul apreciază că prin ofertarea pe loturi individuale a celor 2 tipuri de gaze oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați, la procedură, 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, iar 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 de achiziție publică.

Astfel, în opinia Consiliului, autoritatea contractantă nu este afectată de împărțirea pe loturi a celor 2 tipuri de gaze, dimpotrivă, aceasta va realiza o utilizare eficientă a fondurilor.

În atari circumstanțe, solicitările contestatorului vizând divizarea pe loturi distincte a celor două tipuri de gaze care formează obiectul lotului contestat se constată a fi întemeiate, cele două tipuri de gaze având, așa cum a fost mai sus reținut, modalități de distincte de autorizare pentru punerea în piață și livrare distincte.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație 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 și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesar a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire a lotului 1, contestat, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a procedurii, în sensul lotizării produselor solicitate în cadrul lotului 1 și al acceptării depunerii de oferte separat pentru oxigen medicinal lichefiat, respectiv pentru oxigen medicinal comprimat.

Însă, ținând cont de cele învederate de Agenția pentru Agenda Digitală a României prin corespondența nr. și anume „(...) 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 prin 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 divizarea produselor aferente lotului 1 în mai multe

loturi nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice – SEAP, în cadrul aceleiași proceduri.

Prin urmare, este fără echivoc faptul că adoptarea unei măsuri de remediere constând în divizarea lotului 1 este imposibilă, situație în care apare ca lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie adoptate de autoritatea contractantă, precum și faptul că împărțirea pe mai multe loturi a procedurii aferentă lotului 1 nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul reține că se impune anularea procedurii pentru lotul 1.

În aceste condiții, Consiliul nu va mai analiza și celelalte critici formulate de contestator în referire la lotul 1, având în vedere faptul că acesta urmează a fi anulat.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin.(2) lit.c) și alin.(7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL și va dispune anularea procedurii de atribuire de atribuire pentru lotul 1.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit c) și alin.(7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu și dispune anularea procedurii de atribuire pentru lotul 1.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....