

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent din 07.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30449/07.06.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „*Acord cadru furnizare oxigen medicinal lichid și gaze, argon*”, se solicită, pentru loturile 1 și 2, admiterea contestației, obligarea autorității contractante la remedierea prevederilor nelegale din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul eliminării cerinței tehnice restrictive de la nivelul caietului de sarcini privind obligația ca regulatorul de presiune integrat să fie inclus în APP-ul oxigenului medicinal comprimat, precum și a celorlalte cerințe restrictive detaliate, iar, în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de eliminare a cerinței restrictive, obligarea autorității contractante la împărțirea procedurii de atribuire în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos în butelii, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 ... critică modalitatea prin care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, pentru loturile 1 și 2, având în vedere următoarele considerente:

I. Situația de fapt

La data de 28.05.2023, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. ..., având ca obiect „Acord cadru furnizare Oxigen medicinal lichid și gazos, argon” cu o valoare estimată a achiziției cuprinsă între 3.868.725 lei și 7.739.700 lei.

Obiectul achiziției este reprezentat de furnizarea oxigenului medicinal lichid și a buteliilor de oxigen medicinal gazos, după cum urmează: „Oxigen medicinal lichefiat; Oxigen medicinal gazos în butelii de 5 litri (1 mc), cu robinet cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual; Oxigen medicinal gazos în butelii de 10 litri (2 mc), cu robinet cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual; Oxigen medicinal gazos în butelii de 50 litri (10 mc), cu robinet cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual; Servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat (3 bucăți); Chirie butelii cu regulator de presiune incorporat (50 butelii)”. Procedura de atribuire, în privința oxigenului, nu a fost împărțită în loturi. În schimb, procedura a fost împărțită în 2 loturi, unul pentru oxigen și unul pentru argon.

Analizând prevederile caietului de sarcini, contestatorul a remarcat imposibilitatea participării în cadrul procedurii de atribuire, ca urmare a unor cerințe tehnice restrictive din cuprinsul caietului de sarcini, privind necesitatea autorizării regulatorului de presiune incorporat pe buteliile de oxigen medicinal gazos prin intermediul autorizației de punere pe piață a medicamentului.

Contestatorul arată că este interesat să depună ofertă în cadrul acestei proceduri, însă această cerință tehnică restrictivă îl împiedică să depună ofertă în cazul celui de-al doilea produs solicitat de autoritatea contractantă, respectiv oxigenul medicinal lichefiat, deoarece obiectul procedurii de atribuire nu este împărțit pe loturi pentru acest produs.

II. Cerințe tehnice restrictive privind buteliile de oxigen

În pag. 4 din caietul de sarcini (Anexa nr. 1), citată de contestator, se evocă produsele solicitate de autoritatea contractantă, iar la pag. 11 din acesta, este prevăzută cerința: „Să pună la dispoziția autorității contractante un număr de minim 50 butelii oxigen medicinal cu regulator de presiune incorporat cu capacitate între 5 și 10 litri. Buteliile simple și buteliile cu regulator de presiune incorporat (regulator integrat prin construcție și care nu se detașează manual) trebuie să fie autorizate ca ambalaj prin autorizația de punere pe piață emisă de Agenția Națională a Medicamentului.”

Astfel, contestatorul solicită eliminarea cerinței tehnice restrictive privind autorizarea regulatorului de presiune incorporat prin autorizația de punere pe piață a operatorilor economici interesați, deoarece, așa cum se arată în continuare, restrânge în mod artificial concurența.

Pentru o înțelegere a situației de fapt, se face mențiunea că există două tipuri de regulatoare de presiune:

- regulatoare ce se anexează la butelii prin înfiletare la butelie (deținute de unele spitale, reductoarele sunt atașate de personalul spitalului);
- regulatoare încorporate (se încorporează de către producător de personalul acestuia) și nu se pot detașa de către utilizator.

Regulatorul de presiune reprezintă un accesoriu al buteliilor (deci al ambalajului principal) și are funcția de a permite reglajul debitului din buteliile aflate sub presiune. Un produs cu regulator încorporat nu este un produs de o calitate superioară.

Scopul firesc al autorității contractante - de a obține oxigenul comprimat în butelii - este atins în oricare dintre cele două variante ale buteliilor cu reductor.

În plus, buteliile de oxigen medicinal simple presupun posibilitatea anexării unui regulator de presiune în vederea controlului presiunii degajate prin două modalități legale de autorizare, (i) fie regulatoarele de presiune sunt autorizate odată cu oxigenul medicinal gazos, prin autorizația de punere pe piață, (ii) fie sunt autorizate ca dispozitive medicale separate, care se anexează buteliilor autorizate prin autorizația de punere pe piață (de exemplu, conform fișei tehnice a dispozitivelor utilizate de ...- Anexa nr. 2).

Raportat la sintagma regulator de presiune încorporat, ceea ce ar trebui avut în vedere, este livrarea unui ansamblu de butelii ca un tot unitar, formând un singur corp, în vederea evitării oricăror demersuri suplimentare din partea personalului acestuia în vederea utilizării oxigenului medicinal.

Societatea poate îndeplini în mod practic această cerință a autorității contractante prin livrarea buteliilor de oxigen medicinal cu regulatoare de presiune direct anexate, încorporate, fapt ce nu implică niciun efort suplimentar din partea acesteia, care urmează să le utilizeze pur și simplu.

Nu există o diferență de ordin practic sau calitativ între buteliile cu regulator de presiune integrat inclus în APP și buteliile cu regulator de presiune integrat autorizat ca dispozitiv medical, ambele fiind livrate la sediul autorității contractante în același stadiu și gata de utilizare, ci o diferență la nivelul modalității de autorizare, fapt care conferă cerințelor tehnice restrictive ale autorității contractante un caracter nejustificat.

Inclusiv ANMDM (deci autoritatea având atribuții de autorizare în domeniul medical) permite anexarea regulatoarelor de presiune la butelii (astfel încât acestea să devină butelii cu regulator de presiune încorporat), fapt ce rezultă din Anexa 1 la Autorizației de Punere pe Piață ...- Prospect informații pentru utilizator (a se vedea pct. 4, pag. 6 și pag. 9 din Anexa 1 la APP ... - Anexa nr. 3).

„Instrucțiuni generale de folosire

Butelii

1. *Îndepărtați garda de protecție dacă aceasta există.*
2. *Asigurați-vă că robinetul de distribuție este închis.*
3. *Îndepărtați sigiliul.*
4. *Conectați reductorul și debitmetrul aferent la robinetul buteliei.*
5. *Conectați umidificatorul/barbotorul.*
6. *Conectați canula prevăzută cu mască și ochelari la umidificator.*
7. *Rotiți ușor robinetul general până la deschidere completă.*
8. *Reglați debitmetrul la valorile de debit cerute (litri/minut)."*

Or, dacă din punct de vedere legal există opțiunea atât a existenței, cât și a autorizării reductoarelor incorporabile atât împreună cu butelia, cât și ca o anexă a acesteia (ca dispozitiv medical), autoritatea contractantă intervine peste prerogativa furnizorilor de oxigen medicinal gazos de a opta între cele două modalități legale de furnizare, în mod nejustificat.

Contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă nu poate insera orice fel de specificații tehnice, ci trebuie să existe un echilibru între interesul urmărit și permiterea accesului egal la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați.

Eventuale specificații tehnice care pot reprezenta obstacole față de asigurarea unei concurențe efective, precum aceasta, trebuie să fie justificate, să rezulte în mod necesar din modalitatea în care produsele urmează a fi furnizate și utilizate, decizia de inserare a specificațiilor tehnice necesare fiind motivată de situațiile efective în care urmează a se utiliza acel produs.

În concret, specificațiile tehnice trebuie să aibă o natură obiectivă și să servească la aprovizionarea cu produse corespunzătoare, care să satisfacă necesitățile autorității contractante, element care nu se probează în speță.

Includerea unei caracteristici tehnice restrictive la nivelul caietului de sarcini este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament prevăzute de articolul 18 al Directivei 2014/24/UE și transpuse în legislația națională prin art. 49 și urm. din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

De asemenea, CJUE a statuat în repetate rânduri că principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare, subliniind că specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței.

În situația prezentă, autoritatea contractantă poate fi aprovizionată cu butelii având regulatoare de presiune integrate și autorizate separat drept dispozitive medicale, iar nu doar prin metoda descrisă în caietul de

sarcini, astfel că aceste cerințe nu sunt justificate, nu aduc niciun beneficiu autorității contractante (care beneficiază de același tip de ambalaj, cu aceleași funcții, respectiv posibilitatea reglării presiunii oxigenului medicinal) și îngrădește în mod obiectiv posibilitatea contestatorului de a participa la procedura de atribuire.

Contestatorul menționează că deține autorizație de fabricație pentru gazele medicinale din 2012 și este furnizorul de oxigen medicinal comprimat în butelii (cu sau fără regulator încorporat) pentru spitale și servicii de ambulanță de pe teritoriul României și a asigurat consumul de oxigen al acestora inclusiv în perioada critică a pandemiei, fără a fi necesară această cerință tehnică restrictivă. De asemenea, a pus la dispoziția autorităților publice din România butelii având funcția de reglare a presiunii (conform Anexei nr. 4), fără a fi necesară introducerea acestui dispozitiv medical anexat în cadrul autorizației de punere pe piață.

În concluzie, se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe tehnice restrictive din cuprinsul caietului de sarcini, pentru a permite fiecărui operator economic interesat să furnizeze Butelii de oxigen medicinal simple și cu regulator de presiune încorporat (prin anexare), autorizate în orice formulă pusă la dispoziție de prevederile legale în vigoare în materie.

III. Alte cerințe restrictive identificate în caietul de sarcini

Caietul de sarcini conține și alte cerințe care restrâng concurența în mod nejustificat, cerințe la care contestatorul se referă în cele ce urmează.

Una dintre aceste cerințe se referă la soluția provizorie care trebuie implementată pentru furnizarea oxigenului, până la realizarea platformelor pe care urmează a fi poziționate rezervoarele de stocare oxigen.

Mai exact, autoritatea contractantă a solicitat: *„În perioada de realizare a platformelor (dacă va fi cazul) și instalare a echipamentelor tehnice enumerate mai sus, operatorul declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigen medicinal lichefiat spitalului printr-o soluție tehnică autorizată și care să fie conform APP pe care o va prezenta detaliat în propunerea tehnică.”*

Această cerință tehnică este una restrictivă, având în vedere că impune operatorilor economici să furnizeze strict oxigen lichefiat, însă nu permite și livrarea de oxigen comprimat (în butelii). Între cele două tipuri de oxigen nu există nicio diferență calitativă, produsul fiind același. Singura diferență este reprezentată de forma de prezentare. Oxigenul medicinal lichefiat se livrează în rezervoare criogenice ce necesită montaj și autorizare ISCIR, pe când buteliile se pot utiliza din prima zi. Păstrarea cerinței în forma existentă îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante să depună oferta în cadrul acestei proceduri.

Or, pentru a asigura o concurență corectă, se solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, astfel încât să permită operatorului economic declarat câștigător să furnizeze oxigen medicinal (inclusiv comprimat) până la autorizarea soluției de furnizare oxigen medicinal lichefiat. În mod firesc, soluția provizorie va fi aleasă de operatorul economic, cu obligația de a asigura consumul și continuitatea livrării de oxigen medicinal.

O a doua cerință restrictivă se referă la specificațiile (neobișnuit de detaliate) pentru echipamentele tehnice pentru oxigenul lichefiat.

În concret, autoritatea contractantă a solicitat prin caietul de sarcini:

„Caracteristici tehnice:

> Stație de reducere a presiunii cu comutare automată tip pentru 2x2 butelii de Oxigen medicinal

- număr de trepte: 2*
- număr butelii conectate: 2x5*
- mediu lucru gaz: oxigen medicinal*
- presiune de intrare: 200 bar*
- debit nominal: aproximativ 650 l/min*
- presiune de ieșire: 10 bar (reglabilă 0-10 bar)*
- presiune de ieșire finală: 4-5 bar (presiunea standard a oxigenului medicinal)*
- conține manometru pentru afișarea presiunii de intrare*
- conexiune de intrare butelii: W21x1/14"M*
- conține furtunele flexibile pentru conectarea celor 10 butelii*
- conține manometru pentru afișarea presiunii de ieșire în rețea (0-10 bar)*
- variația de presiune la comutare: 2 bar*
- conține supapă de siguranță 14 bar pentru prima treaptă respectiv 5.5 bar pentru treapta 2*
- conexiune butelii: conform standard DIN477 no 9 (oxigen medicinal)*
- conexiune ieșire gaz: 22mmx1mm*

Treapta 1 - 2 reductoare înaltă presiune pentru fiecare ramură de butelii:

- reductorul de înaltă presiune prevăzut cu manometre indicator 0 - 400 bar*
- reductorul de înaltă presiune prevăzut cu traductor de presiune in-put, respectiv traductor de presiune out- put*
- supapa de siguranță*
- valvă pneumatică de comutare automată de pe ramura de butelii în lucru pe ramura de butelii ce se află în stand-by*

Obligatoriu în momentul în care ramura de lucru, presiunea este de aproximativ 10-12 bar, valva va trebui să comute automat pe ramura aflată în stand-by.

Treapta 2 - 2 reductoare de joasă presiune montate în by-pass, prevăzute cu robineti de izolare.

1 modul de ieșire prevăzut cu:

- *manometru indicator 0-16 bar*

- *supapă de siguranță reglată la 6 bar*

- *prevăzut cu robinet de conectare la rețea DN 15. Toate componentele ce fac legătură între echipamentele prezentate mai sus vor fi din cupru medical.*

Racorduri flexibile de înaltă presiune pentru conectarea buteliilor de pe cele două ramuri

Caracteristici treapta 2:

- *presiunea maximă - 320 bar*

- *presiunea de testare 500 bar*

- *lungimea racordului flexibil de minim 800 mm.*

Cele două grupuri de butelii sunt conectate la un panou de comutare automată prin intermediul unui cap colector de înaltă presiune. Buteliile de gaz sunt racordate la capul colector prin intermediul unor serpentine flexibile din cupru.

Fiecare butelie are prevăzut câte un robinet de izolare. Panoul de comutare automată, pneumatic, face trecerea de la grupul de butelii în lucru (care s-au golit) la grupul de butelii aflat în stand-by (care sunt pline).

- *ca element de siguranță împotriva presiunii prea mari în zona de ieșire a gazului, sistemul este prevăzut cu o supapă de suprapresiune.*

- *stația automată este realizată din două regulatoare de presiune cu o singură treaptă; comutarea automată de pe partea cu butelii goale pe cea cu butelii pline are loc pe partea presiunii de ieșire, fără intervenție din exterior, prin acțiune pneumatică. Dacă este utilizată corespunzător, această setare permite o furnizare de gaz fără întrerupere la trecerea de pe partea cu butelii goale pe partea cu butelii pline; punctul de comutare al regulatorului este determinat de diferența de presiune necesară, care în momentul în care este atinsă, generează comutarea automată, fără intervenție din exterior.*

- > *Cutie de Semnalizare acustică și vizuală a nivelului de gaz din butelii*

Stația de reducere a presiunii conține o cutie de semnalizare cu următoarele caracteristici:

- *la traseul de oxigen se vor monta dispozitive de monitorizare a gazului pentru verificarea nivelului minim de gaz din stația buteliei de gaz. (dacă se observă o scădere sub nivelul minim a gazului din butelie, acest lucru va fi indicat prin semnale optice și acustice la dispozitivul plasat în boxa de butelii). Primirea semnalului se realizează de la manometrele de contact cu care este dotată stația.*

Sistemul de comandă și control prevăzut cu:

- modul digital pentru alarmare acustică și vizuală, monitorizarea presiunilor prin afișarea digitală a valorilor măsurate cu ajutorul senzorilor de presiune

- modulul va fi prevăzut cu afișaj LCD cu touch screen și LED -uri indicatoare

- Displayul prevăzut cu afișaj LCD pentru: presiunea de lucru presiunea din ramura dreapta a buteliilor presiunea din ramura stânga a buteliilor de oxigen

- Indicator de siguranță

Dispozitivul de monitorizare a gazului este un sistem de control, proiectat în vederea controlării buteliilor individuale de gaz precum și a buteliilor multiple racordate la o stație de butelii / baterii de butelii. Acest dispozitiv este special conceput pentru a oferi servicii sigure, în concordanță cu standardele tehnice și medicale, luând de asemenea în considerare regulile și directivele CE (Comisia Europeană) de standardizare. Dispozitivul de monitorizare a gazului este folosit pentru verificarea nivelului minim de gaz din stația buteliei de gaz. Dacă se observă o scădere sub nivelul minim a gazului din butelie, acest lucru va fi indicat prin semnale optice și acustice la dispozitiv. Se folosesc manometre de semnalizare a contactului cu ajutorul comutatoarelor inductive sau a celor electrice etanșate.

- Indicații generale de operare a cutiei de monitorizare

Dispozitivul de monitorizare a gazului procesează două comutatoare de admisie, ceea ce permite conectarea la cele două manometre cu contact. Senzorii conectați trebuie să semnalizeze scăderea presiunii sub limita de operare dorită, prin deschiderea comutatorului.

Apare un „răspuns de urgență” după cum urmează:

- dacă presiunea minimă scade/crește
- indicatorul corespunzător începe să licăre și pornește alarma
- alarma se oprește imediat ce se constată scurtcircuitul și se apasă pe întrerupător.

LED-ul revine din stadiul de licărire în cel de luminare continuă.

LED-ul se stinge numai dacă s-a remediat problema (adică butelia de gaz a fost schimbată)

- Țevile de legătură între componente vor fi fabricate din cupru medical conform standardului SR EN 13348 degresate și decapate fără pelicula de oxid de cupru.

- Stația de butelii va fi fabricată în conform standardelor: EN ISO 7396-1 sau HTM02-01”

Includerea acestor caracteristici tehnice restrictive la nivelul caietului de sarcini este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament prevăzute de art. 18 al Directivei

2014/24/UE și transpuse în legislația națională prin art. 49 și următoarele din Legea nr. 98/2016.

În cauza de față, suntem în situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prevăzut de art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care se produce sub forma celei de-a doua modalități prevăzută de legislația în vigoare, respectiv includerea unor specificații tehnice care ar putea favoriza unele întreprinderi. Prin stabilirea acestor specificații tehnice, autoritatea contractantă nu a respectat scopul legislației privind achizițiile publice, respectiv acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Aceste principii sunt o aplicație particulară a prev. art. 18 și art. 34 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene, dezvoltate în primul rând de jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție.

CJUE a statuat în repetate rânduri că principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare, subliniind că specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței (Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos, C-368-10, EU:C:2012:284, pct. 62).

Conform art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională. De asemenea, aceasta are obligația de a se abține din a concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legii ori al restrângerii artificiale a concurenței.

În vederea asigurării principiilor achizițiilor publice, contestatorul solicită reducerea detaliilor caracteristicilor stației de reducere presiune la următoarele cerințe:

- număr de rampe și număr de butelii pe fiecare rampă;
- debit necesar;
- presiune de ieșire în treapta a 2-a;
- tip conexiune și intrare butelii;
- comutare automată;
- cerință ca echipamentele să fie conforme cu legislația în vigoare (dispozitive medicale).

IV. Împărțirea pe loturi a oxigenului medicinal

În subsidiar, în eventualitatea în care va fi considerată justificată cerință tehnică restrictivă privind includerea reguletoarelor de presiune în cadrul autorizațiilor de punere pe piață, acest fapt ar duce la eliminarea concurenței pentru întreaga procedură de atribuire.

În acest sens, în vederea acordării societății sale, susține contestatorul, a posibilității de a participa la procedură, acesta solicită obligarea autorității contractante la împărțirea pe loturi a procedurii de atribuire, în privința oxigenului medicinal.

Conform prevederilor art. 141 din Legea nr. 98/2016, împărțirea pe loturi prevalează și trebuie aplicată cu prioritate de către autoritățile contractante, astfel încât să permită participarea cât mai multor operatori economici interesați în cadrul procedurilor de achiziții publice.

Este necesar ca obiectul contractului să fie divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante și capacității IMM-urilor, sau pe baze calitative, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor.

În baza noii legislații, împărțirea pe loturi a devenit regulă, orice excepție de la aceasta trebuind a fi justificată conform prevederilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Din punct de vedere tehnic, nu există niciun motiv justificat în vederea lipsei lotizării obiectului procedurii de atribuire în privința oxigenului, oxigenul medicinal lichid și cel gazos fiind două produse diferite, care se furnizează prin modalități distincte și se pot furniza de doi operatori economici distincți.

Furnizarea de oxigen medicinal gazos se efectuează prin transportul buteliilor la sediul autorității contractante, iar oxigenul medicinal lichid se transportă prin intermediul cisternelor criogenice la sediul acesteia, unde se aprovizionează rezervorul criogenic fix din incintă. Cele două modalități de aprovizionare aferente celor două produse funcționează și se desfășoară separat și concomitent.

Astfel, în lipsa eliminării cerințelor tehnice restrictive privind includerea reguletoarelor de presiune incorporat, în autorizațiile de punere pe piață, precum și în lipsa lotizării obiectului contractului, prezenta procedură de atribuire ar avea un caracter pur formal.

În eventualitatea respingerii criticii de la pct. II de mai sus, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la împărțirea procedurii de atribuire privind oxigenul în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos în butelii, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C., pentru loturile 1 și 2, admiterea contestației, obligarea autorității contractante la remedierea prevederilor nelegale din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul eliminării cerinței tehnice restrictive de la nivelul caietului de sarcini privind obligația ca regulatorul de presiune integrat să fie inclus în APP-ul oxigenului medicinal comprimat, precum și a celorlalte cerințe restrictive detaliate, iar, în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de

eliminarea a cerinței restrictive, obligarea autorității contractante la împărțirea procedurii de atribuire în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos în butelii, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Prin punctul de vedere nr. 10785/13.06.2023, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 31807/13.06.2023, ... solicită respingerea contestației ..., pentru loturile 1 și 2, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

I. Oxigenul medicinal (minim 99,5 % O² v/v) este definit ca medicament de uz uman, fiind rezultatul unui proces industrial specializat, realizat în conformitate cu „*Principiile și liniile directe de bună practică de fabricație pentru medicamente de uz uman, inclusiv pentru investigații clinice*” - aprobate prin O.M.S. nr. 905/2006, cu cerințele de bază ale „*Ghidului de bună practică de fabricație pentru medicamentele de uz uman*” - aprobat prin Hotărârea Consiliului Științific al ANM nr. 23/2010, Anexa 6 Fabricația gazelor medicinale (anexată) și cu monografia de oxigen medicinal din Farmacopeea Europeană, ediția în vigoare (puritate minimă 99,5 %, < 300 ppm CO₂, < 5 ppm CO, < 67 ppm H₂O) (anexată).

Autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic/set pentru aceste gaze medicale, justificarea venind din faptul că, din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte.

Conform art. 141 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a nu recurge la împărțirea pe loturi. Deoarece toate tipurile de oxigen sunt considerate medicamente, iar serviciile conexe sunt aferente livrării, se consideră că este justificată alegerea grupării unui lot unic/set.

Acest aspect este justificat de următoarele:

1. oxigen medicinal comprimat și oxigen medicinal lichefiat au același domeniu de acțiune și se utilizează în aceleași activități (patologie în care este indicată administrarea de oxigen medicinal lichefiat, respectiv oxigen medicinal comprimat gazos fiind identice) și este necesară asigurarea trasabilității produsului pentru o activitate sigură.

2. oxigen medicinal (lichefiat și comprimat) este definit ca medicament de uz uman, fiind rezultatul unui proces industrial specializat pentru fabricație de medicamente de uz uman.

3. oxigenul medicinal comprimat în butelii și oxigen medicinal lichefiat sunt autorizate ca medicamente de către Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, în conformitate cu Legea nr. 95/2006, Titlul XVII Medicamentul.

4. oxigen medicinal comprimat în butelii și oxigen medicinal lichefiat au aceeași destinație și se utilizează în același scop (din care se enumeră doar câteva): tratamentul hipoxiei acute sau cronice de diferite etiologii, în cadrul anesteziei generale și în terapie intensivă, gaz

propulsor în terapia respiratorie prin nebulizare, boala de decompresiune, embolie gazoasă, etc.

- Oxigen medicinal lichefiat și comprimat în butelii se administrează prin aceleași sisteme de distribuție în cadrul ... Buteliile de 50 litri se leagă la stația centralizată de distribuție a spitalului și reprezintă sistemul de aprovizionare de rezervă pentru o scurtă durată (câteva ore), oxigenul medicinal ajungând la pacient prin același traseu cu oxigenul medicinal lichefiat - rețea de conducte de oxigen medicinal.

- Buteliile de 10 litri de oxigen medicinal, o parte dintre ele, se atașează aparatelor de anestezie, ca soluție de rezervă în caz de defecțiune la sistemul primar și cel secundar de aprovizionare cu oxigen medicinal.

Din aceste motive, pentru siguranța actului medical, este obligatorie asigurarea trasabilității oxigenului medicinal, de la sursă (butelie sau lichid) până la pacient.

- Din aceste considerente, perfect justificate, autoritatea contractantă a optat pentru a avea un sigur furnizor de oxigen medicinal. Acest fapt (neîmpărțirea pe loturi) nu este cu nimic restrictiv. Toți producătorii de oxigen medicinal sunt autorizați pentru distribuție de oxigen lichefiat și oxigen comprimat.

II. Tipul de butelie folosit și cantitățile sunt stabilite prin centralizarea referatelor de necesitate primite din partea secțiilor ... de către Serviciul Transport Administrativ Tehnic. Prezentarea necesarului în set de Lot 1 Oxigen medicinal (la care se adaugă servicii conexe) s-a realizat cu scopul de a nu fragmenta acordul-cadru, pentru o evidență mai clară a consumului de oxigen medical la nivel de spital și a calității acestuia.

Așa cum s-a precizat și în caietul de sarcini, autoritatea contractantă este o unitate sanitară cu paturi publică, de interes local, județean și regional, care funcționează în prezent cu un număr de 1182 paturi distribuite în 21 de secții și 4 compartimente (69,23% medicale și 30,77% chirurgicale), în majoritate clinice, amplasate în sistem pavilionar pe întreg arealul municipiului Tg. Specificul secțiilor, dotarea cu aparatură medicală complexă și personalul medical specializat determină ca cererea pentru serviciile medicale furnizate de către spital să fie la cote ridicate și angajează conducerea spitalului în procese decizionale care să conducă la creșterea performanței și profesionalismului actului medical spitalicesc.

- Buteliile mici de oxigen medicinal comprimat, cu capacitate între 5 și 10 litri sunt utilizate în cadrul ... în cabinetele de consultații, compartimentul de primiri urgențe și pentru transportul pacienților între secții. În perioada pandemiei, aceste butelii au fost utilizate într-un număr foarte mare pentru administrarea de oxigen medicinal, vital, bolnavilor de COVID, până ce aceștia au fost stabiliți și integrați în secțiile corespunzătoare. Autoritatea contractantă a primit și tratat toți

bolnavii cu COVID în întreaga pandemie, având în componență secțiile de boli infecțioase și pneumologie. Astfel, toți bolnavii din municipiu și județ (și nu numai) au fost tratați în cadrul acestui spital. În toată această perioadă au fost utilizate sute de butelii cu regulator de presiune încorporate, regulator nedetașabil. Această variantă de butelie de oxigen medicinal este optimă, deoarece:

- regulatorul de presiune este gata montat, nu necesită montare/demontare de către personal medical sau tehnic;
 - este permisă setarea cu ușurință a debitului de administrare;
 - are un indicator al nivelului de gaz din butelie care reduce erorile de administrare datorită nesusținerii momentului în care butelia se golește;
 - regulatorul încorporat este dotat și cu o priză rapidă pentru conectarea la butelie a echipamentelor de administrare oxigen medicinal (ventilatoare, aparate de anestezie);
 - regulatorul de presiune este montat definitiv și nu există posibilitatea demontării lui sau slăbirii înfiletării din eroare, fapt ce poate duce la scăpări de oxigen sau erori;
 - regulatorul de presiune este protejat, ceea ce ușurează manipularea buteliei și reduce riscurile de deteriorare a regulatorului atunci când este lovit din diverse cauze.
- Butelia este ușor de manipulat datorită existenței suportului de prindere.

Astfel, pentru a asigura o manipulare optimă și pentru a preveni incidentele și accidentele, sunt necesare butelii dotate cu regulator de presiune încorporat. Această dotare asigură o utilizare mai rapidă și mai facilă a acestor butelii și reduce apariția riscurilor determinate de manipularea reguletoarelor de presiune (asamblare - o asamblare incorectă poate duce la scăpări de oxigen care au consecințe financiare și posibile riscuri, dezasamblare). Totodată, existența reguletoarelor de presiune încorporate reduce cheltuielile determinate de deteriorarea reguletoarelor de presiune neprotejate.

Autoritatea contractantă cunoaște cele 2 tipuri de reguletoare de presiune, dar, optează pentru buteliile dotate prin fabricație, tocmai pentru ca personalul să nu fie nevoit să assembleze și dezassembleze reguletoarele de presiune pe butelii (așa cum recunoaște și contestatorul la punctul II.8).

Exact cum afirmă și contestatorul la punctul II.12, autoritatea contractantă a decis să opteze pentru această soluție pentru a facilita și eficientiza activitatea personalului medical și pentru că nu dispune de personal tehnic/administrativ care să efectueze aceste operațiuni.

Afirmația de mai jos a contestatorului reprezintă o interpretare eronată, cu scopul de a induce în eroare. Regulatorul de presiune este o parte importantă în acest sistem, deoarece fără acesta, butelia de oxigen

medicinal nu poate fi utilizată, iar incorporarea lui în construcția buteliei aduce beneficii în tot procesul de manipulare/administrare.

„(9) Regulatorul de presiune reprezintă un accesoriu al buteliilor (deci al ambalajului principal): acesta are funcția de a permite reglajul debitului din buteliile aflate sub presiune. Un produs cu regulator încorporat nu este un produs de o calitate superioară.”

Autoritatea contractantă precizează faptul că este obligată să achiziționeze produse și servicii autorizate conform legii. Agenția Națională a Medicamentului este forul care autorizează medicamentele și ambalajele lor, pentru punerea pe piață, în România. Autoritatea contractantă este obligată să achiziționeze medicamente autorizate conform legislației în vigoare, de aceea solicită ca acestea să fie prevăzute în APP.

Potrivit Legii nr. 95/2006, Titlul XVII medicamentul: art. 700 *„(1) Prevederile prezentului titlu se aplică medicamentelor de uz uman, destinate punerii pe piață în România, fabricate industrial sau produse printr-o metodă implicând un proces industrial”*; art. 704 *„(1) Niciun medicament nu poate fi pus pe piață în România fără o autorizație de punere pe piață emisă de către ANMDM, în conformitate cu prevederile prezentului titlu, sau fără o autorizație eliberată conform procedurii centralizate”*; art. 706 *„(1) În vederea obținerii unei autorizații de punere pe piață pentru un medicament trebuie depusă o cerere la ANMDM”*; art. 706 *„pct. (o) un rezumat al caracteristicilor produsului, conform art. 712, o machetă a ambalajului secundar, conținând detaliile prevăzute la art. 774, și ale ambalajului primar al medicamentului, conținând detaliile prevăzute la art. 776, precum și prospectul, conform art. 781”* este necesar ca ansamblul format din butelie și regulator de presiune încorporat să fie autorizat de către Agenția Națională a Medicamentului.

Această cerință nu este deloc restrictivă, contestatorul afirmă că este autorizat pentru distribuția acestor butelii și, la o simplă căutare pe site-ul anm.ro, secțiunea „nomenclator”, pot fi găsiți minim 3 furnizori care au autorizate prin APP aceste tipuri de butelii.

III. Cerințele stabilite de către autoritatea contractantă prin caietul de sarcini nu sunt restrictive. Acestea sunt nevoile autorității contractante - cerințe necesare pentru realizarea actelor medicale la standardele de calitate impuse de legislația specifică din domeniul serviciilor medicale. Obiectivul fundamental al spitalului îl constituie ocrotirea sănătății populației prin asigurarea celor mai bune condiții de tratament pacienților, oferind un act medical de calitate. Pacienții au dreptul la îngrijiri medicale de cea mai bună calitate de care societatea dispune, în conformitate cu resursele umane, financiare și materiale.

În scopul asigurării continuității aprovizionării cu produse ce fac obiectul contractului și a eliminării riscurilor asociate lipsei acestora, autoritatea contractantă organizează prezenta procedură de atribuire.

Cerința contestată la punctul 26 nu este restrictivă și este pe deplin justificată de consumul de oxigen medicinal lichefiat pe care îl are autoritatea contractantă.

„În perioada de realizare a platformelor (dacă va fi cazul) și instalare a echipamentelor tehnice enumerate mai sus, operatorul declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigen medicinal lichefiat spitalului printr-o soluție tehnică autorizată și care să fie conform APP pe care o va prezenta detaliat în propunerea tehnică.”

Nu este posibilă aprovizionarea, pe perioada de realizare a platformelor, cu oxigen medicinal comprimat în butelii, deoarece autoritatea contractantă nu dispune de personal necesar pentru monitorizarea și manipularea unui număr mare de butelii de oxigen medicinal (datorită consumului mare al spitalului) și nu dispune nici de spațiu necesar depozitării în siguranță a unui număr mare de butelii de oxigen medicinal de 50 litri.

În continuare, se face mențiunea că din cadrul rezervorului (stocator) de oxigen lichid de cca 10.000 litri, locație ..., Clinica Oncologie Medicală, str. Ghe. Marinescu nr. 3, se face aprovizionarea cu oxigen prin rețeaua de distribuție a unor secții/blocuri operatorii/compartimente/cabinete consultații, care sunt enumerate.

Având în vedere numărul foarte mare de consumatori care sunt aprovizionați din cadrul rezervorului de oxigen lichid, este imposibilă aprovizionarea cu oxigen medical comprimat în butelii pe perioada de realizare a platformelor și ar conduce la oprirea activității medicale la toate secțiile / compartimentele și blocurile operatorii menționate mai sus. În cadrul acestor secții sunt tratați și îngrijiți bolnavi care necesită în permanență oxigen medical care, se reiterează, este de o importanță vitală în actul medical.

Aprovizionarea cu oxigen medicinal a spitalului nu poate fi pusă în pericol prin lipsa buteliilor, epuizarea stocurilor, neonorarea la timp a livrărilor. Pentru realizarea cerințelor contestatorului este nevoie de investiții suplimentare, investiții pentru care autoritatea contractantă nu are buget disponibil.

Referitor la critica contestatorului *„restrângerea sferei de participare a operatorilor economici cu oferte”*, autoritatea contractantă face precizarea că, analizând site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, a identificat cel puțin trei producători de gaze medicale (care fac obiectul prezentei proceduri), oxigenul medicinal fiind un medicament.

Totodată, se citează prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă arată că nu încalcă principiul discriminării și principiul tratamentului egal, prin faptul că solicită o autorizație care să garanteze competențele tehnice și profesionale ale ofertanților și derularea în condiții optime a acordului-cadru, deoarece orice producător

sau distribuitor de gaze medicinale, care deține autorizații impuse prin legislație, poate participa la respectiva procedură de achiziție publică.

În continuare, autoritatea contractantă menționează faptul că ..., dacă este interesată în mod real de participarea cu ofertă la procedura de atribuire, poate proceda într-o manieră care să-i permită depunerea de ofertă și nimeni nu o împiedică să se asocieze sau să subcontracteze o parte a acordului-cadru, cu respectarea prevederilor legale.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației formulată de către ...S.R.L. ca neîntemeiată, pentru loturile 1 și 2.

Prin adresa din 20.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33176/20.06.2023, ...S.R.L. transmite Note, în legătură cu punctul de vedere formulat și depus la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă.

Prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, susținând, în esență, că:

- din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte;

- este preferabilă varianta buteliilor cu reductor de presiune încorporat;

- cerințele sale nu sunt restrictive, nefiind posibilă, ca soluție de provizorat (până la finalizarea platformelor aferente rezervoarelor criogenice pentru oxigenul lichefiat), furnizarea oxigenului comprimat (în butelii).

Contestatorul precizează că ar putea să participe la procedură prin asociere/subcontractare, iar susținerile de mai sus sunt lipsite de fundament, astfel cum se va detalia în cele ce urmează.

Sub un prim aspect, legislația națională actuală în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru consacră, chiar dacă sub forma unui drept al autorităților contractante în acest sens, regula atribuirii acestor contracte pe loturi.

Această regulă implicită rezultă din prevederile art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 9 alin. (3) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, citate.

Prevederile menționate reprezintă transpunerea în legislația națională a dispozițiilor art. 46 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, din care se citează.

Justificările ce stau la baza deciziei autorității contractante de a nu atribui pe loturi contractul de achiziție publică/acordul-cadru, trebuie să aibă în vedere motivele expuse în considerentul (78) al Directivei 2014/24/UE, care, chiar prezentate cu titlu exemplificativ, consacră tipologia motivelor ce pot justifica o înfrânare a concurenței prin neîmpărțirea contractului pe loturi, făcând în același timp aplicarea

principiului proporționalității, specific procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Norma europeană, transpusă în legislația națională, impune așadar autorităților contractante să adopte cu prudență decizia de a nu împărți pe loturi contractele de achiziție, această decizie urmând a fi justificată.

Aceasta este și optica Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, din care contestatorul citează.

În cauza de față, nu a fost prezentată nicio astfel de justificare. Autoritatea contractantă s-a limitat să afirme, pur formal, că *„din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte”*. Nu există însă nicio minimă dovadă a acestei susțineri. În realitate, strict raportat la cerințele autorității contractante de: (i) oxigen medicinal lichefiat; (ii) oxigen medicinal în butelii, se observă că acest contract putea cu ușurință fi împărțit în două loturi.

Cele două produse, chiar dacă sunt identice în fapt (oxigen), sunt solicitate în forme diferite, acestea neavând costuri comune. Din modul de redactare al caietului de sarcini, se observă o delimitare clară a costurilor cu buteliile și față de cele cu oxigenul lichefiat și instalațiile aferente, prezentate sub formă tabelară.

Rezultă așadar că pentru autoritatea contractantă nu exista niciun impediment în împărțirea pe loturi, cum în mod nefundamentat se susține.

Or, în lipsa oricărei justificări reale, decizia de a nu împărți contractul în loturi este una restrictivă, care denaturează concurența și împiedică ofertanții să participe la procedură.

Sub un al doilea aspect, cerințele tehnice din cuprinsul caietului de sarcini privind necesitatea autorizării regulatorului de presiune încorporat pe buteliile de oxigen medicinal gazos prin intermediul autorizației de punere pe piață a medicamentului, sunt restrictive.

Autoritatea contractantă nu a răspuns în fapt criticilor prezentate prin contestație, ci s-a limitat să susțină că buteliile cu reductor încorporat ar avea o serie de beneficii.

Astfel cum s-a arătat și prin contestație, regulatorul de presiune reprezintă un accesoriu al buteliilor (deci al ambalajului principal): acesta are funcția de a permite reglajul debitului din buteliile aflate sub presiune. Un produs cu regulator încorporat nu este un produs de o calitate superioară.

În ceea ce privește autorizarea acestora, buteliile de oxigen medicinal simple presupun posibilitatea anexării unui regulator de presiune în vederea controlului presiunii degajate prin două modalități legale de autorizare, (i) fie regulatoarele de presiune sunt autorizate odată cu oxigenul medicinal gazos, prin autorizația de punere pe piață, (ii) fie sunt autorizate ca dispozitive medicale separate, care se anexează buteliilor autorizate prin autorizația de punere pe piață.

... a demonstrat că poate îndeplini în mod practic cerința autorității contractante prin livrarea buteliilor de oxigen medicinal cu regulatoare de presiune direct anexate, încorporate, fapt ce nu implică niciun efort suplimentar din partea autorității contractante, care urmează să le utilizeze pur și simplu.

Contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă nu are nevoie de personal calificat (așa cum susține) pentru manipularea buteliilor. Reductoarele de presiune sunt fixate pe butelii, acestea nu se demontează/montează pe altă butelie. Fiecare butelie vine cu reductorul său de presiune, astfel încât nu este necesar niciun efort din partea personalului spitalului.

Nu există o diferență de ordin practic sau calitativ între buteliile cu regulator de presiune integrat inclus în APP și buteliile cu regulator de presiune integrat autorizat ca dispozitiv medical, ambele fiind livrate la sediul autorității contractante în același stadiu și gata de utilizare.

Eventuale specificații tehnice care pot reprezenta obstacole față de asigurarea unei concurențe efective precum aceasta, trebuie să fie justificate, să rezulte în mod necesar din modalitatea în care produsele urmează a fi furnizate și utilizate, decizia de inserare a specificațiilor tehnice necesare fiind motivată de situațiile efective în care urmează a se utiliza acel produs.

Acesta nu este cazul în speță, nici prin punctul de vedere formulat autoritatea contractantă neputând prezenta argumente obiective care să fi justificat introducerea cerințelor tehnice criticate.

Autoritatea contractantă poate fi aprovizionată cu butelii având regulatoare de presiune integrate și autorizate separat drept dispozitive medicale, iar nu doar prin metoda descrisă în caietul de sarcini, astfel că aceste cerințe nu sunt justificate, nu aduc niciun beneficiu acesteia (care beneficiază de același tip de ambalaj, cu aceleași funcții, respectiv posibilitatea reglării presiunii oxigenului medicinal) și îngreunează în mod obiectiv posibilitatea contestatorului de a participa la respectiva procedură de atribuire.

Sub un al treilea aspect, soluția provizorie care trebuie implementată pentru furnizarea oxigenului, până la realizarea platformelor pe care urmează a fi poziționate rezervoarele de stocare oxigen, este de asemenea restrictivă.

Această cerință tehnică impune operatorilor economici să furnizeze strict oxigen lichefiat, însă nu permite și livrarea de oxigen comprimat (în butelii), cu toate că între cele două tipuri de oxigen nu există nicio diferență calitativă, produsul fiind același.

Singura diferență este reprezentată de forma de prezentare. Oxigenul medicinal lichefiat se livrează în rezervoare criogenice ce necesită montaj și autorizare ISCIR (ceea ce presupune realizarea unor pași privind autorizarea, care nu sunt consumați instantaneu, fiind

necesare cel puțin câteva zile pentru obținerea respectivelor autorizări), pe când buteliile se pot utiliza din prima zi.

Păstrarea cerinței în forma existentă îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante să depună oferta în cadrul acestei proceduri, ceea ce reprezintă o restrângere a concurenței și o afectare gravă a intereselor celorlalți potențiali ofertanți.

Or, pentru a asigura o concurență corectă, contestatorul solicită CNSC să dispună obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, astfel încât să permită operatorului economic declarat câștigător să furnizeze oxigen medicinal (inclusiv comprimat) până la autorizarea soluției de furnizare oxigen medicinal lichefiat. În mod firesc, soluția provizorie va fi aleasă de operatorul economic, cu obligația de a asigura consumul și continuitatea livrării de oxigen medicinal.

În plus, prin contestație s-a demonstrat faptul că specificațiile pentru echipamentele tehnice pentru oxigenul lichefiat au un caracter neobișnuit de detaliat, iar includerea acestor caracteristici tehnice restrictive la nivelul caietului de sarcini este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament.

Prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă nu a făcut nicio minimă mențiune referitoare la această critică, astfel încât nu se va relua, argumentele fiind pe larg descrise în cuprinsul contestației.

Sub un al patrulea aspect, astfel cum chiar autoritatea contractantă susține prin punctul său de vedere, în România există 3 societăți care au ca obiect de activitate și furnizează oxigen către spitale din România: ...S.R.L., ... S.R.L. și ... S.R.L., cei trei fiind competitori direcți.

Contestatorul susține faptul că nu poate așadar nici să subcontracteze, nici să se asocieze cu competitorii săi direcți. Într-un astfel de scenariu, ar fi eliminată orice concurență de pe piață, element care, în mod firesc, ar fi în detrimentul autorităților contractante.

Având în vedere toate argumentele prezentate atât în prezentul document, cât și în contestația formulată, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației astfel cum a fost formulată și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „*Acord cadru furnizare oxigen medicinal lichid și gaze, argon*”, cod CPV 24111900-4 – Oxigen (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../28.05.2023.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată

totală a contractului de furnizare este cuprinsă între 3.868.725,00 lei și 7.739.700,00 lei fără TVA, pentru loturile 1 și 2.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare nr. 209209875/1, eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 06.06.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 26.109,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 1569/2023.

Astfel, Consiliul constată că ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, pentru loturile 1 și 2.

Procedând la verificarea aspectelor criticate de către ..., Consiliul are în vedere „obiectul” supus achiziției, și anume furnizarea de oxigen medicinal lichid și gazos, argon precum și a soluțiilor tehnice aferente livrării acestora, cu respectarea specificațiilor tehnice minimale din caietul de sarcini, după cum urmează: *„Oxigen medicinal lichefiat; Oxigen medicinal gazos în butelii de 5 litri (1 mc), cu robinet cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual; Oxigen medicinal gazos în butelii de 10 litri (2 mc), cu robinet cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual; Oxigen medicinal gazos în butelii de 50 litri (10 mc), cu robinet cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual; Servicii de închiriere echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat (3 bucăți); Chirie butelii cu regulator de presiune incorporat (50 butelii)”*.

De asemenea, se remarcă faptul că procedura de atribuire a fost împărțită în 2 loturi, unul pentru oxigen (medicinal lichid și gazos) și unul pentru argon, vizavi de acest aspect, una din criticile aduse de către ... în prezenta cauză vizând tocmai acest aspect, și anume faptul că autoritatea contractantă, în mod nelegal, nu a divizat obiectul aferent lotului 1 în două loturi distincte, pentru *oxigen medicinal lichid și gazos*, acestea fiind două produse diferite, care se furnizează prin modalități distincte și se pot furniza de doi operatori economici distincți, solicitarea acestuia adresată Consiliului, fiind aceea a obligării autorității contractante la modificarea structurii lotului 1 aferent prezentei achiziții, prin constituirea de loturi corespunzătoare fiecărui produs aferent lotului 1.

Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că lotizarea reprezintă soluția corectă din punct de vedere juridic pentru a permite accesul neîngrădit al operatorilor economici, obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse și asigurarea unei concurențe reale.

Argumentele aduse de contestator sunt, în mod succint, legate de faptul că, în opinia ..., din punct de vedere tehnic, nu există niciun motiv justificat în vederea lipsei lotizării obiectului procedurii de atribuire în privința oxigenului.

Furnizarea de oxigen medicinal gazos se efectuează prin transportul buteliilor la sediul autorității contractante, iar oxigenul medicinal lichid se

transportă prin intermediul cisternelor criogenice la sediul acesteia, unde se aprovizionează rezervorul criogenic fix din incintă. Cele două modalități de aprovizionare aferente celor două produse funcționează și se desfășoară separat și concomitent, contestatorul solicitând obligarea autorității contractante la împărțirea procedurii de atribuire privind oxigenul în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos în butelii, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

În replică la cele reclamate de contestator, prin punctul de vedere nr. 10785/13.06.2023, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 31807/13.06.2023, argumentul decisiv adus de ... în favoarea faptului că, în mod justificat, a grupat produsele aferente lotului 1 este acela că autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic/set pentru aceste gaze medicale, justificarea venind din faptul că, din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare dacă achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte, invocând în acest sens prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, care conferă un drept achizitoarei de a nu recurge la împărțirea pe loturi.

Mai arată aceasta că toate tipurile de oxigen sunt considerate medicamente, iar serviciile conexe sunt aferente livrării, apreciind astfel că este justificată alegerea grupării unui lot unic/set, în condițiile în care *oxigenul medicinal comprimat* și *oxigenul medicinal lichefiat* au același domeniu de acțiune și se utilizează în aceleași activități (patologie în care este indicată administrarea de oxigen medicinal lichefiat, respectiv oxigen medicinal comprimat gazos fiind identice) și este necesară asigurarea trasabilității produsului pentru o activitate sigură.

Achizitoarea mai arată și faptul că procedura de achiziție publică este divizată în 2 loturi, respectându-se în acest sens principiile legale de atribuire a contractelor de achiziții publice și ale nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității iar la stabilirea componentei lotului 1, s-a avut în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante.

Concluzionând, achizitoarea susține că, pentru siguranța actului medical, este obligatorie asigurarea trasabilității oxigenului medicinal de la sursă (butelie sau lichid) până la pacient, aceste considerente fiind perfect justificate pentru care s-a optat pentru a avea un sigur furnizor de oxigen medicinal, iar acest fapt (neîmpărțirea pe loturi) nu este cu nimic restrictiv.

Așadar, problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu vizavi de critica adusă de către ..., este aceea a corectitudinii/incorectitudinii nedivizării obiectului aferent lotului 1 al achiziției, în mai multe loturi, pentru fiecare gaz medical în parte.

În vederea atribuirii contractului de furnizare supus procedurii în cauză, autoritatea contractantă a elaborat caietul de sarcini în cadrul căruia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească cele 2 produse ce se doresc a fi achiziționate în cadrul lotului 1 „oxigen medicinal lichid și gazos”.

Autoritatea contractantă a menționat în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.1.6) „Împărțire în loturi” faptul că a divizat acordul-cadru de furnizare pe loturi, în cadrul lotului 1 contestat fiind grupate următoarele produse, și anume oxigen medicinal lichefiat și oxigen gazos.

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

Legea nr. 98/2016:

Art. 141.–„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

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

(4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

(5) Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant.

(6) În situația prevăzută la alin. (5), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui ofertant.

(7) Autoritatea contractantă are obligația de a indica în documentele achiziției criteriile și regulile obiective și nediscriminatorii care se vor aplica pentru stabilirea loturilor care vor fi atribuite aceluiași ofertant, în cazul în care în urma aplicării criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare ar rezulta atribuirea către un ofertant a unui număr de loturi mai mare decât numărul maxim admis.

(8) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă are dreptul de a decide atribuirea contractului/contractelor prin reunirea mai multor loturi sau a tuturor loturilor și atribuirea acestora aceluiași ofertant, dacă a precizat în anunțul de

participare faptul că își rezervă dreptul de a face acest lucru și a indicat loturile sau grupurile de loturi care pot fi reunite.

(9) În cazul în care aceluiasi ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă efectuează o evaluare comparativă a ofertelor, pentru a stabili dacă ofertele depuse de către un ofertant pentru o anumită combinație de loturi luate în ansamblu ar primi un punctaj superior prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire prin raportare la loturile respective față de punctajul total obținut de ofertele pentru loturile individuale în cauză luate separat.

(10) Autoritatea contractantă efectuează evaluarea comparativă prevăzută la alin. (9) prin stabilirea în primul rând a punctajelor ofertelor pentru fiecare lot în parte prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire și, apoi, prin compararea punctajului total astfel obținut cu punctajul atribuit ofertelor depuse de către un ofertant pentru combinația de loturi respectivă, în ansamblu;”.

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 - art. 18 - „(1) În condițiile art. 139 din Lege, autoritatea contractantă poate derula un proces de consultare a pieței, ca parte a procesului de achiziție publică, în cadrul etapei de planificare/pregătire, care se inițiază prin publicarea în SEAP, precum și prin orice alte mijloace, a unui anunț privind consultarea, în cazul în care dorește achiziționarea unor produse/servicii/lucrări cu grad ridicat de complexitate tehnică, financiară sau contractuală, ori din domenii cu un rapid progres tehnologic.

(2) Anunțul prevăzut la alin. (1) trebuie să conțină cel puțin următoarele elemente:

- a) denumirea autorității contractante și datele de contact;
- b) adresa de internet unde sunt publicate informațiile cu privire la procesul de consultare a pieței;
- c) descrierea necesităților obiective și constrângerilor de natură tehnică, financiară și/sau contractuală ce caracterizează nevoia autorității contractante în raport cu care se organizează respectiva consultare;
- d) aspectele supuse consultării;
- e) termenul până la care se transmit propunerile persoanelor interesate în cadrul procesului de consultare;
- f) termenul până la care se desfășoară procesul de consultare;
- g) descrierea modalității de desfășurare a consultării, respectiv modul în care se va realiza interacțiunea cu operatorii economici ce răspund la invitația autorității contractante.

(3) Aspectele supuse consultării vizează, fără a se limita la acestea, potențiale soluții tehnice, financiare sau contractuale pentru satisfacerea nevoii autorității contractante, precum și aspecte legate de strategia de contractare, inclusiv divizare pe loturi sau posibilitatea solicitării de oferte alternative.”

Din dispozițiile legale mai sus citate, se constată că împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție publică reprezintă un drept al autorității contractante de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică.

Așadar, pentru procedura de față, autoritatea contractantă a decis că se impune atribuirea pe mai multe loturi, și a grupat produsele

similare în cadrul lotului 1, motivat pe de o parte de faptul că produsele solicitate prin documentația de atribuire sunt categorii de produse furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, respectiv comercializarea produselor/gazelor medicale, iar pe de altă parte prin prisma scopului achiziției, respectiv acela de a achiziționa produse de calitate, în caietul de sarcini, la punctul 3.2. *„Obiectivul general la care contribuie furnizarea produselor”* fiind inserată următoarea mențiune, și anume *„Obiectivul general la care contribuie furnizarea produselor incluse în caietul de sarcini îl constituie ocrotirea sănătății prin asigurarea celor mai bune condiții de tratament pacienților, oferind un act medical de calitate. Produsele ce fac obiectul prezentului caiet de sarcini contribuie împreună cu alte materiale sanitare achiziționate de spital la asigurarea asistenței medicale și va contribui la o însănătoșire cat mai rapidă, reducerea timpilor de spitalizare și luarea unor decizii cat mai corecte în interesul pacientului”* iar la capitolul *„3.3.*

Obiectivele specifice la care contribuie furnizarea produselor” fiind menționat că *„Obiectivele specifice asociate furnizării produselor care fac obiectul contractului sunt: Efectuarea investigațiilor medicale, realizarea intervențiilor chirurgicale, asigurarea tratamentelor necesare pe toate secțiile și compartimentele ...”*.

Examinând fondul criticilor aduse de contestator și documentele aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul constată că în cuprinsul documentației de atribuire, caietul de sarcini, la capitolul *„3.1.Descrierea situației actuale la nivelul autorității contractante”* s-a menționat următoarele *„Ca urmare a evaluării existenței și necesității tratamentelor medicale specifice unității, la momentul elaborării caietului de sarcini, utilizatorii și beneficiarii au identificat, ca fiind necesar achiziționarea de oxigen medicinal lichid și gazos, argon. Produsele supuse procedurii de achiziție fac parte din categoria de produse ce stau la baza asigurării continuității actului medical iar lipsa acestora poate genera situații de creștere a riscului vital prin imposibilitatea acordării de asistență medicală. Produsele solicitate reprezintă produse ce au caracter de regularitate într-un spital clinic județean pavilionar, fiind necesară aprovizionarea permanentă.”*

Mai mult, în soluționare, Consiliul reține susținerea achizitoare, exprimată în cadrul punctului de vedere nr. 32622/30.09.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 51359/30.09.2021, conform căreia *„oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat au același domeniu de acțiune și se utilizează în aceleași activități (patologie în care este indicată administrarea de oxigen medicinal lichefiat, respectiv oxigen medicinal comprimat gazos fiind identice) și este necesară asigurarea trasabilității produsului pentru o activitate sigură; oxigen medicinal (lichefiat și comprimat) este definit ca medicament de uz uman, fiind rezultatul unui proces industrial specializat pentru fabricație de medicamente de uz uman; oxigenul medicinal comprimat în butelii și oxigen medicinal lichefiat sunt autorizate ca medicamente de către Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, în conformitate cu Legea nr. 95/2006, Titlul XVII Medicamentul; oxigen medicinal comprimat în butelii și oxigen medicinal lichefiat au aceeași*

destinație și se utilizează în același scop (din care se enumeră doar câteva): tratamentul hipoxiei acute sau cronice de diferite etiologii, în cadrul anesteziei generale și în terapie intensivă, gaz propulsor în terapia respiratorie prin nebulizare, boala de decompresiune, embolie gazoasă, etc.; oxigenul medicinal lichefiat și comprimat în butelii se administrează prin aceleași sisteme de distribuție în cadrul Buteliile de 50 litri se leagă la stația centralizată de distribuție a spitalului și reprezintă sistemul de aprovizionare de rezervă pentru o scurtă durată (câteva ore), oxigenul medicinal ajungând la pacient prin același traseu cu oxigenul medicinal lichefiat - rețea de conducte de oxigen medicinal, buteliile de 10 litri de oxigen medicinal, o parte dintre ele, se atașează aparatelor de anestezie, ca soluție de rezervă în caz de defecțiune la sistemul primar și cel secundar de aprovizionare cu oxigen medicinal. Din aceste motive, pentru siguranța actului medical, este obligatorie asigurarea trasabilității oxigenului medicinal, de la sursă (butelie sau lichid) până la pacient. Din aceste considerente, perfect justificate, s-a optat pentru a avea un sigur furnizor de oxigen medicinal. Acest fapt (neîmpărțirea pe loturi) nu este cu nimic restrictiv”.

În ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia, în cadrul lotului 1 autoritatea contractantă solicită mai multe produse diferite, respectiv oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal gazos, produse care sunt diferite, acestea fiind grupate în mod nelegal în lot unic în cadrul prezentei proceduri, scopul achiziției fiind acela de a încheia acordul-cadru de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate 2 tipurile de gaze, Consiliul are în vedere faptul că, astfel cum a fost mai sus reținut, legiuitorul a reglementat un drept al autorității contractante de care aceasta poate uza și nu a instituit o obligație în sarcina acesteia cu privire la împărțirea pe loturi, gruparea gazelor medicale aferente lotului 1, aspect contestat de către ..., într-un singur lot (lot 1), iar nu în două loturi distincte, cum apreciază contestatorul, a acordului-cadru de achiziție publică de furnizare în cauză, fiind un drept/opțiune a/al autorității contractante.

Așadar autoritatea contractantă a avut la baza considerente economice, tehnice și sociale, astfel Consiliul constată că, prin opțiunea aleasă de a nu diviza produsele (gazele medicale) din cadrul lotului 1 în mai multe loturi distincte, aferente fiecărui produs în parte, cum susține contestatorul, autoritatea contractantă și-a fundamentat cerințele din caietul de sarcini pentru a răspunde necesităților apărute în asigurarea produselor solicitate în cadrul documentației de atribuire care sunt produse/gaze medicale, scopul achiziției fiind acela de derulare în condiții optime a activității spitalului.

Se are în vedere și faptul că produsele care fac parte din obiectul lotului 1 al achiziției este constituit din produse ce acoperă aceeași necesitate și sunt destinate unor utilizări identice sau similare, relevantă în acest sens fiind și susținerea ... conform căreia „Prezentarea necesarului în set de Lot 1 Oxigen medicinal (la care se adaugă servicii conexe) s-a realizat

cu scopul de a nu fragmenta acordul-cadru, pentru o evidență mai clară a consumului de oxigen medical la nivel de spital și a calității acestuia.

Așa cum s-a precizat și în caietul de sarcini, autoritatea contractantă este o unitate sanitară cu paturi publică, de interes local, județean și regional, care funcționează în prezent cu un număr de 1182 paturi distribuite în 21 de secții și 4 compartimente (69,23% medicale și 30,77% chirurgicale), în majoritate clinice, amplasate în sistem pavilionar pe întreg arealul municipiului Tg. Specificul secțiilor, dotarea cu aparatură medicală complexă și personalul medical specializat determină ca cererea pentru serviciile medicale furnizate de către spital să fie la cote ridicate și angajează conducerea spitalului în procese decizionale care să conducă la creșterea performanței și profesionalismului actului medical spitalicesc”.

Consiliul nu poate anula o decizie argumentată a achizitoarei, de grupare a celor două produse (gaze medicale) aferente lotului 1 al achiziției, doar pe considerentul invocat de contestator conform căruia se impune ca fiecare produs/gaz medical să constituie un lot, obiectul acordului-cadru să fie divizat „pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante și capacității IMM-urilor”, fără a prezenta motive concrete pentru care produsele nu sunt destinate unor utilizări identice sau similare.

Or, în condițiile în care achizitoarea a argumentat, atât în documentele achiziției publice, cât și în punctul de vedere transmis la dosarul cauzei, motivația legală care a stat la baza grupării celor două gaze medicale în cadrul unui singur lot, Consiliul determină că argumentele sunt pertinente, prezentând relevanță faptul că produsele licitate fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatorii economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, pe piața de profil existând suficienți furnizori care dețin toată gama de analizoare solicitate.

Astfel, Consiliul respinge argumentul adus de contestator conform căruia, prin interdicția ofertării pe mai multe loturi a produselor/gazelor medicale în discuție, se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate categoriile de produse, în condițiile în care se constată că produsele aferente achiziției sunt din aceeași categorie din punct de vedere al actului medical, fiind eficientă abordarea achizitoarei de a le grupa și de a le lotiza.

Mai mult, sunt judicioase și pertinente argumentele aduse de achizitoare atunci când aceasta a susținut că, astfel cum s-a arătat și cum a fost menționat și în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a identificat, înainte de toate, necesitatea pe care urmează să o acopere efectuarea acestei achiziții (lot 1), respectiv aceea de derulare în condiții optime a activității spitalului. Astfel, produsele și caracteristicile acestora au fost stabilite în funcție de necesitățile

autorității contractante și nu în funcție de gama de produse a unor producători/furnizori, cum ar fi, de exemplu, chiar contestatorul.

Așadar, Consiliul apreciază că argumentele achizitoarei în ceea ce privește gruparea produselor aferente lotului 1 al achiziției sunt justificate atât din punct de vedere al legislației incidente precum și cu încadrarea în prevederile legale în materie de achiziții publice, cât și din punct de vedere al obținerii celor mai avantajoase condiții din punct de vedere economic pentru produsele ce se doresc a fi achiziționate, respectiv a celui mai bun raport calitate-preț obținut prin licitație și cea mai bună soluție pentru nevoile reale medicale.

În aceeași direcție a raționat și Curtea de Apel București, Secția VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut în considerentele Deciziei civile nr. 5724 din 23 noiembrie 2015 următoarele:

„Corect a reținut Consiliul că nici ordonanța și nici Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 nu impun autorității contractante divizarea unei achiziții pe loturi, aceasta fiind un drept al autorității, nu o obligație. Este adevărat că decizia autorității trebuie să respecte principiile de la art. 2 din ordonanță, însă petenta nu a dovedit că autoritatea ar fi încălcat aceste principii când a hotărât pentru mai multe produse, având același cod CPV, să nu împartă achiziția pe loturi, cum dorește reclamanta, întrucât ea nu este producător și furnizor de protoxid de azot medicinal și nici nu dorește să se asocieze cu producători ori furnizori.

Pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nu este suficient ca petenta să afirme, chiar dacă este real, că nu este producător ori furnizor și de protoxid de azot medicinal, ci trebuia să demonstreze cu probe că, în mod obișnuit, produsele ce făceau obiectul contractului de achiziție sunt produse și furnizate separat, neexistând decât un număr limitat de producători și furnizori ai ambelor produse. În caz contrar, nu se pot reține nici restrângerea concurenței, nici discriminarea, nici încălcarea tratamentului egal. (...)

În cazul achiziționării produselor din mai multe surse, autoritatea poate să fie pusă în situația în care unul dintre furnizori nu își respectă obligațiile contractuale, respectiv să nu poată folosi unul dintre produse, pentru că nu poate realiza amestecul necesar pacienților. Pentru a se putea stabili o eventuală responsabilitate pentru calitatea produselor furnizate, este necesar ca ambele produse să provină din aceeași sursă. Aici nu este vorba despre calitatea instalațiilor ori responsabilitatea amestecului de gaze, cum încearcă petenta să combată susținerile și punctul de vedere al autorității contractante, ci de eventuala răspundere pentru livrarea unor produse neconforme ori cu vicii. În condițiile în care sunt livrate două produse în baza aceluiași contract, autoritatea contractantă poate beneficia de un preț mai redus la ambele produse. Achiziția produselor în mod separat nu garantează în niciun fel faptul că prețul 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 și, astfel, autoritatea să fie în situația de a nu putea furniza serviciile medicale necesare pacienților și să nu poată folosi nici celălalt produs achiziționat, mai ales în contextul în care, cel puțin din necesarul prezentat de petentă, reiese

că urma să se achiziționeze o cantitate mult mai mică de protoxid de azot medicinal. Faptul că este vorba despre o cantitate mai mică duce la concluzia justificată că este perfect posibil ca niciun ofertant să nu fie interesat de o achiziție mică a unui singur produs."

În soluționare se are în vedere și faptul că susținerile contestatorului ...S.R.L. nu sunt dovedite, pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nici în ceea ce privește gruparea celor două gaze medicale în cadrul unui singur lot, nefiind suficient ca petentul să afirme, chiar dacă este real, că există anumite impedimente în furnizarea de către operatorii economici a tuturor produselor, ci trebuia să demonstreze cu probe că nu există decât un număr limitat de furnizori ai produselor solicitate de achizitoare, în caz contrar, nu se poate reține restrângerea concurenței.

În sensul că în cazul unui lot format din 2 produse cu utilizări în același domeniu, procedura nu trebuie împărțită pe 2 loturi distincte s-a pronunțat și Curtea de Apel Alba Iulia în Decizia nr. 511/2022, în dosarul nr. 264/57/2022:

[Petenta SC ... SRL, în concret solicită remedierea documentației de atribuire, prin obligarea autorității la atribuirea pe trei loturi a contractului, iar în situația în care acest lucru nu este posibil, anularea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește cererea petentei de atribuire pe trei loturi a contractului de achiziție, Curtea constată că s-a reținut de către Consiliu, în considerente, în esență că, din moment ce contestatoarea susține că este unul din cei doi operatori economici din România care poate livra cele 3 tipuri de gaz, ea nu justifică un interes personal și direct.

În susținerea plângerii, contestatoarea arată că este interesul său să verifice și să supună controlului administrativ-jurisdicțional toate aspectele de nelegalitate referitoare la documentația de atribuire, pentru asigurarea unei proceduri de atribuire legale și conforme, care să nu poată fi contestată ulterior, iar, prin acest mod de întocmire a documentației de atribuire, s-a încălcat principiul egalității de tratament și restrângerea artificială a concurenței.

Deși a reținut Consiliul că nu justifică un interes personal, nu se poate susține că nu a fost analizată legalitatea documentației de atribuire prin prisma acestui aspect.

Astfel, Consiliul a reținut că în adresa Agenției pentru Agenda Digitală a României nr. 65869/18.10.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 31552/18.10.2016, se precizează că loturile pot fi configurate doar odată cu documentația de atribuire, aceste informații nemaiputând fi modificate pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.

În atare condiții, corect a reținut că analiza criticilor contestatoarei va avea în vedere urmărirea aspectelor de nelegalitate, și nu de oportunitate, chestiunile de oportunitate intrând în marja de apreciere a autorității contractante.

Așadar Curtea va analiza dacă Autoritatea Contractantă a depășit marja de apreciere, iar lipsa divizării pe loturi pentru fiecare gaz medical în parte,

este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament.

În art. 142 din Legea nr. 98/2016 se arată:

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.

Curtea constată că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante, și nu o obligație, așa cum reiese din conținutul art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, potrivit dispozițiilor alin. (3) al aceluiași articol, obligația autorității contractante, în situația în care nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, constă în justificarea deciziei de a nu atribui contractul pe loturi.

Chiar dacă legislația încurajează lotizarea prin introducerea obligației autorității contractante de a justifica alegerea de a nu lotiza, oportunitatea de a lotiza depinde în mod direct de posibilitatea împărțirii contractului pe segmente ce pot fi realizate independent, de operatori economici diferiți.

Astfel, în cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, în motivarea acestui fapt se vor avea în vedere inclusiv prevederile recitalului 78, paragraful al doilea, teza finală din Directiva 2014/24/UE, potrivit căreia „raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului".(...)

Așadar, având în vedere cele prezentate mai sus, se poate concluziona că împărțirea celor trei gaze medicale în 3 loturi distincte, câte unul pentru fiecare gaz medical în parte, face executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic și costisitoare, iar necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.

Curtea mai are în vedere că nici dispozițiile Legii nr. 98/2016 și nici cele ale H.G. nr. 395/2016 nu instituie obligația autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului, așa cum susține petenta.

Or, absența unei astfel de obligații este corectă, întrucât autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică, în parte, și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

Fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale.

Așa fiind, în lipsa unor dispoziții legale exprese și imperative, revine autorității contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (în condițiile în care regula este aceea a priorității interesului publice, în dauna celui privat, al operatorilor economici) modalitatea de atingere a acestora - ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentației și a întregii proceduri de atribuire precum și respectarea legislației în materia achizițiilor publice.

Drept urmare neutilizarea împărțirii pe loturi a acestei achiziții este justificată de către autoritatea contractantă, chiar în cuprinsul documentației, iar necesitatea de asigurare a gazelor medicale, nu încalcă limitele de exercitare a marjei de apreciere, mai ales dacă se ia în considerare natura produselor și obiectul contractului cadru.

Pentru aceste considerente, Curtea la fel ca și Consiliul concluzionează că nu se justifică remedierea documentației sau anularea procedurii, motiv pentru care va respinge ca neîntemeiată plângerea.]

Aplicând considerentele reținute de instanța de judecată, anterior redate, rezultă că în cazul unui lot format din 2 produse cu utilizări în același domeniu procedura nu trebuie împărțită pe 2 loturi distincte, fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor alocate, în conformitate cu planul de achiziții din cadrul proiectului.

Având în vedere statutul Consiliului, care potrivit structurii sale organizatorice, este un organism de remediere a neregulilor sesizate de operatorii economici, care garantează respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor de achiziții, abordarea Consiliului vizavi de validarea ca fiind temeinică a deciziei achizitoare de a nu diviza produsele aferente lotului 1 al procedurii în mai multe loturi (2 loturi, pentru fiecare gaz medical în parte), este justificată prin prisma dispozițiilor legale mai sus redate și scopului principal al derulării procedurilor inițiate de autoritățile achizitoare (respectiv finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului în speța de față).

În raport de toate aspectele mai sus reținute, Consiliul nu poate primi susținerile contestatorului conform căroră „în lipsa lotizării obiectului contractului, prezenta procedură de atribuire ar avea un caracter pur formal”, operatorii economici având posibilitatea legală de a se asocia, de a depune ofertă comună (ș.a. modalități prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice), motiv pentru care criticile formulate de ...S.R.L., în referire la recurgerea la mai multe loturi pentru produsele aferente lotului 1 al achiziției, sunt neîntemeiate, Consiliul urmând să le respingă, ca nefondate.

Aceleași concluzii de respingere a criticii sunt avute în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește aspectul legat de cerința de la pagina 11 din caietul de sarcini (Anexa nr. 1) constând în obligația operatorilor economici: „Să pună la dispoziția autorității contractante un număr de minim 50 butelii oxigen medicinal cu regulator de presiune incorporat cu capacitate între 5 și 10 litri. Buteliile simple și buteliile cu regulator de presiune incorporat (regulator integrat prin construcție și care nu se detașează manual) trebuie să fie autorizate ca ambalaj prin autorizația de punere pe piață emisă de Agenția Națională a Medicamentului”, în condițiile în care Consiliul constată că impunerea acestei cerințe este în concordanță cu prevederile legale incidente, îndeosebi a Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății, după cum se va arata mai jos în considerente.

Raportat la criticile aduse de contestator vizavi de impunerea probării de către ofertanți, pentru cele 50 butelii oxigen medicinal cu regulator de presiune integrat prin construcție și care nu se detașează manual a autorizării acestora ca ambalaj prin autorizația de punere pe piață emisă de Agenția Națională a Medicamentului, Consiliul determină că cerința în discuție nu este restrictivă, contrar susținerilor ...S.R.L., argumentul decisiv fiind prevederile Legii nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății care, la Titlul XVII „Medicamentul” stipulează următoarele: „art. 700 (1) Prevederile prezentului titlu se aplică medicamentelor de uz uman, destinate punerii pe piață în România, fabricate industrial sau produse printr-o metodă implicând un proces industrial.”;

- art. 704 „(1) Niciun medicament nu poate fi pus pe piață în România fără o autorizație de punere pe piață emisă de către ANMDM, în conformitate cu prevederile prezentului titlu, sau fără o autorizație eliberată conform procedurii centralizate.”

- art. 706 „(1) În vederea obținerii unei autorizații de punere pe piață pentru un medicament trebuie depusă o cerere la ANMDM”.

- art. 706 „pct. (o) un rezumat al caracteristicilor produsului, conform art. 712, o machetă a ambalajului secundar, conținând detaliile prevăzute la art. 774, și ale ambalajului primar al medicamentului, conținând detaliile prevăzute la art. 776, precum și prospectul, conform art. 781”

Reiese așadar fără dubiu că, în speță, vizavi de obiectul lotului 1, este necesar ca ansamblul format din butelie și regulator de presiune incorporat să fie autorizat de către Agenția Națională a Medicamentului, cerința nefiind restrictivă, ci în conformitate cu prevederile legale citate

și cu necesitățile achizitoarei, aceasta optând pentru această soluție cu scopul de a facilita și eficientiza activitatea personalului medical și pentru că nu dispune de personal tehnic/administrativ care să efectueze aceste operațiuni.

Mai mult, prezintă relevanță și prevederile Ordinului nr. 906/2006, pentru aprobarea Normelor și protocoalelor analitice, farmacotoxicologice și clinice referitoare la testarea medicamentelor, emis de ministrul sănătății, unde se prevede la capitolul *„Cerințele dosarului standardizat de autorizare de punere pe piață”* că *„Medicamentul care este obiectul cererii trebuie identificat prin denumire și denumirea substanței/substanțelor active, împreună cu forma farmaceutică, calea de administrare, concentrația și forma de prezentare finală, inclusiv prin ambalaj.”*, precum și cele ale Ordinului nr. 895/2006, pentru aprobarea Reglementărilor privind autorizarea/reînnoirea autorizației de punere pe piață și supravegherea medicamentelor de uz uman, emis de ministrul sănătății publice, care la art. 9 prevede *„(1) Pentru medicamentele care conțin entități chimice, cererea de autorizare de punere pe piață trebuie să fie însoțită de machetele ambalajelor; în timpul procedurii de evaluare se pot solicita eșantioane de medicament, prezentate în ambalajele care urmează să fie puse pe piață sau în machete ale acestora (ori în ambalaje autorizate în țara de origine și prezentate într-o limbă de circulație internațională)”s.a.*

Astfel, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile contestatorului conform căroră cerința tehnică privind autorizarea regulatorului de presiune încorporat prin autorizația de punere pe piață a operatorilor economici interesați ar fi restrictivă în condițiile în care, astfel cum s-a arătat, această autorizare este impusă operatorilor economici care furnizează astfel de produse chiar prin legislația incidentă, un argument în plus, vizavi de afirmația contestatorului că prin cerința respectivă s-ar restrânge în mod artificial concurența ar fi informațiile publice, publicate pe site-ul anm.ro (*Agencia Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România*), secțiunea „nomenclator”, de unde reiese că pot fi găsiți minim 3 furnizori care au autorizate prin APP (*autorizația de punere pe piață*) aceste tipuri de butelii.

Într-o atare situație, pentru considerentele expuse, Consiliul respinge criticile formulate de ...S.R.L. sub acest aspect.

Un ultim aspect contestat se referă la cerința din caietul de sarcini conform căreia *„În perioada de realizare a platformelor (dacă va fi cazul) și instalare a echipamentelor tehnice enumerate mai sus, operatorul declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigen medicinal lichefiat spitalului printr-o soluție tehnică autorizată și care să fie conform APP pe care o va prezenta detaliat în propunerea tehnică”* considerată restrictivă de către ...S.R.L. pe considerentul că impune operatorilor economici să furnizeze strict oxigen lichefiat, însă nu permite și livrarea de oxigen comprimat (în butelii).

Or, susține contestatorul, în condițiile în care, între cele două tipuri de oxigen nu există nicio diferență calitativă, produsul fiind același,

singura diferență fiind reprezentată de forma de prezentare, se restrânge concurența.

Vizavi de această critică adusă, Consiliul constată netemeinicia acesteia în condițiile în care, raportat la activitatea achizitoare – unitate spitalicească, ..., care necesită asistență respiratorie asistată și neasistată – și la necesitatea *obiectivă* a autorității contractante (conform art. 2 alin. 3 lit. c din H.G. nr. 395/2016), care constă în asigurarea, prin rezervorul (stocator) de oxigen lichid de cca 10.000 litri, aprovizionarea cu oxigen prin rețeaua de distribuție a unor secții/blocuri operatorii/compartimente/cabinete consultații, pentru un număr foarte mare de consumatori care sunt aprovizionați din cadrul rezervorului de oxigen lichid, solicitarea contestatorului ca aprovizionarea cu oxigen medical comprimat să se poată face și prin butelii pe perioada de realizare a platformelor este în detrimentul achizitoare și a actului medical derulat de aceasta.

Or, în conformitate cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice *„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*, în speță ... și-a justificat cerința în cauză prin aceea că *„nu este posibilă aprovizionarea, pe perioada de realizare a platformelor, cu oxigen medicinal comprimat în butelii, deoarece nu dispunem de personal necesar pentru monitorizarea și manipularea unui număr mare de butelii de oxigen medicinal (datorită consumului mare al spitalului) și nu dispunem nici de spațiu necesar depozitării în siguranță a unui număr mare de butelii de oxigen medicinal de 50 litri”*, motiv pentru care se resping criticile aduse de ... vizavi de cerința analizată.

Concluzionând asupra aspectelor ce au constituit obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că nu sunt motive de remediere a documentației de atribuire sub aspectul lotizării produselor din cadrul lotului 1 „oxigen medicinal lichid si gazos”, al achiziției, precum și a specificațiilor tehnice/documentelor solicitate de achizitoare, motiv pentru care, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 28 (douăzecișiopt) pagini