CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ... , având CUI ....., reprezentată legal prin ....., privind atribuirea, prin licitație deschisă, online, a acordului-cadru având ca obiect „.....”, cod CPV: 24111500-0, organizată de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ...., județul ....., contestatorul a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, și, pe fond:

- obligarea autorității contractantă să remedieze documentația de atribuire prin eliminarea cerinței de prezentare conform prevederilor din fișa de date cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale – Aviz de funcționare emis de MSP pentru activitatea de comercializare a produselor solicitate sau Autorizație de distribuție angro – eliberată de Agenția Națională a Medicamentului și a dispozitivelor Medicale, conform prevederilor art. 788 din Legea nr. 95/2006; (copie Xerox lizibilă – conform cu originalul);

- obligarea autorității contractantă să remedieze documentația de atribuire, respectiv cerința de la pagina 5 din caietul de sarcini, cu privire la „punerea în funcțiune a instalației de stocare este de maxim 2 zile” prin solicitarea unui termen rezonabil și care să nu fie de natură restrictivă pentru operatorii economici interesați să depună oferta, de minim 30 de zile, având în vedere că punerea în funcțiune poate fi făcută abia după vizita reprezentanților ISCIR;

- obligarea autorității contractantă să remedieze documentația de atribuire respectiv cerința de la pagina 5 din caietul de sarcini, prin eliminarea cerinței privind *„furnizorul va asigura oxigen medical comprimat la prețul oxigenului lichid ofertat pentru a nu induce niciun fel de cost suplimentar, butelii aflate în proprietatea furnizorului/beneficiarului, complet echipate conform normelor legale în vigoare*”;

- accesul la dosarul cauzei, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016

- în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă cerințele impuse prin documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii precizate în partea introductivă, apreciindu-le nelegale, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

1. În fapt, contestatorul arată că în fisa de date cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale se solicită *„2 - Aviz de funcționare emis de MSP pentru activitatea de comercializare a produselor solicitate sau Autorizație de distribuție angro - eliberata de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, conform prev. art. 788 din Legea nr. 95/2006; (copie Xerox lizibila- conform cu originalul)*".

Raportat la această cerință, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă este obligată să solicite criterii de calificare care să aibă legătură directă cu obiectul achiziţiei, iar aceasta cerință este una care nu are legătură cu furnizarea de medicamente, ci cu dispozitivele medicale.

În cauză, contestatorul invocă dispozițiile Legii nr. 176/2000 privind dispozitivele medicale cu normele metodologice aprobate prin Ordinul 1636/2004 care stabilește cadrul legal şi instituțional pentru controlul dispozitivelor medicale, dispozitivelor medicale implantabile active, dispozitivelor medicale pentru diagnostic in vitro, puse în funcțiune şi utilizate/ denumite în continuare dispozitive medicale, precum şi pentru controlul activităților de comercializare, distribuție şi de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale.

De asemenea, face precizarea că oxigenul medicinal lichefiat si oxigenul medicinal comprimat/ numite de autoritatea contractanta gaze medicale sunt autorizate de Agenţia Naţională a Medicamentului, cu precizarea că sunt produse în mod industrial şi livrate în butelii şi rezervoare (recipienţi criogenia), iar buteliile și rezervoarele nu sunt dispozitive medicale. Astfel, consideră că aceste cerinţe sunt nelegale si solicită CNSC să oblige autoritatea contractanta să elimine această cerinţă, ţinând cont că nu are legătură cu produsele ce urmează a fi furnizate, respectiv cu Gazele medicale.

Mai mult, contestatorul solicită CNSC să dispună eliminarea acestei cerințe din fișa de date, având în vedere prevederile Legii nr. 176/2000 privind dispozitivele medicale cu normele metodologice aprobate prin Ordinul nr. 1636/2004 care stabilește cadrul legal şi instituțional pentru

controlul dispozitivelor medicale, dispozitivelor medicale implantabile active, dispozitivelor medicale pentru diagnostic in vitro, puse în funcţiune şi utilizate, denumite în continuare dispozitive medicale, precum şi pentru controlul activităţilor de comercializare, distribuţie şi de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale si mai ales ținând cont de faptul ca oxigenul medicinal de concentraţie 99,5% este autorizat de Agenţia Naţională a Medicamentului, cu precizarea că este produs in mod industrial şi livrat în butelii şi rezervoare (recipienţi criogenici), iar stocatoarele de oxigen si buteliile nu sunt considerate dispozitive medicale si coroborat cu prevederile Legii nr. 95/2006 privind reforma in domeniul sănătății.

În continuare, contestatorul arată că la data de 18.07..... a primit răspunsul nr. 15362 la notificarea prealabila nr. 795 din data de 13.07....., prin care autoritatea contractanta a specificat următoarele, fără a publica o erata prin care sa elimine cerința din fisa de date:

„Conform Caietului de sarcini „OBIECTUL ACORDULUI CADRU: I.) Oxigen medicina lichid, stocatoarele de oxigen si buteliile sunt considerate ambalaje si nu fac obiectul procedurii".

În opinia contestatorului, aceste cerințe sunt nelegale, nejustificate si de natura restrictiva, motiv pentru care solicită CNSC sa oblige autoritatea contractanta să elimine această cerinţă/ţinând cont că nu are legătură cu produsele ce urmează a fi furnizate, respectiv cu Gazele medicale.

2. Referitor la cerința din Caietul de Sarcini cu privire la *„punerea în funcțiune a instalației de stocare este de maxim 2 zile*", contestatorul solicită, ca măsură de remediere, obligarea autorității contractante de a solicita operatorilor economici interesați să depună în ofertă un termen de minim 45 de zile, având în vedere ca:

- punerea in funcțiune poate fi făcută abia după vizita reprezentanților ISCIR, vizita care se realizează conform prevederilor legale, in termen de 30 de zile de la solicitarea prezentei in locația autorității contractante;
- după semnarea contractului subsecvent de ambele parți si emiterea garanției de buna execuţie in cuantumul si pentru perioada de valabilitate conform termenilor stabiliti pentru contractul subsecvent si conform reglementarilor legale, respectiv art. 109 si art. 39 din HG nr. 395/2016.

Potrivit contestatorului, răspunsul autorității la notificarea sa, cu privire la acest aspect, respectiv *„Nu se admite alt termen și nu il consideram restrictiv, deoarece instalația de stocare trebuie să fie avizată ISCIR în momentul instalării*", demonstrează eroarea în care se află aceasta, dat fiind că instalația ce urmează a fi furnizata si instalata nu este autorizata ISCIR. În acest sens, arată că noua instalație va fi montata, i se va face punerea in funcțiune si probele de casa, iar după aceste operațiuni efectuate de furnizor se va face adresa către ISCIR si punerea in funcțiune finala poate fi făcută abia după vizita reprezentanților ISCIR, vizita care se realizează conform prevederilor

legale, in termen de 30 de zile de la solicitarea prezenței reprezentantului ISCIR in locația autorității contractante.

În consecinţă, contestatorul apreciază că autoritatea contractanta, a încălcat dispoziţiile în materia achiziţiilor publice, fiind afectat interesul legitim al societății sale de a participa la procedura de achiziţie publică în cauză pentru motivele expuse in cadrul prezentei contestații, sens în care solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin remedierea cerinţei din Caietul de Sarcini si stabilirea unui termen rezonabil de minim 45 de zile, astfel încât aceasta cerință sa nu fie una de natura restrictiva si sa permită participarea la aceasta procedura si a altor operatori economici, nu doar a operatorului care este si furnizorul actual al autorității contractante.

3. Referitor la cerința de la pagina 5 din Caietul de Sarcini, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin eliminarea cerinței *„furnizorul va asigura oxigen medical comprimat la preţul oxigenului lichid ofertat pentru a nu induce nici-un fel de cost suplimentar, butelii aflate in proprietatea furnizorului/beneficiarului, complet echipate conform normelor legale in vigoare*."

În acest sens, contestatorul arată că prin această cerință, autoritatea contractantă vrea să se asigure că nu va avea costuri suplimentare, însă, consideră că pentru furnizor, impunerea soluției provizorii este una de natura a aduce cheltuieli suplimentare, motiv pentru care a solicitat prin Notificarea nr 795 din data de 13.07....., sa fie acceptate soluţii provizorii, altele decât soluţia de livrare a oxigenului in butelii, astfel încât actul medical sa nu fie afectat, iar furnizorul sa poată oferta la un preț minim.

Contestatorul arată că soluția de alimentare cu butelii este una costisitoare pentru orice operator economic și consideră că autoritatea contractanta poate lasă la latitudinea fiecărui operator economic soluţia de alimentare provizorie, respectând prevederile legale si normele impuse de Agenţia Naţionala a Medicamentului.

Pe cale de consecință, contestatorul arată că a solicitat, ca măsură de remediere, să fie acceptate si soluțiile provizorii propuse de operatorii economici, soluţii care să respectele normele în vigoare și care să asigure tratament egal, în sensul acordării posibilității cât mai multor operatori economici de a participa la aceasta procedura.

Prin răspunsul transmis:

„Prin Caietul de Sarcini se solicita un stoc minim de oxigen comprimat de siguranţa, circa 20 butelii de capacitate de minim 40 litrii, prin butelii proprietatea furnizorului/beneficiarului, încărcate contra cost la preţul oxigenului medicinal lichid, utilizate in situatia unor avarii aparute la instalaţia de stocare, deoarece Spitalul Municipal ..... are in dotare o rampa de rezerva pentru butelii de oxigen care va fi folosita in caz de avarie si manevrata de personalul spitalului"

autoritatea contractanta a menținut prevederile de la pagina 4 din Caietul de sarcini:

„Pe perioada derulării contractului furnizorul de oxigen lichid medicinal va asigura un stoc de rezerva, circa 20 butelii oxigen de minim 40l utilizat în situația unei avarii la stocatorul de oxigen, stocul de oxigen comprimat de siguranță asigurat prin butelii proprietatea furnizorului/beneficiarului contra cost la preţul oxigenului medicinal lichid din oferta financiara, butelii complet echipate, în termen de valabilitate, avizate conform normelor legate in vigoare."

fără sa facă nicio referire la prevederile de la pagina 5 din Caietul de sarcini, respectiv:

„Furnizorul trebuie să asigure: Pe perioada în care se înlocuiește instalația de stocare existentă, furnizorul va asigura oxigen medical comprimat la prețul oxigenului lichid ofertat pentru a nu induce niciun fel de cost suplimentar, butelii aflate în proprietatea furnizorului/beneficiarului, complet echipate conform normelor legale în vigoare".

Având in vedere ambele cerințe din Caietul de sarcini, dar si refuzul autorității de a accepta si soluții de livrare a oxigenului medicinal alternative, astfel încât actul medical sa nu fie afectat, iar furnizorul sa poată oferta la un preţ minim, contestatorul apreciază că autoritatea contractanta a încălcat dispoziţiile în materia achiziţiilor publice, fiind afectat interesul legitim al societății sale de a participa la procedura de achiziţie publică în cauză pentru motivele expuse in cadrul prezentei contestatii.

În concluzie, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv cerința de la paginile 4 și 5 din caietul de sarcini prin eliminarea cerinței:

„Pe perioada derulării contractului furnizorul de oxigen lichid medicinal va asigura un stoc de rezerva, circa 20 butelii oxigen de minim 40l utilizat în situația unei avarii la stocatorul de oxigen, stocul de oxigen comprimat de siguranță asigurat prin butelii proprietatea furnizorului/beneficiarului contra cost la preţul oxigenului medicinal lichid din oferta financiara, butelii complet echipate, în termen de valabilitate, avizate conform normelor legate in vigoare"

„Furnizorul trebuie să asigure : Pe perioada în care se înlocuiește instalația de stocare existentă, furnizorul va asigura oxigen medical comprimat la prețul oxigenului lichid ofertat pentru a nu induce niciun fel de cost suplimentar, butelii aflate în proprietatea furnizorului/beneficiarului, complet echipate conform normelor legale în vigoare".

Prin adresa nr. 16139/28.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 31188/28.07....., autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere cu privire la criticile din cuprinsul contestației, solicitând respingerea acestei ca nefondată.

1. Referitor la prima critică autoritatea contractantă, solicită respingerea acesteia, dat fiind că oxigenul medicinal folosit in spitale este clasificat ca medicament conform Farmacopeei Europene, sens în care invocă dispozițiile art. 788 din Legea nr. 95/2006:

"Art. 788. - Modificări (1)

(1) Ministerul Sănătăţii Publice ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că distribuţia angro de medicamente se face de către posesorii unei autorizaţii pentru desfăşurarea activităţii de distribuitor angro de medicamente, care precizează sediul pentru care este valabilă.

Modificări (2), Jurisprudenţă (1)

(2) Dacă persoanele autorizate să elibereze medicamentele către populaţie pot, conform legislaţiei naţionale, să se angajeze şi în distribuţie angro, aceste persoane trebuie să fie autorizate conform alin. (1).

Modificări (1)

(3) Deţinerea unei autorizaţii de fabricaţie include şi autorizarea pentru distribuţia angro a medicamentelor acoperite de acea autorizaţie; deţinerea unei autorizaţii pentru desfăşurarea activităţii de distribuţie angro de medicamente nu exceptează deţinătorul de la obligaţia de a deţine o autorizaţie de fabricaţie şi de a se supune condiţiilor stabilite în acest sens, chiar dacă activitatea de fabricaţie sau de import este secundară".

Mai menționează că buteliile și rezervoarele sunt ambalaje pentru transportul si depozitarea oxigenului medicinal si nu fac obiectul procedurii la care face referire contestatorul.

2. Referitor la solicitarea de a remedia cerința *„punerea in funcțiune a instalației de stocare este de maxim 2 zile*", cu un termen de minim 45 de zile, autoritatea contractanta consideră nefundamentat acest termen, deoarece furnizorul trebuie să dispună de echipa specializată și autorizată, pentru montarea și punerea în funcțiune a instalației de stocare sub supravegherea RSVTI al deținătorului instalației care este autorizat ISCIR si care va întocmi documentația conform prescripției PTC4/2010, privind autorizarea funcționarii recipientelor criogenice din industria oxigenului, azotului si argonului.

Mai arată că termenul solicitat de contestatar de 45 de zile poate crea sincope și disfuncționalități în aprovizionare și totodată existența oxigenului in instalația spitalului care este vital in funcționarea unui spital, cât și pentru desfășurarea în condiții optime a actului medical.

Prin aceasta cerință autoritatea contractantă vrea să se asigure că după semnarea contractului subsecvent de furnizare în cel mai scurt timp instalația de stocare este funcţională.

Totodată, autoritatea contractantă face precizarea că acest termen nu este considerat criteriu de calificare sau motiv de excludere din procedură.

Față de argumentele prezentate mai sus, autoritatea solicită Consiliului menţinerea cerinţelor din Fisa de date in forma actuala si respingerea solicitărilor contestatorului.

3. Referitor la solicitarea de a elimina cerința prin care *„furnizorul va asigura oxigen medical comprimat la preţul oxigenului lichid ofertat pentru a nu induce nici un fel de cost suplimentar, butelii aflate in proprietatea furnizorului/beneficiarului, complet echipate conform normelor legale in vigoare*", autoritatea contractantă arată că potrivit legislaţiei in vigoare spitalele trebuie sa dispună de minim 2 surse de alimentare cu oxigen medicinal. Astfel, autoritatea contractanta a

prevăzut in caietul de sarcini ca, pe lângă recipientul de stocare principal, „Pe perioada derulării contractului, furnizorul de oxigen lichid medicinal va asigura un stoc minim de oxigen comprimat de siguranţa, circa 20 butelii de capacitate de minim 40 litri, prin butelii proprietatea furnizorului/beneficiarului, încărcate contra cost la preţul oxigenului medicinal lichid, utilizate in situația unor avarii apărute la instalația de stocare”, considerate ca a doua sursa de alimentare.

În acest sens, autoritatea contractantă subliniază faptul că prin această cerință se ia o măsură de precauție pentru situația in care apar avarii la instalația de stocare sau când, din cauza intemperiilor, nu se poate face aprovizionarea in timp util etc. Mai arată că această cantitate de oxigen comprimat de siguranță din butelii a fost luata in calcul la stabilirea cantității estimative din caietul de sarcini. De asemenea, precizează că are in dotare o stație de oxigen cu doua rampe pentru conectare de butelii de oxigen.

Față de argumentele prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului menţinerea cerinţelor din caietul de sarcini in forma actuala si respingerea solicitărilor contestatarului ca reprezentând o interpretare eronată a solicitărilor din documentația de atribuire, fiind așadar, neîntemeiate.

Prin adresa nr. 891/A/10.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 33671/11.08....., contestatorul formulează Note scrise, ulterior studierii dosarului cauzei:

1. Cu privire la critica de la punctul 1 din contestație, contestatorul arată că în punctul de vedere transmis, autoritatea contractanta face trimitere la art. 788 alin (3), respectiv: *„deţinerea unei autorizatii de fabricaţie include si autorizarea pentru distributia angro a medicamentelor aoperite de acea autorizaţie*", apreciind ca fiind evident ca detinatorul unei autorizatii de fabricaţie nu mai este obligat sa solicite si autorizaţie de distribuţie angro pentru ca autorizaţia de fabricaţie o include, însă, consideră că autoritatea este în mare eroare și încurcă cerințele din cadrul fișei de date, astfel:

- Avizul de funcţionare emis de MSP este pentru dispozitive medicale iar autorizatia de fabricatie/de distributie angros, eliberata de Agenţia Naţionala a Medicamentului, se solicita pentru medicamente, respectiv oxigen medicinal;

- cerințele solicitate trebuie să aibă legătură directă cu obiectul achiziției, iar această solicitare este una ambiguă, fără legătură cu furnizarea de medicamente, ci cu dispozitive medicale;

- o cerință de genul *„Autorizaţie de fabricaţie pentru producătorii de oxigen medicinal sau Autorizaţie de distributie angro eliberata de MS-ANM*” - Actul normativ care impune obligativitatea deţinerii acestor autorizatii este Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sanatatii, Titlul XVII, Medicamentul – este clară și are legătură directă cu obiectul contractului și, mai mult, respectă și art. 154 din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, contestatorul consideră că această cerinţă, astfel cum e definita în fișa de date este nelegală, nejustificată și de natură restrictivă,

motiv pentru se impune eliminarea ei, ţinând cont că nu are legătură cu produsele ce urmează a fi furnizate, respectiv cu Gazele medicale.

2. Cu privire la *„punerea in funcţiune a instalației de stocare este de maxim 2 zile*", contestatorul arată că a solicitat ca măsură de remediere obligarea autorității contractante de a solicita operatorilor economici interesaţi să depună în ofertă un termen de minim 45 de zile, având in vedere ca punerea in funcțiune poate fi făcută abia:

- după vizita reprezentanților ISCIR, vizita care se realizeaza conform prevederilor legale, in termen de 30 de zile de la solicitarea prezentei in locaţia autoritatii contractante. Deși autoritatea contractanta, in punctul sau de vedere afirmă că: "*pentru montarea si punerea in funcţiune a instaiatiei de stocare sub supravegherea RSVTI al deţinătorului instaiatiei care este autorizat ISCI si care va întocmi documentația conform prescripției tehnice PTC4/2010”*, această precizare este nefondată, deoarece, deși este adevărată, aceasta este doar o etapa care depinde de operatorii economici, iar, după ce se închide aceasta etapa, conform legii, se solicita vizita reprezentanților ISCIR, vizita care se realizează conform prevederilor legale, in termen de 30 de zile de la solicitarea prezentei in locația autorității contractante. Conform Legii nr. 64/2008, *„(2) ISCIR exercită următoarele funcții: a) de autoritate în domeniul instalaţiilor/echipamentelor, care asigură controlul respectării prevederilor referitoare la condiţiile de introducere pe piaţă şi punere în funcţiune a instalaţiilor/echipamentelor, precum şi urmărirea şi controlul regimului de autorizare şi verificarea tehnică a instalaţiilor/echipamentelor*”, de unde rezultă că, fără controlul punerii in funcțiune a instalației de distribuție oxigen medicinal de către ISCIR, aceasta nu va putea fi utilizata de autoritatea contractanta, iar termenul legal este cel de 30 de zile menționat în cadrul contestației.

- și după semnarea contractului subsecvent de ambele părți si emiterea garanției de buna execuție in cuantumul si pentru perioada de valabilitate conform termenilor stabiliți pentru contractul subsecvent si conform reglementarilor legale, respectiv art. 109 si art. 39 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, contestatorul susține că instalația ce urmează a fi furnizată și instalată nu este autorizata ISCIR. Noua instalație va fi montata, i se va face punerea in funcțiune si probele de casa, iar după aceste operațiuni efectuate de furnizor se va face adresa către ISCIR si punerea in funcțiune finala poate fi făcută abia după vizita reprezentanților ISCIR, vizita care se realizează conform prevederilor legale, in termen de 30 de zile de la solicitarea prezenței reprezentantului ISCIR in locaţia autoritatii contractante.

În consecinţă, contestatorul apreciază că autoritatea contractanta a încălcat dispoziţiile în materia achiziţiilor publice, fiind afectat interesul legitim al societății sale de a participa la procedura de achiziţie publică în cauză pentru motivele expuse mai sus.

3. Referitor la cea de-al treilea capăt de cerere, în plus față de cele deja precizate prin contestație, contestatorul arată că solicită ca a doua sursă de alimentare cu oxigen medicinal să fie un dispozitiv avizat

conform normelor in vigoare, dar nu butelii. În acest sens arată că, după cum se poate observa si in estimarea de cost, prețul pe mc de oxigen medicinal comprimat este mult mai mare decât cel de oxigen medicinal lichefiat. De asemenea, precizează că exista recipiente autorizate si aprobate de minister din care se poate asigura oxigenul medicinal si care pot fi considerate surse secundare de alimentare cu oxigen, aceste soluţii fiind foarte avantajoase pentru operatorii economici furnizori de oxigen medicinal lichefiat.

Pe cale de consecință, s-a solicitat, ca măsură de remediere, să fie acceptate si soluţiile provizorii propuse de operatorii economici, soluţii care sa respectele normele in vigoare si care sa asigure tratament egal, in sensul acordarii posibilităţii cat mai multor operatori economici de a participa la aceasta procedura.

Având in vedere ambele cerințe din caietul de sarcini, dar si refuzul autorității de a accepta si soluţii de livrare a oxigenului medicinal alternative, astfel încât actul medical să nu fie afectat, iar furnizorul să poată oferta la un preț minim, contestatorul apreciază că autoritatea contractanta a încălcat dispoziţiile în materia achiziţiilor publice, fiind afectat interesul legitim al societății sale de a participa la procedura de achiziţie publică în cauză pentru motivele expuse.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat atribuirea, prin licitație deschisă, online, a acordului-cadru având ca obiect „.....”, cod CPV: 24111500-0. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „preţul cel mai scăzut”, cu data stabilită pentru depunerea ofertelor 10.08.....

În cadrul procedurii, SC ..... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../.....

Prin Încheierea nr. 393/...../...../31.07....., Consiliul a admis capătul de cerere din cuprinsul contestației privind suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației, procedura fiind suspendată de autoritatea contractantă începând din data de 03.08....., potrivit informațiilor din SEAP.

Procedând la soluționarea contestației formulată de SC ..... SRL, Consiliul are în vedere că acesta aduce critici legate de documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, mai precis de unele prevederi din cuprinsul acesteia, pe care le consideră restrictive:

- la cap. III.2.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției, se solicită:„***Aviz de funcționare emis de MSP pentru activitatea de comercializare a produselor solicitate sau Autorizație de distribuție angro - eliberata de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale****, conform prev. art. 788 din Legea nr. 95/2006; (copie Xerox lizibila-conform cu originalul)*", cu privire la care contestatorul consideră că nu are legătură cu furnizarea de medicamente, ci cu dispozitivele medicale și solicită eliminarea acesteia.

Consiliul are în vedere faptul că oxigenul medicinal (ce constituie obiectul achiziției), atât în formă lichidă cât și comprimat, produs în mod industrial și livrat în butelii, nu intră în categoria dispozitivelor medicale și prin urmare nu se justifică solicitarea în documentație a unui *Aviz de funcționare de la Ministerul Sănătății pentru dispozitive medicale, conform Legii nr. 95/2006,* așa cum a precizat autoritatea în cerința de mai sus, la teza I-a.

În cazul de față nu este necesară o autorizare de funcționare pentru viitorul ofertant, ci de distribuție/comercializare a oxigenului medicinal, având în vedere natura contractului, de furnizare oxigen.

În opinia Consiliului, nu se justifică solicitarea unui aviz de funcționare pentru dispozitive medicale deoarece, efectiv, nu sunt dispozitive medicale implicate în derularea contractului ca urmează a fi semnat, ci numai oxigen medicinal.

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că se impune eliminarea din fișa de date a achiziției a cerinței sus menționate, cerința *Autorizație de distribuție angro - eliberata de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale* urmând a fi menținută.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază că trebuie menținută cerința privind prezentarea ***Autorizației de distribuție angro - eliberata de Agenția Națională a Medicamentului*** *și a Dispozitivelor Medicale, conform prev. art. 788 din Legea nr. 95/2006; (copie Xerox lizibila-conform cu originalul)*", deoarece aceste produse sunt încadrate la categoria medicamente.

-solicită eliminarea cerinței din caietul de sarcini conform căreia termenul pentru punerea în „*funcțiune a instalației de stocare este de* ***maxim 2 zile***" și înlocuirea termenului de 2 zile cu un termen de 45 de zile, adică timpul necesar obținerii autorizației ISCIR.

Cu privire la această critică, Consiliul apreciază că este neîntemeiată, din următoarele motive:

- potrivit prevederilor din caietului de sarcini privind „natura bunurilor", autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze oxigen medicinal lichid și, de asemenea, să <u>închirieze o instalație de stocare</u> pe toată perioada de derulare a contractului (aceasta fiind pusă la dispoziție de către furnizor);

- de asemenea, tot în caietul de sarcini, cu privire la instalația de stocare menționată, se arată că aceasta trebuie să fie „complet echipată, gata de punere în exploatare, cu <u>toate avizele și autorizațiile obținute";</u>

- având în vedere modalitatea în care a fost formulată cerința respectivă, este clar faptul că autoritatea dorește ca, după semnarea contractului, instalația să fie funcțională, autorizată și avizată în condițiile legii și să poată fi utilizată cât mai repede și în bune condiții pentru stocarea oxigenului, vital în funcționarea unei unități spitalicești (cum de altfel s-a menționat și în cuprinsul Strategiei de contractare nr. 10642/15.05.....).

În opinia Consiliului, nu există nicio rațiune pentru care ar trebui să se decaleze termenul de punere în funcțiune a instalației astfel încât să se aștepte autorizarea unei instalații a unui ofertant de către ISCIR, în

condițiile în care autoritatea are neapărat nevoie să închirieze o instalație gata pregătită de utilizare, iar acest fapt este clar specificat în documentație.

În conformitate cu dispozițiile art. 83 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„În cuprinsul documentaţiei de atribuire autoritatea contractantă defineşte obiectul achiziţiei prin descrierea necesităţilor autorităţii contractante şi a caracteristicilor solicitate pentru produsele, lucrările sau serviciile care urmează a fi achiziţionate şi stabileşte criteriul de atribuire şi factorii de evaluare a ofertelor*".

Prin urmare, față de cele expuse anterior, ținând cont care sunt nevoile funcționale ale autorității contractante, respectiv de a putea utiliza/stoca oxigenul de care este nevoie în spital, Consiliul apreciază că nu se impune nicio remediere a documentației în sensul cerut de contestator, deoarece se dorește a se închiria o instalație care să poată fi pusă în funcțiune și utilizată cât mai repede, în maxim 2 zile, iar critica va fi respinsă ca nefondată.

- contestatorul solicită eliminarea cerinței *„furnizorul va asigura **oxigen medical comprimat la preţul oxigenului lichid ofertat** pentru a nu induce nici-un fel de cost suplimentar, butelii aflate in proprietatea furnizorului/beneficiarului, complet echipate conform normelor legale in vigoare*", opinând că autoritatea ar trebui să lase la latitudinea fiecărui operator economic soluții de alimentare provizorii cu oxigen.

Astfel, contestatorul susține că livrarea oxigenului în buteliile proprii ar crea un cost suplimentar în ceea ce îl privește, și că ar prefera o altă soluție de alimentare cu oxigen, alternativă (fără însă a preciza care este aceasta).

În soluționare, se reține că în caietul de sarcini autoritatea contractantă a solicitat ca, pe lângă instalația de stocare a oxigenului, *„pe perioada derulării contractului, **furnizorul** de oxigen lichid medicinal **va asigura un stoc minim de oxigen comprimat de siguranţa**, circa 20 butelii de capacitate de minim 40 litri, prin butelii proprietatea furnizorului/beneficiarului încărcate contra cost la preţul oxigenului medicinal lichid utilizate in situația unor avarii apărute la instalația de stocare".*

În soluționare, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă și-a luat în acest fel o măsură de precauție pentru ca, atunci când apar avarii la instalația de stocare sau din cauza unor situații neprevăzute nu se poate face aprovizionarea cu oxigen in timp util etc., să dețină un stoc de siguranță de oxigen medicinal, depozitat în cele 20 de butelii aduse de furnizor, aflate în proprietatea acestuia.

Se are în vedere că această cantitate de oxigen comprimat de siguranță a fost luata in calcul la stabilirea cantității estimative prevăzute, fiind o necesitate a autorității în desfășurarea propriei activități și prin urmare, contestatorul, în calitate de ofertant, trebuie să includă în oferta sa, din punct de vedere valoric, cele solicitate prin documentație.

Este de înțeles că aceste cerințe din caietul de sarcini au fost stabilite de autoritate potrivit necesităților proprii, specifice unei unități spitalicești, fiind necesare astfel de măsuri de precauție pentru a nu rămâne fără

oxigen pentru pentru bolnavi și, prin urmare, Consiliul apreciază că este nefondată critica contestatorului formulată în acest sens.

Luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și va dispune eliminarea de la cap. III.2.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției a cerinței: „Aviz de funcționare emis de MSP pentru activitatea de comercializare a produselor solicitate”.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate celelalte critici formulate de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și dispune eliminarea de la cap. III.2.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției a cerinței: „Aviz de funcționare emis de MSP pentru activitatea de comercializare a produselor solicitate”.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate celelalte critici formulate de SC ..... SRL.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

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

...