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 contestația nr. 5333/26.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 25380/26.06.2017, SC ... SRL cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de director general şi convenţional de avocat ..., formulată împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la notificarea prealabilă emise în cadrul procedurii de atribuire prin „procedură simplificată într-o singură etapă”, a contractului de achiziţie publică având ca obiect „Achiziţie oxigen medicinal lichid şi oxigen medicinal comprimat - 2 loturi”, cod CPV 24111900-4 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., s-a solicitat obligarea autorităţii contractante la remedierea art. 9.1 din acordul cadru inclus în documentaţia de atribuire, în sensul „perioada de valabilitate acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei” pentru *Lotul 1 oxigen medicinal lichid*.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. 332/C4/2155 din 28.06.2017, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a respins.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia prin care SC ... SRL, în calitate de posibil ofertant, solicită remedierea art. 9.1 din acordul cadru inclus în documentaţia de atribuire, în sensul „perioada

de valabilitate acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei”.

Contestatoarea menţionează că în data de 21.06.2017 a transmis Spitalului notificarea prealabilă, în concordanţă cu prevederile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, la care autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 10452/23.06.2017, prin fax, dar nu a dat curs solicitărilor sale, sens în care a formulat in termen legal prezenta contestaţie.

În urma consultării documentaţiei de atribuire contestatoarea a formulat notificarea prealabilă prin care a solicitat mai multe remedieri, dintre care şi cea referitoare la Remedierea proiectului de acord - cadru de furnizare, în sensul:

2. Remediaţi la art. 9.1 înlocuind „Perioada de garanţie acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei" cu „Perioada de valabilitate acordata produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei" valabilitatea produsului fiind data de ANMDM de la data fabricaţiei."

Răspunsul autorităţii contractante a fost:

2. Articolul 9.1 din acordul cadru nu va suporta modificări, formularea rămânând aceeaşi.

În opinia contestatoarei, răspunsul autorităţii contractante denotă o insuficientă verificare prealabilă de către aceasta a furnizorilor autorizaţi şi existenţi pe piaţa din România, care pot îndeplini cerinţa restrictivă şi abuzivă „*Perioada de garanţie acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei*”. Aşa cum rezultă din înscrisul anexat contestaţiei, preluat de pe site-ul ANM, numărul furnizorilor autorizaţi pentru produsul licitat este de trei.

În contextul în care dintre cei trei furnizori autorizaţi DOAR unul (cel actual al Spitalului) are pentru produsul supus achiziţiei perioada de valabilitate de 2 ani, putând îndeplini cerinţele documentaţiei de atribuire, acest fapt denotă o EVIDENTĂ restrictionare a celorlalţi concurenţi, autoritatea încălcând art. 49 şi 50 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, consideră că Spitalul nu justifică păstrarea cerinţei restrictive, în contextul în care:

- consumul de oxigen al Spitalului este continuu;
- livrările sunt frecvente, succesive datorită dimensionării rezervorului de stocare a oxigenului, care determină reumplerea cu oxigen a acestuia la fiecare 1-2 luni de la livrarea anterioara1.
- chiar şi prin fişa de date este prevăzută frecvenţa contractelor succesive "*Autoritatea contractantă va încheia contracte subsecvente în funcţie de necesităţi şi fondurile disponibile. Contractele subsecvente pot fi încheiate lunar/trimestrial/semestrial, contractele subsecvente se vor încheia în funcţie de necesităţile efective ale autorităţii contractante, cantităţile prevăzute pentru cel mai mare contract subsecvent fiind estimative*".

Contestatoarea precizează că oxigenul lichefiat este transmis spre livrare după fabricarea acestuia.

Valabilitatea medicamentului (nu „garanţia" acestuia, cum greşit menţionează autoritatea contractantă) este dată de către Autoritatea Naţională a Medicamentului şi a Dispozitivelor Medicale şi aceasta este raportata la data fabricaţiei, şi NU la data de livrare, cum în mod abuziv a impus Spitalul „Perioada de garanţie acordata produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei".

Contestatoarea arată că deţine autorizaţie de punere pe piaţă a produsului „oxigen” cu termen de valabilitate de 1 an. Având în vedere că acest produs ajunge la Spital în urma transportului pe drumurile publice, cât şi a faptului că infrastructura din Romania nu permite străbaterea suprafeţei ţării în aceeaşi zi, se află în situaţia în care, efectiv, pentru un număr limitat de ore, să nu poată participa la acestă licitaţie.

Astfel, având în vedere:

- faptul că medicamentul oxigen este supus legislaţiei speciale, este autorizat de ANMDM, iar acestă autoritate a stabilit termenul de valabilitate al medicamentului de la data fabricaţiei şi nu de la data livrării, impunerea de către Spital, prin acordul cadru a unei garanţii care trebuie să curgă „de la recepţie" şi nu de la fabricare, apare ca fiind abuzivă;

- faptul că oxigenul stocat în urma unei livrări se consumă într-o perioadă destul de scurtă, de maxim 2 luni, NU JUSTIFICĂ cerinţa excesivă impusă de Spital prin documentaţia de atribuire, „Perioada de garanţie acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei", cu atât mai mult cu cât, aşa cum se cunoaşte, livrarea medicamentului oxigen lichid se face imediat după fabricarea lui, fiind în discuţie un număr de ore sau câteva zile.

- faptul că pe piaţa din România doar un producător deţine autorizatie cu valabilitate a produsului de 2 ani, adică cel care este furnizorul actual al autorităţii contractante, cerinţa impusă în mod nejustificat şi abuziv restrânge evident concurenţa.

În concordanţă cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 contestatoarea solicită accesul la documentele dosarului achiziţiei.

În drept, îşi întemeiază contestaţia pe dispoziţiile art. 2, art. 8 şi urmatoarele din Legea nr. 101/2016 cât şi pe toate articolele invocate în contestatie.

Prin adresa nr. 2562/2155C4/27.06.2017, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ... SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie şi copia dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctului său de vedere nr. 11361/03.07.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 26912 din

05.07.2017, prin care solicită în principal respingerea contestaţiei ca lipsită de interes, rămasă fără obiect, iar în subsidiar ca nefondată.

În motivarea excepţiilor invocate, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016 care defineşte ce se înţelege prin persoana vatamată, respectiv „orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

- are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

- a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

Totodată, invocarea acestui articol de lege, se coroborează cu dispoziţiile art. 32 alin. 1 lit. d), precum şi cu dispoziţiile art. 33 din Noul Cod de procedură civilă, astfel: „orice cerere poate fi formulată numai daca autorul acesteia justifică un interes...

Art.3 Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual."

Termenul limita pentru primirea ofertelor a fost stabilit pentru data de 27.06.2017, ora 15^{00}, iar contestatorul, în speţă SC ... SRL nu a depus ofertă în vederea participării la procedura de atribuire. Astfel, contestaţia formulată a rămas fără obiect, mai mult decât atât, contestatorul nu mai are nici un interes determinat, legitim, personal, născut şi actual, pentru a justifica contestaţia.

Interesul trebuie să fie determinat, adică folosul practic, material sau moral, ce poate fi realizat de parte, în eventualitatea admiterii formei procedurale exercitate, sa fie unul concret, iar nu abstract.

Interesul trebuie sa fie legitim, adică în conformitate cu regulile de convieţuire socială sau cu legea.

Interesul trebuie să fie personal, în sensul că folosul practic urmărit de titularul cererii să se răsfrângă asupra acestuia, astfel, în principiu nu este îngăduit unei persoane să apere interesul unei alte persoane şi, pe cale de consecinţă, nici interesul colectiv.

Interesul trebuie să fie născut şi actual, iar nu eventual, adică să existe la momentul exercitării acţiunii civile, în sensul că partea s-ar expune unui prejudiciu dacă ar rămâne în pasivitate şi nu ar recurge în acel moment la acţiune.

Autoritatea contractantă consideră ca prin nedepunerea unei oferte în vederea participării la procedura de atribuire de către contestator, toate excepţiile invocate trebuie să fie admise şi pe cale de consecinţă, respinsă contestatia astfel formulată.

Mai mult, consideră ca, autoarea contestaţiei ar fi trebuit să transmită o solicitare de clarificări din momentul luării la cunostinţă a conţinutului documentaţiei de atribuire, însă acesta a înţeles să

formuleze direct notificare prealabilă prin care solicita înlocuirea art.9.1 din proiectul de acord-cadru de furnizare oxigen.

Referitorul la fondul contestaţiei, autoritatea contractantă arată că, potrivit art. 9.1 teza a II-a din proiectul de acord-cadru de furnizare produse - *Obliqatiile principale ale furnizorului* statuează următoarele: *„...Perioada de garanţie acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei*."

Consideră că această clauză contractuală este în acord cu normele legale în vigoare şi nu contravine principiilor de guvernare a desfăşurării procedurilor de achiziţie publică şi nici interesului public. Luând în considerare obiectul acordului-cadru, şi anume, furnizare oxigen medicinal lichid, care este un element primordial şi esenţial în desfăşurarea actului medical autoritatea susţine că nu poate pune în pericol viaţa pacienţilor prin înlocuirea acestei clauze cu : *„...perioada de valabilitate acordata produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei*".

În cuprinsul Fişei de date a achiziţiei, la Secţiunea II.2 se prevede: *„autoritatea contractantă va încheia contracte subsecvente în funcţie de necesităţi şi fonduri disponibile*", iar secţiunea II 1.4 prevede: *„contractul subsecvent se va încheia trimestrial/semestrial sau anual în funcţie de necesităţile autorităţii contractante şi de bugetul aprobat*." În acest context, se justifică clauza contractuală contestată, ca perioada de valabilitate/garanţie a produsului furnizat sa fie de cel puţin 12 luni de la data recepţiei, şi nu de la data fabricaţiei, în condiţiile în care autoritatea contractantă ar încheia un contract subsecvent/an, aşa cum a prevăzut în Fişa de date a achiziţiei.

Autoritatea contractantă precizează că nu pot fi avute în vedere înscrisurile ataşate de constestatoare, respectiv *Extras site ANMDM, APP oxigen medicinal lichefiat* cu privire la valabilitate ambalaj: 1 an, deoarece prin Acordul-cadru se solicită *garanţia produsului* oxigen medicinal lichefiat, şi nu *garanţia ambalajului*, acestea fiind 2 noţiuni distincte.

Autoritatea contractantă susţine că nu este obligată să accepte negocierea unor clauze ci, în situatia în care s-ar accepta negocierea unor clauze, acestea trebuie să fie precizate în mod expres în Fişa de date a achiziţiei. Negocierea unor clauze ar conduce la inechităţi faţă de ceilalţi ofertanţi care nu pot cunoaşte modul în care se negociază, iar în situaţia ipotetică în care ar cunoaşte acest lucru, ar exista posibilitatea de îmbunătăţire a ofertei, ceea ce ar conduce la o discriminare faţă de ceilalţi ofertanţi.

Având în vedere că orice contract de achiziţie publică reprezintă un contract administrativ, autoritatea contractantă arată că interesul public prevalează celui privat. Alegerea modelului de acord-cadru este dreptul autorităţii contractante, nefiind statuat legal un anume model/tip de acord-cadru. Proiectul de acord-cadru stabilit nu conduce, în opinia

autorităţii contractante, la inechităţi, dezechilibre şi nu conţine clauze discriminatorii.

Referitor la aserţiunile contestatoarei că s-ar favoriza un anumit posibil operator economic, autoritatea contractantă susţine că nu poate fi reţinută, deoarece, în cadrul procedurii de achiziţie publică şi-au exercitat opţiunea de a participa la procedură, prin depunerea de oferte 2 operatori economici aşa cum reiese din Procesul-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor nr. 10944/27.06.2017.

Ca urmare a primirii punctului de vedere asupra contestaţiei, SC ... SRL a înaintat Note scrise sub nr. 5632/07.07.2017, înregistrate la Consiliu cu nr. 27662/10.07.2017.

Contestatoarea solicită respingerea excepţiilor invocate de autoritatea contractantă ca tardiv formulate, având în vedere că autoritatea contractantă a primit contestaţia sa în data de 26.06.2017 prin e-mail.

În conformitate cu prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2017, Spitalul era obligat să invoce excepţiile în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii acesteia, respectiv la data de 03.07.2017. Aşa cum rezultă din documentele anexate, Spitalul a transmis prin fax punctul de vedere la data de 04.07.2017, probabil si către Consiliu la aceeaşi dată, deci peste termenul legal mai sus precizat.

De asemenea, contestatoarea solicită respingerea excepţiilor invocate de autoritatea contractantă ca neîntemeiate.

Conform dispoziţiilor art.3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, prin persoană vătămată se înţelege:

- orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire: şi

ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Totodată, invocarea acestui articol de lege, se coroborează cu djspoziţiile art. 32 alin. 1 lit.d) precum şi cu dispoziţiile art. 33 din Noul Cod de procedură civilă, astfel: *„orice cerere poate fi formulată numai dacă autorul acesteia... justifică un interes....*

Art. 3- Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.."

Contestatoarea precizează că este producător de oxigen medicinal şi are interesul determinat, legitim, născut şi actual de a participa la licitaţia organizată de Spital, licitaţie care are ca obiect produsul fabricat de ea.

Consideră că prin refuzul de a suspenda procedura de atribuire autoritatea contractantă favorizează în mod direct actualul furnizor,

singurul care poate să livreze produsul oxigen cu valabilitatea impusă abuziv prin art. 9.1 a acordului cadru. Cu privire la acest aspect, în opinia sa este surprinzător faptul că la această licitaţie a participat un competitor care, conform documentului anexat are valabiltatea produsului de 6 luni, chiar mai mică, fără a contesta, conform procesului verbal anexat prezentei, anunţul publicat de Spital în SEAP.

Având în vedere documentele anexate contestatiei este EVIDENT ca la respectiva licitatie, POATE, in limitele legale, sa participe DOAR UN SINGUR CONCURENT.

Referitor la procesul verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă în mod eronat a consemnat că nu s-au solicitat clarificări în condiţiile în care a recepţionat contestaţia depusă.

Contestatoarea consideră că în mod greşit a solicitat Spitalul respingerea contestaţiei ca rămasă fără obiect datorită faptului că procedura de atribuire a continuat iar ea nu a depus ofertă în vederea participării la licitaţie în termenul stabilit, respectiv la data de 27.06.2017. Nu a putut depune ofertă în termenul stabilit tocmai datorită refuzului autorităţii contractante de a modifica art. 9.1. a acordului cadru. Contestaţia nu poate fi apreciată ca rămasă fără obiect, atât timp cât obiectul acesteia îl reprezintă însăşi legalitatea documentelor procedurii de atribuire, documente pe care Spitalul era obligat să le întocmească respectând principiile achiziţiei publice alături de toate celelalte prevederi ale legislaţiei în materia achiziţiilor publice.

De asemenea, consideră eronată şi solicitarea autorităţii contractante de respingere a contestaţiei ca lipsită de interes, deoarece a descris la modul general caracteristicile interesului, finalizand prin a concluziona că „odată cu nedepunerea unei oferte în vederea participării la procedura de atribuire de către contestator, rezultă că toate excepţiile invocate sa fie admise", fără însă a motiva efectiv excepţia invocată.

Pe fondul cauzei, contestatoarea arată că a solicitat Spitalului modificarea art. 9.1 din acordul cadru din „*Perioada de garanţie acordata produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei*", în „*Perioada de valabilitate acordata produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei*". În acest sens, a precizat faptul că perioada de valabilitate a produsului oxigen medicinal este dată de ANMDM de la data fabricaţiei. Fabricantul este obligat să eticheteze produsul la momentul producerii acestuia, fiind un medicament. Astfel, în discuţie este valabilitatea medicamentului şi nu garanţia produsului. Niciun furnizor nu poate trece peste limitele stabilite de către ANMDM prin eliberarea autorizaţiei de punere pe piaţă a unui medicament. Dacă în respectiva autorizaţie de punere pe piaţă este prevăzut un termen de valabilitate determinat, niciun producător sau furnizor NU ESTE AUTORIZAT ÎN MOD LEGAL să ofere un alt tip de valabilitate suplimentar care să curgă de la momentul livrării medicamentului.

Contestatoarea consideră că invocările Spitalului, care este o instituţie medicală, în sensul *„prin acordul cadru se solicită garanţia produsului oxigen medicinal lichefiat, şi nu garanţia ambalajului, acestea fiind două noţiuni distincte*", sunt absolut surprinzătoare şi nu lasă loc de comentarii.

Din aceste considerente, apreciază toate alegaţiile Spitalului ca fiind total neintemeiate şi inaplicabile, excedând normelor legale în vigoare, legalitate care stă la baza oricărei achiziţii publice.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Achiziţie oxigen medicinal lichid şi oxigen medicinal comprimat - 2 loturi", ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura simplificată prin publicarea în SEAP a anunţului de participare simplificat nr. 407293 din 16.06.2017, odată cu care a postat şi documentaţia de atribuire. Nemulţumite de conţinutul documentaţiei de atribuire şi răspunsul autorităţii contractante la notificarea prealabilă SC ... SRL a formulat prezenta contestaţie, solicitând obligarea autorităţii contractante la remedierea art. 9.1 din acordul cadru inclus în documentaţia de atribuire, în sensul „perioada de valabilitate acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei" pentru *Lotul 1 oxigen medicinal lichid*.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestaţiei, în contextul invocării de către autoritatea contractantă a excepţiei lipsei de interes a contestatoarei în formularea contestaţiei şi cea conform căreia este rămasă fără obiect deoarece nu a depus ofertă în procedură, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi art. 284 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ţinut să analizeze cu precădere excepţia.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia acesteia. În conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim.*

În acelaşi timp, la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 se precizează: *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă

efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Relevante sunt şi dispoziţiile art. 32 alin. (1) din Cod de procedură civilă, care dispun că: *„Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia (….) d) justifică un interes”* şi dispoziţiile art. 33 din Cod procedură civilă, care prevăd că: *„Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual (….).*

Din dispoziţiile legale invocate, rezultă că persoana care se adresează Consiliului cu o contestaţie, pentru a avea calitatea de persoană vătămată, trebuie să aibă un interes legitim în legătură cu procedura de achiziţie publică, faţă de un act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice, iar interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerinţe: să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

SC ... SRL este operator economic autorizat în domeniul ce face obiectul procedurii de achiziţie şi este interesat să participe la această procedură şi să câştige atribuirea contractului în favoarea sa, motiv pentru care critică documentaţia de atribuire care, în opinia sa, conţine prevederi restrictive care o împiedică să participe cu ofertă. Tocmai prin faptul că a criticat prevederile documentaţiei de atribuire, contestatoarea şi-a dovedit interesul în prezenta procedură.

Pe de altă parte, faptul că nu a depus ofertă în procedură nu poate duce la concluzia că respectiva contestaţie este rămasă fără obiect. Dimpotrivă, dacă criticile aduse de contestatoare documentaţiei de atribuire ar fi admisibile procedura ar fi anulată, prin urmare obiectul contestaţiei ar fi atins, solicitarea contestatoarei fiind de anulare a procedurii de atribuire pentru imposibilitatea dispunerii unor măsuri de remediere a documentaţiei de atribuire.

Aşadar, raportat la cele expuse mai sus, Consiliul respinge excepţiile invocate de către autoritatea contractantă.

Criticile contestatoarei formulate împotriva refuzului autorităţii contractante de a modifica clauza 9.1 *Perioada de garanţie acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data receptiei*, din modelul de acord cadru anexat documentaţiei de atribuire, sunt considerate de Consiliu întemeiate. În conformitate cu dispoziţiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, *Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire*.

Prin modelul de acord cadru anexat documentaţiei de atribuire, la art. 9.1, autoritatea contractantă a precizat: *Perioada de garanţie acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data recepţiei*.

Contestatoarea dorea modificarea acestei clauze în sensul: *Perioada de valabilitate acordată produselor este de cel puţin 12 luni de la data fabricaţiei*.

Prin fişa de date a achiziţiei, la cap. II.1.4) „Informaţii privind acordul-cadru" autoritatea contractantă a precizat:

Acord cadru cu un singur operator.

Durata acordului cadru: 36 luni.

Valoarea estimată fără TVA: între 326,460.00 si 597,400.00 RON.

Frecvenţa şi valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: Contractele subsecvente se vor încheia trimestrial/semestrial sau anual în funcţie de necesităţile autorităţii contractante şi de bugetul aprobat. Cantitatea celui mai mare contractat subsecvent se regăseşte în Caietul de Sarcini.

În acelaşi timp, la cap. II.2.1) „Cantitatea totală sau domeniul" autoritatea contractantă a precizat:

Autoritatea contractantă va încheia contracte subsecvente în funcţie de necesităţi şi fondurile disponibile. Contractele subsecvente pot fi încheiate lunar/trimestrial/semestrial, contractele subsecvente se vor încheia în funcţie de necesităţile efective ale autorităţii contractante, cantităţile prevăzute pentru cel mai mare contract subsecvent fiind estimative.

Totodată, prin caietul de sarcini, pentru lotul 1, autoritatea a precizat în sarcina ofertanţilor:

• *Instalarea stocatorului se va face pe fundaţia existentă a autorităţii contractante de către proprietarul instalaţiei, în mod gratuit şi liber de către orice sarcini, în termen de maxim 5 zile de la dezinstalarea instalatiei, urmând ca ulterior să se obţină autorizaţiile ISCIR conform normelor legale în vigoare;*

.....

• *Livrarea de oxigen medicinal lichid se va face prin stocatorul instalat gratuit în cadrul ...*

• *Propunerea tehnică va conţine date tehnice ale instalaţiei de stocare care nu va depăşi capacitatea de 5000 L.*

.....

Din cele prezentate, Consiliul constată că informaţiile furnizate de autoritatea contractantă sunt ambiguie, încheierea contractelor subsecvente făcându-se ba lunar/trimestrial/semestrial, ba trimestrial/ semestrial/anual.

Pe de altă parte, Consiliul constată că prin modelul de contract subsecvent art. 14.1, autoritatea contractantă a precizat:

14.1. Furnizorul are obligaţia de a livra produsele la destinaţia finală indicată de achizitor, respectând:

a. datele din graficul de livrare, şi

b. termenul comercial stabilit

- Livrarea produselor din contractele subsecvente se va face în tranşe lunare pe bază de comenzi*.*

Comenzile vor fi transmise de ... prin fax şi vor fi onorate în maxim 5 (zile) de la transmiterea acestora.

Achizitorul va putea emite în cazuri justificate şi comenzi de urgenţă care vor fi onorate de către furnizor în termen de maxim 48 de ore de la primirea lor.

Din verificarea site-ului www.anm.ro rezultă că sunt autorizaţi să pună pe piaţă *oxigen medicinal lichid* 3 operatori economici, respectiv SC ... SRL, SC ... SRL şi SC ...SRL.

În conformitate cu prevederile art. 49 din Legea nr. 98/2016, *Autorităţile contractante au obligaţia să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională.*

De asemenea, dispoziţiile art. 50 prevăd:

(1) Autorităţile contractante nu vor concepe sau structura achiziţiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispoziţiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenţei.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenţei în cazul în care achiziţia ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiţi operatori economici.

În condiţiile în care pe piaţă sunt autorizaţi să furnizeze acest produs doar 3 operatori economici şi având în vedere prevederile art. 14.1 din contractul subsecvent conform căruia ***livrarea produselor din contractele subsecvente se va face în tranşe lunare pe bază de comenzi****,* Consiliul constată că nu se justifică clauza contractuală impusă de autoritatea contractantă ca *garanţia (valabilitatea) produsului să fie de 12 luni de la data recepţiei*.

Autoritatea contractantă a impus o clauză contractuală care dezavantajează în mod nejustificat contestatoarea deoarece livrarea oxigenului medicinal lichid se face în **tranşe lunare** indiferent dacă contractul subsecvent se încheie pentru o lună/trei luni/şase luni sau 12 luni. Este adevărat că documentaţia de atribuire trebuie să satisfacă necesităţile autorităţii contractante, însă în cazul de faţă necesităţile autorităţii contractante sunt de livrare oxigen medicinal lichid în fiecare lună ceea ce face lipsită de sens clauza prevăzută de autoritatea contractantă ca produsul să fie garantat 12 luni de la data recepţiei.

Faţă de considerentele expuse, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... şi întrucât este în imposibilitate de a dispune măsuri de remediere a documentaţiei de atribuire (au fost depuse oferte procedura fiind în faza de evaluare tehnică), va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... şi dispune anularea procedurii de atribuire fiind în imposibilitate de a lua măsuri de remediere a documentaţiei de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, 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.

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 12 pagini.