



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 627/C9/492

Data: 15.04.2020

Prin contestația nr. 355/20.03.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11167/20.03.2020, depusă de în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Achiziție gaze medicinale și servicii conexe aferente*, cod CPV 24111500-0 – *Gaze medicale (Rev.2)*, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în mai multe loturi a obiectului contractului, respectiv oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat, entonox (amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot) protoxid de azot medicinal și dioxid de carbon; accesul la dosarul achiziției publice; în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire; suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. 546/C9/492 din 24.03.2020.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică documentația de atribuire solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, potrivit fișei de date a achiziției cap. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor: Achiziția acestor produse și servicii conexe aferente este de strictă necesitate pentru desfășurarea în bune condiții a activității medicale de către autoritatea contractantă. Necesitatea achiziționării acestora în cauză este de strictă urgență, lipsa lor putând produce prejudicii în buna desfășurare a actului medical.

Tot în cadrul fișei de date, se regăsește lipsa împărțirii pe loturi a acestei proceduri: cap. II.1.6) Împărțirea în loturi. Nu.

Autoritatea contractantă dorește achiziționarea următoarelor produse: oxigen medicinal lichefiat; oxigen medicinal gazos; protoxid de azot medicinal; dioxid de carbon medicinal; amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot.

Totodată, contestatoarea arată că oxigenul medicinal (atât cel lichefiat cât și cel comprimat), protoxidul de azot medicinal, entonox-ul și dioxidul de carbon sunt produse diferite.

Prin urmare, consideră că procedura de atribuire în modalitatea publicată încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, prin faptul că autoritatea contractantă intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic pentru aceste gaze dacă poate să justifice faptul că execuția contractului din punct de vedere tehnic ar fi prea dificilă sau costisitoare pentru ea sau nu este în măsură să coordoneze executarea contractului de achiziție publică. Refuzul autorității contractante de a atribui contractul prin divizarea acestuia în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Astfel, contestatoarea consideră că precizarea autorității contractante din caietul de sarcini potrivit căreia *în conformitate cu art. 141 alin. 1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul – NU obligația de a recurge la atribuirea contractului pe loturi. Astfel, autoritatea contractantă era îndreptățită să constituie obiectul prezentei proceduri ca un singur lot, având în vedere caracterul de urgență al unității și dreptul autorității de a alege soluția pe care o consideră cea mai avantajoasă și sigură din punct de vedere tehnic și economic. Autoritatea contractantă a ținut cont și de faptul că operatorii economici interesați au dreptul de a depune oferta aferentă în cadrul unei asocieri, potrivit dispozițiilor art. 53 din Legea nr. 98/2016 sau de a subcontracta anumite activități din cadrul*

contractului de achiziție publică aferentă, conform art. 48 din Legea nr. 98/2016, întărește faptul că aceasta consideră că este dreptul său exclusiv de a utiliza lotul unic.

În situația în care nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, simpla afirmație "având caracterul de urgență al unității și dreptul autorității de a alege soluția pe care o consideră cea mai avantajoasă și sigură din punct de vedere tehnic și economic" nu reprezintă o justificare.

În acest sens, contestatoarea susține că și alte unități de urgență au avut același "caracter de urgență" și au ales atribuirea contractelor similare pe loturi. Dacă autoritatea contractantă ia decizia de a împărți un contract în loturi, nu este necesară nicio explicație, autoritatea continuând cu stabilirea dimensiunii și obiectului fiecărui lot, însă dacă decide să nu împartă pe loturi, are obligația de a-și justifica decizia.

Astfel, contestatoarea consideră necesar a fi făcute mai multe clarificări: procedura nu este împărțită pe loturi, toate produsele (gaze medicinale) au același cod CPV – fals, potrivit catalogul cu CPV –uri precum și platformei SICAP unde mai multe autorități, au împărțit pe loturi achizițiile, au găsit coduri CPV pentru fiecare produs în parte.

Invocă și conduita autorității contractante din anul 2015.

Autoritatea contractantă dorește ca furnizarea gazelor medicinale să se facă de către un singur operator economic datorită responsabilității privind transabilitatea și farmacovigilența, acest argument este fals, în opinia contestatoarei. De fapt, se dorește favorizarea unui anumit operator economic, singurul în măsură să livreze toate produsele reunite în lot unic, în ceea ce privește transabilitatea și farmacovigilența.

Se face trimitere la cerințele ISO 9001:2008. Trasabilitatea, indiferent dacă autoritatea contractantă cumpără 1 produs sau 5 produse într-un lot sau 5 loturi, se face separat, pe fiecare produs în parte pentru că există producțiile mai multor produse, chiar dacă ele provin de la un singur producător. În cazul unui distribuitor este și mai evident faptul că poate lua oxigen de la un producător, în acest caz trasabilitatea se face la fiecare producător/distribuitor astfel cum sugerează autoritatea contractantă sau ar subcontracta, transabilitatea s-ar face tot separat, pe fiecare asociat/subcontractor.

Referitor la farmacovigilență, efectele pot veni fie de la fiecare produs, iar în cazul entonoxului (amestec gaz medicinal 50% oxigen medicinal și 50% protoxid de azot) din amestecul celor două.

Deși există posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a diviza contractul în măsura în care este adecvat și fezabil, această posibilitate nu trebuie folosită în așa fel încât să se restrângă libera concurență.

Divizarea pe lot-uri presupune diminuarea răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind dificil de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea incidentului – fals.

Mai mult, toți operatorii economici autorizați pentru gaze medicinale dețin produse ce fac obiectul acordului cadru – fals. Contestatoarea susține că nu poate furniza entorox (amestec gaz medicinal 50% oxigen medicinal și 50% protoxid de azot) pentru acest produs existând un singur producător autorizat să pună pe piața din România acest produs și este identică situația și cu dioxidul de carbon.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatoarea arată că unicul furnizor de gaze medicinale al autorității contractante este același furnizor care deține autorizația de punere pe piață a entonoxului (amestec gaz medicinal 50% oxigen medicinal și 50% protoxid de azot) și a dioxidului de carbon medicinal. În acest sens, atașând în cuprinsul contestației print screen de pe website-ul ANMMDR, singura autoritate competentă să autorizeze medicamente. La căutarea de medicamente entonox 50% sau protoxid de oxigen apare doar AGA AB Suedia.

Astfel, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat din nou, dispozițiile în materia achizițiilor publice, restricționând accesul și influențând în mod direct concurența.

Având în vedere că documentația de atribuire se referă la furnizarea mai multor produse diferite, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la împărțirea pe loturi a acestei achiziții, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedură și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

În fapt, autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze următoarele produse: oxigen medicinal lichefiat – CPV 24111900-4 Oxigen (Rev.2); oxigen medicinal comprimat - CPV 24111900-4; Oxigen (Rev.2); dioxid de carbon medicinal – CPV 24112100-3; Dioxid de carbon (Rev.2); entorox – CPV 24112200-4 Oxizi de azot (Rev.2); protoxid de azot – CPV 24112200-4 Oxizi de azot (Rev.2).

În continuare, contestatoarea invocând prevederile art. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016, consideră că, prin păstrarea lotului unic pentru toate produsele ce fac obiectul acestui acord-cadru, se restricționează accesul operatorilor economici de a participa cu oferte la această procedură și nu se asigură cadrul legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

Făcând trimitere la solicitările din fișa de date a achiziției cap. III 1.1.b Capacitatea de exercitare a activității profesionale, contestatoarea consideră ca fiind evidentă o restricționare a participării operatorilor economici producători de oxigen medicinal și a producătorilor de protoxid, în condițiile în care există furnizor unic pentru entorox și dioxid de carbon medicinal și care este singurul în măsură să prezinte aceste produse.

Totodată, contestatoarea invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016, precum și considerentul introductiv din Directiva europeană

2014/24/CE, în cadrul căreia sunt subliniate două aspecte importante de care autoritățile contractante trebuie să țină cont atunci când elaborează cerințele pentru procedurile de achiziție, și anume, accesul egal la procedura de atribuire. Ori, în situația de față, oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal comprimat, dioxidul de carbon, entonoxul și protoxidul de azot sunt produse cu destinații diferite și sunt produse/furnizate de operatori autorizați în acest sens, unii dintre ei fiind unici furnizori în România. Fiecare autorizație obținându-se pentru fiecare produs în parte, și în niciun caz pentru toate cele 5 produse.

Acest aspect fiind confirmat de solicitările fișei de date a achiziției și caietul de sarcini.

Sunt invocate principii consacrate de Codul European de Bune Practici, art. "1.1 Divizare în loturi", ce reglementează expres că "Directivile referitoare la achiziții publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi".

Contestatoarea consideră că se impune împărțirea achiziției, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere sau subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează, fiindu-i imposibil să se asocieze sau să subcontracteze aceste gaze, în condițiile în care pe piață există o singură firmă care deține autorizație de punere pe piață pentru entonox și dioxid de carbon medicinal.

De asemenea, se invocă decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007 și prevederile art. 14 alin. (1) și art. 15 din Codul civil.

Presupunând că autoritatea contractantă nu ar avea nicio obligație de a diviza în mai multe loturi, astfel cum menționează în caietul de sarcini ci doar un drept, având în vedere cele de mai sus, reiese că acest drept nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu bună credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, fără scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, neexcesiv și rezonabil.

Mai mult, contestatoarea amintește de anumite autorități contractante care au avut același comportament de a nu împărți pe loturi achiziția, la aceste proceduri a participat unicul furnizor care evident că a semnat acordurile-cadru la valorile estimate, neexistând concurență, spre deosebire de situațiile în care la procedurile împărțite pe loturi, prețul oxigenului medicinal lichefiat spre exemplu se reduce cu până la 40% față de valoarea estimată. În plus, 95% din procedurile de achiziție gaze medicinale se fac utilizând împărțirea pe loturi, în cele 5% regăsindu-se și autoritatea contractantă în cauză.

Față de cele de mai sus, contestatoarea consideră că cerințele documentației de atribuire, astfel cum a fost publicată inițial, sunt de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, contrar dispozițiilor Legii nr. 98/2016. Neîmpărțirea pe loturi a procedurii de atribuire duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedură. Se invocă practica Consiliului.

În concluzie, contestatoarea arată că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

Prin adresa nr. 13830/06.04.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 13348/06.04.2020, ... a transmis punctul de vedere la contestația depusă de, solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată.

Autoritatea contractantă precizează că, în fapt, contestatoarea critică cerințele solicitate prin fișa de date și caietul de sarcini, motivat de faptul că aceste cerințe sunt restrictive, nelegale și încalcă principiile legislației în vigoare și afectează procesul de atribuire a contractului.

Referitor la solicitarea contestatoarei de remediere a documentației de atribuire prin împărțirea pe loturi, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, menționând că privind împărțirea în mai multe loturi a avut în vedere faptul că gazele incluse într-un singur lot sunt gaze medicale, încadrate în categoria medicamentelor care se administrează la om, în conformitate cu prevederile art. 48 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă susține că toate gazele solicitate în prezenta procedură sunt gaze medicale, care se administrează pacienților, motiv pentru care toți ofertanții sunt obligați să dețină autorizația de punere pe piață pentru fiecare medicament solicitat din caietul acestui lot, autorizație de fabricație și certificat de bună practică în cazul în care ofertanții sunt producători. Prin decizia de a nu împărți procedura de achiziție în mai multe loturi, nu se încearcă restrângerea concurenței, cu precădere a posibilității IMM-urilor de a lua parte la procedură, întrucât aceștia pot participa în calitate de asociați și/sau subcontractanți.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că, prin această împărțire pe loturi, nu restricționează în niciun fel accesul operatorilor economici la a participa cu oferte la această procedură, având în vedere că producătorii de gaze produc atât gaze medicale cât și gaze industriale.

Sunt invocate dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că orice ofertant are posibilitatea să participe la procedura de atribuire în asociere sau să subcontracteze, fiind îndreptățită să constituie obiectul prezentei proceduri fără să recurgă la împărțirea pe loturi, având în vedere caracterul de urgență al unității și dreptul autorității de a alege

soluția pe care o consideră cea mai avantajoasă și sigură din punct de vedere tehnic, medical și economic.

Oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal comprimat și protoxid de azot, precum și amestecul gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot sunt gaze medicinale livrate în recipiente speciali, cu mijloace speciale, care necesită servicii diverse auxiliare, protoxidul de azot nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal.

Se dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat, precum și a protoxidului de azot să se facă de un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența.

Divizarea pe loturi ar presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care din furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că în organizarea procedurii în cauză, a ținut cont și de prevederile Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, care pune accent în primul rând pe siguranța pacientului.

Mai mult, arată că pe situ-ul apar informații care atestă că aceasta poate furniza integral toate produsele solicitate și mai mult, căutând produsele solicitate pe platforma SICAP, orice furnizor de gaze medicinale poate furniza produsele solicitate de autoritatea contractantă fiecare cu denumirea comercială, respectiv oxigen medicinal lichefiat și comprimat, dioxid de carbon și protoxid de azot.

Pentru o unitate sanitară prioritatea trebuie să fie siguranța pacienților și asigurarea de produse adecvate pentru tratamentul acestora, autorizație conform legislației în vigoare și nu satisfacerea intereselor economice ale unui anumit agent economic.

Autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoarea are în portofoliu toate produsele care fac parte din această licitație, obținerea autorizațiilor necesare de la Agenția Națională a Medicamentului pentru a putea să le utilizeze în scop medicinal intrând în sarcina fiecărui furnizor. Punerea pe piață de gaze medicinale autorizate ca medicament presupune responsabilități obligatorii, inclusiv plata taxei clawback pentru produsele respective și de aceea orice companie care dorește să ofere gaze medicinale care să fie utilizate în tratamentul pacienților internați trebuie să respecte legislația în vigoare.

De asemenea, orice companie care deține autorizație de distribuție medicamente poate distribui produse cu autorizația de punere pe piață deținută de alte companii, dacă încheie contracte de distribuție cu acestea. În informațiile prezentate, se menționează posibilitatea comercializării atât a dioxidului de carbon medicinal, cât și a protoxidului de azot și a amestecurilor cu protoxid de azot.

Referitor la solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii, autoritatea contractantă precizează că prin aceasta ar pune în pericol activitatea spitalului și siguranța pacienților prin neasigurarea gazelor în totalitatea lor.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 13348/ 06.04.2020.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 14518/14.04.2020, ...a depus concluzii scrise și a anexat documente în susținerea afirmațiilor din contestație. A atașat, de asemenea, decizia Consiliului nr. 491/C8/395 din 26.03.2020. Prin concluziile scrise, s-a răspuns punctului de vedere al autorității contractante și s-au adus argumente în susținerea afirmației că gruparea produselor într-un lot unic conduce la restrângerea concurenței.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Achiziție gaze medicinale și servicii conexe aferente*, cod CPV 24111500-0 – *Gaze medicale (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1019729/13.03.2020. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru ce urmează a se încheia este 1.984.824,24, fără TVA, data limită pentru primirea ofertelor fiind 16.04.2020, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de modul de elaborare a documentației de atribuire, respectiv de alegerea nedeviziării pe loturi a achiziției, ...a depus contestația în analiză.

Contestatoare a constituit cautiunea aferentă, fiind depuse la dosar recipisa de consemnare nr. 206180323/1 din data de 19.03.2020, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Piața Alba Iulia, pentru suma de 4962,06 lei, și recipisa de consemnare nr. 206187286/1 din data de 24.03.2020, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Piața Alba Iulia, pentru suma de 4962,06 lei.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, în caietul de sarcini, la capitolul cuprinzând necesarul de produse care urmează a se achiziționa, sunt descrise 5 produse: oxigen medical lichefiat, oxigen medical gazos, protoxid de azot medicinal, dioxid de carbon medicinal, amestec gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot.

În fișa de date a achiziției, la cap. II.1.6) s-a menționat că achiziția nu este împărțită pe loturi ceea ce înseamnă că operatorii economici care doresc să participe la procedură sunt obligați să oferteze toate cele 5 tipuri de produse, în caz contrar, ofertele fiind respinse.

Prin modul în care a ales desfășurarea procedurii, respectiv achiziția tuturor tipurilor de produse de la un singur ofertant,

autoritatea contractantă a încălcat atât scopul legii achizițiilor publice, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea).

Așadar, exercitarea drepturilor achizitoare, inclusiv cel privind împărțirea pe loturi, trebuie să se circumscrie principiilor amintite, aceasta trebuind să umărească asigurarea unei concurențe reale și accesul cât mai multor operatori economici la procedură.

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

În punctul său de vedere, spitalul și-a justificat decizia de achiziționare a produselor de la un singur operator economic prin faptul că Oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal comprimat și protoxid de azot, precum și amestecul gaz medicinal 50% oxigen și 50% protoxid de azot sunt gaze medicinale livrate în recipiente speciali, cu mijloace speciale, care necesită servicii diverse auxiliare, protoxidul de azot nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal. Se dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat, precum și a protoxidului de azot să se facă de un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența. Divizarea pe loturi ar presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care din furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv, însă din parcurgerea caietului de sarcini, nu rezultă că există o interdependență între cele 5 tipuri de produse, astfel încât să fie necesară încheierea acordului-cadru cu un singur operator economic. Responsabilitatea sa privind trasabilitatea și farmacovigilența, astfel cum a arătat și contestatoarea, nu este acoperită prin achiziționarea produselor de la un singur operator economic, această responsabilitate existând indiferent de modul de achiziție a produselor, de la un singur sau de la mai mulți.

După cum s-a reținut anterior, se poate acoperi necesitatea autorității de livrare a gazelor chiar dacă ele provin de la ofertanți diferiți, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea achiziției în cinci sau mai multe loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru cinci loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă.

De altfel, în cuprinsul contestației, SC a adus în discuție faptul că autoritatea contractantă ar urmări să atribuie contractul furnizorului actual, fiind singurul autorizat pentru toate cele 5 tipuri de produse.

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

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. **În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari.** O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine 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. [...] Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în **eforturile lor de a facilita**

participarea IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de

aplicare al obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

În legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, dacă situația concretă impune divizarea:

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.**

Așadar, încă de la momentul inițierii achiziției, autoritatea este datoare să explice de ce refuză divizarea pe loturi a achiziției, explicație care nu înseamnă doar invocarea dreptului de a nu diviza sau generalitățile expuse în punctul de vedere asupra contestației.

Argumentele din cuprinsul punctului de vedere nu au fost de natură a proba că, în afară de ... (cu afiliatele sale din România sau din alte state), există operatori autorizați pentru a pune pe piața din România a entonox-ului și a dioxidului de carbon medicinal.

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției în loturi, Consiliul trebuie să determine că se impune împărțirea achiziției, astfel încât și firma contestatoare să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează. Prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice. Oxigenul poate fi livrat la fel de bine și în situația în care protoxidul de azot, dioxidul de carbon sau amestecul sunt livrate de alt furnizor sau viceversa, neexistând niciun impediment, de tipul celor invocate de achizitoare.

În circumstanțele reținute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic lotizarea achiziției, iar o astfel de lotizare – cum s-a evidențiat – îi este absolut necesară contestatoarei și altor profesioniști care livrează doar un singur tip de gaze medicale pentru a putea accede la licitația pendinte, Consiliul consideră că spitalul nu are niciun motiv să refuze realizarea ei. Nu doar destinația este aceea care decide lotizarea unei achiziții, primordială fiind obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția. Altfel spus, nimic nu oprește autoritatea să divizeze achiziția chiar dacă obiectul este identic.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>):

Din analiza prevederilor legale incidente, rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, **o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice**, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/ acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, **adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.**

..... a oferit două exemple pertinente, respectiv achizițiile organizate de către patru loturi), în care divizarea a permis participarea la licitație a mai multor companii, mai cu seamă că piața de nișă din România este extrem de restrânsă. De asemenea, judicios contestatoarea a scos în evidență că, în cazurile în care autoritățile publice au preferat să organizeze achizițiile grupat, respectiv fără a recurge la lotizare (..... acestea a participat unicul furnizor, care a semnat acordurile-cadru la valorile estimate, neexistând concurență. Actuala configurație a licitației, ... urmărește să achiziționeze cinci tipuri de gaz medical de la un singur furnizor (unicul furnizor din România autorizat și capabil să ofere întreaga gamă, până la dovada contrară, pe care spitalul nu a fost în măsură să o aducă), coroborată cu mijloacele de probă prezentate de contestatoare, din care reiese că unicul operator autorizat de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru punerea pe piață care acoperă toată gama de gaze cerute este, determină Consiliul să concluzioneze că, și la licitația pendinte, spitalul va semna acordul-cadru tot cu contrar prescripțiilor legale care îi impun asigurarea măcar a unei minime concurențe (loiale, desigur).

Art. 42 alin. (2) din Directiva 2014/24 impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctul 35).

După cum a fost punctat și în amintita decizie nr. 2127/C9/2203/11.12.2015, într-o speță similară, fiind dedusă instanței de judecată decizia Consiliului de obligare a autorității la împărțire pe loturi, Curtea de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raționând că, prin admiterea contestației de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenți economici, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeași linie, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat în decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 că, dacă gruparea produselor într-un singur lot determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați în participarea

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

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

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

Această critică este nefondată, întrucât exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngreunări pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, într-o asemenea situație devenind abuzivă și contrară principiilor și scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanță.

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

Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați.

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

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: *În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.*

Asocierea constituie un drept al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu dorește.

Cu alte cuvinte, unitatea spitalicească nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele cinci tipuri de gaze, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în

sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe loturi. Dar, divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi. Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat Consiliul și prin decizia nr. 491/C8/395 din 26.03.2020, prin care s-a soluționat contestația formulată de aceeași contestatoare, ... împotriva procedurii de licitație deschisă organizată de pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de gaze medicale, cod CPV 24111500-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 13.04.2020.

De asemenea, au fost pronunțate în același sens deciziile nr. 2127/C9/2203/11.12.2015 și 1657/C5/1379 din 19.06.2018.

În considerarea celor prezentate, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația depusă de și va anula licitația deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de gaze medicinale, organizată

Va respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în mai multe loturi a obiectului contractului.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. 546/C9/492 din 24.03.2020.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația depusă de, în contradictoriu cu ... pentru și anulează procedura de licitație deschisă organizată pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de gaze medicinale.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în mai multe loturi a obiectului contractului.

Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

,..... Redactată în 4 exemplare, conține 14 pagini.