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. 274/07.07.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 27559/07.07.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convenţional de ..., cu sediul în ..., formulată împotriva documentaţiei de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., referitoare la procedura de licitaţie deschisă online, privind atribuirea acordului – cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal lichefiat”, s-a solicitat:
- suspendarea procedurii de atribuire,
- obligarea autorităţii contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/eliminării/modificării unor elemente din documentaţia de atribuire,
- prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare şi elaborarea ofertelor, în temeiul dispoziţiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016,
- în subsidiar, obligarea autorităţii contractante la anularea procedurii de atribuire,
- obligarea autorităţii contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestaţia nr. 274/07.07.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 27559/07.07.2017, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat să participe la procedura de

atribuire în cauză, critică o serie de aspecte de nelegalitate din documentaţia de atribuire.

A. În susţinerea acţiunii sale, contestatoarea menţionează că prin procedura ce face obiectul prezentei contestaţii, autoritatea contractantă a reluat o procedură anterioară ce a fost anulată, urmare a unei decizii a Curţii de Apel Oradea, ce a statuat că documentaţia de atribuire conţinea o serie de aspecte de nelegalitate, însă aspectele de nelegalitate se menţin neremediate şi în actuala documentaţie de atribuire.

Astfel, iniţial, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunţul de participare nr. .../02.11.2016 la procedura de atribuire prin licitaţie deschisă a acordului- cadru.

În conformitate cu prevederile acelei fişe de date a achiziţiei, valoarea estimată a contractului (fără TVA) era între 3.012.000 lei şi 6.120.000 lei.

Totodată, autoritatea contractantă a publicat în SEAP caietul de sarcini aferent acelei proceduri de atribuire.

Documentaţia de atribuire iniţială conţinea o serie de cerinţe care încălcau prevederile legislaţiei achiziţiilor publice. Ca atare, contestatoarea a formulat notificare prealabilă şi, ulterior, contestaţie împotriva documentaţiei respective.

Prin Decizia nr. ..., Consiliul a respins contestaţia ca nefondată în ceea ce priveşte obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire cu referire la tipurile surselor de furnizare a gazelor medicinale şi în privinţa cererii de anulare a procedurii, respectiv ca inadmisibilă în ceea ce priveşte cererile privind realizarea platformei şi autorizarea ei, experienţa similară şi avizul de funcţionare emis de Ministerul Sănătăţii.

Contestatoarea a formulat plângere împotriva deciziei sus-amintite, iar prin Decizia nr. ...., Curtea de Apel Oradea a admis plângerea şi a obligat autoritatea contractantă să remedieze documentaţia de atribuire în sensul "de a furniza tuturor ofertanţilor caracteristici minime cu privire la buteliile mobile ce trebuie asigurate şi instalaţiile de distribuţie existente, pentru asigurarea soluţiei provizorii de alimentare cu oxigen medicinal lichefiat şi de a pune la dispoziţia ofertanţilor copiile după proiectele de execuţie a fundaţiilor betonate existente în fiecare locaţie în parte şi să prelungească termenul de depunere a ofertelor cu un termen rezonabil.

Ulterior, deşi Curtea de Apel Oradea obligase autoritatea contractantă la adoptarea unor măsuri de remediere a documentaţiei de atribuire, având în vedere că la data Deciziei CA, procedura se afla deja în faza de evaluare, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii respective, în temeiul dispoziţiilor art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, potrivit raportului procedurii nr. 4515/24.02.2017.

La data de 14.06.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ..../14.06.2017 la procedura de atribuire prin licitaţie deschisă a acordului-cadru, organizând, astfel, o nouă procedură de atribuire a acordului-cadru, procedură ce face obiectul prezentei contestaţii.

În conformitate cu prevederile fişei de date a achiziţiei, valoarea estimată a contractului (fără TVA) este aceeaşi ca şi în fişa de date a

achiziţiei iniţială, respectiv între 3.012.000 ron şi 6.120.000 ron. Totodată, autoritatea contractantă a publicat în SEAP caietul de sarcini aferent acestei noi proceduri de atribuire.

În ciuda obligaţiilor clare statuate prin Decizia CA în sarcina autorităţii contractante, cu privire la remedierea documentaţiei de atribuire aferentă procedurii iniţiale de atribuire, în cadrul procedurii în discuţie se constată că autoritatea contractantă a ignorat, practic, toate obligaţiile stabilite prin Decizia CA şi a publicat o documentaţie de atribuire aproape identică cu cea iniţială. Astfel, atât fişa de date actuală, cât şi caietul de sarcini actual conţin o serie de cerinţe care încalcă prevederile legislaţiei achiziţiilor publice, cerinţe ce se impune a fi modificate.

La data de 22.06.2017, contestatoarea susţine că a formulat, în conformitate cu dispoziţiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, notificare prealabilă prin care a solicitat în principal, adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentaţia de atribuire a acordului-cadru şi în subsidiar anularea procedurii de atribuire.

Deşi autoritatea contractantă a publicat în SEAP notificarea prealabilă în data de 29.06.2017, aceasta nu a înţeles să formuleze vreun răspuns la aceasta în termenul stabilit la art. 6 alin. 4 din Legea nr. 101/2016, respectiv până la 29.06.2017, dar nici ulterior.

B. Pe fond, contestatoarea apreciază că se impune clarificarea, modificarea sau după caz eliminarea anumitor cerinţe din caietul de sarcini, acestea nefiind în acord cu legislaţia achiziţiilor publice în vigoare.

B.1. Astfel, se impune modificarea primei părţi şi, respectiv, eliminarea ultimei teze a cerinţei prevăzute la pag 2 lit. e) din caietul de sarcini actual.

La pag. 2, lit. e) din caietul de sarcini se prevede că: *„Ofertantul este obligat să pună în funcţiune la sediul achizitorului instalaţiile de stocare/ evaporare oxigen medicinal lichefiat, în termen de max. 30 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru şi să furnizeze oxigen medicinal lichefiat achizitorului. În această perioadă de 30 zile calendaristice, ofertantul câştigător va asigura necesarul de oxigen, în butelii mobile compatibile cu instalaţiile de distribuţie, fără costuri suplimentare, pentru asigurarea continuităţii alimentării spitalului cu oxigen fără a fi afectată activitatea medicală. Dovada se va face prin descrierea în cadrul propunerii tehnice a cel puţin două surse distincte (o sursă secundară şi a uneia de rezervă) cu respectarea prevederilor legislative aplicabile la nivel naţional. Autoritatea contractantă nu impune o metodă anume, fiecare ofertant are dreptul să opteze pentru orice variantă, neimplicând din partea autorităţii contractante a nici unei resurse materiale, umane, logistică, etc (recomandăm ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte pentru a se întocmi oferta tehnică în conformitate cu cerinţele caietului de sarcini şi cu situaţia aflată în teren)".*

În acest sens, contestatoarea arată că potrivit 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".

Totodată, la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 se prevede că *„caietul de sarcini conţine în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţiicaracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante".*

Or, din cerinţa caietului de sarcini actual sus citată, se poate observa că:

(i) se solicită *"butelii mobile compatibile cu instalaţiile de distribuţie"* însă în caietul de sarcini actual nu sunt furnizate niciun fel de caracteristici tehnice minime cu privire la instalaţiile de distribuţie ale spitalului la care trebuie conectate aceste butelii mobile. Autoritatea contractantă doar recomandă ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte şi să întocmească oferta tehnică în conformitate cu *"situaţia aflată în teren".*

Or, simpla vizitare a amplasamentului şi analizare a situaţiei din teren nu va asigura o informare completă, corectă şi egală a tuturor ofertanţilor cu privire la toate caracteristicile tehnice exacte ale instalaţiilor pre-existente la nivelul fiecărei locaţii, la care se vor conecta buteliile mobile.

Potrivit "Normativului privind proiectarea şi verificarea construcţiilor spitaliceşti şi a instalaţiilor" Indicativ NP-015-97 (aprobat prin Ordinul Ministerul Lucrărilor Publice şi Amenajării Teritoriului nr. 4/N/22.01.1997), soluţia de aprovizionare cu oxigen a fiecărui spital trebuie să fie stabilită printr-un proiect de instalaţii fluide medicinale (punctul III.9.2). În cadrul acestui proiect sunt descrise caracteristicile echipamentelor, instalaţiilor, reţelelor aferente sistemului caracteristic de alimentare cu oxigen al fiecărui spital.

Pentru a putea asigura interoperabilitatea dintre buteliile furnizate şi instalaţiile preexistente la nivelul spitalelor este necesar ca proiectul de instalaţii fluide medicinale aferent fiecărei locaţii/spital să fie pus la dispoziţia ofertanţilor astfel încât aceştia să poată oferta produse care să corespundă nevoilor autorităţii contractante.

În lipsa unor caracteristici tehnice clare şi complete ale instalaţiilor de distribuţie ale spitalului la care trebuie conectate aceste butelii mobile (eg. dimensiuni, debit etc), ofertanţii nu îşi vor putea întocmi corect oferta tehnică. Erorile de dimensionare şi alegerea greşită a echipamentelor pot pune astfel în pericol alimentarea continuă cu oxigen medicinal a spitalelor în perioada de tranziţie.

De altfel, la pag. 3 lit. f) din caietul de sarcini actual se solicită inclusiv *„[...] punerea în funcţiune a instalaţiilor de aprovizionare şi conectarea la reţeaua actuală de ţevi a achizitorului vor fi efectuate de către ofertant, care va suporta şi costurile aferente".* Or, o astfel de conectare necesită efectuarea unui proiect tehnic de către ofertantul câştigător, care trebuie să fie bazat în mod esenţial pe proiectul tehnic preexistent la nivelul fiecărei locaţii pentru instalaţiile fluide medicinale din locaţia respectivă.

Prin urmare, se impune punerea la dispoziţia ofertanţilor a caracteristicilor tehnice minime ale instalaţiilor de distribuţie ale spitalului

la care trebuie conectate aceste butelii mobile, prin punerea la dispoziţia a proiectului tehnic preexistent la nivelul fiecărei locaţii pentru instalaţiile fluide medicinale din locaţia respectivă.

(ii) se solicită butelii mobile însă nu se specifică în mod clar ce tip de butelii sunt avute în vedere.

Prin caietul de sarcini actual se precizează doar că: *"Dovada se va face prin descrierea în cadrul propunerii tehnice a cel puţin două surse distincte (o sursă secundară şi a uneia de rezervă) cu respectarea prevederilor legislative aplicabile ia nivel naţional".* Nu se pun la dispoziţia ofertanţilor niciun fel de caracteristici cu privire la aceste două tipuri de surse solicitate.

Contestatoarea arată că buteliile mobile pot fi:

- butelii de oxigen medicinal comprimat sau
- rezervoare mobile criogenice, de stocare a oxigenului medicinal lichefiat.

De altfel, chiar în Normativul NP-015-97 sus menţionat se precizează, de exemplu, la punctul III.9.2.1.12, faptul că soluţia de alimentare cu oxigen lichid poate conţine instalaţii precum:

- rezervoare de stocare oxigen lichid;
- recipienţi de oxigen gazos presurizat.

Pe de altă parte, obiectul procedurii în discuţie îl reprezintă *"oxigenul medicinal lichefiat"*, iar nu oxigenul comprimat.

Este astfel neclar dacă prin cerinţa de *"butelii mobile"* autoritatea contractată are în vedere *"butelii de oxigen medicinal comprimat"* şi/sau *"rezervoare mobile criogenice"*. Mai mult, niciunde în reglementările legale şi standardele în vigoare nu există o definiţie a termenului de *„butelie mobilă"* astfel încât toţi ofertanţii să poată înţelege acelaşi lucru.

În lipsa clarificărilor cu privire la tipurile de butelii solicitate, fiecare ofertant poate interpreta diferit această cerinţă şi poate veni cu soluţii tehnice diferite, de valori foarte diferite, care nu pot fi comparate şi evaluate uniform. Prin urmare, în acest caz, vor deveni incidente prevederile art. 212 alin. b) din Legea 98/2016 care obligă autoritatea contractantă să anuleze procedura în cazul în care ofertele nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ori financiare.

Se impune, astfel, clarificarea, în cadrul caietului de sarcini, a tipurilor de butelii / instalaţii solicitate ofertanţilor pentru soluţia provizorie cerută pentru asigurarea continuităţii alimentării spitalului cu oxigen până la punerea în funcţiune a instalaţiilor de stocare/ evaporare oxigen medicinal lichefiat. Aceste butelii / instalaţii trebuie să corespundă celor prevăzute prin proiectul de instalaţii fluide medicinale aferent fiecărei locaţii/ spital.

(iii) se precizează că autoritatea contractantă *"nu impune o metodă anume, fiecare ofertant are dreptul să opteze pentru orice variantă".*

Nu se specifică, însă, în mod clar nici la ce *"metodă"* şi nici la ce *"variante"* se referă autoritatea contractantă.

Această precizare din caietul de sarcini actual nu doar că nu aduce o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, dar pare chiar să lase opţiunea ofertanţilor de a formula oferte alternative. Or,

pe lângă faptul că ofertele alternative nu vor putea fi comparate datorită modului neuniform de prezentare a propunerilor tehnice şi financiare, acestea nu sunt permise în cadrul procedurii conform punctului II.1.9 din fişa de date actuale.

Mai mult, în condiţiile în care la nivelul fiecărui spital trebui să existe un proiect de instalaţii fluide medicinale este evident că soluţiile aduse de ofertanţi trebuie să se circumscrie cerinţelor concrete ale proiectului respectiv, neputând fi *"orice variantă".*

De altfel, cerinţa sus citată din actualul caiet de sarcini este preluată în integralitate din caietul de sarcini iniţial, teza adăugată prin caietul de sarcini actual nefiind de natură a oferi o informare completă, corectă şi precisă a cerinţei, textul iniţial fiind: *„Ofertantul este obligat să pună în funcţiune la sediul achizitorului instalaţiile de stocare/ evaporare oxigen medicinal lichefiat, în termen de max. 30 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru şi să furnizeze oxigen medicinal lichefiat achizitorului. În această perioadă de 30 zile calendaristice, ofertantul câştigător va asigura necesarul de oxigen, în butelii mobile compatibile cu instalaţiile de distribuţie, fără costuri suplimentare, pentru asigurarea continuităţii alimentării spitalului cu oxigen fără a fi afectată activitatea medicală".*

Faptul că această cerinţă încalcă legislaţia aplicabilă în materia achiziţiilor publice sus-citată şi că nu poate fi implementată în practică, rezultă din concluziile Deciziei CA. Astfel, prin Decizia CA s-a statuat în mod definitiv faptul că:

„Ori refuzul autorităţii contractante de a furniza date privind situaţia existentă în cele trei locaţii în ce priveşte instalaţiile de distribuire ale spitalului, la care trebuiesc conectate noile instalaţii de stocare/ evaporare a oxigenului medical lichefiat împiedică ofertanţii în a-şi descrie serviciul/ lucrarea în mod obiectiv şi care să corespundă nevoilor autorităţii contractante. Este inadmisibil ca în caietul de sarcini să se solicite asigurarea necesarului de oxigen în butelii mobile care să fie compatibile cu instalaţiile de distribuire, fără a furniza datele minime ofertanţilor pentru a face o ofertă ce să respecte cerinţele de compatibilitate.

În lipsa acestor date există riscul formulării de oferte ce nu corespund nevoilor spitalului, respectiv furnizarea de instalaţii ce nu sunt compatibile cu instalaţia de distribuţie a spitalului.

Este evident că, în lipsa acestor date, şi valoarea estimată a acordului cadru are caracter aleatoriu. Ofertanţii sunt puşi în situaţia de a nu putea întocmi o ofertă completă şi corectă".

În plus, ultima teză adăugată la lit. e) din caietul de sarcini actual, respectiv faptul că:

„Autoritatea contractantă nu impune o metodă anume, fiecare ofertant are dreptul să opteze pentru orice variantă, neimplicând din partea autorităţii contractante a nici unei resurse materiale, umane, logistică, etc (recomandăm ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte pentru a se întocmi oferta tehnică în conformitate cu cerinţele caietului de sarcini şi cu situaţia aflată în teren)", nu clarifică cerinţa, ci, dimpotrivă, deschide posibilitatea formulării fie de oferte alternative fie de

oferte ce nu vor putea fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ori financiare.

Or, fişa de date actuală nu prevede posibilitatea depunerii de oferte alternative. Aşadar, în măsura în care autoritatea contractantă nu dispune remedierea cerinţei, există riscul ca Spitalul să se vadă nevoit să anuleze procedura:

- în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, aplicabil în situaţia în care încălcări ale prevederilor legale afectează procedura sau, după caz,
- în temeiul art. 212 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, aplicabil în cazul în care ofertele admisibile nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ori financiare.

În acest sens, Curtea de Apel Bucureşti a confirmat, în mod corect, într-o soluţie a sa o decizie a Consiliului, reţinând că „în mod legal şi temeinic Consiliul a reţinut că în cauză sunt aplicabile prevederile art. 2 alin. (2) din ordonanţă, întrucât posibilităţile alternative de îndeplinire a contractului în lipsa autorizaţiei de securitate industrială, invocate de către petent, sunt nelegale şi derogatorii de la regulile documentaţiei de atribuire, o eventuală adoptare a oricăreia dintre posibilităţile propuse de petent fiind de natură a conduce la încălcarea principiilor ce guvernează materia achiziţiilor publice, în special a principiilor transparenţei şi egalităţii de tratament a ofertanţilor şi operatorilor interesaţi de procedura de atribuire, dar care nu au putut participa la procedură din cauza nedeţinerii unei autorizaţii de natura celei solicitate de autoritatea contractantă" (Decizia civilă nr. ...).

De altfel, potrivit dispoziţiilor art. 137 alin. (2) lit. c) din HG nr. 395/2016, oferta este considerată inacceptabilă în situaţia în care *„constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunţul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternativ, iar respectiva ofertă alternativă nu respectă cerinţele minime prevăzute în caietul de sarcini".*

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la remedierea caietului de sarcini actual în sensul:

(i) completării caietului de sarcini actual cu proiectul de instalaţii fluide medicinale aferent fiecărei locaţii/ spital, proiect în care să fie clar precizate specificaţiile tehnice complete ale instalaţiilor de distribuţie pre-existente la nivelul fiecărei locaţii la care trebuie conectate buteliile mobile;

(ii) stabilirii specificaţiilor tehnice minime ale buteliilor mobile, respectiv ale sursei secundare şi sursei de rezervă ce trebuie asigurate de ofertanţi;

(iii) eliminării tezei finale adăugate la lit. e), care nu introduce o informare completă, corectă şi precisă a cerinţei, ci, dimpotrivă, deschide posibilitatea formulării şi depunerii de oferte alternative de către operatorii economici participanţi, respectiv eliminarea următorului paragraf: *"Autoritatea contractantă nu impune o metodă anume, fiecare ofertant are dreptul să opteze pentru orice variantă, neimplicând din partea autorităţii*

contractante a nici unei resurse materiale, umane, logistică, etc (recomandăm ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte pentru a se întocmi oferta tehnică în conformitate cu cerinţele caietului de sarcini şi cu situaţia aflată în teren)".

B.2. Se impune modificarea cerinţei prevăzute la pag. 2 lit, d) din caietul de sarcini actual.

În acest sens, contestatoarea arată că la pag. 2, lit. d), din caietul de sarcini actual se prevede că *„propunerea tehnică se va face respectând condiţiile de la faţa locului".*

Totodată, la pag. 1, paragr. 2, din caietul de sarcini actual se prevede că *„ofertantul va elabora propunerea tehnică astfel încât aceasta să respecte în totalitate cerinţele prevăzute la Secţiunea - caietul de sarcini".*

În acest sens contestatoarea invocă prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 şi art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Or, cerinţa de la pag. 2 lit. d) din caietul de sarcini actual care face referire la *"condiţiile de la faţa locului"* încalcă dispoziţiile sus-amintite, aceasta neconţinând o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele autorităţii contractante în legătură cu procedura de atribuire şi nici cerinţe care să permită descrierea în mod obiectiv a produselor solicitate.

De altfel, această cerinţă este nemodificată, aceasta fiind identică cu cerinţa prevăzută la pag. 2 lit. d) din caietul de sarcini iniţial. Aceasta în ciuda faptului că, şi cu privire la această cerinţă, Curtea de Apel Oradea a decis că este incompletă şi ambiguă, astfel încât se impune remedierea sa:

„însă faptul că ele se realizează cu titlu gratuit nu conduce la concluzia că sunt irelevante specificaţiilor tehnice arătate mai sus, întrucât potrivit caietului de sarcini (pag. 2 lit. d) propunerea tehnică trebuie să respecte condiţiile de la faţa locului. Ori tocmai aceste condiţii nu sunt făcute cunoscute ofertanţilor de către autoritatea contractantă, astfel că obligaţia devine iluzorie, irealizabilă".

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la remedierea caietului de sarcini actual în sensul furnizării de informaţii complete, corecte şi precise cu privire la:

(i) specificaţiile tehnice concrete existente la nivelul locaţiilor/ spitalelor la care urmează a se furniza oxigenul şi

(ii) toate condiţiile pe care trebuie să le respecte oferta tehnică.

B.3 Se impune modificarea cerinţelor prevăzute la pag. 1 pct. 1, pag. 2 pct. 4 şi pag. 4 final (nota) din caietul de sarcini actual şi eliminarea cerinţelor prevăzute la pag. 2 pct. 4 teza finală din caietul de sarcini actual.

La pag. 1 pct. 1 din caietul de sarcini actual se prevede că *„autoritatea contractantă pune la dispoziţia ofertanţilor (...) spaţiul necesar amplasării instalaţiilor de stocare, evaporare şi distribuţie oxigen medicinal lichefiat”.*

La pag. 2 pct. 4 din caietul de sarcini actual se prevede că *„autoritatea contractantă pune la dispoziţia ofertanţilor (...) va pune la dispoziţie, în bune condiţiuni, fundaţiile betonate necesare amplasării*

instalaţiilor de stocare, evaporare şi distribuţie, care urmează să fie puse în funcţiune la fiecare locaţie. În acest sens se va transmite ofertantului declarat câştigător, în copie, autorizaţia de construcţie aferentă fiecărei locaţii în parte dacă respectă volumul stocatorului existent pe locaţie, în caz contrar va cădea în sarcina ofertantului realizarea platformei şi autorizarea ei precum şi costurile aferente".

La pag. 4 para. final se prevede că: *„Notă: Autoritatea contractantă va pune la dispoziţia ofertantului câştigător proiectele fundaţiilor celor trei amplasamente la data semnării acordului cadru".*

Cerinţele prevăzute a pag. 1 pct. 1, pag. 2 pct. 4 şi pag. 3 lit. f) din caietul de sarcini actual sunt identice cu cele conţinute de caietul de sarcini iniţial. De altfel, acestea conţin chiar şi aceleaşi greşeli gramaticale strecurate în caietul de sarcini iniţial. Singura modificare adusă este cerinţa introdusă la pag. 4 (nota). Cu toate acestea, nota introdusă la pag. 4 din caietul de sarcini actual nu rezolvă problema semnalată în procedura de atribuire iniţială şi sancţionată de Curtea de Apel Oradea întrucât prevede punerea la dispoziţia doar a ofertantului câştigător a proiectelor fundaţiilor celor trei amplasamente, iar nu la dispoziţia tuturor ofertanţilor potenţial participanţi la procedură.

Or, toate aceste cerinţe încalcă dispoziţiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 care prevede că *„specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici".*

De altfel, Curtea de Apel Oradea a reţinut, în decizia sa, că *„aceleaşi considerente se impun şi în ce priveşte clarificările solicitate referitor la documentaţia platformelor betonate [n.n. fundaţii betonate] existente deja, pe care autoritatea contractantă doreşte a le pune numai la dispoziţia ofertantului câştigător. (...) Chiar dacă toate aceste lucrări şi servicii sunt suportate financiar de către ofertant; fiind puse la dispoziţia autorităţii contractante gratuit, şi nu sunt incluse în costul medicamentului ce trebuie prevăzut distinct în ofertă, totuşi ofertantului îi sunt refuzate acele informaţii privind specificaţiile tehnice minime de la faţa locului care să îi permită realizarea unei oferte corecte şi complete, compatibile cu nevoile autorităţii contractante şi cu situaţia de la faţa locului. Pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei\ precum şi pentru ca specificaţiile tehnice oferite să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi să nu aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici, Curtea apreciază că se impune remedierea documentaţiei de atribuire în sensul de a furniza tuturor ofertanţilor, şi nu doar ofertantului câştigător, copiile după proiectele de execuţie a fundaţiilor betonate existente în fiecare locaţie în parte".*

În plus, menţinerea unor asemenea cerinţe are ca efect anularea procedurii de atribuire în conformitate cu dispoziţiile art. 212 alin. (1) lit. b), existând riscul iminent ca ofertanţii să depună oferte admisibile care

nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ sau financiare.

Ca atare, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la remedierea cerinţelor prevăzute la pag. 1 pct. 1, pag. 2 pct. 4, pag. 3 lit. f) şi pag. 4 para. final (nota) din caietul de sarcini actual în sensul furnizării de copii după proiectele de execuţie a fundaţiilor betonate existente în fiecare locaţie în parte tuturor ofertanţilor, pentru a le asigura acestora accesul egal la procedura de atribuire.

De asemenea, se solicită obligarea autorităţii contractante la eliminarea cerinţelor prevăzute la pag. 2 pct. 4 teza finală din caietul de sarcini actual care stabilesc *"dacă respectă volumul stocatorului existent pe locaţie, în caz contrar va cădea în sarcina ofertantului realizarea platformei şi autorizarea ei precum şi costurile aferente".*

Punerea la dispoziţie a fundaţiilor necesare amplasării instalaţiilor de stocare, evaporare şi distribuţie trebuie să se facă în mod egal pentru toţi ofertanţii tocmai pentru respectarea principiului esenţial din achiziţiile publice de asigurare a tratamentului egal.

Or, cerinţa a cărei eliminare se solicită, permite o avantajare nepermisă a unor ofertanţi în defavoarea altor ofertanţi, după cum urmează:

(i) pentru o anumită locaţie, este posibil ca un ofertant să aibă un tip de stocator ale cărui caracteristici specifice să fie compatibile complet cu fundaţia pre-existentă, caz în care nu va angaja costuri suplimentare în executarea contractului, în timp ce,

(ii) pentru aceeaşi locaţie, un alt ofertant să aibă un tip de stocator ale cărui caracteristici specifice nu sunt compatibile cu fundaţia pre-existentă, caz în care va trebui să angajeze costuri suplimentare în executarea contractului cu realizarea fundaţiilor respective.

Or acest lucru, va determina în mod automat o avantajare nepermisă a primului ofertant în defavoarea celuilalt ofertant pentru locaţia respectivă, cu încălcarea principiului tratamentului egal statuat la art. 2 alin. 2 lit. b) din Legea 98/2016.

Prin urmare, pentru asigurarea respectării unui tratament egal faţă de toţi ofertanţii, se impune ca autoritatea contractantă:

(i) fie să pună la dispoziţia tuturor ofertanţilor fundaţii betonate care să permită oricărui ofertant amplasarea de instalaţii de stocare, evaporare şi distribuţie pe aceasta, indiferent de tipul instalaţiilor.

Acest lucru implică, desigur, din partea autorităţii contractante o asumare a responsabilităţii de a asigura ofertanţilor toate condiţiile necesare astfel încât aceştia să poată efectua furnizarea produselor solicitate, ce fac obiectul procedurii. În concret, acest lucru poate presupune fie realizarea (separată) de fundaţii, fie verificarea şi adaptarea fundaţiilor existente, în sensul uniformizării acestora astfel încât să poată permite instalarea oricărui tip de stocator.

(ii) fie să nu pună la dispoziţia niciunui ofertant fundaţii betonate, urmând ca toţi ofertanţii să includă, în oferta tehnică şi financiară, realizarea fundaţiei necesare.

În acest context, contestatoarea învederează faptul că obiectul procedurii îl reprezintă totuşi furnizare de produse (codul CPV vizând

exclusiv acest aspect), astfel încât impunerea realizării de fundaţii de către ofertanţi poate fi excesivă.

Pentru acest motiv, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la eliminarea cerinţelor prevăzute la pag. 2 pct. 4 teza finală din caietul de sarcini actual care prevăd *"dacă respectă volumul stocatorului existent pe locaţie, în caz contrar va cădea în sarcina ofertantului realizarea platformei şi autorizarea ei precum şi costurile aferente"* şi asumarea de către autoritatea contractantă a unei soluţii care să asigure tratament egal tuturor ofertanţilor.

B.4 Se impune eliminarea referinţelor prevăzute la pag. 2 pct. 4 teza finală, pag. 2 lit. a) teza finală, pag. 2 lit. c), pag, 3 lit. e), pag. 3, lit f) teza finală, pag. 3 lit. c) teza finală din caietul de sarcini actual, care vizează prestarea de servicii şi efectuarea de lucrări cu titlu gratuit pentru autoritatea contractantă.

Totodată, contestatoarea solicită modificarea centralizatorului de preţuri din Formularul nr. 7 astfel încât să permită ofertarea de preţuri separate pentru produsele, serviciile şi lucrările solicitate ofertanţilor.

În cadrul caietului de sarcini actual sunt solicitate o serie de servicii şi lucrări ce trebuie realizate de ofertantul declarat câştigător pe propria sa cheltuială. Astfel:

a) la pag. 2 pct. 4 teza finală din caietul de sarcini actual se prevede că *"în caz contrar va cădea în sarcina ofertantului realizarea platformei şi autorizarea ei precum şi costurile aferente".*

b) la pag. 2 lit. a) teza finală din caietul de sarcini actual se prevede că *"Toate aceste lucrări şi servicii [n.n. asigurare macarale, montaj instalaţii, obţinere avize] vor fi efectuate şi achitate de către ofertant pe cheltuiala lui".*

c) la pag. 2 lit. c) din caietul de sarcini actual se prevede că *"Instalaţiile de stocare, evaporare şi distribuţie vor fi puse la dispoziţia autorităţii contractante de către furnizor; cu titlu gratuit în baza unui contract de comodat, pe toată perioada derulării acordului cadru".*

d) la pag. 3 lit. e) din caietul de sarcini actual se prevede că *"[...] neimplicând din partea autorităţii contractante a nici unei resurse materiale [...]".*

e) la pag. 3, lit. f) teza finală din caietul de sarcini actual, se prevede că *"Transportul, montajul, instalarea (inclusiv macaralele pentru descărcarea / montajul echipamentelor care compun instalaţia de aprovizionare) şi punerea în funcţiune a instalaţiilor de aprovizionare şi conectarea la reţeaua actuală de ţevi a achizitorului vor fi efectuate de către ofertant; care va suporta şi costurile aferente".*

Contestatoarea învederează însă faptul că potrivit art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, contractul de achiziţie publică este un contract cu titlu oneros.

Aşadar, prin esenţă, un contract de achiziţie publică şi implicit procedura de atribuire aferentă acestuia nu pot impune în sarcina ofertanţilor efectuarea de gratuităţi pentru autoritatea contractantă, fără încălcarea gravă a legislaţiei achiziţiei publice.

De altfel, în acest, sens a statuat şi Curtea de Apel Bucureşti (Decizia nr. ...) în care se arată: *"contractul de achiziţie publică este un contract cu*

titlu oneros, astfel că, pentru a se asigura deplina transparenţă şi eficienţă a folosirii fondurilor publice, este exclusă orice prestare de servicii sau lucrări cu titlu gratuit Ofertanţii au obligaţia să depună oferte financiare în care să cuprindă toate costurile aferente investiţieiatribuirea contractului urmând a se face în mod transparent; prin promovarea concurenţei între operatorii economici".

Mai mult, impunerea în sarcina ofertanţilor a obligaţiei de a suporta anumite costuri necesare executării contractului, fără a primi plata acestora, este de natură a restricţiona grav accesul unor operatori economici la procedură, în special a întreprinderilor mici şi mijlocii care nu au forţa economică de a susţine astfel de gratuităţi. Prin urmare, astfel de operatori economici pot fi dezavantajaţi în raport cu alţi operatori economici mai mari, cu încălcarea principiului tratamentului egal şi nediscriminatoriu.

Or, potrivit art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *"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".* De asemenea, potrivit art. 1 alin. (2) din Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, *"pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariţia unor situaţii de natură să determine existenţa unui conflict de interese şi/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenţei."*

De asemenea, contestatoarea învederează că serviciile şi lucrările cerute a fi prestate cu titlu gratuit pot determina în sarcina ofertanţilor cheltuieli cumulate în jur de 300.000 eur (app. 1.350.000 ron).

Raportat la valoarea estimată procedurii (stabilită între 3.012.000 ron şi 6.120.000 ron), la faptul că obiectul procedurii vizează furnizarea de oxigen medicinal lichefiat; şi raportat la faptul că autoritatea contractantă doreşte să plătească ofertanţilor doar preţul pentru oxigen, impunerea în sarcina ofertanţilor a unor astfel de obligaţii de prestări servicii şi de efectuare de lucrări cu titlu gratuit rezultă a fi vădit disproporţionată.

Aceasta cu atât mai mult cu cât obiectul procedurii îl reprezintă încheierea unui acord-cadru. Specificul unei astfel de proceduri constă în faptul că autoritatea contractantă stabileşte cantităţi minime şi maxime, dar nu îşi asumă ferm faptul că va comanda nici măcar cantitatea minimă. De altfel, aceasta a fost şi poziţia exprimată anterior de ANRMAP (actualul ANAP), care a arătat: *"cantităţile minime şi maxime pe care autoritatea contractantă le stabileşte iniţial în documentaţia de atribuire, şi ulterior în acordul cadru, reprezintă estimări ale unor cantităţi care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord cadru, şi nu cantităţile exacte care vor fi achiziţionate, acestea din urmă putând fi mai mici, egale, sau mai mari raportat la cele estimate, în funcţie de necesităţile efective ale autorităţii contractante".*

Este, astfel, posibil ca ofertantul câştigător să efectueze lucrările şi serviciile (care sunt în marea majoritate preliminare începerii furnizării), să angajeze, prin urmare, toate costurile respective, iar în final autoritatea contractantă (indiferent de motiv) să nu comande nici măcar cantităţile minime prevăzute în documentaţia de atribuire.

Devine, o dată în plus, evident că impunerea în sarcina ofertanţilor a unei obligaţii de a efectua lucrări/ presta servicii cu titlu gratuit pentru autoritatea contractantă este vădit disproporţionat. Se încalcă încă un principiu al achiziţiilor publice ce vizează proporţionalitatea tuturor cerinţelor şi obligaţiilor raportat la obiectul procedurii.

În acest sens, Curtea Europeană de Justiţie a statuat, în mod constant faptul că principiul proporţionalităţii impune ca actele instituţiilor publice să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă ia cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la eliminarea tuturor referinţelor din caietul de sarcini actual dar şi din întreaga documentaţie de atribuire, inclusiv modelele de contract, a tuturor cerinţelor ce vizează furnizarea de produse, prestarea de servicii şi executarea de lucrări cu titlu gratuit pentru autoritatea contractantă.

Totodată, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire astfel încât să permită ofertanţilor să ia în considerare în cadrul ofertei financiare toate elementele de preţ pentru toate produsele, serviciile şi lucrările ce se solicită de autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri.

B.5. Se impune modificarea cerinţei de la pag.3, lit. c) teza finală din caietul de sarcini actual.

La pag. 3 lit. c) teza finală din caietul de sarcini actual se prevede că *"preţul transportului fiind inclus în preţul produsului de oxigen lichid medicinal".*

Or, potrivit prevederilor art. 291 alin. (2) lit. c) din Codul Fiscal, furnizarea oxigenul lichid medicinal, beneficiază de o taxă pe valoare adăugată (TVA) redusă de 9%, având în vedere că oxigenul lichid medicinal se încadrează în categoria medicament:

"(2) Cota redusă de 9% se aplică asupra bazei de impozitare pentru următoarele prestări de servicii şi/sau livrări de bunuri:[...]

c) livrarea de medicamente de uz uman şi veterinar;"

Pe de altă parte, serviciul de transport nu beneficiază de un TVA redus, astfel încât acestui serviciu, urmează a i se aplica cota standard de TVA de 19%, stabilită la art. 291 alin. (1) Codul Fiscal:

"(1) Cota standard se aplică asupra bazei de impozitare pentru operaţiunile impozabile care nu sunt scutite de taxă sau care nu sunt supuse cotelor reduse, iar nivelul acesteia este: [...]

b) 19% începând cu data de 1 ianuarie 2017."

Având în vedere cota diferită de TVA, aplicabilă în cazul celor două livrări, o includere a preţului transportului în preţul oxigenului încalcă cerinţele fiscale aplicabile în materie de TVA.

Astfel, din punct de vedere declarativ, o societate înregistrată în scopuri de TVA are obligaţia de a depune, conform art. 323 din Codul fiscal, un decont de taxă. Potrivit Ordinului 591/2017 pentru aprobarea modelului şi conţinutului formularului (300) "Decont de taxă pe valoarea

adăugată", livrările de bunuri taxabile se evidenţiază distinct în funcţie de cota de taxă aplicabilă.

Dacă livrarea conţine mai multe bunuri supuse unor cote diferite de TVA (cum ar fi în cazul de faţă oxigenul, pentru care procentul de TVA este de 9%) este necesar ca preţul să fie evidenţiat distinct pentru fiecare obiect al contractului, astfel încât ofertantul să poată atribui cota TVA aplicabilă şi implicit, să poată colecta TVA conform legii.

În plus, refuzul de a modifica documentaţia de atribuire în sensul celor solicitate va determina faptul că ofertanţii vor colecta doar 9% TVA pentru transportul efectuat în loc de 19%, fapt de natură a păgubi statul. Astfel, autorităţile fiscale pot aprecia că ofertantul datorează sume de TVA suplimentare în valoare de 10% din valoarea transportului, fapt de natură a prejudicia ofertantul. Pe lângă sumele adiţionale ce pot fi stabilite ca TVA colectată, se pot impune în sarcina acestora, după caz, şi dobânzi şi penalităţi de întârziere.

Este evident că, şi din acest punct de vedere, documentaţia de atribuire încalcă principiul proporţionalităţii, în sensul că, deşi autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita ofertarea separată a preţului de transport - soluţie conformă cu prevederile legale şi mai puţin oneroasă pentru ofertant, autoritatea contractantă a apelat la o soluţie care, nu doar că încalcă prevederile legale, dar are şi un efect mult mai oneros pentru ofertanţi.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire astfel încât preţul oxigenului să poată fi ofertat distinct de celelalte elemente de preţ, (de ex. transport).

B.6. Se impune clarificarea cerinţei de la pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual.

La pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual se prevede că *"Produsele vor fi livrate în baza acordului cadru ce se va încheia în urma procedurii de "LICITATIE DESCHISA" şi a contractelor subsecvente încheiate în funcţie de necesităţile beneficiarului şi fondurile disponibile şi numai în baza unui grafic de livrare sau a comenzilor emise şi asigurarea de răspundere civilă".*

Contestatoarea invocă prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 şi art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, precizând că cerinţa de la pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual ce vizează *"asigurarea de răspundere civilă"* încalcă dispoziţiile sus-amintite, aceasta neconţinând o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele autorităţii contractante în legătură cerinţele pe care trebuie să le îndeplinească asigurarea de răspundere civilă avută în vedere de autoritatea contractantă.

Ca atare, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la remedierea caietului de sarcini actual în sensul furnizării de informaţii complete, corecte şi precise cu privire la cerinţele minime ce vizează asigurarea de răspundere civilă pe care ofertanţii trebuie să o prezinte (de ex., valoarea asigurată, condiţiile asigurate, termenul de depunere la autoritatea contractantă, etc.).

B7. Se impune completarea prevederilor de la punctul III.2.3 lit. a) din fişa de date actuală, ce vizează experienţa similară.

Astfel, la punctul III.2.3 lit a) din fişa de date, Cerinţa nr. 1, se solicită:

"Lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani conţinând valori, perioade de livrare, beneficiari. Ofertantii trebuie să facă dovada că în ultimii 3 (trei) ani (calculaţi până la solicitarea autorităţii contractante) a furnizat produse similare în cantitate cumulată de minim 612000 mc de oxigen medicinal lichefiat, prin prezentarea a unu sau mai multe contracte de furnizare".

La modalitatea de îndeplinire a acestei cerinţe se prevede faptul că (în plus faţă de completarea DUAE), dovada îndeplinirii acestei cerinţe se face prin prezentarea de contracte de furnizare.

Contestatoarea învederează însă că simpla prezentare a contractelor de furnizare încheiate anterior nu este de natură a dovedi şi furnizarea efectivă, completă şi corectă a obiectului menţionat în cuprinsul contractului.

Pentru a nu se determina dezavantajarea nepermisă a unor ofertanţi în defavoarea altor ofertanţi, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la completarea cerinţelor din cadrul secţiunii Modalitatea de îndeplinire a Cerinţei nr. 1, cu solicitarea de prezentare de dovezi care să asigure faptul că respectivele contracte de furnizare au fost efectiv aduse la îndeplinire (de ex. certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar).

De asemenea, contestatoarea învederează faptul că deşi în cadrul caietului de sarcini actual se solicită ofertanţilor şi prestarea de servicii precum şi efectuarea de lucrări (fundaţii şi montajul instalaţiilor în baza cărora se va face livrarea de oxigen), în cuprinsul fişei de date actuale nu se solicită niciun fel de experienţă similară cu privire la aceste tipuri de lucrări/ servicii.

Pentru asigurarea proporţionalităţii procedurii, raportat la faptul că aceasta are în vedere un obiect mult mai complex decât o simplă furnizare de oxigen, cu implicaţii substanţiale asupra bunei funcţionări a spitalelor afectate (în cazul în care lucrările şi serviciile nu se realizează conform sau la timp), contestatoarea apreciază că este esenţial ca, în măsura în care prestarea acestor servicii/ executarea lucrărilor vor rămâne în sarcina ofertanţilor, în cadrul fişei de date actuale a procedurii cerinţele privind capacitatea tehnică şi profesională să fie completate cu cerinţe care să vizeze inclusiv lucrările şi serviciile similare prestate anterior de ofertanţi.

B.8. Se impune eliminarea prevederilor de la pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual şi de la punctul VI.3 subpunct 3 din fişa de date actuală.

Astfel, la pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual şi la punctul VI.3 subpunct 3 din fişa de date actuală se prevede faptul că autoritatea contractantă va încheia contractele subsecvente în funcţie de fondurile disponibile.

Potrivit art. 12 din Normele metodologice de aplicare ale Legii nr. 98/2016, anterior demarării oricărei proceduri de atribuire, o autoritate contractantă trebuie să aibă elaborat şi aprobat programul anual al

achiziţiilor publice, iar acesta la rândul său trebuie să prevadă sursa de finanţare (art. 12 alin. 5 lit. d).

Mai mult, potrivit art. 12 alin.(4) din Normele metodologice, autoritatea contractantă are obligaţia de a-şi actualiza programul anual al achiziţiilor publice în funcţie de fondurile aprobate.

Rezultă că, o procedură de atribuire nu poate fi demarată în lipsa asigurării fondurilor bugetare necesare derulării contractelor, fără încălcarea prevederilor legale aplicabile.

O demarare a unei proceduri în lipsa asigurării fondurilor bugetare necesare derulării contractului este de natură a prejudicia grav interesele legitime ale ofertanţilor, care investesc resurse financiare şi materiale importante atât pentru depunerea ofertelor (de ex.. constituirea garanţiei de participare, analize de piaţă etc.) cât şi pentru asigurarea execuţiei corespunzătoare a contractelor (acorduri cu subcontractanţi, eventual chiar efectuarea lucrărilor şi serviciilor ce sunt preliminare furnizării - de ex. fundaţiile betonate etc.).

Mai mult, potrivit prevederilor art. 190 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii, spitalele publice (cum este cazul autorităţii contractante) sunt instituţii publice finanţate integral din venituri proprii şi funcţionează pe principiul autonomiei financiare, prin aceasta înţelegându-se inclusiv faptul că spitalul este cel care elaborează bugetul propriu de venituri şi cheltuieli. Prin urmare, asumarea de obligaţii numai sub rezerva existenţei de fonduri disponibile (pe care tot autoritatea contractantă le stabileşte), echivalează cu o condiţie pur potestativă a autorităţii contractante. Or potrivit prevederilor art. 1403 Cod Civil, obligaţia contractată sub o condiţie suspensivă ce depinde exclusiv de voinţa debitorului nu produce niciun efect.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la eliminarea oricăror condiţionări din documentaţia de atribuire care vizează încheierea de contracte subsecvente numai dacă sunt asigurate fondurile disponibile, şi asumarea fermă de către autoritatea contractantă a derulării acordului cadru, în aceeaşi măsură în care ofertanţii sunt ţinuţi să îşi respecte obligaţiile stabilite în sarcina acestora.

C. În subsidiar, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c), coroborat cu art. 2 alin. (2) lit. a), b) şi e) şi art. 49 din Legea nr. 98/2016, pentru formularea unor cerinţe ale documentaţiei de atribuire care nu conferă operatorilor economici participanţi un tratament egal şi nediscriminatoriu şi care nu conferă transparenţă şi proporţionalitate.

Potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016:

„Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului".

De asemenea, potrivit art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, *unul din principiile de bază ale achiziţiilor publice este principiul tratamentului egal.*

Mai mult, la art. 49 din Legea nr. 98/2016 se stabileşte expres că:

„Autorităţile contractante au obligaţia să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională".

Or, autoritatea contractantă a adoptat cu rea-credinţă cerinţe identice cu cele adoptate prin caietul de sarcini iniţial, fără a ţine cont de decizia Curţii de Apel Oradea, deşi în cadrul acesteia a fost clar statuată nelegalitatea unor prevederi din documentaţia de atribuire iniţială şi nici de situaţia în care s-a găsit acesta ulterior acestei decizii, respectiv imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere a documentaţiei de atribuire şi anularea procedurii de atribuire.

Mai mult, întreaga structură a procedurii de achiziţie în discuţie încalcă prevederile legislaţiei achiziţiilor publice, prin statuarea unor cerinţe care încalcă tratamentul egal al ofertanţilor, restricţionând accesul operatorilor economici la procedură, dar şi prin încălcarea unor prevederi fiscale aplicabile.

De asemenea, deşi obiectul declarat al procedurii îl constituie furnizarea de oxigen medicinal lichefiat, fiind anunţat un singur cod CPV 24111500-0 - Gaze medicale (Rev.2), în realitate, în cadrul acestei proceduri, se impun în sarcina ofertanţilor şi prestarea de servicii (de ex. montaj) dar şi efectuarea de lucrări (de ex. fundaţii) ce exced obiectului declarat al procedurii, aducând atingere atât principiului transparenţei cât şi principiului proporţionalităţii.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea solicită, în subsidiar, în măsura în care adoptarea doar a unor măsuri punctuale de remediere a documentaţiei de atribuire nu poate restabili legalitatea întregii proceduri, obligarea autorităţii contractante la anularea şi refacerea integrală a documentaţiei de atribuire în vederea restabilirii legalităţii depline a documentaţiei de atribuire.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei precum şi punctul său de vedere nr. 18603/27.07.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 31167/28.07.2017, în care prezintă răspunsul pe care aceasta l-a formulat la solicitarea de clarificări transmisă de către SC ... SRL, astfel:

- La cerinţa B.1. prin care solicitaţi proiectele de instalaţii fluide, vă punem la dispoziţie aceste proiecte pentru locaţiile de la Stationar I - str. Gh. Doja nr. 65-67 şi Spital municipal - str. Corneliu Coposu nr.12. Pentru locaţia Stationar III - str. Clujului nr. 50 vă vom pune la dispoziţie în cel mai scurt timp posibil acest proiect.

În ceea ce priveşte solicitarea dvs. referitoare la buteliile mobile, şi anume tipul de butelii vă comunicăm că solicităm ca pentru fiecare locaţie să se asigure oxigen pentru un consum minim după cum urmează:

- *Locaţia I- str.Gh. Doja nr. 65-67: 40 m^3/ora, respectiv 960 m^3 / 24 ore*
- *Locaţia II- str. Corneliu Coposu nr. 12: 40 m^3/ora, respectiv 960 m^3 / 24 ore*
- *Locaţia III- str. Clujului nr.50: 12 m^3/ora, respectiv 288 m^3 / 24 ore cu o presiune maximă solicitată pentru cele trei locaţii de 10 bari/locaţie.*

Pentru paragraful de la litera "e" precizăm că, având în vedere că obiectul contractului este furnizarea de oxigen medicinal lichefiat, iar pe

perioada de instalare şi punere în funcţiune a stocatorului autoritatea contractantă accepta orice soluţii tehnice reglementate şi acceptate de legislaţia în vigoare, soluţii care vor fi descrise de fiecare ofertant în propunerea tehnică;

- La cerinţa B2 prin care solicitaţi specificaţiile tehnice vă rugăm să precizaţi explicit la ce informaţii faceţi referire;

- La cerinţa B3 prin care solicitaţi proiectele fundaţiilor betonate vă comunicăm că având în vedere că la momentul actual autoritatea contractantă deţine fundaţii betonate şi proiecte pentru cele trei locaţii, în cazul în care ofertantul declarat câştigător va adopta soluţii tehnice adecvate prin care se pun la dispoziţie stocatoare care să respecte cerinţele autorităţii contractante, nu va fi necesară modificarea fundaţiei betonate. Dacă vreuna din fundaţia betonată de la cele trei locaţii nu va îndeplini condiţiile pentru montarea stocatoarelor propuse de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, autoritatea contractantă îşi va asuma cheltuiala de realizare a unei alte fundaţii care să fie corespunzătoare;

- La cerinţa B.4. prin care solicitaţi ca toate referinţele din caietul de sarcini cu titlu gratuit să fie eliminate, vă comunicăm că suntem de acord cu solicitarea dvs. în condiţiile în care toate cheltuielile generatoare de costuri (macaralele montaj instalaţii, avize, conectări la reţea, etc) vor fi incluse în preţul final de furnizare o oxigenului;

- La cerinţa B.5. prin care solicitaţi ca preţul oxigenului să fie ofertat separat de celelalte elemente de cost, vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs. Preţul final de vânzare include toate costurile;

- La cerinţa B.6. prin care solicitaţi informaţii complete privind asigurarea de răspundere civilă vă comunicăm că această cerinţă va fi eliminată;

- La cerinţa B.7. prin care solicitaţi completarea cerinţelor care vizează lucrări şi servicii prestate anterior vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs. şi ne menţinem cerinţele din caietul de sarcini;

- La cerinţa B.8. prin care solictaţi eliminarea condiţionării privind încheierea de contracte subsecvente numai dacă sunt asigurate fondurile disponibile vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs. şi ne menţinem cerinţele din caietul de sarcini;

- La cerinţa C prin care solicitaţi anularea procedurii şi refacerea integrală a acesteia, vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs, întrucât procedura respectă prevederile legale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 34522/18.08.2017, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care menţionează că susţinerile autorităţii contractante exprimate prin punctul de vedere sunt neîntemeiate. De altfel, acestea sunt identice cu cele exprimate prin răspunsul publicat în SEAP, ca răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă neargumentând în niciun fel motivul pentru care înţelege să menţină cerinţele din caietul de sarcini contestate şi, deci, nerăspunzând la criticile aduse de ... documentaţiei de atribuire.

De asemenea, contestatoarea arată că se impune modificarea primei părţi, respectiv eliminarea ultimei teze a cerinţei prevăzute la pag. 2 lit. e) din caietul de sarcini actual, având în vedere că prin punctul de vedere, autoritatea contractantă nu aduce, practic, niciun contraargument în

combaterea criticilor formulate prin contestaţie. Dimpotrivă, aceasta oferă ca răspuns consumul minim necesar pentru fiecare locaţie, nerăspunzând criticilor cu privire la tipul de butelii necesar.

Obiectul procedurii în discuţie îl reprezintă "oxigenul medicinal lichefiat”, iar nu oxigenul comprimat. De altfel, neclaritatea acestei cerinţe rezultă inclusiv din notificarea SC ... SA nr. 16657/11.07.2017, prin care acest ofertant solicită Spitalului să accepte soluţii tehnice alternative care vizează oxigenul gazos necomprimat cu concentraţia de 93%+-3% produs la faţa locului în spital.

Ca atare, este în continuare neclar dacă prin cerinţa de „butelii mobile'' autoritatea contractată are în vedere „butelii de oxigen medicinal comprimat" şi/sau „rezervoare mobile criogenice". Mai mult, niciunde în reglementările legale şi standardele în vigoare nu există o definiţie a termenului de „butelie mobilă", astfel încât toţi ofertanţii să poată înţelege acelaşi lucru.

În lipsa clarificărilor cu privire la tipurile de butelii solicitate, fiecare ofertant poate interpreta diferit această cerinţă şi poate veni cu soluţii tehnice diferite, de valori foarte diferite, care nu pot fi comparate şi evaluate uniform. Prin urmare, în acest caz, vor deveni incidente prevederile art. 212 lit. b) din Legea nr. 98/2016, care obligă autoritatea contractantă să anuleze procedura în cazul în care ofertele nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ori financiare.

Se impune, astfel, clarificarea, în cadrul caietului de sarcini, a tipurilor de butelii / instalaţii solicitate ofertanţilor pentru soluţia provizorie cerută pentru asigurarea continuităţii alimentării spitalului cu oxigen până la punerea în funcţiune a instalaţiilor de stocare/ evaporare oxigen medicinal lichefiat. Aceste butelii / instalaţii trebuie să corespundă celor prevăzute prin proiectul de instalaţii fluide medicinale aferent fiecărei locaţii/ spital.

În ceea ce priveşte cerinţa din caietul de sarcini actual potrivit căreia autoritatea contractantă „nu impune o metodă anume, fiecare ofertant are dreptul să opteze pentru orice variantă", aceasta nu informează corect, complet şi precis cerinţa contestată nici prin punctul de vedere formulat. Dimpotrivă, autoritatea contractantă reiterează faptul că pe perioada de instalare şi punere în funcţiune a stocatorului acceptă orice soluţii tehnice reglementate şi acceptate de legislaţia în vigoare, soluţii care vor fi descrise de fiecare ofertant în propunerea tehnică.

În continuare, nu se specifică însă în mod clar nici la ce „metodă" şi nici la ce „variante" se referă autoritatea contractantă.

Această precizare din caietul de sarcini actual nu doar că nu aduce o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, dar chiar lasă opţiunea ofertanţilor de a formula oferte alternative, respectiv oferte ce nu vor putea fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ ori financiare. Or, pe lângă faptul că ofertele alternative nu vor putea fi comparate datorită modului neuniform de prezentare a propunerilor tehnice şi financiare, acestea nu sunt permise în cadrul procedurii conform punctului II.1.9 din fişa de date actuală.

Contestatoarea reiterează faptul că se impune modificarea cerinţei prevăzute la pag. 2 lit. d) din caietul de sarcini actual şi menţionează că spitalul nu oferă un răspuns prin punctul de vedere. Dimpotrivă, răspunde cu o întrebare, solicitând contestatoarei să precizeze explicit la ce informaţii face referire. Or, acest lucru rezultă atât din notificarea prealabilă, cât şi din contestaţie.

Astfel, cerinţa de la pag. 2 lit. d) din caietul de sarcini actual care face referire la „condiţiile de la faţa locului" încalcă dispoziţiile art. 154 din Legea nr. 98/2016 şi ale art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

De altfel, această cerinţă este nemodificată, fiind identică cu cerinţa prevăzută la pag. 2 lit. d) din caietul de sarcini iniţial. Aceasta în ciuda faptului că, şi cu privire la această cerinţă, Curtea de Apel Oradea prin Decizia CA a decis că este incompletă şi ambiguă, astfel încât se impune remedierea sa.

Ca atare, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la remedierea caietului de sarcini actual în sensul furnizării de informaţii complete, corecte şi precise cu privire la:

(i) specificaţiile tehnice concrete existente la nivelul locaţiilor/ spitalelor la care urmează a se furniza oxigenul şi

(ii) toate condiţiile pe care trebuie să le respecte oferta tehnică.

Contestatoarea reiterează că se impune eliminarea referinţelor prevăzute la pag, 2 pct. 4 teza finală, pag. 2 lit. a) teza finală, pag. 2 lit. c), pag. 3 (sus) lit.e, pag. 3, lit. f) (sus) teza finală, pag. 3 lit. c) teza finală din caietul de sarcini actual care vizează prestarea de servicii şi efectuarea de lucrări cu titlu gratuit pentru autoritatea contractantă. Totodată, solicită modificarea centralizatorului de preţuri din Formularul nr. 7 astfel încât să permită ofertarea de preţuri separate pentru produsele, serviciile şi lucrările solicitate ofertanţilor.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a arătat că este de acord cu solicitarea Linde, însă „în condiţiile în care toate cheltuielile generatoare de costuri (...) vor fi incluse în preţul final de furnizare a oxigenului

Ca atare, contestatoarea solicită modificarea măsurii de remediere propuse de autoritatea contractantă în sensul că aceasta îşi asumă costurile cu eventuala realizare a platformei şi cu autorizarea ei, autoritatea contractantă fiind obligată să coreleze această măsură de remediere cu cea adoptată la Secţiunea B.3.

Totodată se solicită modificarea centralizatorului de preţuri din Formularul nr. 7, astfel încât să permită ofertarea de preţuri separate pentru produsele, serviciile şi lucrările solicitate ofertanţilor tocmai pentru că includerea acestora în preţul final de furnizare a oxigenului e de natură să încalce prevederi imperative ce vizează regimul în materie de TVA.

Contestatoarea reiterează că se impune modificarea cerinţei de la pag. 3 lit. c) teza finală din caietul de sarcini actual, precizând în acest sens că autoritatea contractantă nu a adus prin punctul de vedere argumente în susţinerea refuzului de a modifica cerinţa de la pag. 3 lit. c) teza finală din caietul de sarcini actual.

Or, potrivit prevederilor art. 291 alin. (2) lit. c) din Codul Fiscal, furnizarea oxigenul lichid medicinal, beneficiază de o taxă pe valoare

adăugată (TVA) redusă de 9%, având în vedere că oxigenul lichid medicinal se încadrează în categoria medicament.

Pe de altă parte, serviciul de transport nu beneficiază de un TVA redus, astfel încât acestui serviciu, urmează a i se aplica cota standard de TVA de 19%, stabilită la art. 291 alin. (1) Codul Fiscal.

Având în vedere cota diferită de TVA, aplicabilă în cazul celor două livrări, o includere a preţului transportului în preţul oxigenului încalcă cerinţele fiscale aplicabile în materie de TVA.

Astfel, din punct de vedere declarativ, o societate înregistrată în scopuri de TVA are obligaţia de a depune, conform art. 323 din Codul fiscal, un decont de taxă. Potrivit Ordinului nr. 591/2017 pentru aprobarea modelului şi conţinutului formularului (300) "Decont de taxă pe valoarea adăugată", livrările de bunuri taxabile se evidenţiază distinct în funcţie de cota de taxă aplicabilă.

Dacă livrarea conţine mai multe bunuri supuse unor cote diferite de TVA (cum ar fi în cazul de faţă oxigenul, pentru care procentul de TVA este de 9%) este necesar ca preţul să fie evidenţiat distinct pentru fiecare obiect al contractului, astfel încât ofertantul să poată atribui cota TVA aplicabilă şi implicit, să poată colecta TVA conform legii.

În plus, refuzul de a modifica documentaţia de atribuire în sensul celor solicitate va determina faptul că ofertanţii vor colecta doar 9% TVA pentru transportul efectuat în loc de 19%, fapt de natură a păgubi statul. Astfel, autorităţile fiscale pot aprecia că ofertantul datorează sume de TVA suplimentare în valoare de 10% din valoarea transportului, fapt de natură a prejudicia ofertantul. Pe lângă sumele adiţionale ce pot fi stabilite ca TVA colectată, se pot impune în sarcina acestora, după caz, şi dobânzi şi penalităţi de întârziere.

Este evident că, şi din acest punct de vedere, documentaţia de atribuire încalcă principiul proportionalităţii, în sensul că, deşi autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita ofertarea separată a preţului de transport, soluţie conformă cu prevederile legale şi mai puţin oneroasă pentru ofertant, autoritatea contractantă a apelat la o soluţie care, nu doar că încalcă prevederile legale, dar are şi un efect mult mal oneros pentru ofertanţi,

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire astfel încât preţul oxigenului să poată fi ofertat distinct de celelalte elemente de preţ (de ex. transport).

De asemenea, contestatoarea reitrează că se impune completarea prevederilor de la punctul III.2.3 lit. a) din fişa de date actuală, ce vizează experienţa similară.

În acest sens, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a adus prin punctul de vedere argumente în susţinerea refuzului de a completa cerinţa de la pct. III.2.3 lit. a) din fişa de date actuală, ce vizează experienţa similară. Aceasta în condiţiile în care chiar autoritatea contractantă a subliniat în Strategia de contractare aferentă anunţului de participare, atunci când a justificat criteriile de calificare stabilite în cadrul procedurii, că doreşte să se asigure „că operatorul economic nu se află în

imposibilitatea financiară sau tehnică de a livra produsele ce fac obiectul prezentei achiziţii”.

Mai mult, anunţul de participare iniţial a fost respins de ANRMAP tocmai din cauza modalităţii în care a fost formulată cerinţa contestată de Linde.

Astfel, la modalitatea de îndeplinire a Cerinţei nr. 1 de la punctul III.2.3 lit. a) din fişa de date se prevede faptul că, (în plus, faţă de completarea DUAE) dovada îndeplinirii acestei cerinţe se face prin prezentarea de contracte de furnizare.

Or simpla prezentare a contractelor de furnizare încheiate anterior, nu este de natură a dovedi şi furnizarea efectivă, completă şi corectă a obiectului menţionat în cuprinsul contractului.

Motivul pentru care contestatoarea a solicitat modificarea cerinţei în sensul obligării autorităţii contractante la completarea cerinţelor din cadrul secţiunii Modalitatea de îndeplinire a Cerinţei nr. 1 cu solicitarea de prezentare de dovezi care să asigure faptul că respectivele contracte de furnizare au fost efectiv aduse la îndeplinire (de ex. certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar) este tocmai acela de a nu se determina dezavantajarea nepermisă a unor ofertanţi, în defavoarea altor ofertanţi.

De asemenea, deşi în cadrul caietului de sarcini actual se solicită ofertanţilor şi prestarea de servicii precum şi efectuarea de lucrări (fundaţii şi montajul instalaţiilor în baza cărora se va face livrarea de oxigen), în cuprinsul fişei de date actuale nu se solicită niciun fel de experienţă similară cu privire la aceste tipuri de lucrări/ servicii.

Pentru asigurarea proporţionalităţii procedurii, raportat la faptul că aceasta are în vedere un obiect mult mai complex decât o simplă furnizare de oxigen, cu implicaţii substanţiale asupra bunei funcţionări a spitalelor afectate (în cazul în care lucrările şi serviciile nu se realizează conform sau la timp), credem că este esenţial ca, în măsura în care prestarea acestor servicii/ executarea lucrărilor vor rămâne în sarcina ofertanţilor, în cadrul fişei de date actuale a procedurii cerinţele privind capacitatea tehnică şi profesională să fie completate cu cerinţe care să vizeze inclusiv lucrările şi serviciile similare prestate anterior de ofertanţi.

Contestatoarea reiterează că se impune eliminarea prevederilor de la pg. 3 partea finală din caietul de sarcini actual şi de la punctul VI.3, subpunctul 3 din fişa de date a achiziţiei actuală.

În acest sens, contestatoarea menţionează că autoritatea contractantă nu a adus prin punctul de vedere argumente în susţinerea refuzului de a elimina prevederile de la pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual şi de la punctul VI.3 subpunct 3 din fişa de date actuală, arătând simplu că nu este de acord cu solicitarea.

Or, aşa cum rezultă inclusiv din Strategia de contractare, sursa de finanţare este bugetul spitalelor beneficiare, acestea putând fi prevăzute şi chiar fiind necesar a fi prevăzute înainte de organizarea procedurii de atribuire. O procedură de atribuire nu poate fi demarată în lipsa asigurării fondurilor bugetare necesare derulării contractelor, fără încălcarea prevederilor legale aplicabile.

În final, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante la anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c), coroborat cu art. 2 alin. (2) lit. a), b) şi e) şi art. 49 din Legea nr. 98/2016, pentru formularea unor cerinţe ale documentaţiei de atribuire care nu conferă operatorilor economici participanţi un tratament egal şi nediscriminatoriu şi care nu conferă transparenţă și proporţionalitate.

Prin adresa nr. ..., Consiliul i-a solicitat SC ... SRL în temeiul art. 20 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 101/2016, să precizeze care este interesul său în contestarea documentaţiei de atribuire pentru lipsa informaţiilor referitoare la specificaţiile tehnice ale instalaţiei existente şi ale platformelor, în condiţiile în care are acces la amplasament şi cunoaşte necesităţile autorităţii contractante, având în vedere faptul că potrivit anunţului de atribuire nr. .../11.07.2017, la data de 20.06.2017 i-a fost atribuit de către autoritatea contractantă contractul de furnizare având ca obiect „oxigen medicinal lichefiat” prin negociere fără anunţ de participare.

De asemenea, i s-au solicitat clarificări contestatoarei referitoare la factura seria SCA nr. 00161 din 31.01.2017 pe care o pretinde drept cheltuieli de judecată, în condiţiile în care procedura nu era iniţiată la acea dată.

Prin adresa întregistrată la Consiliu sub nr. 34774/21.08.2017, SC ... SRL răspunde, precizând că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă solicită „butelii mobile compatibile cu instalaţiile de distribuţie”, însă nu furnizează niciun fel de caracteristici tehnice minime cu privire la instalaţiile de distribuţie ale Spitalului la care trebuie conectate aceste butelii mobile. De asemenea, autoritatea contractantă doar recomandă ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte şi să întocmească oferta tehnică în conformitate cu „situaţia aflată în teren”.

De asemenea, contestatoarea învederează faptul că autoritatea contractantă nu i-a pus la dispoziţie nici până la acest moment proiectele de instalaţii fluide.

Pentru a putea oferta produse care să corespundă nevoilor autorităţii contractante, este necesară cunoaşterea în detaliu a proiectului de instalaţii fluide medicinale, nefiind suficientă simpla vizitare a amplasamentelor. Un asemenea proiect conţine descrierea caracteristicilor echipamentelor, instalaţiilor şi reţelelor aferente sistemului caracteristic de alimentare cu oxigen al fiecărui spital, acestea fiind necesare pentru a putea asigura interoperabilitatea dintre buteliile furnizate şi instalaţiile preexistente la nivelul spitalelor.

În final, contestatoarea învederează că nu trebuie avută în vedere factura nr. SCA 00161/31.01.2017, ci exclusiv factura seria SCA nr. 000933/10.07.2017, achitată de ... la data de 04.08.2017.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat de licitaţie deschisă online, privind atribuirea acordului – cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal lichefiat”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de

participare nr. .../14.06.2017, valoarea estimată a procedurii fiind între 3.012.000 lei şi 6.120.000 lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, SC ...SRL a formulat contestația în analiză, solicitând în principal modificarea unor prevederi din caietul de sarcini și modificarea cerințelor de calificare referitoare la experiența similară.

Contextul prezentei achiziții este grevat de existența unei hotărâri judecătorești, respectiv Decizia nr. ... emisă de Curtea de Apel ..., prin care aceasta a admis plângerea formulată de SC ... SRL împotriva Deciziei nr. ..., prin care Consiliul a respins contestaţia ca inadmisibilă pentru lipsa notificării prealabile în ceea ce priveşte obligarea autorităţii contractante la modificarea documentaţiei de atribuire cu referire la tipurile surselor de furnizare a gazelor medicinale şi în privinţa cererii de anulare a procedurii, respectiv ca inadmisibilă în ceea ce priveşte cererile privind realizarea platformei şi autorizarea ei, experienţa similară şi avizul de funcţionare emis de Ministerul Sănătăţii. În decizia Curții de apel, aceasta a modificat decizia Consiliului în ceea ce privește capetele de cerere respinse ca inadmisibile, iar în urma analizei pe fond a acestora, a obligat autoritatea contractantă să pună la dispoziția potențialilor ofertanți, prin publicarea în SEAP, a informațiilor referitoare la instalațiile de distribuire a oxigenului medicinal existente în spital, specificațiile tehnice ale buteliilor mobile de oxigen ce urmează a fi livrate în perioada de tranziție până la montarea instalațiilor și specificațiile tehnice ale platformelor betonate existente. Deși hotărârea judecătorească este pronunțată în legătură cu o altă procedură, care a fost anulată de autoritatea contactantă, Consiliul reține că aceasta se bucură de autoritate de lucru judecat și în prezenta procedură, deoarece are în vedere documentația de atribuire pentru același obiect, respectiv Oxigen medicinal lichefiat, specificațiile tehnice din caietul de sarcini fiind identice.

În analiza prezentei contestații, Consiliul va porni de la constatarea că **achiziția are ca obiect furnizare de Oxigen medicinal lichefiat**, și nu realizarea de instalație de oxigen, platforme și alte elemente auxiliare. Contractul nu vizează o investiție a autorității contractante, ci reprezintă o achiziție pentru un medicament, cheltuielile necesare furnizării acestui medicament intrând în sarcina furnizorului, în cadrul documentației de atribuire existând dispoziții clare în acest sens. Mai mult decât atât, instanța de judecată, prin hotărârea menționată mai sus, a reținut că **,,obiectul procedurii este atribuirea contractului de furnizare gaze medicinale în 3 puncte de livrare, și nu construirea unui sistem de distribuție a gazelor medicinale''**.

Prin urmare, analiza criticilor formulate de contestatoare se va realiza prin prisma obiectului achiziției, Consiliul neavând posibilitatea modificării acestui obiect, respectiv transformarea contractului într-unul de construcții-montaj a unui sistem de distribuție a gazelor medicinale sau de furnizare a instalației de stocare, evaporare și distribuție gaze, realizare platforme sau transport, după cum nici autoritatea contractantă nu are posibilitatea modificării obiectului achiziției, după demararea acesteia, respectiv extinderea obiectului contractului și în ceea ce privește construirea platformelor betonate, în condițiile în care nu există fonduri

alocate în contract pentru realizarea acestora sau specificații tehnice minimale aduse la cunoștința ofertanților.

Tot cu caracter preliminar, Consiliul reține că autoritatea contractantă, nu a prevăzut în caietul de sarcini niciun fel de specificații tehnice referitoare la instalațiile de stocare (cu excepția capacității de stocare, care este prevăzută cu caracter minimal), evaporare și distribuție gaze, soluția tehnică aleasă fiind la latitudinea operatorilor economici, Consiliul apreciind ca fiind corectă abordarea autorității contractante, din moment ce obiectul achiziției se referă la produsul instalației, respectiv Oxigen medicinal lichefiat, și nu la instalația în sine. Prin urmare, toate criticile contestatoarei referitoare la riscul prezentării unor oferte imposibil de comparat sau a unor așa-numite oferte alternative sunt străine obiectului cauzei, din moment ce se compară produsul Oxigen medicinal lichefiat, care trebuie să respecte condițiile indicate în Farmacopeea Europeană, deci nu are niciun fel de importanță care este metoda de producție și care sunt specificațiile tehnice ale instalației, atât timp cât produsul obținut respectă specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

Pentru acest motiv, formularea autorității contractante potrivit căreia *„Ofertantul este obligat să pună în funcţiune la sediul achizitorului instalaţiile de stocare/ evaporare oxigen medicinal lichefiat, în termen de max. 30 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru şi să furnizeze oxigen medicinal lichefiat achizitorului. În această perioadă de 30 zile calendaristice, ofertantul câştigător va asigura necesarul de oxigen, în butelii mobile compatibile cu instalaţiile de distribuţie, fără costuri suplimentare, pentru asigurarea continuităţii alimentării spitalului cu oxigen fără a fi afectată activitatea medicală. Dovada se va face prin descrierea în cadrul propunerii tehnice a cel puţin două surse distincte (o sursă secundară şi a uneia de rezervă) cu respectarea prevederilor legislative aplicabile la nivel naţional. Autoritatea contractantă nu impune o metodă anume, fiecare ofertant are dreptul să opteze pentru orice variantă, neimplicând din partea autorităţii contractante a nici unei resurse materiale, umane, logistică, etc (recomandăm ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte pentru a se întocmi oferta tehnică în conformitate cu cerinţele caietului de sarcini şi cu situaţia aflată în teren)"* este în concordanță cu dispozițiile legale, dând posibilitatea prezentării unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, în conformitate cu art. 74 din DIRECTIVA 2014/24/UE A Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, care stabilește că ,,*Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice* ***să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate****. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte* ***care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice****, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor. Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale*

ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință. În cazul în care se face trimitere la un standard european sau, în absența acestuia, la un standard național, ofertele care au la bază soluții echivalente ar trebui să fie luate în considerare de către autoritățile contractante''.

Prin urmare, diversitatea de soluții tehnice nu se confundă cu ofertele alternative, acestea fiind clar definite în Legea nr. 98/2016, ,,ii) ofertă alternativă - **oferta care respectă cerinţele minime** şi eventualele cerinţe specifice prevăzute în documentele achiziţiei, dar care propune o soluţie diferită într-o măsură mai mare sau mai mică''. Astfel cum rezultă din definiție, caracterul alternativ se referă la prezentarea aceluiași obiect în mai multe variante. Mai mult, dispozițiile art. 162 din Legea nr. 98/2016 detaliază pe larg noțiunea de oferte alternative, ipoteza descrisă de contestatoare neîncadrându-se în aceste dispoziții. Cel mai cunoscut exemplu în practica achizițiilor publice de acceptare a soluțiilor alternative se regăsește în procedurile de atribuire referitoare la manuale școlare, unde ofertanții aveau dreptul de a depune alternativ oferte pentru unul sau mai multe manuale din aceeași categorie, existând ofertanți care au depus două oferte în cadrul aceleași proceduri. Astfel cum motivează contestatoarea, caracterul alternativ s-ar referi în situația de speță la depunerea unor oferte imposibil de comparat, or în situația de față trebuie comparat oxigen cu oxigen, și nu soluțiile tehnice de producere a lui.

În același sens a dispus și instanța în decizia menționată, arătând că *,,Impunerea anumitor caracteristici tehnice reprezintă o chestiune de oportunitate, asupra căreia autoritatea are o largă marjă de apreciere. Instanța nu poate cenzura echipamentele supuse procedurii de achiziție publică, iar prin obligarea autorității contractante la includerea unei surse principale, secundare sau de rezervă ar echivala cu schimbarea obiectului acesteia. Ori obiectul procedurii este atribuirea contractului de furnizare gaze medicinale în 3 puncte de livrare, și nu construirea unui sistem de distribuție a gazelor medicinale.*

Potrivit lit. c) din caietul de sarcini, ofertantul este obligat a-și asuma prin propunerea tehnică furnizarea de instalații de stocare, evaporare și distribuție pe perioada derulării acordului cadru, fiind lăsată la latitudinea ofertantului tipul de instalație ce va fi oferit, autoritatea a impus, însă, asumarea unei propuneri tehnice de asigurare provizorie a alimentării cu oxigen, pe durata punerii în funcțiune a instalațiilor respective ...

Întrucât cerințele impuse de autoritate, în sensul asigurării unei soluții provizorii de alimentare cu oxigen, nu sunt vădit nejustificate, instanța nu poate interveni asupra procedurii de licitație în sensul modificării cerințelor tehnice așa cum solicită contestatoarea.''

Consiliul reține că în realitate, criticile contestatoarei referitoare la posibilitatea ofertanților de a-și prezenta propriile metode de asigurare a surselor provizorii sunt similare celor din contestația inițială referitoare la

sursele principale, secundare sau de rezervă, vizând introducerea unor specificații tehnice, specificații în legătură cu care instanța a conchis că ar echivala cu schimbarea obiectului procedurii.

Tot cu caracter preliminar, Consiliul mai observă că, deși anterior autoritatea a anulat procedura pe motiv că nu mai putea aduce remedierile dispuse de instanță, la reluarea procedurii aceasta, încălcând autoritatea de lucru judecat, a reluat procedura fără a pune la dispoziția ofertanților, prin publicare în SEAP, a informațiilor a căror publicitate a fost dispusă de instanță.

Ulterior, în urma notificării prealabile, prin răspunsul emis, a declarat că va adopta măsuri de remediere. Autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul său la notificarea prealabilă, în data de 11.07.2017, mult peste termenul legal de 3 zile, când deja era depusă contestația în analiză.

Răspunsul la notificare are următorul conținut:

,,La cerinţa B.1. prin care solicitaţi proiectele de instalaţii fluide, vă punem la dispoziţie aceste proiecte pentru locaţiile de la Stationar I - str. Gh. Doja nr. 65-67 şi Spital municipal - str. Corneliu Coposu nr.12. Pentru locaţia Stationar III - str. Clujului nr. 50 vă vom pune la dispoziţie în cel mai scurt timp posibil acest proiect.

În ceea ce priveşte solicitarea dvs. referitoare la buteliile mobile, şi anume tipul de butelii vă comunicăm că solicităm ca pentru fiecare locaţie să se asigure oxigen pentru un consum minim după cum urmează:

- *Locaţia I- str.Gh. Doja nr. 65-67: 40 m^3/ora, respectiv 960 m^3 / 24 ore*
- *Locaţia II- str. Corneliu Coposu nr. 12: 40 m^3/ora, respectiv 960 m^3 / 24 ore*
- *Locaţia III- str. Clujului nr. 50: 12 m^3/ora, respectiv 288 m^3 / 24 ore cu o presiune maximă solicitată pentru cele trei locaţii de 10 bari/locaţie.*

Pentru paragraful de la litera "e" precizăm că, având în vedere că obiectul contractului este furnizarea de oxigen medicinal lichefiat, iar pe perioada de instalare şi punere în funcţiune a stocatorului autoritatea contractantă accepta orice soluţii tehnice reglementate şi acceptate de legislaţia în vigoare, soluţii care vor fi descrise de fiecare ofertant în propunerea tehnică;

- La cerinţa B2 prin care solicitaţi specificaţiile tehnice vă rugăm să precizaţi explicit la ce informaţii faceţi referire;

- La cerinţa B3 prin care solicitaţi proiectele fundaţiilor betonate vă comunicăm că având în vedere că la momentul actual autoritatea contractantă deţine fundaţii betonate şi proiecte pentru cele trei locaţii, în cazul în care ofertantul declarat câştigător va adopta soluţii tehnice adecvate prin care se pun la dispoziţie stocatoare care să respecte cerinţele autorităţii contractante, nu va fi necesară modificarea fundaţiei betonate. Dacă vreuna din fundaţia betonată de la cele trei locaţii nu va îndeplini condiţiile pentru montarea stocatoarelor propuse de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, autoritatea contractantă îşi va asuma cheltuiala de realizare a unei alte fundaţii care să fie corespunzătoare;

- La cerinţa B.4. prin care solicitaţi ca toate referinţele din caietul de sarcini cu titlu gratuit să fie eliminate, vă comunicăm că suntem de acord cu solicitarea dvs. în condiţiile în care toate cheltuielile generatoare de

costuri (macaralele montaj instalaţii, avize, conectări la reţea, etc) vor fi incluse în preţul final de furnizare o oxigenului;

- La cerinţa B.5. prin care solicitaţi ca preţul oxigenului să fie ofertat separat de celelalte elemente de cost, vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs. Preţul final de vânzare include toate costurile;

- La cerinţa B.6. prin care solicitaţi informaţii complete privind asigurarea de răspundere civilă vă comunicăm că această cerinţă va fi eliminată;

- La cerinţa B.7. prin care solicitaţi completarea cerinţelor care vizează lucrări şi servicii prestate anterior vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs. şi ne menţinem cerinţele din caietul de sarcini;

- La cerinţa B.8. prin care solictaţi eliminarea condiţionării privind încheierea de contracte subsecvente numai dacă sunt asigurate fondurile disponibile vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs. şi ne menţinem cerinţele din caietul de sarcini;

- La cerinţa C prin care solicitaţi anularea procedurii şi refacerea integrală a acesteia, vă comunicăm că nu suntem de acord cu solicitarea dvs, întrucât procedura respectă prevederile legale".

Întrucât procedura de atribuire a fost suspendată de Consiliu prin încheierea nr. ..., autoritatea contractantă nu a mai fost în măsură să comunice contestatoarei planurile la care face referire la pct B1.

Cu toate acestea, Consiliul, observând că societatea contestatoare a semnat de-a lungul timpului 8 contracte de furnizare oxigen medicinal lichid pentru două din cele 3 locații, a pus în discuția contestatoarei excepția lipsei de interes în promovarea contestației împotriva documentaţiei de atribuire pentru lipsa informaţiilor referitoare la specificaţiile tehnice ale instalaţiei existente şi ale platformelor, în condiţiile în care are acces la amplasament şi cunoaşte necesităţile autorităţii contractante, prin adresa nr. .... Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. 34774/21.08.2017, precizând că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă solicită „butelii mobile compatibile cu instalaţiile de distribuţie", însă nu furnizează niciun fel de caracteristici tehnice minime cu privire la instalaţiile de distribuţie ale Spitalului la care trebuie conectate aceste butelii mobile. De asemenea, autoritatea contractantă doar recomandă ofertanţilor să viziteze fiecare amplasament în parte şi să întocmească oferta tehnică în conformitate cu „situaţia aflată în teren". Mai arată că autoritatea contractantă nu i-a pus la dispoziţie nici până la acest moment proiectele de instalaţii fluide.

Pentru a putea oferta produse care să corespundă nevoilor autorităţii contractante, este necesară cunoaşterea în detaliu a proiectului de instalaţii fluide medicinale, nefiind suficientă simpla vizitare a amplasamentelor. Un asemenea proiect conţine descrierea caracteristicicilor echipamentelor, instalaţiilor şi reţelelor aferente sistemului caracteristic de alimentare cu oxigen al fiecărui spital, caracteristici necesare pentru a putea asigura interoperabilitatea dintre buteliile furnizate şi instalaţiile preexistente la nivelul spitalelor.

Contestatoarea nu răspunde, astfel, concret solicitărilor Consiliului, nefiind justificat în niciun fel interesul său. În calitate de furnizor al gazului medical pentru aceeași autoritate contractantă în cadrul contractelor

având anunțurile de atribuire nr. 179616/11.07.2017, 176584/28.03.2017, 171365/01.08.2016, 168234/15.04.2016, 168238/14.04.2016, 129921/25.10.2012, 126217/06.07.2017 și 124312/10.05.2017, în majoritate negocieri fără anunț de participare, contestatoarea cunoaște foarte bine instalațiile spitalului, astfel încât aceasta să poate fi în măsură să depună ofertă pentru soluția provizorie. Mai mult, chiar în contestația sa aceasta arată că, buteliile mobile pot fi butelii de oxigen medicinal comprimat sau rezervoare mobile criogenice, de stocare a oxigenului medicinal lichefiat, ambele soluții fiind prevăzute de Normativul NP-015-97, în care se precizează, la punctul III.9.2.1.12, că soluţia de alimentare cu oxigen lichid poate conţine instalaţii precum rezervoare de stocare oxigen lichid și recipienţi de oxigen gazos presurizat, ambele tipuri de oxigen respectând condițiile de puritate solicitate în caietul de sarcini. Mai mult decât atât, chiar autoritatea arată în răspunsul său că ,,*având în vedere că obiectul contractului* ***este furnizarea de oxigen medicinal lichefiat****, iar pe perioada de instalare şi punere în funcţiune a stocatorului autoritatea contractantă* ***accepta orice soluţii tehnice reglementate*** *şi acceptate de legislaţia în vigoare, soluţii care vor fi descrise de fiecare ofertant în propunerea tehnică''.*

Deci, chiar dacă obiectul procedurii îl reprezintă *"oxigenul medicinal lichefiat"*, iar nu oxigenul comprimat, soluția provizorie pe parcursul montării instalațiilor poate fi asigurată, în măsura în care acoperă necesarul autorității cunoscut de ofertant, **poate fi și oxigenul comprimat**, autoritatea contractantă stabilind acest lucru încă din documentația de atribuire. De altfel, contestatoarea demonstrează cunoașterea exactă atât a necesităților autorității contractante, cât și a normativelor în materie, arătând că soluțiile tehnice sunt, practic, reduse la două, știind consumul necesar, deci poate oferta oricând o soluție tehnică provizorie viabilă pe parcursul realizării instalațiilor.

Potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 ,,Orice persoană care se consideră vătămată **într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante** sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, **recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim**, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi''.

Potrivit art. 32 din Codul de procedură civilă, ,,(1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

De asemenea, art. 33 din același act normativ arată că ,,Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual''.

Modul în care își formulează cererea contestatoarea nu dovedește un interes legitim și nici unul personal în susținerea capetelor de cerere referitoare la situația de fapt a instalațiilor existente și specificațiilor tehnice ale buteliilor, fiind cert că în acest moment poate depune o propunere tehnică concretă, și nu una iluzorie, irealizabilă. Chiar și în

condițiile în care obiectul contractelor semnate de contestatoare și autoritatea contractantă se referă doar la două locații din 3, modul în care contestatoarea își formulează contestația arată că aceasta știe ce are de ofertat pentru soluția provizorie, putând oferta la reperul *"butelii mobile"* atât *"butelii de oxigen medicinal comprimat"* cât şi *"rezervoare mobile criogenice"*. Faptul că niciunde în reglementările legale şi standardele în vigoare nu există o definiţie a termenului de *„butelie mobilă"* astfel încât toţi ofertanţii să poată înţelege acelaşi lucru, nu înseamnă că societatea contestatoare nu a înțeles, iar în ceea ce îi privește pe ceilalți posibili ofertanți, contestatoarea nu are interesul în susținerea acestei critici, interesul său fiind să câștige ea procedura, și nu alți ofertanți. Prin urmare, contestatoarea, înțelegând pe deplin documentația de atribuire în ceea ce privește soluția provizorie, a arătat că nu are nevoie de proiectele instalațiilor, de specificații tehnice pentru butelii sau de descrierea instalației existente, deci nu justifică interes în promovarea contestației. Deci, deși autoritatea este obligată să publice specificațiile respective în baza deciziei Curții, în promovarea prezentei contestații, contestatoarea invocă un interes teoretic, de respectare a legalității, și nu unul practic, de obținere a unor precizări care să îi permită să depună o ofertă concretă, Consiliul urmând a respinge ca lipsite de interes criticile contestatoarei referitoare la situația de fapt a instalațiilor și specificațiile tehnice ale buteliilor, aspect care nu o scutește, însă, pe autoritate să furnizeze informațiile respective.

Aceeași soluție se impune și în ceea ce privește cerința referitoare la respectarea condițiilor de la fața locului, mai cu seamă că ofertanții au posibilitatea vizitării amplasamentului. Vizitarea amplasamentului, chiar dacă nu a fost impusă ca obligație ofertanților, este o condiție comună achizițiilor care necesită adaptarea la o serie de constrângeri ale spațiului respectiv, fiind cert că instalațiile trebuie să se potrivească amplasamentului, și nu amplasamentul instalațiilor. Din moment ce contestatoarea are în orice moment posibilitatea vizitării amplasamentelor, mai ales că este furnizor în cadrul unui contract, aceasta nu justifică niciun interes în anularea cerinței respective.

În ceea ce privește criticile de la pct. B3, despre care autoritatea contractantă arată în răspunsul său că ,,*în cazul în care ofertantul declarat câştigător va adopta soluţii tehnice adecvate prin care se pun la dispoziţie stocatoare care să respecte cerinţele autorităţii contractante, nu va fi necesară modificarea fundaţiei betonate. Dacă vreuna din fundaţia betonată de la cele trei locaţii nu va îndeplini condiţiile pentru montarea stocatoarelor propuse de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, autoritatea contractantă îşi va asuma cheltuiala de realizare a unei alte fundaţii care să fie corespunzătoare", d*eși răspunsul ar fi de natură să răspundă contestatoarei cu privire la eliminarea sintagmei ,,*dacă respectă volumul stocatorului existent pe locaţie, în caz contrar va cădea în sarcina ofertantului realizarea platformei şi autorizarea ei precum şi costurile aferente",* Consiliul reține că în procedura de față, nu sunt identificate fonduri pentru platforme și alte cheltuieli necesare montării instalațiilor.

Contestatoarea nu este mulțumită de măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă, solicitând modificarea măsurii de remediere

propuse de autoritatea contractantă, în sensul că aceasta îşi asumă costurile cu eventuala realizare a platformei şi cu autorizarea ei, autoritatea contractantă fiind obligată să coreleze această măsură de remediere cu cea adoptată la Secţiunea B.3. Totodată se solicită modificarea centralizatorului de preţuri din Formularul nr. 7 astfel încât să permită ofertarea de preţuri separate pentru produsele, serviciile şi lucrările solicitate ofertanţilor tocmai pentru că includerea acestora în preţul final de furnizare a oxigenului e de natură să încalce prevederi imperative ce vizează regimul în materie de TVA.

Consiliul reține că, într-adevăr, măsura de remediere propusă de autoritatea contractantă **nu are fundament legal în cuprinsul acestei proceduri.** Desigur, lucrările respective pot face parte dintr-o nouă documentație de atribuire, în condițiile existenței unor specificații tehnice clare, cu estimarea valorii și alte asemenea. Așa cum s-a subliniat mai sus, obiectul acestei proceduri vizează furnizarea unui medicament, și nu construcții, demolări ale platformelor existente, transport etc.

Ceea ce este de remarcat din analiza coordonată a dispozițiilor caietului de sarcini, este faptul că ,,*autoritatea contractantă pune la dispoziţia ofertanţilor (...) spaţiul necesar amplasării instalaţiilor de stocare, evaporare şi distribuţie oxigen medicinal lichefiat" și că ,,va pune la dispoziţie, în bune condiţiuni, fundaţiile betonate necesare amplasării instalaţiilor de stocare, evaporare şi distribuţie, care urmează să fie puse în funcţiune la fiecare locaţie. În acest sens se va transmite ofertantului declarat câştigător, în copie, autorizaţia de construcţie aferentă fiecărei locaţii în parte dacă respectă volumul stocatorului existent pe locaţie, în caz contrar va cădea în sarcina ofertantului realizarea platformei şi autorizarea ei precum şi costurile aferente*". De asemenea, Consiliul mai reține că, potrivit caietului de sarcini, necesitățile autorității contractante sunt satisfăcute de rezervoare criogenice având următoarele capacități minime:

-Locația 1-11.000 mc;
-Locația 2-5.400 mc;
-Locația 3- 8.000 mc.

Conform prevederilor caietului de sarcini și spuselor autorității din răspunsul la notificarea prealabilă, platformele sunt construite pentru aceste capacități. Respectând prevederile legale, autoritatea contractantă a permis operatorilor să depună stocatoare mai mari, cu condiția suportării cheltuielilor aferente montării acestor stocatoare, respectiv a autorizării și executării platformelor. Deci, autoritatea a acceptat diversitatea de soluții tehnice, aspru criticată de contestatoare în ceea ce privește libertatea alegerii soluțiilor pentru sursa provizorie, dar invocă aceeași libertate în ceea ce privește posibilitatea depunerii unui stocator mai mare. După cum s-a arătat mai sus, contestatoarea a livrat oxigen în locația 1 și 3, unde a avut posibilitatea să își monteze stocatoare corespunzătoare necesităților autorității contractante. În incinta 2, contestatoarea nu a livrat gaze, dar aceasta nu prezintă niciun argument din care să rezulte că nu poate furniza un stocator de capacitatea cerută de autoritatea contractantă, deci, dacă dorește un stocator mai mare, nu există nicio rațiune pentru care autoritatea contractantă ar trebui să plătească fonduri suplimentare, în

condițiile în care platforma existentă asigură suportul pentru rezervorul corespunzător necesităților sale. Dacă ofertanții doresc montarea unor rezervoare mai mari, soluție economică pentru diminuarea costurilor, atunci ei trebuie să se preocupe de refacerea platformelor, suportând costurile necesare, și nu autoritatea contractantă, care dorește cumpărarea de oxigen, și nu platforme. În același timp, este pusă sub semnul întrebării și perioada de realizare a instalației de 30 zile, în condițiile în care este necesară demolarea platformelor vechi, autorizarea și realizarea celor noi.

Mai reține Consiliul că nu este vorba nicăieri de favorizarea unor operatori care dețin rezervoare de aceste dimensiuni, așa cum susține contestatoarea, prin prevederea respectivă fiind favorizat doar bugetul autorității contractante, care nu poate fi obligată să suporte o serie de cheltuieli pentru a-i permite unui anumit ofertant să participe la procedură cu stocatoare de mari dimensiuni. În condițiile în care operatorul nu poate suporta costurile montării unui stocator mai mare, nimic nu îl împiedică să participe la procedură cu stocatorul în limitele cerute expres de autoritate sau comparabil cu aceste limite. Permisiunea acordată ofertanților de a veni cu stocatoare mai mari nu trebuie să greveze bugetul autorității contractante, deoarece într-o atare situație, ofertantul respectiv ar fi favorizat, autoritatea preluându-i o parte din costuri. Deci, costurile mai mari pentru operatorii cu stocatoare mai mari nu sunt generate de autoritate, ci de propria lor voință de a veni cu astfel de stocatoare, în condițiile în care necesitatea autorității este satisfăcută, fără costuri suplimentare, cu stocatoare mai mici, riscurile și cheltuielile suplimentare generate de stocatoarele mai mari aparținându-i ofertantului.

Susținerile contestatoarei referitoare la așa-numite imposibilități financiar-contabile de introducere în costurile oxigenului costurile necesare cu realizarea platformelor sau transportul sau sunt pure speculații, existând și multe alte cheltuieli taxate diferit care intră în costul oxigenului, cum ar fi cheltuielile cu munca vie. De altfel, contestatoarea nu facturează separat și diferit transportul de oxigen, facturând doar oxigen, nicăieri în documentația de atribuire neexistând dispoziții din care să rezulte că autoritatea plătește separat transportul, ci dimpotrivă. De altfel, niciun alt furnizor de medicamente nu solicită separat transport, sau, de pildă, cheltuieli vamale și alte asemenea, și separat prețul medicamentelor, cheltuielile de transport intrând în prețul medicamentului, conform înțelegerii părților, nefiind nimic ilegal într-o astfel de practică, așa cum susține contestatoarea. După cum rezultă din conținutul întregii contestații, contestatoarea nu dorește includerea respectivelor cheltuieli în costul medicamentului, ci dorește decontarea separată a respectivelor cheltuieli, respectiv eliminarea tuturor costurilor aferente montării instalațiilor și decontarea lor separată de către autoritatea contractantă (punctele B4 și B5), ori, așa cum s-a arătat, Curtea a stabilit că obiectul contractului este de furnizare oxigen, medicament, și nu construcție sistem integrat de distribuție oxigen, prin urmare toate solicitările contestatoarei referitoare la eliminarea din caietul de sarcini a tuturor prevederilor referitoare la suportarea anumitor costuri de către ofertant și punerea la dispoziția autorității cu titlu gratuit a

instalației de stocare, evaporare și distribuție sunt nefondate, întrucât vizează transformarea obiectului contractului dintr-unul de furnizare medicamente, în anumite condiții specifice respectivului medicament, într-unul de construire, închiriere instalație cu deservenți, servicii de transport etc.

Ad absurdum, susținerea contestatoarei se poate traduce prin aceea că TVA-ul de 9% se aplică doar pe costul medicamentului în sine, celelalte elemente de cost pentru a fi aduse în farmacie inclusiv cheltuielile de desfacere fiind taxate cu 18%. Dimpotrivă, potrivit codului fiscal, livrarea de medicamente se bucură de taxare redusă, deci și furnizarea de oxigen se bucură de această taxare redusă, indiferent de existența altor componente taxate diferit din cadrul produsului final.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a adoptat până în acest moment nicio măsură de remediere, ultimul act emis fiind răspunsul la notificarea prealabilă în care propune anumite măsuri, neacceptate, de altfel, de contestatoare, deci nu se impune modificarea remedierilor, așa cum solicită contestatoarea în concluziile depuse.

În ceea ce privește nota introdusă în actuala documentație de la finalul pag. 4, *„Notă: Autoritatea contractantă va pune la dispoziţia ofertantului câştigător proiectele fundaţiilor celor trei amplasamente la data semnării acordului cadru",* Consiliul reține că instanța a a reţinut, în decizia sa, că *„aceleaşi considerente se impun şi în ce priveşte clarificările solicitate referitor la documentaţia platformelor betonate [n.n. fundaţii betonate] existente deja, pe care autoritatea contractantă doreşte a le pune numai la dispoziţia ofertantului câştigător. (...) Chiar dacă toate aceste lucrări şi servicii sunt suportate financiar de către ofertant; fiind puse ia dispoziţia autorităţii contractante gratuit, şi nu sunt incluse în costul medicamentului ce trebuie prevăzut distinct în ofertă, totuşi ofertantului îi sunt refuzate acele informaţii privind specificaţiile tehnice minime de la faţa locului care să îi permită realizarea unei oferte corecte şi complete, compatibile cu nevoile autorităţii contractante şi cu situaţia de la faţa locului. Pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei\ precum şi pentru ca specificaţiile tehnice oferite să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi să nu aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici, Curtea apreciază că se impune remedierea documentaţiei de atribuire în sensul de a furniza tuturor ofertanţilor, şi nu doar ofertantului câştigător, copiile după proiectele de execuţie a fundaţiilor betonate existente în fiecare locaţie în parte".*

În plus față de acest argument, Consiliul reține că publicarea acestor informații reprezintă, în același timp, o măsură de protecție pentru pacienți și personalul spitalului, ofertanții având posibilitatea să observe la timp anumite abateri ale fundațiilor de natură a le compromite bunurile proprii, dar și integritatea spitalului sau lipsa anumitor autorizații. Autoritatea nu invocă secretul de serviciu pentru a susține că acestea sunt puse la dispoziție ofertantului câștigător, neaducând niciun argument pentru care susține că nu vor fi făcute publice în SEAP. De altfel,

autoritatea nu formulează, în mod concret, niciun fel de apărări, ci se limitează a formula o serie de răspunsuri laconice, fără justificări, unele din ele fiind de natură a schimba natura contractului, iar altele fiind insuficient motivate. Nu există niciun fel de motivație referitoare la ignorarea deciziei Curții de apel, respectiv chestiuni de siguranță care fac imposibilă publicarea acestor informații în SEAP sau alte asemenea, poziția autorității fiind una pasivă. De asemenea, lipsa acestor informații este de natură a crea suspiciuni referitoare la existența acestor documente, autoritatea nefăcând vorbire nici măcar de un număr al autorizației de construire.

Prin urmare, Consiliul constată necesitatea publicării documentației platformelor, tocmai pentru ca ofertanții să aibă cunoștință despre existența respectivelor documente, pentru a-și asuma în cunoștință de cauză furnizarea oxigenului, măsură ce concordă cu decizia Curții de apel.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la prezentarea specificațiilor tehnice pentru asigurarea de răspundere civilă de la pagina 3 partea finală din caietul de sarcini, Consiliul reține că autoritatea contractantă a arătat în răspunsul la notificarea prealabilă că ,,*La cerinţa B.6. prin care solicitaţi informaţii complete privind asigurarea de răspundere civilă vă comunicăm că* ***această cerinţă va fi eliminată****”.*

Astfel, deși măsura propusă de autoritate nu este întocmai solicitării contestatatoarei, Consiliul constată că aceasta răspunde solicitării, fiind mai mult decât solicită aceasta. Constatând acceptul autorității, Consiliul va admite capătul de cerere referitor la clarificarea caietului de sarcini cu privire la asigurarea de răspundere civilă și dispune eliminarea acesteia, în concordanță cu propunerile autorității contractante.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de completare a prevederilor de la punctul III.2.3 lit. a) din fişa de date referitor experienţa similară Consiliul reține că la Cerinţa nr. 1, criticată de contestatoare, se solicită: *"Lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani conţinând valori, perioade de livrare, beneficiari. Ofertantii trebuie să facă dovada că în ultimii 3 (trei) ani (calculaţi până la solicitarea autorităţii contractante) a furnizat produse similare în cantitate cumulată de minim 612.000 mc de oxigen medicinal lichefiat, prin prezentarea a unu sau mai multe contracte de furnizare".* Contestatoarea învederează că simpla prezentare a contractelor de furnizare încheiate anterior nu este de natură a dovedi şi furnizarea efectivă, completă şi corectă a obiectului menţionat în cuprinsul contractului, cerința urmând a fi completată cu solicitarea de prezentare de dovezi care să asigure faptul că respectivele contracte de furnizare au fost efectiv aduse la îndeplinire (de ex. certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar). De asemenea, contestatoarea învederează faptul că deşi în cadrul caietului de sarcini actual se solicită ofertanţilor şi prestarea de servicii precum şi efectuarea de lucrări (fundaţii şi montajul instalaţiilor în baza cărora se va face livrarea de oxigen), în cuprinsul fişei de date actuale nu se solicită niciun fel de experienţă similară cu privire la aceste tipuri de lucrări/ servicii.

Consiliul va respinge ambele solicitări de completare a cerinței respective. Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ,,Orice persoană **care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim** printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi''.

Totodată, Legea nr. 98/2016 stabilește următoarele:

-Art. 49. - Autorităţile contractante au obligaţia să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională.

- Art. 50. - (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.

După cum s-a arătat mai sus, obiectul acestei achiziții este furnizarea oxigenului, și nu construcția de fundaţii şi montajul instalaţiilor. Același tip de contract se atribuie în majoritatea spitalelor din România. Fiind un contract exclusiv de furnizare, așa cum s-a arătat, nu se poate solicita experiență în montarea instalațiilor, din moment ce aceste elemente nu sunt cuantificate în contract, nefiind decontate separat.

În același timp, Consiliul nu poate agrava cerințele de calificare, după cum nu poate impune solicitarea altor documente pe lângă cele solicitate deja, îngreunând accesul operatorilor la procedură. Pe de altă parte, operatorii nu se pot plânge de existența unor cerințe de calificare mult prea laxe, care stimulează concurența, ci se pot plânge de existența unor cerințe care le îngrădesc participarea la procedura de atribuire, fiindu-le vătămat dreptul de a participa la procedură. Solicitând contracte de furnizare oxigen, Consiliul nu poate agrava cerința în sensul depunerii contractelor de montaj instalații sau de construcții platforme sau prezentarea și de certificate constatatoare, mai cu seamă că în SEAP există numeroase astfel de certificate pentru toți furnizorii cunoscuți de gaze medicinale, o astfel de cerere vizând agravarea cerințelor de calificare fiind inadmisibilă, deoarece nu concordă cu scopul depunerii contestației stabilit de legiuitor, respectiv anularea actului vătămător, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere care să restabilească legalitatea, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim.

În ceea ce privește eliminarea prevederilor de la pag. 3 partea finală din caietul de sarcini actual şi de la punctul VI.3 subpunct 3 din fişa de date,

unde se prevede că autoritatea contractantă va încheia contractele subsecvente în funcţie de fondurile disponibile, contestatoarea susține că

potrivit art. 12 din Normele metodologice de aplicare ale Legii nr. 98/2016, anterior demarării oricărei proceduri de atribuire, o autoritate contractantă trebuie să aibă elaborat şi aprobat programul anual al achiziţiilor publice, iar acesta la rândul său trebuie să prevadă sursa de finanţare (art. 12 alin. 5 lit. d), iar potrivit art. 12 alin. (4) din Normele metodologice, autoritatea contractantă are obligaţia de a-şi actualiza programul anual al achiziţiilor publice în funcţie de fondurile aprobate, rezultând, astfel, că o procedură de atribuire nu poate fi demarată în lipsa asigurării fondurilor bugetare necesare derulării contractelor, fără încălcarea prevederilor legale aplicabile, iar potrivit prevederilor art. 190 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii, spitalele publice (cum este cazul autorităţii contractante) sunt instituţii publice finanţate integral din venituri proprii şi funcţionează pe principiul autonomiei financiare, prin aceasta înţelegându-se inclusiv faptul că spitalul este cel care elaborează bugetul propriu de venituri şi cheltuieli. Prin urmare, asumarea de obligaţii numai sub rezerva existenţei de fonduri disponibile (pe care tot autoritatea contractantă le stabileşte), echivalează cu o condiţie pur potestativă a autorităţii contractante. Or potrivit prevederilor art. 1403 Cod Civil, obligaţia contractată sub o condiţie suspensivă ce depinde exclusiv de voinţa debitorului nu produce niciun efect.

Consiliul reține că temerile contestatoarei potrivit cărora autoritatea nu ar lua oxigen suficient care să îi acopere cheltuielile pe durata acordului cadru sunt nefondate, fiind pur speculative. Deși elaborarea bugetului de venituri și cheltuieli se realizează de spital, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să cumpere mai mult oxigen decât îi este necesar. Fiind puțin probabil ca autoritatea contractantă să nu utilizeze oxigenul contractat cel puțin în cantitatea minimă, semnarea acordului cadru nu înseamnă că aceasta are obligația cumpărării cantităților maxime și nici că poate fi obligată să cumpere mai mult decât este necesar.

Potrivit art. 3 lit. c) ,,acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorităţi contractante şi unul ori mai mulţi operatori economici care are ca obiect **stabilirea termenilor şi condiţiilor care guvernează contractele de achiziţie publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, după caz, cantităţile avute în vedere**''.

Astfel, dacă acordul cadru ar fi obligatoriu în ceea ce privește cantitățile maxime, nu ar mai fi necesară semnarea de contracte subsecvente în funcție de necesitățile autorității contractante, acordul fiind suficient. Obligația nu este pur potestativă, de exemplu ,,cumpăr oxigen dacă voi dori'', ci în măsura în care prestează servicii medicale de natură a-i aduce bani la buget, va cumpăra oxigen pe măsura necesităților pacienților. De altfel, interpretarea contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă ar putea tăia, prin propria voință, fondurile pentru oxigen, neputând fi obligată să îl cumpere, este absurdă, acest medicament fiind de primă necesitate în orice spital de urgență, de el depinzând viața multor persoane. De altfel, după cum se observă din practica relațiilor contractuale dintre autoritate și contestatoare, aceasta nu a fost împiedicată nici de durata scurtă a contractelor obținute prin

negociere, să semneze astfel de contracte, cu toate că și pentru acestea avea cheltuieli, deci se prezumă că un contract pe 4 ani va fi mult mai favorabil decât unul pe o perioadă de 3 luni. Autoritatea nu poate cumpăra mai mult oxigen decât este necesar, neavând posibilitatea depozitării acestuia în afara stocatoarelor furnizorilor, nefiind posibilă înlăturarea acestei clauze și eventual obligarea autorității să îl consume, fiind absurdă și neeconomică o astfel de pretenție.

În ceea ce privește solicitarea de obligare a autorității contractante să prelungească durata de depunere a ofertelor, Consiliul reține că din motivele prezentate la punctele 114-116 din contestație, această măsură se solicită prin referire la data depunerii ofertelor stabilită în documentația de atribuire, respectiv 24.07.2017. Cum procedura a fost suspendată de Consiliu, această cerință nu mai este de actualitate, fiind rămasă fără obiect, urmând ca autoritatea contractantă, după revenirea din suspendare și publicarea documentelor dispusă de Consiliu și instanță, să stabilească un nou termen de depunere a ofertelor în conformitate cu dispozițiile legale.

Și în ceea ce privește capătul subsidiar de cerere referitor la obligarea autorităţii contractante la anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c), coroborat cu art. 2 alin. (2) lit. a), b) şi e) şi art. 49 din Legea nr. 98/2016, pentru formularea unor cerinţe ale documentaţiei de atribuire care nu conferă operatorilor economici participanţi un tratament egal şi nediscriminatoriu şi care nu conferă transparenţă şi proporţionalitate, Consiliul reține că în momentul de față, nu sunt identificate erori imposibil de remediat, din moment ce procedura este suspendată. prin urmare, nu se justifică anularea procedurii.

În ceea ce privește cheltuielile de judecată, contestatoarea a depus la dosar două facturi emise de cabinetul de avocatură însoțite de două extrase de cont, după cum urmează:

-Factura nr. 933/10.07.2017, în valoare de 39.460,97 lei, însoțită de extras de cont din 07.08.2017, din care rezultă că a plătit în contul cabinetului suma de 114.702,46 lei;

-Factura nr. 161/31.01.2017, în valoare de 38.991,58 lei, însoțită de extras de cont din 02.05.2017, din care rezultă că a plătit în contul cabinetului suma de 88.194 lei.

Observând că cea de-a doua factură este emisă anterior demarării procedurii, prin adresa nr. 34.575/2360-C4/21.08.2017, Consiliul a solicitat informații referitoare la respectiva factură.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 34775/21.08.2017, contestatoarea învederează că nu trebuie avută în vedere factura nr. SCA 00161/31.01.2017, ci exclusiv factura seria SCA nr. 000933/10.07.2017, achitată de Linde la data de 04.08.2017, rezultând, deci, că solicită cheltuieli de judecată 39.460,97 lei.

Potrivit art. 451 din codul de procedură civilă, ,,(1) Cheltuielile de judecată constau în taxele judiciare de timbru şi timbrul judiciar, **onorariile avocaţilor**, ale experţilor şi ale specialiştilor numiţi în condiţiile art. 330 alin. (3), sumele cuvenite martorilor pentru deplasare şi pierderile cauzate de necesitatea prezenţei la proces, cheltuielile de transport şi,

dacă este cazul, de cazare, precum şi orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfăşurare a procesului.

(2) Instanţa poate, chiar şi din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaţilor, atunci când acesta este vădit disproporţionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfăşurată de avocat, ţinând seama şi de circumstanţele cauzei. Măsura luată de instanţă nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat şi clientul său''.

Potrivit art. 452 din codul de procedură civilă, ,,**Partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condiţiile legii, dovada existenţei şi întinderii lor**, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei'', iar potrivit art. 453 din același act normativ, ,,(1) Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a câştigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

(2) Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părţi poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată. Dacă este cazul, judecătorii vor putea dispune compensarea cheltuielilor de judecată''.

Având în vedere cuantumul neobișnuit al onorariului solicitat în cauză, precum și natura autorității contractante, respectiv unitate sanitară de utilitate publică, notoriu cunoscute ca fiind subfinanțate, precum și valoarea relativ mică a acordului cadru a cărui atribuire se urmărește, Consiliul are obligația verificării îndeplinirii obligației contestatoarei de dovedire a cuantumului, existenței și întinderii lor. Din factura depusă de contestatatoare nr. 933/10.07.2017, în valoare de 39.460,97 lei, rezultă că aceasta este emisă pentru ,,servicii juridice: onorarii'', fără a fi menționată contestația în referință sau vreun contract de asistență juridică și reprezentare. La dosarul cauzei este depusă împuternicirea avocațială Seria B nr. 3372728/2017, în care este menționat contractul de asistență juridică nr. 854040/2017, având ca obiect asistență juridică și reprezentare ţn legătură cu procedura de achiziție publică nr. 176113/14.06.2017, respectiv redactare, depunere, susținere contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Astfel, din cele două documente rezultă că între societatea de avocatură și contestatoare s-a încheiat un contract de asistență și reprezentare, că societatea contestatoare a emis o factură pentru servicii de asistență, **onorarii**, și nu onorariu pentru o anumită cauză, și că societatea contestatoare a achitat o sumă mult mai mare decât cea facturtă, respectiv 114.702,46 lei. Cele trei documente nu apar a fi conectate între ele, în factură nefiind menționat numărul de contract de asistență, iar la dosar nefiind niciun alt document care să dovedească cuantumul onorariului pentru cauza de față sau că toată valoarea facturii este aferentă onorariului din prezenta cauză. Astfel, nu se face dovada că **onorariile** (nu onorariul) ar fi pentru contestația de față. Având în vedere cele constatate, Consiliul va respinge în totalitate solicitarea contestatoarei de acordare a cheltuielilor de judecată, întrucât din documentele depuse de contestatoare la dosar nu rezultă cuantumul și întinderea lor.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în

parte contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., respectiv solicitarea contestatoarei de punere la dispoziție a documentațiilor platformelor (fundațiilor), în concordanță cu Decizia Curții de Apel Oradea, precum și adoptarea măsurii de remediere referitoare la eliminarea din caietul de sarcini a obligației de a prezenta asigurare de răspundere civilă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate restul criticilor contestatoarei, precum și solicitarea referitoare la acordarea cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., respectiv solicitarea contestatoarei de punere la dispoziție a documentațiilor platformelor (fundațiilor), în concordanță cu Decizia Curții de apel Oradea, precum și adoptarea măsurii de remediere referitoare la eliminarea din caietul de sarcini a obligației de a prezenta asigurare de răspundere civilă.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de 15 zile de la data comunicării prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor contestatoarei, precum și solicitarea referitoare la acordarea cheltuielilor de judecată.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 39 (treizeci și nouă) pagini.