



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / / -

Data:

Prin contestațiile nr. / și nr. /, înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. / și nr. /, înaintate de SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin – director general, și convențional prin av., și de SC SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin, formulate împotriva adresei nr. 10477/15.11....., reprezentând răspuns la unele solicitări de clarificări ce privesc documentația de atribuire elaborată de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, 2 loturi, cu anunț de participare nr. din, s-a solicitat (..... SRL), ... (SC SRL).

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestațiile de față, prin care SRL și SC SRL reclamă adresa nr. 10477/15.11....., reprezentând răspuns la unele solicitări de clarificări ale documentației de atribuire, elaborate de, considerând că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/.....

În fapt, contestatoarea SRL precizează că, urmare a analizării anunțului de participare și a documentației de atribuire, a constatat anumite neclarități, solicitând autorității contractante, prin notificarea nr. 3722/09.11....., clarificări și remedieri pentru cele două loturi, "Oxigen medicinal lichefiat" și "Oxigen medicinal îmbuteliat".

Față de solicitările adresate, contestatoarea apreciază că răspunsul la solicitarea numărul 1, pentru lotul 1, este neclar și se impune a fi remediat astfel încât: *a. să se precizeze de către autoritatea contractantă dacă există sau nu alte spații deținute de aceasta și disponibile pe care ar putea fi amplasate echipamentele de stocare oxigen medicinal lichefiat; și b. să se transmită un răspuns complet și clar, referitor la caracteristicile constructive ale echipamentelor ce compun instalația de stocare.*

Cu privire la răspunsul solicitării de clarificare nr. 4, contestatoarea apreciază că s-ar impune anularea procedurii pentru lotul nr. 1.

De asemenea, răspunsurile de la solicitările de clarificare nr. 5, 6, și 7, contestatoarea le consideră confuze, neclare și care contravin conținutului caietului de sarcini, impunându-se de asemenea anularea procedurii pentru lotul nr. 1.

Contestatoarea mai arată, că, pentru lotul 2, la răspunsul solicitării de clarificare nr. 3, se menține restricționarea și eliminarea concurenței, având în vedere că în caietul de sarcini s-a menționat, în mod expres, ca furnizorul să pună la dispoziția autorității contractante buteliile necesare, fără niciun cost suplimentar, astfel încât solicitarea de deținere a unei stații/fabrici de încărcare în sau în Ilfov este restrictivă și eliminatorie și încalcă principiile prevăzute la art. 2, cât și art. 50 din Legea nr. 98/..... În acest sens, contestatoarea susține înlocuirea solicitării cu cea a deținerii unei autorizații de distribuție angro eliberată de Ministerul Sănătății prin ANMDM.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 2, art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/....., cât și pe cele invocate în cerere.

Ulterior, la data de, a fost înaintată Consiliului și contestația formulată de SC SRL ce critică răspunsul postat în SEAP la data de 15.11....., de către autoritatea contractantă, pentru lotul nr. 1 – Oxigen medicinal lichefiat, apreciind că autoritatea contractantă trebuie să-și formuleze cerințele tehnice astfel încât să permită accesul cât mai multor operatori economici la această procedură și nu să impună cerințe așa cum solicită actualul furnizor.

Astfel, referitor la răspunsul clarificare nr. 1, respectiv, "caracteristicile constructive ale echipamentelor care vor compune instalația de stocare sunt aceleași ca cele ale echipamentelor care compun instalația de stocare sunt aceleași cu cele ale echipamentelor care compun instalația existentă", cerință ce trebuie eliminată în opinia sa.

Cu privire la punctul 2 din răspunsul clarificării nr. 7, prin care se precizează că nu se acceptă o soluție provizorie, deoarece nu există capacitatea de stocare, contestatoarea consideră că menținerea acestei

cerințe este un abuz din partea autorității contractante, având în vedere că se pot utiliza soluții provizorii de furnizare a oxigenului medicinal lichefiat, soluții care implică costuri reduse pentru toți operatorii economici interesați în procedură.

Mai mult, menținerea acestei cerințe favorizează actualul furnizor de oxigen medicinal lichefiat, care are deja instalat stocătorul și care nu va mai face livrarea de oxigen medicinal comprimat la prețul oxigenului lichefiat, pe timpul instalării și autorizării noii instalații.

Totodată, contestatoarea precizează că, prin solicitarea unei soluții provizorii de oxigen medicinal comprimat, se consideră, în mod automat, că se impun cerințe furnizorului de oxigen medicinal lichefiat, de genul autorizații de punere pe piață/fabricație/distribuție de oxigen medicinal în butelii, în caz contrar în situația în care furnizorul nu deține sau nu poate furniza oxigen medicinal comprimat, este clar că nu poate participa la lotul 1.

Având în vedere cele semnalate, contestatoarea solicită modificarea răspunsului cu privire la acest aspect, în sensul acordării posibilității cât mai multor operatori economici de a participa la procedură prin acceptarea unei soluții provizorii, aprobată în condițiile legii pentru furnizare oxigen medicinal lichefiat, soluție conform obiectivului lotului 1 și nu soluție de oxigen medicinal comprimat, produs care necesită alte autorizații și avizări.

Contestatoarea mai precizează că, în data de 23.11....., a depus o notificare prealabilă autorității contractante, însă autoritatea contractantă nu a răspuns în termenul legal stabilit de lege.

Invocând prevederile art. 139 alin. (1) din Legea nr. 98/....., contestatoarea susține că, prin condițiile impuse de autoritatea contractantă atât prin documentația de atribuire cât și prin răspunsul la unele solicitări de clarificări, niciun operator economic, altul decât SRL, nu poate participa la procedură datorită amplasamentului fundației existente și a lipsei spațiului necesar pentru una nouă, solicitând pe această cale anularea procedurii.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 8 și art. 19 din Legea nr. 101/....., precum și orice alte dispoziții legale incidente în cauză.

Prin adresa nr. 10733/24.11....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 35931/24.11....., autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de SRL și copii din dosarul achiziției publice, solicitând respingerea ei ca nefondată și continuarea procedurii.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă precizează că nu a primit din partea contestatoarei o notificare prealabilă conform art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., adresa nr. 3722/09.11..... reprezentând solicitări de clarificări.

Față de aceste solicitări prin adresa nr. 10477/15.11....., autoritatea contractantă precizează că răspunsul oferit nu ar restricționa libera participare a operatorilor economici la procedură. Mai mult, a fost

de așa manieră încât să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedură, fără să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Față de răspunsul la clarificarea nr. 1, autoritatea contractantă susține că a menționat: "caracteristicile constructive ale echipamentelor care vor compune instalația de stocare sunt aceleași cu cele ale echipamentelor care compun instalația existentă" (în speță, a contestatorului).

Cu privire la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 4, coroborat cu un răspuns negativ la pct. 1.a. (lipsa altui spațiu disponibil), cum susține contestatoarea, autoritatea contractantă arată că, a răspuns la clarificările nr. 1 astfel: "... Spațiul destinat montajului instalației trebuie identificat înainte de data limită de depunere a ofertelor și adus la cunoștința autorității contractante în scris ...", motiv pentru care nu se încadrează în prevederile art. 212 din Legea nr. 98/....., pentru a anula lotul nr. 1 din prezenta procedură.

Cu privire la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5, autoritatea contractantă arată că "a fost eliminată cerința privind costurile demontării instalației de stocare actuale având în vedere că nu pot fi îndeplinite condițiile de acces și de demontare a instalației existente, impuse de proprietar, așa cum sunt menționate în Anexa 1 de la propunerea tehnică, așadar nu se va solicita demontarea stocatorului".

Referitor la răspunsul la solicitările de clarificări nr. 6 și 7, autoritatea contractantă arată că, în cadrul răspunsului de la pct. 6 a precizat, că: *În cazul în care câștigătorul licitației este altul decât proprietarul stocatorului existent și va identifica un spațiu pentru montarea altui stocator, soluția de alimentare cu oxigen medicinal lichid până la montarea și punerea în funcțiune, inclusiv autorizarea noilor instalații de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat, este responsabilitatea autorității contractante.*

În referire la răspunsurile la solicitările de clarificări pentru lotul 2, autoritatea contractantă, invocând prevederile Legii nr. 95/2006, Ordinul nr. 2021/2008 și Ordinul nr. 1706/2007, precizează că existența buteliilor de oxigen pentru transportul intra spitalicesc al pacienților, în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 1092/1500/07.09.2006 privind stabilirea competențelor și atribuțiilor echipajelor publice de intervenție de diferite niveluri în faza prespitalicească și pe mijloacele de intervenție terestre (ambulanțe, autospeciale fără capacitate de transport), etc. și aeronavele SMURD (elicoptere, avioane), este obligatorie.

De asemenea, conform legislației amintite și ținând cont că serviciul spitalului trebuie asigurat atât pentru cât și pentru Ilfov, autoritatea contractantă precizează că încărcarea într-un timp foarte scurt a buteliilor de oxigen este necesară pentru a putea asigura continuitatea asistenței medicale de urgență fără disfuncționalități.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că importanța unei stații de umplere butelii în și în Ilfov este necesară pentru asigurarea cu oxigen fără disfuncționalități, considerând, totodată, că a

îndeplinit cu bună credință obligațiile legale în ceea ce privește inițierea și derularea procedurii de achiziție în cauză, solicitând pe această cale respingerea contestației ca nefondată.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 101/.....

Prin adresa nr. 2073/14.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 38231/14.12....., SC SRL a transmis Concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției la sediul CNSC, precizând că autoritatea contractantă nu i-a transmis un răspuns la notificarea prealabilă și nici un punct de vedere la contestația formulată, deși avea această obligație.

Din analiza dosarului achiziției, SC SRL constată că autoritatea contractantă menține cerințele documentației de atribuire prin răspunsul la solicitarea de clarificare transmisă de, respectiv, în cazul în care un operator economic, altul decât proprietarul stocatorului existent, va identifica un alt spațiu pentru o nouă instalație de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat, caracteristicile constructive ale echipamentelor care vor compune instalația de stocare sunt aceleași ca cele ale echipamentelor care compun instalația existentă.

Totodată, invocând prevederile art. 139 alin. (1) – (3) din Legea 98/....., SC SRL, precizează că autoritatea contractantă, atunci când descrie particularitățile achiziției, trebuie să aibă în vedere constrângerile și complexitatea asociate respectivei achiziții, raportându-se la aspecte de natură tehnică, financiară și/sau contractuală, precum și la modalitatea de implementare a viitorului contract, aspecte de care nu s-au ținut cont.

În cazul de față, autoritatea contractantă s-a limitat la analiza acordului - cadru anterior semnat cu furnizorul, fără a analiza și aspectele menționate anterior.

În concluzie, SC GAZ consideră că nu operatorul economic trebuie să identifice alt spațiu de stocare pentru instalația de stocare oxigen, ci autoritatea contractantă are această obligație, inclusiv de a descrie particularitățile spațiului, raportându-se la aspecte de natură tehnică și fără a restricționa competiția în cazul de față.

Pentru toate motivele invocate, atât în contestație cât și în concluzii, SC GAZ solicită anularea procedurii.

Dosarul achiziției publice cuprinzând documentele necesare soluționării cauzei a fost înregistrat la Consiliu sub nr. 36087/24.11.....

Raportat la complexitatea cauzei, respectiv la numărul de solicitări repetate ale părților și nevoia garantării drepturilor acestora rezultând din dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/....., respectiv: Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-

jurisdicționale, cu respectarea dispozițiilor de la art. 24 alin. (2) din lege, Consiliul prelungește termenul de soluționare a cauzei.

Făcând aplicarea prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/....., după conexarea celor două contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, 2 loturi, Oxigen medicinal lichid, Oxigen medicinal gazos, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din, precum și a documentației de atribuire.

Nemulțumite de unele răspunsuri la solicitările de clarificări ce privesc cerințe ale documentației de atribuire, ... SRL și SC SRL au înaintat Consiliului prezentele contestații (îndeplinind procedura notificării prealabile stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/.....), solicitând revizuirea lor.

Văzând excepția inadmisibilității contestației depusă de SRL, invocată implicit de autoritatea contractantă, Consiliul dă întâietate analizei acesteia, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/.....: Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Astfel, Consiliul reține că autoarea excepției consideră în mod eronat, că adresa nr. 3722/09.11....., depusă de SRL în data de 10.11....., reprezintă o solicitare de clarificări și nu o notificare prealabilă "conform prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/.....", în condițiile în care, în cuprinsul adresei în discuție se face referire la "solicitări de clarificări și remediere", iar în finalul documentului se menționează clar, "Prezentul document are rolul și se interpretează inclusiv drept o notificare prealabilă în sensul prevederilor art. 6 din legea nr. 101/.....".

În sensul celor de mai sus, Consiliul constată îndeplinirea de către contestatoare a obligației stabilite la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., potrivit căroră "Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, (...)". În consecință, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată implicit, de autoritatea contractantă, ca nefondată.

Pe fondul cauzei, referitor la contestația formulată de SRL, Consiliul reține că aceasta a considerat ca fiind neclare/neconcludente/incoerente răspunsurile la clarificările/ remediile solicitate referitor la cerințe ale documentației de atribuire vizând lotul nr. 1 – Oxigen medicinal lichid (lichefiat).

Astfel, referitor la cererea contestatoarei ca răspunsul autorității contractante de la punctul nr. 1 să fie remediat, deoarece este "neclar", Consiliul constată că este parțial întemeiată.

În acest sens, se reține că solicitările făceau referire la: "caracteristicile constructive ale echipamentelor care compun instalația de stocare și care se regăsesc în documentația în baza căreia au fost obținute avizele legale pentru construcția fundației betonate", deci la situația existentă în prezent, cu clarificarea "dacă solicitați în prezenta procedură aceleași caracteristici existente la instalația contractată la data prezentei sau sunt solicitate alte instalații, ...". Prin răspunsul său, autoritatea contractantă a precizat că: În cazul în care un operator economic, altul decât proprietarul stocatorului existent, va identifica un alt spațiu pentru o nouă instalație de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat, caracteristicile constructive ale echipamentelor care vor compune instalația de stocare sunt aceleași ca cele ale echipamentelor care compun instalația existentă. Or, acest răspuns, coroborat cu cel de la punctul 5, respectiv: Câștigătorul licitației va avea obligația să pună în funcțiune o instalație de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat într-un spațiu care să răspundă tuturor cerințelor, avizelor și autorizațiilor legale în domeniu, identificat de către specialiștii operatorului economic în incinta SCUB, restricționează accesul operatorilor economici posibili ofertanți în prezenta procedură, în condițiile în care, deși nu au asigurat un spațiu corespunzător pentru instalația de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat, li se impune respectarea unor caracteristici constructive ale echipamentelor care vor compune instalația de stocare "aceleași ca cele ale echipamentelor care compun instalația existentă", ceea ce favorizează clar, actualul deținător al instalației, respectiv SRL, contestatorul în speță, care are astfel interes de a se preciza caracteristicile propriilor echipamente.

Cele constatate de Consiliu nu contrazic faptul că răspunsul autorității contractante din Clarificarea analizată nu este clar, caracterul restrictiv subzistând.

Referitor la susținerea neconcludenței răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 4, Consiliul constată că aceasta nu este probată/argumentată. Or, simpla declarare a existenței acesteia nu poate *impune anularea prezentei proceduri (Lot 1)*, așa cum solicită contestatoarea.

În ce privește susținerea contestatoarei vizând neclaritatea răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 5, nici aceasta nu a fost argumentată, neexistând motive care ar impune eliminarea răspunsului în cauză.

Referitor la susținerea contestatoarei vizând lipsa de coerență a răspunsului la solicitările de clarificări nr. 6 și 7, care ar impune anularea prezentei proceduri (lot 1), Consiliul reține că autoritatea contractantă a precizat că: *6. Soluția de alimentare cu oxigen medicinal lichid până la montarea și punerea în funcțiune, inclusiv autorizarea noilor instalații de stocare și evaporare oxigen medicinal lichefiat, este responsabilitatea*

autorității contractante; 7. ... Nu acceptăm o soluție provizorie deoarece nu avem capacitatea de stocare. Capacitatea noastră de stocare este sub o zi față de consumul de oxigen medicinal lichid. Din conținutul răspunsului de la pct.7 rezultă că, deși capacitatea de stocare a buteliilor cu oxigen medicinal, *este sub o zi față de consumul de oxigen medicinal lichid*, autoritatea contractantă își asumă *responsabilitatea asigurării soluției de alimentare*, aspect care face ca susținerea contestatoarei să apară ca fiind neîntemeiată.

În ce privește susținerea contestatoarei vizând răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3, referitor la lotul nr. 2 – Oxigen medicinal gazos (comprimat), Consiliul constată că este neîntemeiată. În acest sens, este de reținut că autoritatea contractantă a precizat în caietul de sarcini: "Furnizorul trebuie să dețină stație de încărcare oxigen medicinal în butelii în și/sau județul Ilfov", astfel încât, având în vedere că UPU -SMURD din cadrul SCUB asigură coordonarea resurselor SMURD din și Ilfov împreună cu Inspectoratul pentru Situații de Urgență Ilfov la aceasta adăugându-se și activitatea din spital în cadrul UPU, această cerință fiind astfel argumentată, cu atât mai mult cu cât aceasta asigură o arie destul de largă pentru îndeplinirea ei, iar stocarea la autoritatea contractantă nu se asigură pe o perioadă mai lungă de 1 zi.

De altfel, Consiliul consideră că sintagma "să dețină" nu exclude existența unor înțelegeri ale ofertantului cu un posesor de fapt/drept al unui astfel de spațiu.

În ce privește susținerea contestatoarei SC SRL, referitoare la cerința vizând lotul nr. 1 – Oxigen medicinal lichid (lichefiat), de eliminare a prevederii, "caracteristicile constructive ale echipamentelor care vor compune instalația de stocare sunt aceleași ca cele ale echipamentelor care compun instalația existentă", Consiliul constată că este întemeiată. În acest sens, este și motivarea de la pagina 7 din prezenta decizie, pe care nu o va mai relua.

Având în vedere stadiul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă suspendând procedura de atribuire, conform SEAP din data de, Consiliul constată că mai pot fi luate măsurile de remediere ale respectivei cerințe, din cadrul documentației de atribuire, așa cum a fost aceasta "clarificată" prin răspunsul autorității contractante nr. 10477/15.11.....

Având în vedere aspectele mai sus analizate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/....., Consiliul va admite, în parte, contestațiile formulate de SRL și SC SRL, respectiv cererile de remediere a documentației de atribuire în sensul precizat anterior și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, prin publicarea în SEAP a unei erate, cu respectarea dispozițiilor de la art. 55 din HG nr. 395/....., precum și a celor reținute în motivarea prezentei decizii.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte cereri ale contestatoarei SRL, precum și cererea

contestatoarei SC SRL de anulare a procedurii, având în vedere
posibilitatea de remediere așa cum s-a menționat mai sus.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestațiile SRL și SC SRL,
respectiv cererea de remediere a documentației de atribuire în sensul
precizat în motivare.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de
atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, prin publicarea în
SEAP a unei erate, cu respectarea dispozițiilor de la art. 55 din HG nr.
395/....., precum și a celor reținute în motivarea prezentei decizii.

Respinge, ca nefondate, celelalte cereri ale SRL, precum și
cererea contestatoarei SC SRL de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu
dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la
comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

....