



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 contestația nr. ., transmisă prin email și înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ., formulată de către SC SRL, cu sediul în municipiul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal prin ..., împotriva documentației de atribuire aferentă lotului nr. 1, elaborată de către, cu sediul în municipiul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare de gaze medicale și servicii diverse”, cod CPV 24111900-4 Oxigen (Rev.2), (anunț de participare nr. /), a solicitat Consiliului următoarele: *„să obligați autoritatea contractantă să comunice valoarea celui mai mare contract subsecvent pentru fiecare lot în parte; să obligați autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire prin împărțirea în două loturi a lotului 1: oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat; să ne permiteți accesul la dosarul achiziției publice în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016; în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, să obligați autoritatea contractantă să anuleze procedura de achiziție; suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. ., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. SRL critică documentația de atribuire aferentă lotului nr. 1, elaborată de către, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de

licitație deschisă, derulată online, pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare de gaze medicale și servicii diverse”, solicitând cele redată în partea introductivă.

După prezentarea argumentelor în susținerea cererii privind suspendarea procedurii până la soluționarea contestației, SC SRL precizează că, în data de, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, anunțul de participare, referitor la încheierea unui acord-cadru pe 36 luni, pentru lotul nr. 1 - „oxigen medicinal”, valoarea estimată a lotului fiind cuprinsă între 1.289.542,68 lei și 1.820.455,20 lei.

În ceea ce privește comunicarea valorii celui mai mare contract subsecvent pentru fiecare lot în parte, autoarea contestației învederează faptul că, în conformitate cu regulile de organizare a achiziției prin acord-cadru prevăzute la art. 20 alin. (8) lit. g), art. 35 alin. (3) lit. a) și art. 107 alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, anunțul de participare trebuie să conțină și un set minim de informații specifice, precum estimarea valorii celui mai mare contract subsecvent care urmează a fi atribuit, iar garanția de participare și criteriile de calificare trebuie să fie stabilite prin raportare la această valoare. Susține că, din analiza documentației de atribuire, nu reies astfel de informații, fapt ce denotă nerespectarea prevederilor legale susmenționate.

Criticând nedivizarea lotului 1 al procedurii de atribuire, petenta învederează Consiliului faptul că oxigenul medicinal lichefiat și oxigenul medicinal comprimat sunt două produse diferite, motiv pentru care apreciază că procedura de atribuire, în modalitatea publicată, încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, prin faptul că autoritatea contractantă intenționează a încheia „contractul” de achiziție publică cu un singur furnizor pentru cele două tipuri de gaze menționate, astfel cum acestea sunt separate și în cadrul caietului de sarcini: „*Oxigen medicinal lichid – gaz medicinal lichefiat: - trebuie să aibă compoziție $O_2 = \text{minim } 99,5\%$; $CO \leq 5 \text{ ppm}$; $CO_2 \leq 300 \text{ ppm}$; $H_2O \leq 67 \text{ ppm}$; - trebuie să aibă minim 3 luni de garanție de la data de fabricație a produsului*”; „*Oxigen medicinal gazos: trebuie să aibă compoziție $O_2 = \text{minim } 99,5\%$; $CO \leq 5 \text{ ppm}$; $CO_2 \leq 300 \text{ ppm}$; $H_2O \leq 67 \text{ ppm}$ trebuie să aibă minim 12 luni de garanție de la data de fabricație a produsului*”.

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

nivel european, autoritățile contractante sunt încurajate să împartă contractele de achiziție publică/acordurile-cadru în loturi, deoarece acesta este singurul mod de a sprijini I.M.M.-urile să participe la achizițiile publice.

În situația în care nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, organizatoarea procedurii are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. În acest sens, exemplifică autoritățile contractante care au derulat același tip de achiziție și au ales să atribuiască contracte similare pe loturi: - valoarea estimată - 1.871.100 lei - 3 loturi - Lot 1 „Oxygen medicinal lichid”, Lot 2 „Furnizare oxygen medicinal 93% $\pm$ 3%, produs la fața locului prin intermediul concentratoarelor/generatoarelor de oxygen”, Lot 3 „Oxygen medicinal gazos (tuburi)”, anunț de participare- valoarea estimată - 5.239.200 lei; 2 loturi: lot 1 „Oxygen, gaz medicinal lichid (criogenic)”, lot 2 „Oxygen, gaz medicinal comprimat”, anunț de participare CN1008339/17.01.2019; - valoarea estimată - 722.763,0 lei; 4 loturi: 1 „Oxygen medicinal lichefiat”, 2 „Oxygen medicinal îmbuteliat”, 3 „Protoxid de azot medicinal”, 4 „Dioxid de carbon medicinal”, anunț de participare simplificat ...

Arată că, potrivit legii, autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției, iar, dacă ia această decizie, nu este necesară nicio explicație, însă dacă decide să nu împartă pe loturi lotul (în cazul de față lotul 1), are obligația de a-și justifica decizia. Susține că, în cadrul documentației de atribuire publicată de autoritatea contractantă nu se regăsește nicio explicație în acest sens, însă, în cadrul caietului de sarcini, cele două produse: oxygen medicinal lichid și oxygen medicinal comprimat sunt tratate separat, ca două produse distincte.

Subliniază faptul că livrarea și administrarea la pacient a celor două medicamente: oxygen medicinal lichid și oxygen medicinal comprimat este independentă și total diferită. Astfel, în cazul oxygenului medicinal lichid, livrarea se face în ambalajul de transport, care este cisterna criogenică, iar depozitarea la achizitor se face în rezervor/stocator criogenic, urmând ca administrarea la pacient să se facă prin vaporizarea medicamentului pe rețeaua de conducte a ui de oxygen medicinal lichefiat către secții. Oxygenul medicinal comprimat este livrat în butelii, transportate cu mijloc auto, autorizat conform legii, iar aceste buteliile cu produs sunt depozitate în spațiile indicate de achizitor: depozit sau magazie.

Contestatoarea învederează faptul că, deși autoritățile contractante au posibilitatea de a diviza contractul în măsura în care este adecvat și fezabil, aceasta posibilitate nu trebuie utilizată în așa fel încât să se restrângă libera concurență, sens în care invocă principiile tratamentului egal și nediscriminării versus principiul proporționalității în atribuirea unui contractelor de achiziție publică. În opinia petentei,

divizarea în două loturi a lotului 1 nu presupune diminuarea răspunderii privind siguranța pacientului, deoarece răspunderea este aceeași pe fiecare produs în parte, indiferent cine este producătorul/distribuitorul acestuia. Identificarea unui efect negativ se face separat, pe fiecare produs în parte, indiferent de unde vine produsul respectiv.

Arată că, în realitate, nu toți operatorii economici autorizați să pună pe piață oxigen medicinal lichid sunt autorizați să pună pe piață și oxigen comprimat lichid, pentru fiecare dintre aceste produse existând o autorizație de punere pe piață, emisă separat, deoarece sunt produse care se ambalează și se transportă diferit. În acest sens, autoarea contestației apreciază că, prin nedivizarea pe loturi a lotului 1, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile în materia achizițiilor publice, afectându-i astfel interesul legitim de a participa la procedura de achiziție publică în cauză pentru motivele expuse în cadrul contestației.

Susține că, potrivit argumentelor autorității contractante, aceasta nu a ales să utilizeze lotul unic în funcție de necesități obiective, adaptând obiectul acordului-cadru pentru lotul 1, astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici, ci, dimpotrivă, a ales să restricționeze accesul și să influențeze în mod direct concurența.

Arătând că, în realitate, obiectul achiziției pentru lotul 1 este încheierea unui acord cadru pe 36 luni pentru următoarele produse: oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal comprimat, produse care sunt diferite, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la împărțirea pe două loturi a acestei achiziții, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedură și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Invocând prevederile art. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016, afirmă că, prin păstrarea lotului unic pentru cele două produse care fac obiectul lotului 1, se restricționează accesul operatorilor economici de a participa cu oferte la această procedură și nu se asigură cadrul legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială. Reiterează susținerea potrivit căreia, întrucât se achiziționează produse diferite în cadrul aceluiași lot, *„procedura de atribuire, în modalitatea publicată, încalcă principiile nediscriminării și proporționalității prin faptul că autoritatea contractantă intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate, respectiv: oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal comprimat”*.

Redând cerința 2 de la Cap. III.1.1.b) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, „Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate”* din fișa de date a achiziției prin care se solicită *„Autorizație de punere pe piață a produsului. Actul normativ care impune obligativitatea ac. Autorizări - Legea 95/2006 (art. 700, alin. (1) și (2); art. 730, alin. (5)) privind reforma în domeniul sănătății, Titlu XVII, Medicamentul, cu modificările și*

completările ulterioare, în baza Ordinelor MSF nr. 263/15.03.2003 și nr. 895/20.07.2006, contestatoarea apreciază ca fiind evident faptul că se restricționează accesul la procedura de atribuire și se încalcă principiile nediscriminării și proporționalității.

În sprijinul susținerilor sale învederează faptul că obligativitatea autorizărilor solicitate de către autoritatea contractantă, pentru fiecare dintre cele două produse, respectiv oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal comprimat, este impusă de următoarele acte normative: Legea 95/2006: art. 700 alin. (1) și (2); art. 730 alin. (5) privind reforma în domeniul sănătății, Titlu XVII, Medicamentul, cu modificările și completările ulterioare în baza Ordinelor MSF nr. 263/15.03.2003 și nr. 895/20.07.2006, Regulamentul CE nr 726/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 31.03.2004 de stabilire a procedurilor comunitare privind autorizarea și supravegherea medicamentelor de uz uman și veterinar, Regulamentul CE nr. 1234/2008 al Comisiei din 24.11.2008 privind examinarea modificărilor condițiilor autorizațiilor de introducere pe piață acordate pentru medicamentele de uz uman și veterinar.

De asemenea, petenta susține că, în caietul de sarcini, nu a identificat o cerință potrivit căreia furnizarea fiecăruia dintre cele două gaze este dependentă de furnizarea celuilalt. Niciunde nu se arată că, pentru lotul 1, cele două gaze trebuie livrate doar împreună și doar de către un singur operator economic, cu atât mai mult cu cât „nu se achiziționează un ansamblu unitar de produse medicale, ci produse separate”, împrejurare care relevă faptul că necesitățile autorității contractante pot fi acoperite chiar dacă gazele provin de la operatori economici diferiți.

Totodată, contestatoarea invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016, precum și considerentul introductiv din Directiva europeană 2014/24/CE, în cadrul căreia sunt subliniate aspectele importante de care autoritățile contractante trebuie să țină cont atunci când elaborează cerințele pentru procedurile de achiziție. În acest sens, arată că cele două produse au destinații diferite și sunt furnizate de către operatori economici autorizați în acest sens, iar fiecare autorizație se obține pentru fiecare produs în parte și, în niciun caz, pentru cele două produse. Arată că, în caietul de sarcini, se solicită, în mod explicit, pentru fiecare produs în parte, următoarele documente: avize, autorizații, APP etc., documente care puteau fi solicitate și dacă lotul era divizat, autoritatea contractantă tratând oricum separat fiecare produs ce face obiectul acestei achiziții de lot unic.

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea invocă și principiile consacrate de Codul European de Bune Practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziție publică, art. „1.1 Divizare în loturi”, care reglementează expres că „Directivele referitoare la achiziții publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi”. În opinia sa, se impune împărțirea achiziției, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura

în cauză, fără a recurge la asociere sau subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează, fiindu-i imposibil să se asocieze sau să subcontracteze aceste gaze.

Subliniind faptul că operatorii economici specializați pe un singur tip de gaze nu au acces fie din cauza obiectului contractului, care excede propriului obiect de activitate, cum este cazul său, fie din cauza cerințelor impuse prin documentația de atribuire, petenta invocă art. 32 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, care, la alin. (2) prevede ca „autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența”, situație care apare, în mod evident, în această procedură pentru lotul 1. De asemenea, invocă decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007, prevederile art. 14 alin. (1) și art. 15 din Codul civil, deciziile C.N.S.C. nr. ,, nr. , și nr..

În același sens, arată că împărțirea pe loturi este permisă de legiuitor conform prevederilor art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind descrisă ca un drept de care autoritățile pot uza, în condițiile legii. Mai subliniază și faptul că, potrivit prevederilor alin. (2) al articolului susmenționat, decizia autorității contractante de a nu lotiza trebuie să aibă în vedere cel puțin: gradul de interdependență între loturi, însă produsele care formează obiectul lotului 1 sunt medicamente diferite, nu există niciun grad de interdependență între ele; realizarea pe loturi face executarea contractului dificilă din punct de vedere tehnic și/sau sau costisitoare în raport de avantajele potențiale ale lotizării, însă, în procedura de față, nu se poate vorbi de dificultatea executării contractului, iar din punct de vedere al prețului, sigur atribuirea lotului 1 în două loturi ar aduce o economie importantă ui; activitatea de coordonare a contractanților, funcție de loturile atribuite, să fie de natură a afecta gestionarea respectivelor contracte de către autoritatea contractantă, însă nu este cazul, indiferent dacă este vorba de un singur contractant sau de două, produsele care fac obiectul lotului 1 nu impun coordonarea sau gestionarea diferită a livrărilor produselor respective, ele sunt medicamente și vor fi comandate individual, recepționate individual, transportate individual etc.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, precum și alte dispoziții incidente în cauză. În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

La dosarul cauzei a fost depusă, atașat exemplarului original al contestației, înregistrat la Consiliu sub nr.,, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ,, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Piața Alba Iulia, în valoare de , lei.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la C.N.S.C. sub nr. , formulat cu privire la contestația depusă de SC SRL, autoritatea contractantă a precizat că lotul 1 al procedurii de atribuire nu poate

fi divizat, deoarece „este vorba despre același produs, cu aceleași caracteristici la care diferă doar modul de ambalare”. Precizează că SC SRL nu i-a solicitat clarificări privind aspectele criticate în contestație.

Susține că, în cazul divizării pe loturi a lotului 1, este posibil ca, în cadrul procedurii, să nu fie depusă nicio ofertă și astfel să nu poată oferi serviciile medicale necesare pacienților și să nu poată utiliza nici celelalte produse achiziționate.

Autoritatea contractantă precizează că dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat să se realizeze de către un singur operator economic, „datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența”. În opinia sa, ofertarea pe loturi presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv. În legătură cu aceste aspecte, ... redă prevederile pct. f din Ordinul nr. 131 din 04.02.2016 al ministrului sănătății.

În probațiune, au fost depusă, în copie, strategia de contractare.

Conform art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.

În temeiul normei juridice mai sus invocată, prin adresa nr., Consiliul a invitat contestatoarea la sediul său în vederea studierii dosarului cauzei, aceasta din urmă prezentându-se în data de 08.10.2020, respectiv 09.10.2020. Ulterior a transmis concluziile scrise înregistrată la Consiliu sub nr. ,.

În cadrul documentului de mai sus, contestatoarea reia argumentele prezentate în cuprinsul contestației cu privire la încălcarea principiului nediscriminării și principiul tratamentului egal de către autoritatea contractantă prin nedivizarea lotului 1.

Față de acest aspect, afirmă că împărțirea lotului nr. 1 în două loturi distincte nu generează riscuri suplimentare pentru autoritatea contractantă în ceea ce privește trasabilitatea și farmacovigilența.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru, cu o durată de 36 luni, având ca obiect „Furnizare de gaze medicale și servicii diverse”, cod CPV 24111900-4

Oxigen (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr. /).

La pct. II.1.5) Valoarea totală estimată din cadrul anunțului de mai sus se precizează „un interval între: 1.500.122,12 lei fără T.V.A. – 2.243.191,68 lei fără T.V.A.”.

În ceea ce privește loturile aferente, în cadrul anunțului de participare de mai sus, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

- Pct. II.2.1) Titlu:

- o Lotul nr. 1 – Oxigen medicinal - valoare estimată: intervalul între 1.289.542,68 lei – 1.820.455,20 lei fără T.V.A.;
- o Lotul nr. 2 – Protoxid de azot medicinal – valoare estimată: între 184.271 și 370.119,60 lei fără T.V.A.;
- o Lotul nr. 3 – Dioxid de carbon – valoare estimată: între 26.308,44 lei și 52.616,88 lei fără T.V.A.

De asemenea, la pct. II.2.5.) se precizează că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, a fost ales criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

În urma luării la cunoștință a documentației de atribuire de mai sus, SC SRL nu a fost de acord cu modul de elaborare a acesteia pentru lotul nr. 1 - Oxigen medicinal și a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând printre altele suspendarea procedurii de atribuire în cauză.

Conform art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației”.*

Având în vedere norma juridică de mai sus, prin Încheierea nr., Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, cererea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire, întrucât a constatat că, la rubrica „Stare lot”, pentru cele trei loturi se regăsește mențiune: “Suspendată”.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Prin raportare la contestația în cauză, Consiliul va lua în considerare că prima solicitare a contestatoarei vizează obligarea autorității contractante la *„comunicarea valorii celui mai mare contract subsecvent”* aferent lotului nr. 1.

Relevante în acest sens, Consiliul apreciază ca fiind și dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căroră *„După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației (...).”*

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 41848/28.09.2020, autoritatea contractantă a transmis următoarele: *„(...) valoarea pentru lotul nr. 1 a celui mai mare contract subsecvent este: 429.800 lei”.*

Având în vedere cele de mai sus, inclusiv faptul că documentul în cauză a fost la dispoziția contestatoarei, în data de 09.10.2020, cu ocazia consultării dosarului cauzei, conform probelor aferente, Consiliul va respinge prima critică ca rămasă fără obiect.

În continuare, referitor la următoarea critică, Consiliul reține că, în opinia contestatoarei, deoarece „(...) oxigenul medicinal lichefiat și oxigenul comprimat sunt 2 produse diferite (...) procedura de atribuire în modalitatea publicată pentru lot 1 încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că autoritatea contractantă intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru cele 2 tipuri de gaze (...) în mod nejustificat deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției”.

Conform art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației”.

Aplicând norma legală de mai sus, prin adresa nr. 19436/30.09.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 42299/30.09.2020, ...menționează următoarele: „(...) lotul 1 nu poate fi împărțit pe loturi deoarece este vorba de același produs (...) este posibil ca prin divizarea loturilor să nu se prezinte niciun ofertant (...) autoritatea contractantă dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat să se facă de un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența. Divizarea pe loturi presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care din furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv”.

În legătură cu acest aspect, Consiliul are în vedere faptul că la pct. II.2.1 Denumire lot nr. 1 din cadrul fișei de date a achiziției se menționează „Oxygen medicinal”; de asemenea, la rubrica „Cantități minime și maxime acord cadru 36 luni gaze medicinale”, pentru lotul nr. 1 Oxigen medicinal sunt precizate 2 (două) produse – Oxigen medicinal lichid și Oxigen medicinal gazos.

Consiliul va respinge alegația autorității contractante conform căreia „lotul 1 nu poate fi împărțit pe loturi deoarece este vorba de același produs”, întrucât, urmare a studierii caietului de sarcini, a rezultat că este vorba despre 2 (două) produse distincte.

Astfel, conform rubricii „caracteristici tehnice ale produselor”, pentru oxigenul medicinal lichid sunt prevăzute alte „condiții obligatorii ce vor sta la baza întocmirii documentației pentru echipamentele de stocare și distribuție” față de oxigenul medicinal gazos, cum ar fi „soluțiile tehnice de livrare și stocare (...) garanția produsului (...) graficul de livrare”.

În continuare, Consiliul va lua în considerare dispozițiilor art. 141 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc următoarele: *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției; (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului; (3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta **are obligația de a justifica decizia** de a nu atribui contractul pe loturi”.*

Potrivit normelor legale citate mai sus, chiar dacă nu este prevăzută explicit obligația expresă ca autoritatea contractantă să recurgă la divizarea pe loturi, în opinia Consiliului, art. 2 alin. (2) lit. a), b) și e) din Legea nr. 98/2016 impune, în mod evident, respectarea, de către autoritatea contractantă, a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv: *nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea*, care au ca scop asigurarea și mărirea concurenței, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor, care ar putea fi, la fel de bine, achiziționate separat.

De asemenea, atunci când autoritatea contractantă alege să nu atribue pe loturi achiziția anumitor produse, în cazul de față: *oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal gazos*, conform art. 141 alin. (3) din Legea 98/2016, aceasta este obligată să justifice această decizie astfel încât să demonstreze că nu restrânge concurența.

Relevante, în aceste sens, sunt și prevederile art. 50 alin. (1) și (2) din același act normativ, conform cărora: *„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței; (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”.*

Potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă, prin intermediul strategiei de contractare, prezintă *„justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”.*

Din verificarea Strategiei de contractare nr. 17982/07.09.2020, pag. 1 – 15, Consiliul constată că, referitor la lotul nr. 1 Oxigen medicinal, autoritatea contractantă s-a limitat la a preciza: „a) Oxigen lichefiat (...) se vor livra gaze medicale; b) Oxigen medicinal gazos în butelii (...)”, fără a furniza nicio altă informație aferentă; informațiile suplimentare din cadrul punctului de vedere nr. 19436/30.09.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 42299/30.09.2020 fiind ulterioare contestației în cauză.

Or, în opinia Consiliului, argumentele autorității contractante din cadrul punctului de vedere, potrivit cărora „este posibil ca prin divizarea loturilor să nu se prezinte niciun ofertant (...) autoritatea contractantă dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat să se facă de un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența. Divizarea pe loturi presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat care din furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv””, nu sunt concludente astfel încât să justifice imposibilitatea furnizării separate a oxigenului medicinal lichefiat și a celui gazos.

Înstabilirea acestei concluzii, Consiliul apreciază că, indiferent de numărul de furnizori, responsabilitatea pentru produs incumbă producătorului care, în general, nu se află în relație directă cu autoritatea contractantă, ci cu ofertantul care va fi declarat câștigător. Prin urmare, acest aspect se poate acoperi prin intermediul clauzelor contractuale și nu prin evitarea divizării pe loturi.

Așadar, nedivizarea acestora pe loturi distincte este o decizie nesusținută a autorității contractante care, evident, restrânge concurență și nu stimulează participarea unui număr cât mai mare de operatori economici. În acest sens, prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu ambele categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a gazelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de produse, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea și/sau distribuția ambele tipuri de gaze, autoritatea limitează accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați pe unul sau mai puține tipuri.

Prin urmare, la modul cum este redactată în prezent documentația de atribuire, fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru ambele tipuri de oxigen medicinal, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferi întreaga gamă vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme.

Față de cele evocate, Consiliul stabilește că prin împărțirea pe două loturi distincte cu consecința accesului unui număr cât mai mare de operatori economici specializați, la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea contractantă va crea premisele pentru

obținerea unor prețuri de achiziție corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice, iar promovarea concurenței între operatorii economici însemnând, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

În opinia Consiliului, autoritatea contractantă nu este afectată de împărțirea pe loturi a celor două produse, ci dimpotrivă, va realiza o utilizare eficientă a fondurilor. Din analiza produselor pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze și având în vedere natura diferită a acestora, Consiliul apreciază că, la această procedură de atribuire, concurența reală ar putea fi asigurată doar prin participarea unor asocieri de operatori economici, iar în condițiile în care asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, caracterul restrictiv al modului de întocmire al documentației de atribuire este demonstrat.

De asemenea, relevant, în acest sens, și art. 3 lit. lit. dd) din Legea nr. 98/2016, care definește noțiunea de lot astfel: *„fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”*.

Pentru toate motivele expuse mai sus, Consiliul consideră că neîmpărțirea pe loturi pentru cele 2 (două) produse indicate, conduce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura susmenționată, iar procedura se va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 98/2016.

În consecință, Consiliul apreciază că față de cele mai sus menționate, singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurența o constituie împărțirea pe loturi a lotului nr. 1, respectiv pentru oxigen medicinal lichefiat și oxigen medicinal gazos, ca singură modalitate de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006.

Prin urmare, va obliga autoritatea contractantă la efectuarea modificării de mai sus, cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, conform căroră *„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai*

târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare". Remedierea anterior dispusă va conduce la respingerea solicitării de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Având în vedere motivarea anterioară, în temeiul art. 26 alin. (2), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către SC SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, astfel:

- va respinge ca rămasă fără obiect solicitarea privind comunicarea valorii celui mai mare contract subsecvent aferent lotului nr. 1;
- va admite critica privind împărțirea pe loturi a lotului nr. 1 și va obliga autoritatea contractantă la modificarea pct. II.2.1 Denumire lot nr. 1 – Oxigen medicinal din cadrul fișei de date a achiziției în 2 (două) loturi distincte, aferente produselor Oxigen medicinal lichid și Oxigen medicinal gazos, cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, astfel cum este precizat în cadrul motivării anterioare, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la comunicarea deciziei aferente;
- pe cale de consecință va respinge solicitarea de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către SC SRL, cu sediul în municipiul, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, cu sediul în municipiul, astfel:

- respinge ca rămasă fără obiect solicitarea privind comunicarea valorii celui mai mare contract subsecvent aferent lotului nr. 1;
- admite critica privind împărțirea pe loturi a lotului nr. 1 și obligă autoritatea contractantă la modificarea pct. II.2.1 Denumire lot nr. 1 – Oxigen medicinal din cadrul fișei de date a achiziției în 2 (două) loturi distincte, aferente produselor Oxigen medicinal lichid și Oxigen medicinal gazos, cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, astfel cum este precizat în cadrul motivării anterioare în termen de 15 (cincisprezece) zile de la comunicarea deciziei aferente;
- pe cale de consecință respinge solicitarea de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016.

