

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 contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19429/14.04.2022, depusă de către SC ...SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin SPRL ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea acordului - cadru având ca obiect „*Oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe)*”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei;
- obligarea autorității contractante la remedierea neregulilor din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul (i) distribuirii gazelor medicale în trei loturi distincte (i.e. oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și dioxid de carbon medicinal), (ii) eliminării din cadrul documentației de atribuire a obligației de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri, (iii) eliminarea condițiilor restrictive privind caracteristicile buteliilor de dioxid de carbon medicinal, și (iv) rectificarea neconcordanțelor dintre partea scrisă și tabelul din cuprinsul caietului de sarcini privind produsele ce urmează a fi achiziționate;
- în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de remediere a documentației de atribuire, anularea procedurii de atribuire pentru nerespectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată suportate de ... în cadrul prezentei proceduri administrativ-jurisdicționale.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19429/14.04.2022, depusă de către SC ...SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documenteției de atribuire.

I. Un prim aspect contestat de către SC ... SRL privește lipsa grupării celor trei gaze medicale în loturi separate.

Contestatoarea apreciază că lipsa împărțirii pe loturi a celor trei gaze medicale înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate categoriile de gaze medicale solicitate de a participa în cadrul procedurii de atribuire, reprezentând o încălcare a principiului nediscriminării și egalității de tratament.

Menținerea unei concurențe loiale (sau menținerea condițiilor de concurență echitabile) este o preocupare esențială în vederea obținerii unor rezultate eficiente din punct de vedere economic în cadrul procedurilor de achiziții publice.

Legislația în domeniul achizițiilor urmărește să prevină orice denaturare sau restricționare a concurenței în cadrul comunității, iar orice încercare de a împiedica operatorii economici de a participa la licitație va fi interzisă.

Această obligație a autorității de asigurare a unui echilibru al mediului concurențial nu este respectată, deoarece urmărește achiziționarea tuturor produselor de la un singur operator economic, care se individualizează în mod direct din criteriile și caracteristicile tehnice ale documentației de atribuire. Având în vedere Anexa 1 a Caietului de sarcini, autoritatea contractantă urmărește achiziționarea în bloc următoarelor gaze medicale:

TIP	NR.C RT.	DENUMIRE	UM
	1	BUTELII-OXIGEN-CAPACITATE: 30 LITRI	BUC
	2	BUTELII-OXIGEN-LIV-CAPACITATE: 5 LITRI	BUC
	3	BUTELII-OXIGEN-SIMPLE-CAPACITATE : 5 LITRI	BUC
	4	BUTELII-OXIGEN- LIV-CAPACITATE: 8 LITRI	BUC
	5	BUTELII-OXIGEN- LIV-CAPACITATE: 2 LITRI	BUC
	6	BUTELIE-CO2-CAPACITATE: 7,5 KG	BUC
	7	BUTELII-OXIGEN-SIMPLE-CAPACITATE 10 LITRI	BUC
	8	BUTELII-OXIGEN	BUC
	9	CHIRIE BUTELII SIMPLE	BUC/ZI
	10	CHIRII-BUTELII-LIV	BUC/ZI
	11	TAXA-TRANSPORT-BUTELII	TRANSP
	12	OXIGEN-MEDICINAL-LICHEFIAT	Nmc
	13	CHIRIE ECHIPAMENTE DE STOCARE ȘI VAPORIZARE OXIGEN MEDICINAL	BUC PTR. 1 LUNĂ
	14	TAXA TRANSPORT OXIGEN MEDICINAL LICHEFIAT	1 transport
	15	SERVICII MONITORIZARE NIVEL OXIGEN STOCATOR	BUC.PTR. 1 LUNĂ

Conform Secțiunii 11.1.6) *Informații privind loturile* din fișa de date, contractul nu este împărțit pe loturi.

În timp ce oxigenul medicinal este cel mai utilizat în practica medicală, fiind produs și furnizat de toți operatorii economici prezenți pe piața gazelor medicale, ultimul produs - dioxidul de carbon medicinal poate fi furnizat exclusiv de doi operatori economici autorizați în acest sens (... și ...).

Măsura repartizării pe loturi este necesară, întrucât autoritatea contractantă ar fi trebuit să cunoască piața gazelor medicale, precum și faptul că doar doi operatori economici sunt autorizați să furnizeze dioxid de carbon medicinal (produsul de la nr. 6 din tabelul de mai sus). Astfel, pot participa la procedura de atribuire doar doi furnizori de gaze medicale apți să încheie acordul-cadru, aceștia fiind ... și ... (ultimul fiind furnizorul actual de gaze medicale al Spitalului Deva), întrucât există doar doi producători care dețin autorizații de punere pe piață valabile pentru dioxidul de carbon medicinal (conform Anexei nr. 2 a prezentei - extras din Lista medicamentelor din nomenclator ANMDMR).

Acest fapt se datorează obținerii recente a autorizării ANMDM de punere pe piață a dioxidului de carbon medicinal de către ...-până de curând exista un singur furnizor de dioxid de carbon medicinal, respectiv Linde România.

În acest sens, ceilalți furnizori de gaze medicale precum oxigen medicinal lichefiat nu își pot depune oferta deoarece nu furnizează, alături de celelalte produse și dioxid de carbon medicinal (e.g. ..., Sol S.P.A.).

Ținând cont de obligația autorității contractante de a achiziționa produse și servicii în condiții de eficiență economică și socială conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, aceasta trebuie să acorde importanță procesului economic de stabilire a ofertelor într-un mediu concurențial, prin participarea a cât mai mulți operatori economici în cadrul procedurii de atribuire a gazelor medicale.

Prin lipsa împărțirii pe loturi separate a celor trei gaze medicale, astfel încât atribuirea contractului-cadru să fie posibilă doar pentru doi operatori economici, respectiv ... și ..., motivația stabilirii unor oferte cât mai avantajoase pentru atribuirea contractului-cadru este redusă substanțial.

Pe de altă parte, conform art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție este o prerogativă care aparține autorității contractante, precum este și prerogativa stabilirii dimensiunii acestor loturi.

Din interpretarea sistematică a prevederilor art. 3 alin. (1) pct. 30 din Legea nr. 98/2016, rezultă că prerogativa stabilirii loturilor suferă unele limitări legale privind, pe de-o parte, asigurarea unui cadru concurențial, și pe de altă parte, încurajarea participării întreprinderilor mici și mijlocii în cadrul procedurii de atribuire.

Având în vedere situația de fapt, autoritatea contractantă chiar dacă urmărește necesitatea proprie de asigurare a gazelor medicale, încalcă

flagrant limitele de exercitare a prerogativei de stabilire a loturilor, cu nerespectarea asigurării accesului operatorilor economici, în special a întreprinderilor mici și mijlocii, din cauza (i) lipsei divizării pe loturi a produselor comercializate de toți operatorii economici, față de produsele furnizate doar de doi operatori, și (ii) a cantității substanțiale de produse (valoarea totală estimată fiind de 22.920.800 lei, 48 de luni).

Responsabilitatea autorității contractante în stabilirea cerințelor minime de calificare impunea ca aceasta să analizeze factori precum complexitatea, volumul, durata și valoarea acordului-cadru în raport cu operatorii economici existenți pe piața relevantă. În acest mod, criteriile de selecție aveau ca rezultat selectarea ofertanților cu cea mai potrivită capacitate economică și tehnică pentru executarea acordului-cadru în condiții optime.

Lipsa unei atribuirii pe loturi în speță nu poate conduce la un astfel de rezultat, deoarece întreprinderile mici și mijlocii care aveau capacitatea tehnică și financiară de a furniza doar unul dintre cele trei gaze medicale nu își pot depune ofertele în acest sens, rezumând astfel procedura de achiziție la cei doi furnizori de gaze medicale care pot susține furnizarea întregului pachet de gaze medicale în bloc.

În concluzie, contestatoarea apreciază că se impune împărțirea celor trei gaze medicale în 3 loturi distincte, câte unul pentru fiecare gaz medical în parte, astfel încât operatorii economici care furnizează doar o categorie de gaze medicale să poată fi eligibili și să fie motivați să depună oferte cât mai competitive pentru fiecare tip de produs în parte.

II. Contestatoarea invocă existența unor cerințe tehnice restrictive privind buteliile de oxigen medicinal comprimat.

Conform caietului de sarcini: *"Furnizorul este obligat să: Pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii pentru oxigen medicinal. Capacitatea buteliilor de oxigen medicinal trebuie să fie: 2 litri, 5 litri, 8 litri, 10 litri, 50 litri."*

Cerința furnizării oxigenului medicinal în butelii de 8 litri este în măsură să afecteze concurența prin restrângerea participării operatorilor economici activi pe piața de gaze medicale din România, cu excepția Linde România, care, în acest moment, este singurul operator economic autorizat să îmbuteliizeze acest produs în butelii de 8 litri.

Această informație poate fi regăsită pe site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România (<https://nomenclator.anm.ro/medicamente>), unde sunt înregistrați toți operatorii economici care produc oxigen medicinal comprimat și dețin o autorizație de punere pe piață în acest sens.

Capacitatea buteliilor în care operatorii economici pot furniza oxigen medicinal comprimat este menționată în cuprinsul autorizației de punere pe piață a acestui produs. În acest moment, Linde România este singurul producător de gaze medicale autorizat să utilizeze butelii de 8 litri pentru furnizarea oxigenului medicinal comprimat.

Furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 8 litri nu este obligatorie și nici măcar necesară autorității contractante, întrucât acest produs este furnizat în general pe piața gazelor medicale în butelii de 2, 5 și 10 litri - acestea reprezentând capacitățile standard utilizate pentru îmbuteliere.

Aceste capacități se utilizează în diverse situații, precum situațiile în care este necesară deplasarea pacienților dependenți de oxigen medicinal comprimat în incinta spitalului, iar buteliile de oxigen medicinal trebuie să aibă dimensiuni care să permită astfel de deplasări, pentru ca buteliile să fie deplasate împreună cu pacienții, pentru aprovizionarea unităților de primiri urgențe și pentru a fi transportate în ambulanțe.

În vederea asigurării utilizării oxigenului medicinal comprimat pentru situațiile descrise, fiecare operator economic și-a autorizat producția de oxigen medicinal în butelii de diferite dimensiuni și capacități, care nu diferă în mod determinant de la un operator economic la altul, astfel că acestea pot fi utilizate pentru aceleași necesități de către spitale.

Buteliile cu o capacitate de 10 litri, precum cele furnizate de către ..., ... sau ... pot fi ușor diferite ca dimensiune, însă pot fi utilizate pentru exact aceleași scopuri ca buteliile având capacitatea de 8 litri și furnizate exclusiv de Autoritatea contractantă nu poate motiva decizia aprovizionării cu butelii de o capacitate neuzuală, deoarece nu există situații/dispozitive care să necesite integrarea unei butelii de 8 litri, dar care să nu suporte capacitatea standard de 10 litri.

Nu se poate justifica necesitatea expresă a furnizării oxigenului medicinal în butelii de 8 litri nici prin manualele de utilizare ale dispozitivelor medicale la care aceste butelii se încorporează.

În practică, pentru situațiile în care este necesară utilizarea oxigenului medicinal, se utilizează dimensiunile standard de butelii. De exemplu, ambulanțele spitalelor au anumite spații în care nu intră butelii mai mari de 5 litri (2 bucăți) sau de 10 litri, când intră o capacitate maximă de patru butelii într-o ambulanță care dispune de spații special dedicate în acest sens.

Astfel de capacități de stocare și încorporare trebuie, în cazul în care există, să fie în mod expres aduse la cunoștința operatorilor economici, astfel încât aceștia să poată înțelege pe deplin obiectul contractului și să își poată canaliza cheltuielile de transport și încărcare în mod eficient. Or, documentația de atribuire nu conține astfel de detalieri privind modalitatea de utilizare a buteliilor de oxigen medicinal.

În eventualitatea improbabilă în care există astfel de spații/situații/dispozitive care suportă o anumită dimensiune a buteliei de oxigen medicinal comprimat, autoritatea contractantă trebuia să specifice dimensiunile exacte în cadrul caietului de sarcini, iar nu capacitatea buteliei (de exemplu diametru, înălțime etc.), deoarece chiar la capacități identice, dimensiunile buteliilor pot fi diferite.

Faptul că nu există o necesitate reală pentru această capacitate reiese și din alegerea autorității de a solicita la comun butelii având

capacități de 10 și 8 litri - deoarece pot fi utilizate pentru aceleași scopuri și în aceeași măsură. Dacă într-adevăr acestea sunt speciale și dedicate unor anumite dispozitive, autoritatea trebuia să le menționeze separat astfel încât furnizorul/operatorii economici să știe care este numărul de butelii având capacități de 8 litri, respectiv număr de butelii de 10 litri care trebuie să fie puse la dispoziția autorității.

Mai mult decât atât, lipsa unei utilități exclusiv a buteliilor de 8 litri reiese și din faptul că autoritatea contractantă nu a inclus această capacitate în cadrul niciunei proceduri de atribuire anterioare, capacitățile buteliilor fiind cele standard, de 2 litri, 5 litri, 10 litri și de 50 litri (conform pag. 4 din caietul de sarcini, privind procedura de atribuire).

Această obligație de furnizare a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri a apărut inițial în documentațiile de atribuire ale procedurilor organizate de alte autorități contractante, precum Spitalul Clinic de Urgență Bagdasar-Arseni sau Institutul de Pneumoftiziologie "Marius /Nasta" în urma clarificărilor aduse de SC ... SRL, aceste cerințe au fost eliminate, fapt ce întărește argumentul ... cum că nu există o necesitate reală pentru această capacitate.

Având în vedere cele de mai sus, există o restrângere artificială a concurenței în sensul prev. art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice deoarece există pe piață și este autorizat să furnizeze oxigen medicinal în butelii având această capacitate neuzuală de 8 litri, un singur operator economic.

III. De asemenea, contestatoarea invocă existența unor cerințe tehnice restrictive la nivelul buteliilor pentru dioxidul de carbon medicinal.

Conform caietului de sarcini, caracteristicile tehnice aplicabile buteliilor în care se transportă dioxidul de carbon medicinal sunt: *"inteligentă digitală, ușoare cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile, recipiente metalice corespunzătoare din punct de vedere al normativelor ISCIR și al normelor de protecție a muncii."*

Conform autorizației de punere pe piață aparținând ..., precum și din fișa tehnică a buteliei utilizată de aceștia din urmă, acesta este unicul operator economic care furnizează dioxid de carbon medicinal în butelii având exact aceleași caracteristici precum cele din documentația de atribuire contestată, fiind singurul care poate aduce la îndeplinire aceste caracteristici tehnice.

Astfel, principiile de nediscriminare și egalitate de tratament sunt încălcate prin introducerea de către autoritatea contractantă a unor criterii minime de participare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție.

Conform art. 31 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 398/2016 *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în*

raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit".

Lipsa relevanței caracteristicilor tehnice menționate are la bază aceeași argumentație utilizată pentru demonstrarea lipsei unei utilități exprese a buteliilor de 8 litri pentru oxigenul medicinal comprimat.

Autoritatea contractantă nu poate motiva decizia aprovizionării cu butelii având caracteristici tehnice neuzuale, deoarece nu există situații/dispozitive care să necesite integrarea unei butelii având inteligență digitală, ușoare cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile, dar care să nu suporte butelii standard.

Nu se poate justifica necesitatea expresă a furnizării dioxidului de carbon medicinal în butelii având aceste caracteristici restrictive nici prin manualele de utilizare ale dispozitivelor medicale la care aceste butelii se încorporează.

Astfel de capacități de stocare și încorporare trebuie, în cazul în care există, să fie în mod expres aduse la cunoștința operatorilor economici, astfel încât aceștia să poată înțelege pe deplin obiectul contractului și să își poată canaliza cheltuielile de transport și încărcare în mod eficient. Or, documentația de atribuire nu conține astfel de detalieri privind modalitatea de utilizare a buteliilor de dioxid de carbon.

IV. Contestatoarea invocă încălcarea principiilor de nediscriminare și de egalitate de tratament, considerând că cele trei motive de nelegalitate a căror remediere le solicită, respectiv (i) lipsa divizării pe loturi pentru fiecare gaz medical în parte, (ii) necesitatea furnizării oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri, și (iii) caracteristicile tehnice restrictive la nivelul buteliilor de dioxid de carbon medicinal, sunt de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament prevăzute de articolul 18 al Directivei 2014/24/UE și transpuse în legislația națională prin art. 49 și urm. din Legea nr. 98/2016.

Aceste principii sunt o aplicație particulară a prev. art. 18 și art. 34 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene, dezvoltate în primul rând de jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție.

De asemenea, CJUE a statuat în repetate rânduri că principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare, subliniind că specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței.

Conform art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă are obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională. De asemenea, aceasta are

obligatia de a se abține din a concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legii ori al restrângerii artificiale a concurenței.

Doar doi operatori economici dețin autorizație de punere pe piață a dioxidului de carbon medicinal (... și ...), astfel că se dezavantajează în mod nejustificat operatorii economici care nu furnizează dioxid de carbon medicinal, iar dintre cei doi operatori rămași eligibili, doar un operator economic poate furniza acest produs în butelii, având caracteristicile tehnice restrictive din caietul de sarcini, conform autorizației de punere pe piață, dezavantajând în mod nejustificat celălalt furnizor de dioxid de carbon medicinal.

V. Contestatoarea invocă totodată și neconcordanțe la nivelul caietului de sarcini.

Conform caietului de sarcini "Furnizorul este obligat să: Pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii pentru oxigen medicinal. Capacitatea buteliilor de oxigen medicinal trebuie să fie: 2 litri, 5 litri, 8 litri, 10 litri, 50 litri".

Conform Anexei 1 a caietului de sarcini – Centralizator necesar, buteliile de oxigen medicinal comprimat nu sunt solicitate în capacitate de 50 de litri, ci de 30 de litri (poziția 1 din tabel).

În acest sens, contestatoarea solicită rectificarea neconcordanței din cuprinsul caietului de sarcini, astfel încât solicitarea de achiziție să fie explicită și clară, iar operatorii economici implicați să își poată depune ofertele în mod corespunzător.

... a depus în copie un set de documente în copie, necesare soluționării cauzei, anexate punctului de vedere nr. 10974/28.04.2022, prin care solicită respingerea contestației formulate de către SC ... SRL ca fiind neîntemeiată.

Autoritatea contractantă menționează că oxigenul medicinal (minim 99,5 % O₂ v/v) este definit ca medicament de uz uman, fiind rezultatul unui proces industrial specializat, realizat în conformitate cu "*Principiile și liniile directe de bună practică de fabricație pentru medicamente de uz uman, inclusiv pentru investigații clinice*" - aprobate prin O.M.S. nr.905/2006, cu cerințele de baza ale "Ghidului de bună practică de fabricație pentru medicamentele de uz uman", aprobat prin Hotărârea Consiliului Științific al ANM nr.23/2010, Anexa 6 - Fabricația gazelor medicinale și cu monografia de oxigen medicinal din Farmacopeea Europeană, ediția în vigoare (puritate minimă 99,5 %, < 300 ppm CO₂, < 5 ppm CO, < 67 ppm H₂O).

Autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic/pachet pentru aceste gaze medicale, justificarea venind din faptul că, din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare, de asemenea, achiziția ar fi fragmentată pe loturi distincte.

Deoarece toate tipurile de gaz solicitate sunt considerate medicamente inclusiv dioxidul de carbon, iar serviciile conexe sunt aferente livrării, este justificată alegerea postării unui lot unic/pachet.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că tipul de butelie folosit și cantitățile sunt stabilite prin centralizarea referatelor de necesitate primite din partea secțiilor Spitalului Județean de Urgență Deva, prezentarea necesarului în pachet de OXIGEN MEDICINAL COMPRIMAT, DIOXID DE CARBON, OXIGEN LICHEFIAT MEDICINAL (la care se adaugă servicii conexe) s-a realizat în scopul de a nu fragmenta acordul cadru, pentru o evidență mai clară a consumului de oxigen medical la nivel de spital și a calității acestuia. Referitor la capacitățile ≥ 30 litri, dacă ar fi fost solicitată o clarificare, autoritatea contractantă putea răspunde că se acceptă capacități de minim 30 litri și maxim 50 litri.

Autoritatea contractantă este obligată să gestioneze consumul prin echilibrarea acestuia cu necesarul de oxigen.

Eliminarea buteliei cu reductor de 8 litri nu se va realiza deoarece este foarte solicitată de către secția UPU -SMURD în autospecialele din dotare (13 mașini) care asigură asistența medicală de urgență prespitalicească în județul Hunedoara, cu prioritate în localitatea DEVA și în localitățile limitrofe; mai mult dimensiunea buteliei de 8 litri se potrivește în spațiul destinat buteliei de oxigen din interiorul autoutilitareii medicale.

Produsele și serviciile ce urmează a fi achiziționate se încadrează pe același cod cpv și, ca urmare, prin modalitatea unitară de stabilire a obiectului contractului nu s-au încălcat principiile proporționalității, al tratamentului egal, al nediscriminării și al eficienței utilizării fondurilor publice

Autoritatea contractantă consideră că ofertantul SC ... SRL nu are capacitatea și nici dreptul de a stabili necesitățile unității medicale și nu permite amestecul ofertantului SC ... SRL în problemele interne ale instituției.

Referitor la „restrângerea sferei de participare a operatorilor economici cu oferte”, autoritatea contractantă face precizarea că analizând site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, a identificat cel puțin trei producători de gaze medicale (care fac obiectul prezentei proceduri), ce dețin Avizul de Funcționare pentru dispozitive medicale, oxigenul medicinal fiind un medicament.

Autoritatea contractantă nu încalcă principiul discriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că solicită o autorizație care să garanteze competențele tehnice și profesionale ale ofertanților și derularea în condiții optime a acordului cadru, deoarece orice producător sau distribuitor de gaze medicinale, care deține autorizații legale poate participa la aceasta licitație.

Autoritatea contractantă consideră că orice ofertant are posibilitatea să participe la procedura de atribuire în asociere sau să subcontracteze iar SC ... SRL ar fi putut proceda într-o manieră care să-i permită depunerea ofertei la procedura de achiziție, prin asocierea sau subcontractarea unei părți a acordului cadru, cu respectarea prevederilor legale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 22394/03.05.2022, SC ... SRL formulează concluzii scrise prin intermediul cărora clarifică unele aspecte cu privire la punctul de vedere depus de autoritatea contractantă la dosarul cauzei:

I. Necesitatea furnizării oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri nu există.

Autoritatea contractantă afirmă faptul că oxigenul medicinal comprimat trebuie achiziționat în butelii de 8 litri deoarece acest lucru este necesar pentru secția UPU - SMURD în autospecialele din dotare (13 mașini).

Autoritatea contractantă nu detaliază și nu menționează în mod expres care sunt aceste spații din autospecialele secția UPU - SMURD în care nu pot fi integrate butelii standard, ci doar cele având capacitatea de 8 litri. De asemenea, autoritatea contractantă nu menționează caracteristicile exacte ale acestor spații (lungime, lățime, adâncime) și nu completează probatoriul cauzei în scopul dovedirii acestor afirmații.

Aceste butelii se utilizează în diverse situații, precum situațiile în care este necesară deplasarea pacienților dependenți de oxigen medicinal comprimat în incinta spitalului, iar buteliile de oxigen medicinal trebuie să aibă dimensiuni care să permită astfel de deplasări, pentru ca buteliile să fie deplasate împreună cu pacienții, pentru aprovizionarea unităților de primiri urgențe și pentru a fi transportate în ambulanțe.

Astfel, buteliile cu o capacitate de 10 litri, precum cele furnizate de către ..., ... sau ... pot fi ușor diferite ca dimensiune, însă pot fi utilizate pentru exact aceleași scopuri ca buteliile având capacitatea de 8 litri și furnizate exclusiv de

Autoritatea contractantă nu poate completa probatoriul cauzei pentru a dovedi necesitatea aprovizionării cu butelii de o capacitate neuzuală, deoarece nu există situații/dispozitive care să necesite integrarea unei butelii de 8 litri, dar care să nu suporte capacitatea standard de 10 litri.

Această specificație tehnică este una neuzuală, nefiind capacitatea standard utilizată pe piață pentru furnizarea de oxigen medical comprimat, ci o capacitate utilizată și autorizată de un singur producător de gaze medicale, la alegerea acestuia, motiv pentru care nu există spații amenajate special destinate care să suporte o capacitate neuzuală a buteliilor de 8 litri.

Este adevărat faptul că operatorii economici interesați de participarea la procedurile de atribuire organizate de autoritățile contractante trebuie să ia măsuri în sensul furnizării produselor necesare

conform specificațiilor tehnice solicitate de acestea din urmă, deoarece se prezumă faptul că aceste specificații sunt necesare în vederea satisfacerii interesului autorității contractante.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu poate insera orice fel de specificații tehnice, ci trebuie să existe un echilibru între interesul urmărit de autoritatea contractantă și permiterea accesului egal la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați.

Eventuale specificații tehnice care pot reprezenta obstacole față de asigurarea unei concurențe efective precum aceasta trebuie să fie justificate, să rezulte în mod necesar din modalitatea în care produsele urmează a fi furnizate și utilizate, decizia de inserare a specificațiilor tehnice necesare fiind motivată de situațiile de fapt concrete în care urmează a se utiliza acel produs.

În concret, specificațiile tehnice au o natură obiectivă și servesc la aprovizionarea cu produse corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante, fapt ce nu se probează în speță.

II. Nerespectarea criteriilor legale privind necesitatea împărțirii pe loturi.

Cu privire la neregula privind restrângerea artificială a concurenței prin atribuirea în bloc a contractului, autoritatea contractantă evocă două motivări, respectiv (i) faptul că din punct de vedere tehnic, execuția contractului ar fi prea dificilă și mult prea costisitoare, și (ii) pentru a evidenția mai clar consumul de oxigen medicinal și a calității acestuia.

Autoritatea face trimitere la argumente care nu ar trebui să fie determinante în alegerea împărțirii pe loturi din punct de vedere legal. Faptul că sunt necesare eforturi suplimentare pentru monitorizarea execuției contractelor împărțite pe loturi nu reprezintă o coordonată de urmărit descrisă de exigențele art. 141 din Legea nr. 98/2016.

Or, motivarea deciziei de a nu atribui pe loturi trebuie să fie una serioasă, care să justifice faptul că interesul public urmărit este superior obligației de adaptare a contractului-cadru activității IMM-urilor.

Cu privire la faptul că o fragmentare a execuției ar fi mai costisitoare, acest fapt este neadevărat întrucât valoarea estimată a contractului este identică, indiferent dacă autoritatea contractantă urmează a fi aprovizionată de un singur furnizor sau de mai mulți.

Cu privire la argumentul privind o evidență mai clară a consumului de oxigen medicinal, acest deziderat poate fi adus la îndeplinire chiar prin împărțirea pe loturi a contractului-cadru, deoarece în acest mod, oxigenul medicinal ar putea fi evidențiat în mod separat față de dioxidul de carbon medicinal.

În final, contestatoarea învederează faptul că motivele care au stat la baza deciziei de a nu împărți pe loturi nu sunt suficiente pentru a justifica încălcarea exigenței legale de a acorda IMM-urilor oportunitatea participării la procedura de atribuire. Mai mult de atât, împărțirea pe loturi a contractului-cadru ar putea fi benefică autorității publice în vederea

ținerii unei evidențe separate a oxigenului medicinal, astfel cum aceasta declară că urmărește în vederea satisfacerii interesului public.

Prin adresa nr. 12637/12.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 24577/12.05.2022, ... formulează răspuns la concluziile SC ... SRL prin care menționează că își menține punctul de vedere anterior și consideră că ofertantul SC ... SRL nu are capacitatea și nici dreptul de a stabili necesitățile unității medicale.

Autoritatea contractantă învederează că are foarte puține rezerve de oxigen medical, iar în viitorul apropiat unitatea spitalicească va întâmpina probleme în aprovizionarea cu oxigen medical și implicit blocarea activității medicale, în contextul în care cazurile de Covid 19 încă nu au dispărut.

Afirmația că: „oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri nu există” este falsă, produsul este cuprins în nomenclatorul ANMDMR în lista medicamentelor cu mai multe detalii legate de produs și în Catalogul National al Medicamentelor.

Butelia de oxigen medical Liv de capacitate 8 litri nu a fost inventată înainte de această licitație, a fost achiziționată și în vechiul contract subsecvent de livrare de oxigen medical și în actualul contract de livrare, exemplu: în anul 2021 s-au folosit 225 butelii oxigen medical Liv de 8 litri, iar în anul 2022, cantitatea de butelii a crescut, în sensul în care în PAAP 2022 s-au solicitat 648 buc. butelii.

Butelia de oxigen medical Liv cu capacitate 8 litri este folosită de unitatea spitalicească la solicitarea secțiilor spitalului, prin referate de necesitate aprobate de către conducerea unității, costul unei butelii de oxigen de 8 litri fiind mult sub prețul buteliei de 10 litri și foarte ușor mai mare decât butelia de 5 litri (o butelie oxigen medical Liv 8 litri, costă în momentul de față 30 lei, fără TVA, butelia de oxigen medical Liv de 5 litri costă 25 lei fără TVA, butelia LIV de 10 litri costă 50 lei fără TVA), încadrându-se în cheltuielile bugetare propuse.

Referitor la „restrângerea sferei de participare a operatorilor economici cu oferte”, autoritatea contractantă face precizarea că analizând site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, a identificat cel puțin trei producători de gaze medicale (care fac obiectul prezentei proceduri), ce dețin Avizul de Funcționare pentru dispozitive medicale, oxigenul medicinal fiind un medicament.

Autoritatea contractantă nu încalcă principiul discriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că solicită o autorizație care să garanteze competențele tehnice și profesionale ale ofertanților și derularea în condiții optime a acordului cadru, deoarece orice producător sau distribuitor de gaze medicinale, care deține autorizații legale poate participa la aceasta licitație.

Solicitările secțiilor de butelii de oxigen sunt dovedite prin referate de necesitate, fundamentate și aprobate și în același timp asumate atât de secție, cât și de persoanele responsabile în acest sens.

Autospecialele UPU -SMURD sunt dotate cu un spațiu cu suport de transport sub targă în care se fixează butelia de oxigen, este preferată de echipajele UPU - SMURD în defavoarea celei de 5 litri pentru că au o cantitate mai mare de oxigen comprimat și rezistă pe un traseu mai lung. Tărgile din ambulanțe ajung și în secția UPU –SMURD, iar o butelie de 10 litri ar incomoda.

Decizia autorității contractante de a nu împărți în loturi achiziția are în vedere următoarele argumente :

1. Se asigură condiții de eficiență economică;
2. Toate produsele ce vor fi achiziționale sunt în același COD CPV, au aceeași destinație și sunt gaze medicale;
3. Angajarea mai multor contracte ar îngreuna gestionarea evidenței lor și consumului la nivel de spital.

Prin urmare decizia autorității contractante este una justă, având în vedere cele mai sus menționate și importanța actului medical.

Prioritatea unui Spital Județean de Urgență este lupta continuă pentru salvarea de vieți, nu grija pentru ofertanți care nu dețin autorizații, ofertanți care refuză să găsească soluții de asociere/subcontractare, sau care nu sunt capabili să garanteze competente tehnice legale de care au nevoie prin propriile lor puteri, fără să încerce să sensibilizeze pentru a-și câștiga locul în licitații.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă privind atribuirea acordului - cadru pe 4 ani având ca obiect „Oxigen medicinal comprimat, dioxid de carbon, oxigen lichefiat medicinal (la care se adaugă servicii conexe)”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a achiziției 22.920.800 lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, a formulat contestație împotriva prevederilor acesteia SC ... SRL, solicitând remedierea documentației de atribuire, iar în situația în care acest lucru nu este posibil, anularea procedurii de atribuire.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cauciunea în valoare de 220.000 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208006362/1/20.04.2022, emisă de CEC Bank, Sucursala Piața Alba Iulia.

Cauciunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

În ceea ce privește capătul de cerere principal referitor la rectificarea documentației de atribuire, având în vedere că societatea contestatoare solicită lotizarea achiziției, Consiliul reține că în adresa Agenției pentru Agenda Digitală a României nr. 65869/18.10.2016, înregistrată la CNSC

sub nr. 31552/18.10.2016, se precizează că loturile pot fi configurate doar odată cu documentația de atribuire, aceste informații nemaiputând fi modificate pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective. Răspusul acestei instituții este perfect îndreptățit, deoarece specificațiile tehnice, cerințele de calificare și documentele doveditoare trebuie să fie specifice fiecărui lot în parte, lotizarea ulterioară necesitând refacerea integrală a documentației de atribuire. Prin urmare, analiza criticilor contestatoarei va avea în vedere urmărirea aspectelor de nelegalitate, și nu de oportunitate, chestiunile de oportunitate intrând în marja de apreciere a autorității contractante. Astfel, Consiliul va urmări doar aspectele vădit nelegale de natură a atrage anularea procedurii de atribuire.

O primă critică a contestatoarei vizează lotizarea procedurii, respectiv lipsa grupării celor trei gaze medicale în loturi separate. Astfel, contestatoarea solicită distribuirea gazelor medicale în trei loturi distincte (oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și dioxid de carbon medicinal), iar Consiliul reține că principala apărare a contestatoarei se referă, în fapt, la inexistența autorizației de funcționare și de punere pe piață emisă de ANMDM de către toți operatorii din România pentru dioxid de carbon. Contestatoarea arată, în mod indubitabil, că ea dispune de o atare autorizație, de care mai dispune și al doilea operator concurent al său pe piața din România, dar cel de-al treilea concurent nu dispune de această autorizație. Cu alte cuvinte, contestatoarea nu își apără interesul său în această procedură, ci interesul MESSER, concurentul său direct pe piață. În condițiile în care această procedură îl incomoda pe respectivul operator, acesta trebuia să critice documentația, și nu contestatoarea, care și-a obținut autorizația necesară.

Consiliul reține că atât legislația achizițiilor publice, cât și dispozițiile dreptului administrativ dar și cele de drept comun, stabilesc condiția interesului direct și personal. În acest sens, dispozițiile Legii nr. 101/2016 stabilesc următoarele:

- Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

- Art. 3 alin. (1) lit. f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

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

(ii) a suferit, **suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante,** de natură să

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

Prin urmare, din moment ce contestatoarea susține că este unul din cei doi operatori economici din România care poate livra cele 3 tipuri de gaz, ea nu justifică un interes personal și direct.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă stabilește în caietul de sarcini că urmărește atribuirea unui acord-cadru complex, respectiv pe lângă furnizarea propriu-zisă a gazelor medicinale, și a serviciilor legale de acestea, respectiv firma ce va fi desemnată câștigătoare monitorizează atât funcționarea instalațiilor, cât și nevoia autorității contractante de anumite cantități de gaze. De asemenea, în documentație se prevede obligația operatorului de a acoperi tot necesarul de gaze medicinale, respectiv să livreze în cantitățile solicitate pentru acoperirea nevoilor spitalului, la comanda unității medicale. Astfel, furnizorul este responsabil de asigurarea debitului de gaze constant și monitorizarea nivelului de oxigen în stocator 24 ore din 24, dar acesta va verifica și starea magaziilor de gaze, întocmind procese-verbale referitoare la condițiile de depozitare.

Prin urmare, autoritatea contractantă urmărește, prin prezentul contract, ca în situațiile în care există consum mare de oxigen, operatorul să îi asigure cantități suficiente de oxigen lichid și comprimat, fiind notoriu cunoscut faptul că în perioadele în care s-au înregistrat vârfuri ale pandemiei, au existat grave perturbări ale aprovizionării cu gaze. Din acest motiv, autoritatea contractantă urmărește atribuirea către un singur furnizor, fiind mai facilă colaborarea pentru acoperirea necesităților spitalului. Acest lucru este cu atât mai necesar cu cât în perioadele de vârf, când nivelul oxigenului din stocator scade în ritm rapid, operatorul, fiind același trebuie să anticipeze necesarul crescut de oxigen comprimat, astfel că atunci când primește comanda autorității contractante să nu fie nepregătit, în sensul să nu poată livra din lipsă de recipiente. Oxigenul nu este un medicament a cărei administrare să poată fi amânată, până la aprovizionare, lipsa lui fiind o catastrofă pentru un spital, ori livrarea lui de către un operator unic la nivelul spitalului responsabilizează operatorul, împiedicând diluarea răspunderii. Din acest motiv, Consiliul reține că este justificată opțiunea autorității contractante de a semna un acord-cadru pentru toate gazele medicinale, oxigenul comprimat fiind folosit nu doar în situațiile în care pacientul este conectat într-un loc care nu poate asigura accesul la instalația fixă, ci și în situația în care deși există instalație fixă, aceasta nu poate face față ca urmare a consumului crescut. Deși explicațiile autorității contractante sunt sumare, este clar că aceasta are în vedere acest lucru, din moment ce vorbește în documentația de atribuire de acoperirea cu cantități suficiente de oxigen, iar în punctul de vedere justifică opțiunea pe necesitatea de a nu fragmenta acordul cadru, pentru o evidență mai clară a consumului de oxigen medical la nivel de spital și a calității acestuia.

Totodată, documentația de atribuire stabilește pentru dioxidul de carbon cantități minime și maxime foarte mici, respectiv un minim de 5 butelii pe un contract subsecvent și un maximum de 60, precum și un număr maxim total pe întreg acordul cadru pe 4 ani de 240 butelii. În condițiile date, atribuirea separată a unui acord-cadru, pe 4 ani, atât de mic, ar face neatractivă participarea la procedură, punând autoritatea în imposibilitatea procurării acestui gaz necesar. Totodată, practica Consiliului și a instanțelor de a împărți procedura pe tipurile de gaz nu a promovat nici IMM-urile, pe piață existând 3 mari producători, dar nici nu a determinat pe marii operatori din domeniu să își obțină toate autorizațiile necesare furnizării tuturor gazelor medicale, tocmai argumentele contestatoarei și actele depuse de aceasta fiind dovezi în acest sens, operatorii orientându-se spre produsul cel mai folosit, respectiv oxigenul, ori perpetuarea acestei practici, mai ales într-un contract ca cel de față, unde gazele folosite mai rar sunt în cantități mici, ar lăsa autoritatea fără posibilitatea procurării acestor gaze.

Nu în ultimul rând, contestatoarea susține că ea poate livra toate trei tipurile de gaze, obiecțiunea sa privind propria capacitate de livrare referindu-se exclusiv la butelia de oxigen LIV de 8 litri, în legătură cu care susține că nu este autorizată de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, critică ce va fi analizată ulterior.

Prin urmare, văzând că societatea contestatoare nu justifică un interes personal în ceea ce privește defalcarea procedurii pe tipuri de gaze, pe când autoritatea contractantă justifică menținerea unei proceduri unice, având în vedere și considerentele referitoare la imposibilitatea defalcării pe loturi a unei proceduri aflate în desfășurare, precum și principiul proporționalității care impune adoptarea unei măsuri în concordanță cu gravitatea încălcării legislației, Consiliul reține că societatea contestatoare nu a dovedit încălcarea principiilor de natură a conduce la anularea procedurii.

Cu privire la eliminarea din cadrul documentației de atribuire a obligației de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri, contestatoarea depune acte din care rezultă că există un singur operator care este autorizat de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale pentru distribuirea acestui tip de butelii. Contrar susținerilor autorității contractante, care arată că societatea contestatoare ar fi afirmat că nu ar exista acest tip de butelii, dimpotrivă, contestatoarea susține că ele există, dar că ea nu este autorizată, fiind autorizat doar Linde Gaz. Cu privire la acest aspect, contestatoarea își dovedește pe deplin interesul. Autoritatea contractantă susține că există 3 producători autorizați ANMDM, pentru oxigen, fără, însă, a se referi, în mod specific, la butelia de 8 litri, în condițiile în care aceste autorizații se dau și pe tipul de recipient, și nu numai pe tipul de gaz.

Documentele depuse de autoritatea contractantă sprijină susținerile contestatoarei, și nu apărările sale, respectiv că butelia de 8 litri este

autorizată doar pentru Linde Gaz. Prin urmare, solicitarea la data depunerii ofertei a autorizației ANMDM pentru butelia de 8 litri poate fi considerată o cerință restrictivă.

În ceea ce privește capacitatea buteliei, respectiv 8 litri, Consiliul reține că autoritatea contractantă invocă faptul că aceasta este cea mai utilizată în secțiile spitalului, inclusiv în ambulanțe, potrivit-se perfect cu lăcașul special din cadrul acestor autovehicule. Autoritatea contractantă nu a probat această ultimă afirmație, probând, în schimb, că butelia de 8 litri este cea mai accesibilă ca preț, fiind apropiată de cea de 5 litri, și mult mai ieftină față de cea de 10 litri.

Apărările autorității contractante sunt vădit contradictorii. Într-adevăr, aceasta face dovada, pe baza avizelor de expediție și a documentelor contabile că butelia de 5 litri costă în baza contractului aflat în derulare 25 lei, cea de 8 litri 30 lei și cea de 10 litri 50 lei. Aceste date nu prezintă, însă, relevanță față de actuala procedură, ale având doar caracter orientativ, pentru estimarea valorii acordului cadru. În cadrul procedurii de față, se vor realiza ofertele de preț pentru cantitățile minime și maxime, relevant fiind prețul total, și nu prețul unui reper din listă.

Pe de altă parte, faptul că secțiile spitalului preferă butelia de 8 litri pe motive economice, cum rezultă din referatul de necesitate, nu înseamnă că butelia de 10 litri va fi mult mai scumpă, și în această procedură, decât butelia de 8 litri. Autoritatea contractantă cunoaște prețurile obținute în condițiile în care nu a existat competiție în procedură, existând un singur operator economic care îndeplinea cerința autorizării buteliei de 8 litri. În condițiile în care procedura este deschisă competiției, chiar prin introducerea unui singur operator, poate obține prețuri mai bune. Totodată, este posibil ca pentru viitor, nici operatorul anterior să nu își mențină prețul la cea mai solicitată butelie, neexistând certitudini în acest sens, mai cu seamă în condițiile în care cunoaște că este singurul de pe piață care ar putea îndeplini cerințele documentației de atribuire.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu a dovedit că doar butelia de oxigen de 8 litri îi poate satisface necesitatea secțiilor și a ambulanțelor. Văzând argumentele părților, Consiliul reține că societatea contestatoare a dovedit restricționarea participării la procedură, și mai mult, inclusiv autoritatea contractantă a recunoscut acest lucru prin actele depuse. Prin urmare, se impune corectarea documentației de atribuire, în sensul modificării specificațiilor tehnice ale buteliei de 8 litri, respectiv acceptarea buteliilor de 8-10 litri. Consiliul consideră soluția echilibrată, în raport cu solicitările contestatoarei, neputându-se pune în discuție imposibilitatea comparării ofertelor ca urmare a suplimentului de cantitate. De altfel, nu este singura specificație din documentație unde se acceptă butelii de diverse capacități, prețul nefiind stabilit pe cantitatea de gaz din butelii, ci pe unitate.

Nu în ultimul rând, soluția autorității contractante referitoare la o eventuală asociere/subcontractare între producătorii de gaze medicinale

nu numai că este improbabilă, în condițiile în care aceștia sunt concurenți pe o piață extrem de restrânsă, dar este și nelegală, încălcând regulile concurențiale. Orice înțelegere între acest tip de producători, puțini ca număr pe o piață, poate fi considerată înțelegere monopolistă, cu efecte pecuniare grave și cu consecințe asupra consumatorilor, respectiv spitalele din România. Nu se pune problema unei asocieri pentru livrarea buteliei de 8 litri, o astfel de „soluție” cum este cea propusă de autoritatea contractantă fiind în totală contradicție cu ceea ce se întâmplă pe piața de profil, dar și cu dispozițiile exprese ale Legii nr. 21/1996. Când pe piața din România există autorizați doar 4 producători de gaze medicale, dintre care nu toți sunt autorizați pentru toate gazele, așa cum s-a arătat, și nu toți sunt autorizați pentru toate tipurile de recipiente, nu se pune problema asocierii a doi dintre ei sau chiar 3, o asemenea asociere conducând la denaturarea pieței de profil. Pe de altă parte, tocmai această „soluție” propusă de autoritatea contractantă îi subminează propria apărare, nemaexistând furnizor unic, în condițiile în care gazul este produs de mai mulți producători.

Cea de-a treia critică vizează eliminarea condițiilor restrictive privind caracteristicile buteliilor de dioxid de carbon medicinal. Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu poate motiva decizia aprovizionării cu butelii având caracteristici tehnice neuzuale, deoarece nu există situații/dispozitive care să necesite integrarea unei butelii având inteligență digitală, ușoare, cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile, dar care să nu suporte butelii standard.

Consiliul reține că este întemeiată critica contestatoarei, în condițiile în care autoritatea nu achiziționează dispozitive medicale, ci gazul din conținutul lor. Consiliul reține, astfel, că nu există nicio justificare pentru care butelia standard nu ar fi de folos autorității contractante. Cu siguranță, butelia inteligentă prezentată de contestatoare, aparținând ..., este superioară buteliilor standard, dar limitarea la acest tip de butelii, în condițiile în care sunt deținute doar de acest producător de gaz, încalcă principiile achizițiilor publice. Cu siguranță, autoritatea contractantă va recunoaște ce tip de gaz este în butelii, în condițiile în care există coduri de culoare pentru toate tipurile de gaze. Faptul că butelia nu are inel, roți ajutătoare sau mâner telescopic nu înseamnă că butelia nu ar fi utilă autorității contractante, respectiv că funcția ei nu ar fi îndeplinită. Există sisteme de manipulare și pentru buteliile standard, sisteme care sunt puse la dispoziție de operatorii economici. Prin urmare, Consiliul reține caracterul restrictiv al specificațiilor, impunându-se eliminarea din caietul de sarcini a referirilor la inteligență digitală, ușoare, cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile.

Soluția Consiliului este întemeiată pe dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016: „Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor

operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”, art. 156 alin. (2) din același act normativ, „Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, **specificatiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic** și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”.

Astfel, în condițiile în care nu există o justificare obiectivă pentru butelii inteligente, cu mâner telescopic, inel de identificare, roți detașabile, prevederile legale citate apar ca fi încălcate.

Și cerința referitoare la caracteristica buteliilor „ușoare” apare ca fiind restrictivă, în condițiile în care recipintele sunt atât din aluminiu, cât și din oțel Cr-Mo, presupunându-se că cerința „ușoare” le înlătură pe cele din oțel.

Prin urmare, Consiliul reține caracterul fondat al criticilor, impunându-se eliminarea specificațiilor criticate, respectiv „inteligentă digitală, ușoare, cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile”.

Cu privire la rectificarea neconcordanțelor din cadrul documentației de atribuire, a cărei rectificare o cere contestatoarea, Consiliul reține că în anunț și în fișa de date se solicită butelii ≥ 30 litri, iar în caietul de sarcini de 50 litri. În punctul de vedere autoritatea contractantă arată că dacă ar fi fost solicitată o clarificare, putea răspunde că se acceptă capacități de minim 30 litri și maxim 50 litri.

Consiliul constată, astfel, că autoritatea contractantă recunoaște implicit inadvertența din cadrul documentației de atribuire referitoare la capacitate, observând, totodată, că societatea contestatoare nu a mai revenit în concluziile sale scrise cu privire la acest aspect, deducându-se, astfel, că a considerat suficientă explicația respectivă. Prin urmare, Consiliul va admite critica și va dispune corectarea documentației de atribuire astfel cu a precizat autoritatea contractantă în punctul de vedere.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., respectiv modificarea specificației tehnice referitoare la butelia de 8 litri, în sensul acceptării de butelii de 8-10 litri, eliminarea din documentația de atribuire a specificațiilor tehnice „inteligentă digitală, ușoare, cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile” și corectarea informațiilor din anunț privind buteliile ≥ 30 litri, astfel cum rezultă din motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea de lotizare a procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... respectiv modificarea specificației tehnice referitoare la butelia de 8 litri, în sensul acceptării de butelii de 8-10 litri, eliminarea din documentația de atribuire a specificațiilor tehnice „inteligentă digitală, ușoare, cu inele de identificare a gazului, mâner telescopic cu prindere ușoară și bază cu roți detașabile” și corectarea informațiilor din anunț privind buteliile ≥ 30 litri, astfel cum rezultă din motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea de lotizare a procedurii de atribuire.

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

.....