

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

## **DECIZIE**

**Nr. ...**

**Data: ...**

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin ..., și convențional prin S.P.R.L. ..., cu sediul în ..., adresă indicată și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire ce a fost elaborată de către autoritatea contractantă ..., cu sediul în localitatea ..., în cadrul procedurii simplificate, derulate on line, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Achiziție oxigen medicinal lichid și gazos*”, cod CPV 24111500-0, s-au solicitat următoarele:

„• Suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei;

• Obligarea Autorității Contractante la remedierea prevederilor nelegale din cuprinsul documentației de atribuire, în sensul eliminării cerinței tehnice restrictive de la nivelul Caietului de sarcini privind obligația ca regulatorul de presiune integrat al buteliilor să fie inclus în autorizația de punere pe piață a medicamentului,

• în subsidiar, în eventualitatea respingerii solicitării de eliminare a cerinței restrictive de mai sus, obligarea Autorității Contractante la împărțirea procedurii de atribuire în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos în butelii pentru respectarea 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”.

**În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:**

Prezentând situația de fapt, contestatorul indică anunțul de participare prin care a fost inițiată procedura, valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, precum și obiectul acestuia.

Raportându-se la aceste elemente, susține că a remarcat imposibilitatea participării în cadrul procedurii de atribuire ca urmare a unei cerințe tehnice restrictive din cuprinsul caietului de sarcini, respectiv necesitatea autorizării regulatorului de presiune aferent buteliilor de oxigen medicinal gazos prin intermediul autorizației de punere pe piață a medicamentului.

Mai susține că această cerință tehnică restrictivă o împiedică să depună ofertă și pentru cel de-al doilea produs solicitat de autoritatea contractantă, respectiv oxigenul medicinal lichefiat, deoarece obiectul procedurii de atribuire nu a fost împărțit pe loturi.

Pe fondul cauzei, cu referire la critica ce vizează cerințele tehnice restrictive privind buteliile de oxigen, contestatorul redă din caietul de sarcini: „Buteliile de oxigen medicinal simple și cu regulator de presiune încorporat trebuie să fie autorizate prin Autorizația de Punere pe Piață emisă de către Agenția Națională a Medicamentului”, solicitând eliminarea acestei cerințe, deoarece restrânge în mod artificial concurența.

În acest sens, precizează că există două tipuri de regulatoare de presiune, respectiv reductoare ce se anexează la butelii prin înfiletare la butelie și reductoare încorporate, ce nu pot fi detașate de către utilizator.

Buteliile de oxigen medicinal simple presupun posibilitatea anexării unui regulator de presiune în vederea controlului presiune degajate prin două modalități legale de autorizare, (i) fie regulatoarele de presiune sunt autorizate odată cu oxigenul medicinal gazos, prin autorizația de punere pe piață, (ii) fie sunt autorizate ca dispozitive medicale separate, care se anexează buteliilor autorizate prin autorizația de punere pe piață, arată contestatorul.

Subliniază că regulatorul de presiune reprezintă un accesoriu al buteliilor, și are funcția de a permite reglajul debitului din buteliile aflate sub presiune, iar un produs cu regulator încorporat nu este un produs de o calitate superioară.

Prin sintagma regulator de presiune încorporat, autoritatea contractantă a urmărit să-i fie livrate ansamblul de butelii ca un tot unitar, formând un singur corp, în vederea evitării oricăror demersuri suplimentare din partea personalului instituției pentru utilizarea oxigenului medicinal, consideră contestatorul.

Menționează că societatea sa poate îndeplini în mod practic această cerință a autorității contractante prin livrarea buteliilor de oxigen medicinal cu regulatoare de presiune direct anexate, fapt ce nu implică niciun efort suplimentar din partea spitalului, care urmează să le utilizeze pur și simplu.

Contestatorul susține că nu există o diferență de ordin practic între cele două tipuri de butelii cu regulator de presiune integrat, ambele fiind livrate la sediul autorității contractante în același stadiu și gata de utilizare, ci o diferență la nivelul modalității de autorizare, fapt care

conferă acestei cerințe tehnice restrictive un caracter nejustificat, sens în care redă din anexa 1 a autorizației de punere pe piață eliberată pentru societatea sa.

Dacă din punct de vedere legal există opțiunea autorizării atât împreună cu butelia, cât și ca o anexă a acesteia (ca dispozitiv medical), autoritatea contractantă „intervine peste prerogativa furnizorilor de oxigen medicinal gazos de a opta între cele două modalități legale de furnizare în mod nejustificat”, apreciază ... SRL.

Consideră că autoritatea contractantă nu poate insera orice fel de specificații tehnice, ci trebuie să existe un echilibru între interesul urmărit și permiterea accesului egal la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați. În acest sens, invocă principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament prevăzute de art. 18 al Directivei 2014/24/UE, transpuse în legislația națională prin art. 49 și urm. din Legea nr. 98/2016, precum și jurisprudența CJUE.

Referindu-se la prezenta procedură de atribuire, contestatorul susține că autoritatea contractantă poate fi aprovizionată cu butelii având regulatoare de presiune integrate și autorizate separat drept dispozitive medicale, iar nu doar prin metoda descrisă în caietul de sarcini. Cerința este nejustificată, instituția beneficiind de același tip de ambalaj, cu aceleași funcții, respectiv posibilitatea reglării presiunii oxigenului medicinal, și îngrădește în mod obiectiv posibilitatea societății sale de a participa la procedura de atribuire.

Totodată, ... SRL arată că, prin punctarea modalității de autorizare a regulatorului de presiune, autoritatea contractantă „indică neintenționat” modelul de autorizate al operatorului economic ... SRL.

Menționează că, din anul 2012, deține autorizație de fabricație pentru gazele medicinale, fiind furnizorul de oxigen medicinal comprimat în butelii (cu sau fără regulator încorporat) pentru spitale și servicii de ambulanță de pe teritoriul României, fără a fi necesară această cerință tehnică restrictivă. A pus la dispoziția autorităților publice din România butelii având funcția de reglare a presiunii, fără a fi necesară introducerea acestui dispozitiv medical anexat în cadrul autorizației de punere pe piață.

În concluzie, ... SRL solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe tehnice restrictive din cuprinsul caietului de sarcini pentru a permite fiecărui operator economic interesat să furnizeze butelii de oxigen medicinal simple și cu regulator de presiune încorporat autorizate în orice formulă pusă la dispoziție de prevederile legale în vigoare în materie.

Cu referire la împărțirea pe loturi a obiectului procedurii, solicitare formulată în subsidiar, în eventualitatea în care se consideră justificată cerința tehnică restrictivă privind includerea regulatoarelor de presiune în cadrul autorizațiilor de punere pe piață, contestatorul invocă prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, precizând că împărțirea pe loturi

prevalează și trebuie aplicată cu prioritate de către autoritățile contractante.

Consideră că, din punct de vedere tehnic, nu există niciun motiv justificat în vederea lipsei lotizării obiectului procedurii de atribuire, oxigenul medicinal lichid și cel gazos fiind două produse diferite, care se furnizează prin modalități distincte și se pot furniza de doi operatori economici distincti. Furnizarea de oxigen medicinal gazos se efectuează prin transportul buteliilor la sediul autorității contractante, iar oxigenul medicinal lichid se transportă prin intermediul cisternelor criogenice la același sediu, unde se aprovizionează rezervorul criogenic fix din incinta instituției. Cele două modalități de aprovizionare, aferente celor două produse, funcționează și se desfășoară separat și concomitent.

În lipsa eliminării cerinței tehnice restrictive privind includerea reguletoarelor de presiune în autorizațiile depunere pe piață, precum și în lipsa lotizării obiectului contractului, prezenta procedură de atribuire ar avea un caracter pur formal, apreciază contestatorul.

În concluzie, ... SRL solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept au fost invocate dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar în probațiune au fost solicitate și depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 9515/22.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația ... SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Argumentând, organizatoarea procedurii redă din contestație și precizează că, dacă ... SRL este autorizată pentru livrare de butelii oxigen medicinal comprimat (cu sau fără regulator de presiune încorporat), contestația este doar o încercare de tergiversare a procedurii de achiziție a unui medicament vital pentru asigurarea sănătății pacienților și funcționarea spitalului.

Totodată, susține că cerința criticată nu este restrictivă, sens în care prezintă aspectele care justifică procedura de atribuire, așa cum a fost ea demarată, după cum urmează:

- butelia de oxigen medicinal este ambalajul medicamentului, și aceasta trebuie să fie autorizată conform legii;

- buteliile mici de oxigen medicinal comprimat - 5 litri sunt utilizate în cadrul spitalului în compartimentul de primiri urgențe și pentru transportul pacienților între secții. Astfel, pentru a asigura o manipulare optimă și pentru a preveni incidentele și accidentele, sunt necesare butelii dotate cu regulator de presiune încorporat. Această dotare asigură o utilizare mai rapidă și mai facilă a acestor butelii și reduce apariția riscurilor determinate de manipularea reguletoarelor de presiune. Totodată, existența reguletoarelor de presiune încorporate reduce cheltuielile determinate de deteriorarea reguletoarelor de presiune neprotejate.

- cunoaște cele două tipuri de regulatoare de presiune, dar a optat pentru buteliile dotate prin fabricație, tocmai pentru ca personalul să nu fie nevoit să assembleze și dezassembleze regulatoare de presiune pe butelii. Unitatea sanitară nu dispune de personal tehnic/administrativ care să efectueze aceste operațiuni.

- după ce prezintă dezavantajele utilizării reguletoarelor de presiune clasice, autoritatea contractantă subliniază că a elaborat o documentație de atribuire care să îndeplinească nevoile personalului de specialitate cu riscuri minime. A decis care sunt nevoile pentru funcționarea unității, iar aceste nevoi sunt perfect justificate de protejarea sănătății, siguranței și integrității pacienților și personalului angajat.

Precizează că acest tip de butelii există pe piață de cel puțin 10 ani, fiind în dotarea salvărilor și a spitalelor. Sunt dovedite și justificate avantajele utilizării acestui tip de butelie.

Cu referire la solicitarea de împărțire pe loturi, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, și susține că este nejustificată, instituția având dreptul de a nu recurge la această împărțire, sens în care prezintă următoarele argumente:

- oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat au același domeniu de acțiune, se utilizează în aceleași activități (pentru aceleași patologii), și este necesară asigurarea trasabilității produsului pentru o activitate sigură;

- cantitățile și valorile estimate în procedură nu sunt un impediment pentru participarea operatorilor economici de tip IMM.

Arată că oxigenul medicinal (lichefiat și comprimat) este definit ca medicament de uz uman, fiind rezultatul unui proces industrial specializat pentru fabricație de medicamente de uz uman. Ambele variante au aceeași destinație și se utilizează în același scop, fiind administrate prin aceleași sisteme de distribuție în cadrul spitalului.

Din aceste motive, pentru siguranța actului medical, este obligatorie asigurarea trasabilității oxigenului medicinal, de la sursă ( butelie sau lichid) până la pacient, precizează autoritatea contractantă,

Subliniază că, din aceste considerente, perfect justificate, a optat pentru a avea un sigur furnizor de oxigen medicinal, iar neîmpărțirea pe loturi nu este restrictivă, deoarece toți producătorii de oxigen medicinal sunt autorizați pentru distribuție de oxigen lichefiat și oxigen comprimat.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestator a fost atașată.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a formulat concluzii scrise prin care a răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

În cadrul documentului, combate argumentele autorității contractante și precizează că societatea sa nu contestă elementele legate

de oportunitatea alegerii buteliilor cu reductor de presiune integrat/încorporat, ci faptul că instituția a inserat cerința ca regulatorul de presiune să fie înscris în cadrul autorizației de punere pe piață.

Cu privire la necesitatea împărțirii pe loturi a oxigenului medicinal lichefiat și a buteliilor de oxigen medicinal comprimat, contestatorul arată că autoritatea contractantă a susținut că cele două produse se utilizează în aceleași scopuri și se administrează prin aceleași sisteme de distribuție, deși cele două produse se utilizează complementar, când nu este posibilă utilizarea oxigenului medicinal lichefiat, se utilizează oxigenul medicinal comprimat în butelii.

Astfel, consideră că nu există un motiv temeinic justificat pentru care obiectul acordului-cadru nu poate fi împărțit pe două loturi distincte.

Totodată, contestatorul precizează că buteliile cu o capacitate de 50 litri compensează lipsa temporară a rezervorului criogenic fix, și nu sunt destinate transportului pacienților (precum buteliile cu capacități mici, nu au nevoie de regulator de presiune integrat, deoarece se conectează direct la sistemul de distribuție al spitalului).

Menționează că buteliile cu reductor de presiune încorporat/integrat nu reprezintă o pondere semnificativă a obiectului acordului-cadru, acestea fiind utilizate cel mai puțin frecvent față de celelalte produse solicitate de autoritatea contractantă.

În concluzie, ... SRL solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Dovada comunicării documentului către autoritatea contractantă a fost atașată.

Prin adresa nr. 10193/30.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a răspuns la concluziile formulate de către ... SRL, sens în care a reluat argumente deja prezentate, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Dovada comunicării documentului către contestator a fost atașată.

Ca răspuns, în temeiul art. art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SRL a formulat concluzii scrise prin care a reiterat argumente deja prezentate și a solicitat admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Dovada comunicării documentului către autoritatea contractantă a fost atașată.

În probațiune, prin adresa nr. 10193/30.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă ... a transmis la dosarul cauzei, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii având nr. 209154731/1 din data de 17.05.2023, eliberată de ..., în cuantum de 28.704,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

**CONSILIUL constată următoarele:**

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, derulată on line, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Achiziție oxigen medicinal lichid și gaze*”, cod CPV 24111500-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ..., conform căruia valoarea estimată a procedurii este cuprinsă între 478.400 și 717.600 lei.

Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „*Prețul cel mai scăzut*”.

Solicitarea privind suspendarea procedurii de atribuire a fost analizată de Consiliu, iar prin încheierea nr. ... din data de 24.05.2023 a fost respinsă ca rămasă fără obiect. Această hotărâre a fost comunicată către părți prin adresele nr. ... și nr. ... din 25.05.2023.

Procedând la soluționarea contestației formulate de ... SRL, Consiliul constată că acesta este nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, motiv pentru care Consiliul va soluționa respectiva contestație analizând criticile formulate în acest sens, raportat la prevederile legislației aplicabile.

Astfel, cu privire la criticile contestatorului ... SRL, de la **punctul III.** din contestația sa, Consiliul reține că aceste critici sunt în fapt susțineri generice ale contestatorului, respectiv simple afirmații, prin care contestatorul, **fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu**, încearcă să explice de ce, în opinia sa, cerința „*Buteliile de oxigen medicinal simple și cu regulator de presiune încorporat trebuie să fie autorizate prin Autorizația de Punere pe Piață emisă de către Agenția Națională a Medicamentului.*”, de la pag. 7 din caietul de sarcini, ar restrânge în mod artificial concurența.

Mai precis, aceste susțineri generice sunt axate pe teze cum ar fi „(22) Or, dacă **din punct de vedere legal există opțiunea autorizării** atât împreună cu butelia, cât și ca o anexă a acesteia (ca dispozitiv medical), Autoritatea Contractantă intervine peste prerogativa furnizorilor de oxigen medicinal gaze de a opta între cele **două modalități legale** de furnizare în mod nejustificat.”, sau

„(31) În concluzie, vă rugăm să obligați autoritatea contractantă la eliminarea acestei cerințe tehnice restrictive din cuprinsul Caietului de sarcini pentru a permite fiecărui operator economic interesat să furnizeze Butelii de oxigen medicinal simple și cu regulator de presiune încorporat autorizate **în orice formulă pusă la dispoziție de prevederile legale în vigoare în materie.**”,

fără a indica concret prevederea legală/prevederile legale, care reglementează expres aceste opțiuni/modalități, și fără a demonstra, astfel, cel puțin în corelare cu aceste prevederi, faptul că cerința criticată, sus precizată, care a fost solicitată de autoritatea contractantă raportat la necesitățile sale, este o cerință restrictivă, cel puțin pentru contestator.

Totodată, contestatorul are aceeași abordare, respectiv reia aceste susțineri generice, și prin concluziile scrise, înregistrate la CNSC sub nr. ... și sub nr. ... (vol. 1/1 al dosarului cauzei).

Mai mult, prin susțineri cum sunt cele din concluziile scrise, înregistrate la CNSC sub nr. ..., respectiv „În eventualitatea în care ar fi dorit **inclusiunea specificațiilor aferente buteliilor de oxigen medicinal despre care a făcut vorbire în cadrul punctului de vedere** (butelii de 5 litri, dotate cu regulator de presiune încorporat, solicitate de autoritatea contractantă raportat la necesitățile sale – n.n.), **ar fi trebuit să le enunțe ca atare în cuprinsul Caietului de sarcini**, nu să lege aceste caracteristici de modalitatea de atribuire în forma actuală.”, contestatorul omite că aceste specificații sunt solicitate prin caietul de sarcini, cerința criticată privind autorizarea acestor butelii fiind corelată, în mod logic, tocmai cu respectivele specificații, privind buteliile de oxigen medicinal cu regulator de presiune încorporat.

Mai precis, în cadrul documentului cu nr. 9352/18.05.2023 - **Răspuns consolidat la solicitările de clarificare**, care se regăsește publicat în SEAP, în data de 18.05.2023, sub identificatorul „[.../00009] Răspuns clarificări.pdf”, și **care a devenit, astfel, parte a documentației de atribuire**, au fost precizate următoarele:

„Răspuns clarificare: **Buteliile de 5 l** (de oxigen medicinal – n.n.) **solicitate în caietul de sarcini trebuie să fie dotate cu regulator de presiune încorporate.**”

În aceste condiții, Consiliul subliniază că, în conformitate cu art. 12 alin. (1) c.p.c., „(1) **Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință**, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți” or, în cazul de față, contestatorul nu a ținut cont de aceste prevederi în formularea contestației.

Astfel, Consiliul subliniază faptul că, raportat la prevederile legale reglementate, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai **motivarea, în fapt și în drept**, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării, **precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația**, altminteri soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „**in integrum**” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. f) în coroborare cu lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între

contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde cauza care face obiectul dosarului iar adversarul va triumfa.

Or, nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut oportunitatea de a motiva în sensul precizat anterior, acesta nu a profitat de o astfel de oportunitate, nefăcând în realitate dovada, prin contestație și prin concluziile scrise, anterior menționate, a încălcării vreunei dispoziții legale exprese, prin prezentarea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept **„*probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*”**, astfel încât să demonstreze cu adevărat caracterul restrictiv, în opinia contestatorului, al cerinței *„Buteliile de oxigen medicinal simple și cu regulator de presiune încorporat trebuie să fie autorizate prin Autorizația de Punere pe Piață emisă de către Agenția Națională a Medicamentului.”*, de la pag. 7 din caietul de sarcini.

În aceste circumstanțe, Consiliul subliniază că, prin Decizia Civilă nr. 716/24.05.2018, emisă de Curtea de Apel Bacău, instanța a consemnat că *„nu poate fi primită critica petentei potrivit căreia CNSC ar fi trebuit să-i pună în vedere conform art. 11 din Legea nr. 101/2016 să-și completeze contestația în termen de 3 zile de la comunicare, întrucât în cauză nu s-a constatat lipsa informațiilor prevăzute la art. 10 lit.f), ci, pe de o parte, **caracterul generic al acestora (oferta nu corespunde specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției)**, iar, pe de altă parte, caracterul limitativ al acestora (**dispozitivele ofertate nu corespund specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției**)*, Consiliul analizând informațiile furnizate de către contestatoare cu respectarea principiului disponibilității”.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului ... SRL, formulate la **punctul III.** din prezenta contestație.

Astfel, cu privire la criticile contestatorului ... SRL, de la **punctul IV.** din contestația sa, Consiliul reține incidența următoarelor texte legale în materie, relevante în speță:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: „*lot - 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;*”.

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: „(1) **În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.**

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) **sunt destinate unor utilizări** identice sau **similare**;

b) **fac parte din gama normală de produse** care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.”

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „(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.**”

- art. 141 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016: „(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.**”

- art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016: „(3) **Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile** din etapa de planificare/pregătire a achiziției **în legătură cu:**

(...)

f) 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 analiza normelor legale anterior precizate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valorile estimate ale tuturor achizițiilor de produse destinate unor utilizări identice sau similare, în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție;

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că 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.

- 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, justificare care trebuie să se regăsească la nivelul strategiei de contractare.**

Desigur că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 2 categorii de oxigen (oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos, în butelii) ca obiect al unui singur contract, Consiliul reține că, deși, conform autorității contractante, aceste 2 categorii de produse au aceeași destinație și se utilizează în același scop, acestea sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, putând fi utilizate independent unele față de altele.

În aceste condiții anterior precizate, este lipsită de relevanță argumentația autorității contractante, din punctul de vedere transmis, referitoare la faptul că împărțirea pe loturi este o solicitare total nejustificată, având în vedere că, în opinia respectivei autorități, oxigenul medicinal comprimat și oxigenul medicinal lichefiat au același domeniu de acțiune, că se utilizează în aceleași activități și este necesară asigurarea trasabilității produsului pentru o activitate sigură și că valorile și cantitățile estimate în procedură nu sunt un impediment pentru participarea operatorilor economici de tip IMM, atâta vreme cât,

pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, astfel încât toți operatorii economici interesați (*fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii*) vor avea posibilitatea reală să depună oferte (*individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți*) pentru unul sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot, iar,

pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială, dat fiind criteriul de atribuire selectat de autoritatea contractantă, respectiv „*prețul cel mai scăzut*”.

În context, Consiliul subliniază că, deși, conform prevederilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, o autoritate contractantă are dreptul de a nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, totuși, aceasta are obligația, dată tot de prevederile legale în discuție, de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Astfel, analizând strategia de contractare cu nr. 7954/05.05.2023 (*vol. 1/1 al dosarului cauzei*), Consiliul reține că această strategie **nu conține**, conform obligației legale sus citate, **justificarea deciziei autorității contractante de a nu atribui contractul pe loturi**.

Totodată, justificările autorității contractante, de a nu atribui pe loturi, care se regăsesc în punctul de vedere transmis, nu sunt în realitate justificări reale, care să susțină o astfel de decizie, care ar fi trebuit bazată cel puțin pe o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea respectivei autorități.

De exemplu, argumentul autorității contractante cum că „*oxigen medicinal comprimat si oxigen medicinal lichefiat au același domeniu de acțiune și se utilizează în aceleasi activități (...) și este necesară asigurarea trasabilitatii produsului pentru o activitate sigură.*” nu este un argument care să conducă la concluzia că o împărțire pe loturi a acestor categorii de produse ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă furnizarea acestor produse excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți

pentru loturile în cauză ar risca să submineze grav furnizarea în bune condiții a respectivelor produse.

În consecință, justificările autorității contractante anterior precizate nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele în discuție, în circumstanțele date, ar trebui să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul va admite criticile contestatorului ... SRL, formulate la **punctul IV.** din prezenta contestație, în ceea ce privește obligarea autorității contractante la împărțirea obiectului procedurii de atribuire în două loturi distincte, pentru cele 2 categorii de produse de oxigen (*oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos, în butelii*).

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația depusă de ... SRL în contradictoriu cu ..., respectiv criticile formulate la **punctul IV.** din prezenta contestație, în ceea ce privește obligarea autorității contractante la împărțirea obiectului procedurii de atribuire în două loturi distincte, pentru cele 2 categorii de produse de oxigen (*oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos, în butelii*), și, pe cale de consecință, va dispune remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Totodată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate criticile formulate de ... SRL la **punctul III.** din contestație.

Referitor la solicitarea contestatorului privind acordarea cheltuielilor de soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, *„Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”*.

Ori, întrucât contestatorul nu a depus documente doveditoare din care să rezulte natura și cuantumul cheltuielilor efectuate, Consiliul va respinge ca nedovedită solicitarea acestuia privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de soluționare.

Pentru aceste motive  
în baza documentelor depuse de părți,

## CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

### DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de ... SRL în contradictoriu cu ..., respectiv criticile formulate la **punctul IV.** din contestație, în ceea ce privește obligarea autorității contractante la împărțirea obiectului procedurii de atribuire în două loturi distincte, pentru cele două categorii de produse de oxigen (*oxigen medicinal lichid și oxigen medicinal gazos, în butelii*), și, pe cale de consecință, dispune remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile formulate de ... SRL la **punctul III.** din contestație.

Respinge ca nedovedită solicitarea contestatorului privind acordarea cheltuielilor de soluționare.

Obligatorie.

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

### Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

...

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... pagini.