



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr.
Data:

Prin contestația nr. 3378/21.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49503/21.09.2021, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „...”, se solicită, pentru lotul 1, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 3 loturi a achiziției aferente lotului 1 în: lot 1 oxigen medicinal lichefiat, lot 2 oxigen medicinal comprimat, lot 3 dioxid de carbon medicinal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin modificarea cerințelor abuzive de la nivelul acesteia, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei, precum și accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de achiziție publică.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică prevederile documentației de atribuire, apreciind că acestea sunt de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică, aferentă lotului 1.

Data limită de depunere a ofertelor în cadrul procedurii este 18.10.2021 ora 15:00 - termen care, indiferent de celeritatea procedurii de soluționare a contestațiilor, nu poate oferi intervalul de timp necesar CNSC pentru

soluționarea contestației depuse și, în aceste condiții, operatorii economici care doresc să participe la procedură, în lipsa soluționării contestației depuse sau a adoptării măsurilor de remediere, vor fi lipsiți de posibilitatea participării în condiții de legalitate și conformitate cu prevederile legale.

Astfel, suspendarea procedurii de atribuire este mijlocul procedural întemeiat pe existența unui caz bine justificat - în lumina motivelor expuse în cuprinsul contestației, documentația de atribuire este atacată pentru motive de nelegalitate și netemeinicie și în evidenta contradicție cu prevederile legale în materia achizițiilor publice. De asemenea, mijlocul suspendării va preveni o pagubă iminentă, deoarece în situația în care este continuată procedura de atribuire, se va produce un prejudiciu atât în patrimoniul părții care a formulat contestația, cât și în patrimoniul altor potențiali participanți la procedură.

În fapt, la data de 14.09.2021, ... a publicat anunțul nr. ..., obiectul achiziției fiind încheierea unui acord-cadru pe 24 luni pentru ..., procedură împărțită în 2 loturi, Lot 1 Gaze medicale și Lot 2 Gaze industriale. În cazul lotului 1 - Gaze medicale, autoritatea contractantă a ales să grupeze 3 gaze medicale diferite în lot unic, fără a utiliza împărțirea pe loturi. Pe de altă parte, la nivelul caietului de sarcini și a fișei de date a achiziției, se regăsesc mai multe cerințe abuzive detaliate pe larg în punctul B al contestației pendinte.

A. Lipsa împărțirii pe loturi a lotului 1 - Gaze Medicale

Lipsa împărțirii pe loturi a lotului 1 - Gaze Medicale rezultă din prevederile documentație de atribuire, respectiv prevederile caietului de sarcini, din care contestatorul citează, sub formă tabelară, denumirile produselor aferente (12 poz.) și cantitățile estimate.

La o simplă parcurgere a prevederilor caietului de sarcini, este evident că autoritatea contractantă dorește achiziționarea următoarelor produse grupate în lotul 1 Gaze medicale: oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și dioxid de carbon medicinal.

Prin gruparea celor 3 gaze medicinale în lot unic, nu se face decât restricționarea participării la această procedură a operatorilor economici care nu au toate gazele medicinale în portofoliul de produse.

Contestatorul solicită Consiliului să rețină faptul că oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal gazos și dioxidul de carbon medicinal sunt produse diferite, însă ele au fost grupate în mod nelegal în lot unic în cadrul prezentei proceduri și consideră că prin gruparea celor 3 gaze diferite în lot unic, autoritatea contractantă încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, prin faptul că intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate 3 tipurile de gaze.

În cadrul unei proceduri, se poate obține un număr mare de candidaturi/oferte atât prin aplicarea principiilor transparenței, tratamentului egal, nediscriminării, recunoașterii reciproce și proporționalității, cât și prin modul de configurare a procedurii, respectiv împărțirea în loturi a lotului 1. Autoritatea contractantă are responsabilitatea de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

Mai mult, contestatorul precizează că, în cazul dioxidului de carbon medicinal, există un singur furnizor autorizat să pună acest produs pe piață și, în acest sens, atașează un print screen de pe website-ul ANMDMR, singura autoritate competentă din România să autorizeze medicamente, iar în Nomenclatorul de medicamente se regăsesc următoarele:

- la căutarea de medicamente Dioxid de carbon medicinal la DCI <https://www.anm.ro/medicamente-de-uz~uman/nomenclatorul-medicamentelor-de-uz-'uman/>, apare doar Linde Gaz Ungaria ca unic producător al acestui medicament.

În cazul dioxidului de carbon medicinal, singurul operator economic care îl poate pune pe piață este ..., informațiile disponibile se găsesc pe site-ul ANM, accesând următorul link: <https://www.anm.ro/PRO/PRO10521.29.01.18.pdf>. Deținătorul autorizației de punere pe piață și fabricantul: (...), ...

Este adevărat că dispozițiile art. 20 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016 impun ca specificațiile tehnice ale produselor achiziționate trebuie să corespundă necesităților autorității contractante, însă în situația în care doar un singur operator economic autorizat de ANMDM poate furniza întreaga gamă de gaze solicitate, autoritatea contractantă nu poate organiza o procedură deschisă tuturor participanților, deși știe de la început că doar un operator economic poate răspunde solicitării sale.

În acest sens, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile în materia achizițiilor publice, fiind afectat interesul legitim al său de a participa la procedura de achiziție publică în cauză pentru motivele expuse în cadrul prezentei contestații. Documentația de atribuire în forma publicată, prin care autoritatea contractantă urmărește să achiziționeze trei tipuri de gaz medicinal de la un singur furnizor, coroborată cu faptul că unicul operator economic autorizat de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru punerea pe piață, care acoperă toată gama de gaze cerute, este ..., se concluzionează că, prin păstrarea lotului unic, se va semna acordul cadru cu ..., actualul furnizor, contrar prescripțiilor legale care îi impun asigurarea unei minime concurențe.

Contestatorul aduce în atenția CNSC prevederile art. 42 alin. (2) din Directiva 2014/24, care impune ca documentația de atribuire să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, punctul 35).

Având în vedere ca documentația de atribuire se referă la furnizarea mai multor produse, diferite, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să împartă pe loturi această achiziție aferentă lotului 1, în acest fel permițând accesul mai multor operatori economici la procedură și respectând principiile care stau la baza achizițiilor publice.

Refuzul autorității contractante de a împărți contractul aferent lotului 1 în 3 loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi sau ca un ansamblu,

este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției, așa cum corect a reținut și CNSC în Decizia sa nr. 1175/C6/1274 din 10.07.2020.

Totodată, contestatorul evocă dispozitivul Deciziei CNSC nr. 627/C9/492 din 15.04.2020, precum și prevederile art. 1 și art. 2 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare și art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Incidente în această situație sunt și prevederile art. 18 din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, care este citat, și considerentul introductiv din Directiva europeană 2014/24/CE.

Or, în situația de față, cele 3 gaze medicinale sunt produse diferite, sunt produse/furnizate de operatori autorizați în acest sens, fiecare autorizație obținându-se pentru fiecare produs în parte și în niciun caz pentru toate cele 3 produse care fac obiectul acestei achiziții.

În continuare, contestatorul evocă articolul „1.1 Divizare în loturi” din Codul European de Bune Practici.

Raportat la principiile promovării concurenței între operatorii economici, garantării tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici, asigurării transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției lotului 1 în 3 loturi. Contestatorul apreciază că se impune împărțirea achiziției în 3 loturi, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la această procedură, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează, așa cum și CNSC a reținut în Decizia nr. 1175/C6/1274 din 10.07.2020, din care citează.

Totodată, contestatorul evocă art. 32 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007, art. 14 alin. (1) și art. 15 din Codul civil, art. 3 alin. (2) lit. dd) și art. 141 din Legea nr. 98/2016.

Pentru toate motivele expuse mai sus, se consideră că cerințele documentației de atribuire aferente lotului 1, așa cum a fost publicată inițial, sunt cerințe de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, ceea ce duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedură, iar aceasta va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice. Se solicită să se aibă în vedere, în luarea deciziei, și motivările deciziilor CNSC nr. 2127/C9/2203 din 11.12.2015, nr. 1657/C5/1379 din 19.06.2018, nr. 491/C8/395 din 26.03.2020, nr. 1175/C6/1274 din 10.07.2020 și nr. 1479/C2/1510 din 09.07.2021.

B. Specificațiile tehnice restrictive de la nivelul documentației de atribuire

1. Termenul de 10 zile de montare al echipamentelor de la semnarea acordului-cadru.

În caietul de sarcini, la pag. 9, se solicită: „Furnizorul se va ocupa de amenajarea spațiilor necesare amplasării stocatoarelor criogenic și vaporizatorului necesar, va suporta costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid. Amenajarea existentă și fundațiile existente nu sunt proprietatea spitalului.

Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru. Se va prezenta graficul de lucrări.

Toate cheltuielile privind transportul echipamentelor, instalarea și punerea în funcțiune a instalațiilor, precum și toate autorizările necesare privind funcționarea instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid, vor fi în totalitate în sarcina furnizorului.”

Prin această solicitare se restricționează practic accesul altor operatori economici, cu excepția actualului furnizor, care are deja fundația betonată și echipamentele de stocare și distribuție deja montate.

Termenul de 10 zile este un termen în care, din punct de vedere legal, nu se poate executa noua fundație betonată și nici nu se pot obține avizele și autorizațiile necesare, termenul de emitere al acestora fiind conform legislației în vigoare de 30 de zile.

În primul rând, executarea fundației betonate, presupune, așa cum a detaliat și autoritatea contractantă: proiectarea, pregătirea documentației de avizare (inclusiv obținerea autorizației de construire), execuția fundațiilor betonate.

După execuția fundațiilor betonate și instalarea echipamentelor de stocare și distribuție oxigen medicinal lichefiat, urmează obținerea autorizațiilor ISCIR pentru recipientul de stocare a oxigenului lichid, conform reglementărilor legale în vigoare, respectiv art. 7 alin. (1) din Legea nr. 544/2001, care este citat.

În aceste condiții, devine evident că termenul de 10 zile de la semnarea acordului-cadru, conform cerințelor documentației de atribuire, este unul nerealist și imposibil de respectat de operatorii economici interesați de participarea la procedură, cu excepția operatorului economic ..., actualul furnizor al autorității contractante.

După proiectare, întocmirea documentației de avizare, obținerea autorizației de construire, execuția fundației betonate, urmează livrarea echipamentelor de stocare și distribuție oxigen medicinal lichefiat, instalarea acestora pe fundația betonată, autorizarea ISCIR a instalațiilor și abia apoi se face punerea în funcțiune a întregii instalații de stocare și distribuție oxigen medicinal lichefiat. Soluția tehnică de livrare a oxigenului medicinal lichid poate fi pusă la dispoziția autorității contractante după autorizarea instalației, conform reglementărilor legale în vigoare.

În acest sens, a reținut și CNSC în Decizia nr. 151/C3/2710 din 28.01.2020, din care se citează.

Astfel, este evident că termenul de 10 zile de la semnarea acordului cadru este unul nerealist. Scopul formulării contestației constă în

demonstrarea faptului că în documentația de atribuire se regăsesc mai multe specificații /cerințe cu rolul de a restrânge concurența în mod nejustificat, iar prin contestație se conservă dreptul de a participa la procedura de atribuire în condițiile impuse de legislația incidentă în domeniul achizițiilor publice.

Contestatorul apreciază că în cazul de față, achizițarea a încălcat prevederile art. 154 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și cea a art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 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.

Pentru toate motivele invocate mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice cerințele documentației de atribuire, respectiv să modifice termenul de livrare, instalare și punere în funcțiune a instalațiilor, precum și obținerea tuturor autorizațiilor necesare privind funcționarea instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid de la 10 zile la 45 de zile de la semnarea acordului-cadru.

2. Prezentarea avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate

Contestatorul evocă faptul că în caietul de sarcini se solicită: *„Furnizorul va prezenta modul de aprovizionare continuă cu oxigen în cazul în care fabrica care produce oxigenul are unele defecțiuni sau se realizează mentenanța și nu mai poate livra oxigen și care sunt soluțiile unei asemenea situații, astfel încât să nu existe sincope de aprovizionare a spitalului. În acest caz, dacă este necesar, se va pune la dispoziție beneficiarului toate autorizațiile și avizele ce trebuie să le dețină furnizorul pentru livrarea continuă a oxigenului medicinal lichefiat”* și coroborat cu cerința din fișa de date a achiziției, cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: *„Cerința 2. Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dețină atestare ori apartenență din punct de vedere profesional sau pentru ofertanții străini, documente echivalente emise în țara de rezidență.*

Modalitate de îndeplinire: completare DUAE de către toți operatorii economici, urmând ca documentele justificative, respectiv:

- avizul emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate.”

Astfel, contestatorul citează art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate, care se referă la dispozitive medicale: *„Art. 927 (1) Dispozitivele medicale se comercializează, se distribuie, se instalează și se întrețin, pentru a fi utilizate în conformitate cu scopul propus, numai de către persoanele fizice sau juridice pentru care s-a emis avizul prevăzut la art. 926 alin. (3)“.*

De unde reiese faptul că autoritatea contractantă face o confuzie în ceea ce privește avizul de funcționare pentru dispozitive medicale. În acest, sens, contestatorul face trimitere la prevederile Legii nr. 176/2000 privind dispozitivele medicale, cu normele metodologice aprobate prin Ordinul nr. 1636/2004 privind dispozitivele medicale, cu modificările ulterioare, referitoare la avizarea unităților de tehnică medicală, care stabilește cadrul

legal și instituțional pentru controlul dispozitivelor medicale, dispozitivelor medicale implantabile active, dispozitivelor medicale pentru diagnostic în vitro, puse în funcțiune și utilizate, denumite în continuare dispozitive medicale, precum și pentru controlul activităților de comercializare, distribuție și de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale.

Important este să nu se piardă din vedere faptul că toate gazele medicale sunt autorizate de Agenția Națională a Medicamentului, cu precizarea că sunt produse în mod industrial și livrate în butelii și rezervoare (recipienți criogenici), iar stocatoarele și buteliile nu sunt dispozitive medicale, toate ambalajele în care sunt livrate/stocate gazele medicinale fiind definite în Autorizația de Punere pe Piață eliberată de ANMDMR.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței privind prezentarea avizul emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite, conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate de la nivelul documentației de atribuire, având în vedere că gazele medicinale nu sunt dispozitive medicale, ele încadrându-se în categoria medicamentelor de uz uman, în conformitate cu prevederile Legii nr. 95/2006.

3. Produsele oferite trebuie să fie însoțite de Certificatul CE și să poarte marcajul «CE».

Această cerință se regăsește la nivelul fișe de date a achiziției, cap. IV.4 „IV.4 Prezentarea ofertei IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice 3. Documente anexe - 3.1 Produsele oferite trebuie să fie însoțite de Certificatul CE, să poarte marcajul «CE» și să respecte standardele și legislația în vigoare în România, precum și cerințele Directivelor Uniunii Europene aplicabile - aceasta va trebui depusă în traducere autorizată;”

Contestatorul reamintește faptul că obiectul achiziției este reprezentat de furnizare gaze medicinale, care se livrează însoțite de declarație de conformitate/certificat de analiză, conform prevederilor legale în vigoare și de autorizație de punere pe piață. Aceste gaze medicale nu pot fi purtătoare de marcaj „CE”, pentru că nu sunt dispozitive medicale, așa cum s-a arătat mai sus, acestea sunt medicamente de uz uman.

Din nou, autoritatea contractantă este confuză, în sensul că nu cunoaște prevederile art. 11 alin. (1) din Hotărârea nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, care este citat.

Mai mult, având în vedere faptul că gazele medicale sunt medicamente de uz uman și sunt autorizate a fi puse pe piață de către ANMDMR, contestatorul indică următorul link în care se găsesc detalierile cu privire la marcajul CE care se aplică dispozitivelor medicale <https://www.anm.ro/dispozitive-medicale/marcaj-ce/> și nicidecum gazelor medicinale.

Pentru toate argumentele sus menționate, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să elimine cerința privind marcajul CE de la nivelul documentației de atribuire pentru gazele medicinale, având în vedere argumentele ante-menționate și coroborat cu următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare: art. 3 alin. (1) lit. rr), art. 50 alin. (1) și alin. (2), art. 155 alin. (6), art. 156 alin. (1) și alin. (2).

Concluzionând, ... solicită CNSC, pentru lotul 1, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în 3 loturi a achiziției aferente lotului 1 în: lot 1 oxigen medicinal lichefiat, lot 2 oxigen medicinal comprimat, lot 3 dioxid de carbon medicinal, obligarea autorității contractante la remediere documentația de atribuire prin modificarea cerințelor abuzive de la nivelul acesteia, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei, precum și accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. 32622/30.09.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 51359/30.09.2021, ... transmite punctul său de vedere la contestația formulată de către ..., prin care solicită respingerea acesteia ca netemeinică și nelegală, pentru următoarele argumente:

La întocmirea documentației tehnice și la evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă are în vedere principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, pe care le enumeră.

Referitor la solicitarea contestatorului de împărțire pe 3 loturi a lotului 1 - Gaze Medicale, respectiv în oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și dioxid de carbon medicinal, autoritatea contractantă susține că a respectat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a), b), e), art. 3 lit. c), art. 3 lit. dd), art. 50 alin. (1) și (2), art. 141 alin. (1) și (2), art. 180 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 9 alin. (3) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 având în vedere următoarele:

- procedura de achiziție publică este divizată în 2 loturi, respectându-se în acest sens principiile legale de atribuire a contractelor de achiziții publice și ale nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

- la stabilirea componentei lotului 1, s-a avut în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante.

- decizia de formare a unui lot fie din produse identice, fie din produse similare, este atributul autorității contractante, în virtutea nevoilor sale prin respectarea principiului asumării răspunderii de către aceasta în atribuirea unui contract de achiziție publică. De asemenea, împărțirea pe loturi este un drept al autorității contractante și nu o obligație.

Contestatorul nu justifică interes pentru care solicită ca lotul 1 să fie divizat în alte 3 loturi distincte, întrucât în contradictoriu cu afirmațiile sale potrivit cărora singurul furnizor de dioxid de carbon medicinal este Linde Gaz, pe site-ul oficial al ... - <https://www....>, la capitolul gaze medicinale-<https://www....>- medicinale, se poate observa cu ușurință că acesta deține toate produsele care fac obiectul prezentei proceduri de achiziții din cadrul lotului 1, inclusiv dioxid de carbon medical.

Prin urmare, contestatorul ... are posibilitatea de a furniza integral toate produsele ce fac obiectul lotului 1.

Prin împărțirea lotului 1 în alte 3 loturi, astfel cum solicită contestatorul, autoritatea contractantă este nevoită să aloce mai multe resurse pentru procesele de analiză și tratare a riscurilor și va fi în imposibilitatea de a respecta cerințele ISO 9001:2015, fapt ce îi va pune în pericol pe pacienți.

Procedura de achiziție publică nu a fost organizată în scopul permiterii accesului la procedură doar a operatorului economic ..., ci aceasta se adresează tuturor operatorilor economici cu activitate constantă și relevantă în domeniu și care dețin în portofoliu gama de produse prevăzută la lotul 1 și care pot fi livrate cu maximă diligență și promptitudine, având în vedere și situația cu care se confruntă întregul sistem sanitar, determinat de răspândirea pandemiei cu virusul SARS CoV-2.

Contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă precizează că toți furnizorii de gaze medicale și gaze de terapie înregistrați și autorizați de către ANMDM au în portofoliu toate produsele ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, astfel că nu sunt încălcate drepturile ofertanților: libera concurență, tratamentul egal, nediscriminarea.

În continuare, autoritatea contractantă depune, în acest sens, dovada-fotografie care atestă că nu numai ... a avut acces la prezenta procedură de achiziție publică.

Divizarea procedurii în 2 loturi respectă prevederile art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, întrucât lotizarea este suficientă pentru încurajarea concurenței, fără să împiedice/restrângă/distorsioneze concurența operatorilor economici la procedură și permite achiziționarea de către autoritatea contractantă a produselor necesare la prețuri avantajoase.

Modul de alcătuire al lotului 1 din produsele: Oxigen medicinal lichefiat, Oxigen medicinal gazos și Dioxid de carbon medicinal este în conformitate cu dispozițiile art. 107 alin. 2 lit. c) din H.G. nr. 395/2016, întrucât autoritatea contractantă urmează să încheie acord-cadru în baza căruia se vor atribui contracte subsecvente de tipuri sau natură similară unele față de altele.

Prin divizarea procedurii în două locuri, autoritatea contractantă arată că nu a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere (ori în subcontractare) pentru furnizarea întregii game de produse.

II. Referitor la specificațiile tehnice de la nivelul documentației de atribuire pe care contestatorul le consideră restrictive:

- Termenul de 10 zile de montare al echipamentelor de la semnarea acordului-cadru.

Autoritatea contractantă consideră că termenul de 10 zile este un termen optim pentru instalarea echipamentelor, pentru a nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu gazele medicale absolut necesare pacienților.

Lipsa gazelor medicinale, mai ales în această perioadă, este în măsură să pericliteze viața pacienților și funcționarea spitalului. Astfel, aprovizionarea cu produsele ce fac obiectul lotului 1 trebuie să se facă continuu, fără perioade mari de întrerupere.

Pentru aceste motive, autoritatea contractantă a înțeles să impună furnizorului, prin caietul de sarcini, să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru, urmând ca avizele și autorizațiile să fie obținute corespunzător termenelor impuse de autoritățile emitente.

Autoritatea contractantă consideră că termenul de 45 zile solicitat de ... este mult prea mare, întrucât implică consecințe negative față de spital și

față de pacienții internați care au nevoie urgentă de gazele medicale și a căror viață poate fi pusă în pericol în situația în care sunt nevoiți să aștepte trecerea termenului de 45 de zile solicitat de contestatoare.

- Avizul emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma și Certificatul CE care trebuie să însoțească produsele ce fac obiectul lotului 1.

Având în vedere că aceste gaze medicale se livrează și se stochează în echipamente specifice, se pot califica aceste echipamente ca dispozitive medicale care, potrivit dispozițiilor art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 sunt necesar a fi însoțite de Avizul emis de Ministerul Sănătății prevăzut la art. 926 alin. (3) din Legea nr. 95/2006 și de Certificatul CE.

De asemenea, pe lângă autorizația de Punere pe Piață de la Agenția Națională a Medicamentului, s-a considerat necesar să se solicite operatorilor economici avizul menționat mai sus și Certificatul CE pentru garantarea furnizării produselor ce fac obiectul lotului 1 pe tot parcursul derulării acordului-cadru, fără întreruperi ce ar cauza autorității contractante.

Toate autorizațiile, avizele, certificatele CE sunt solicitate de autoritatea contractantă pentru a se asigura ca operatorul economic pune la dispoziție echipamente autorizate conforme cu cerințele tehnice, în vederea păstrării calității produsului până la destinatarul final.

Pentru toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită să se constate că prevederile legale în materie nu-i interzic solicitarea de documente, în vederea satisfacerii nevoilor și intereselor sale.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca fiind netemeinică și nelegală, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Prin adresa nr. 3641/05.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 52275/06.10.2021, ... transmite răspunsul său la punctul de vedere transmis de către autoritatea contractantă, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației, astfel cum a fost aceasta formulată.

Referitor la punctul 1:

Contestatorul arată că autoritatea contractantă se raportează la ambele loturi ale procedurii de atribuire, iar acesta a făcut trimitere la lotul 1 Gaze medicale, care nu respectă principiile legale de atribuire a contractelor de achiziții publice prin gruparea celor 3 gaze medicale diferite într-un lot unic.

Referitor la punctul 2:

Contestatorul face precizarea că cele 3 gaze medicale sunt diferite, sunt ambalate diferit, utilizate în scopuri diferite, autorizate în mod individual, iar simpla împărțire pe loturi a acestui lot nu face decât să deschidă concurența, să facă posibilă aplicarea principiilor amintite de autoritatea contractantă: nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea.

Referitor la punctul 3:

Este adevărat că împărțirea pe loturi este un drept al autorității contractante și nu o obligație, dar acest drept nu poate fi exercitat oricum și se solicită CNSC să aibă în vedere dispozițiilor art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016. De reținut este și faptul că autoritatea contractantă este obligată de prescripțiile legale să achiziționeze produse și servicii în condiții de

eficiență economică și socială. Achiziționarea de produse și servicii în condiții de eficiență economică și socială se obține doar atunci când se creează condițiile necesare obținerii unui număr cât mai mare de oferte, nu în momentul în care utilizând de „dreptul său”, se favorizează actualul furnizor.

Principiul asumării răspunderii implică obligația persoanelor implicate în derularea procedurilor de achiziție publică de a-și asuma, a raporta și a răspunde pentru consecințele acțiunilor și deciziilor luate și, în acest caz, autoritatea contractantă este obligată să respecte prevederile art. 141 din H.G. nr. 395/2016 pentru lotul 1 și să nu își argumenteze generic răspunsul că a respectat prevederile legale.

Autoritatea contractantă are responsabilitatea de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici și nu să limiteze achiziția la actualul furnizor.

Referitor la punctul 4:

Contestatorul apreciază că a justificat interesul pentru ca lotul 1 să fie împărțit în 3 loturi distincte și a și adus dovezi în acest sens. O simplă consultare a site-ului unui producător nu este o dovadă suficientă, în condițiile în care prin documentația de atribuire sunt solicitate anumite documente cum ar fi:

- Avizul emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate;

- Autorizație de Punere pe Piață de la Agenția Națională a Medicamentului, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare, cu Titlul VII Medicamentul pentru oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat, protoxid de azot medicinal, dioxid de carbon;

- Autorizație de fabricație pentru oxigen medicinal lichefiat emisă de Agenția Națională a Medicamentului, doar dacă ofertantul este producător, în baza Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare, Titlul VII Medicamentul;

- Certificat de bună practică de fabricație (GMP) pentru oxigen medicinal - emis Agenția Națională a Medicamentului, Legea nr. 95/2006 și OUG nr. 152/1999, în cazul în care ofertantul este producător, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare, cu Titlul VII Medicamentul;

- Autorizație de distribuție angro pentru gazele medicinale, conform Legii nr. 95/2006, unde este cazul;

- Autorizații ISCIR, acolo unde este cazul.

Nu toți furnizorii care au pe site afișate gazele solicitate prin prezenta procedură pot participa la aceasta în forma publicată în SICAP. Exemplul dat în cadrul contestației nu se referă la o simplă căutare pe Google, ci la operatori economici autorizați de Agenția Națională a Medicamentelor să pună pe piață aceste gaze medicinale, conform cerințelor din documentația de atribuire.

Așa cum s-a arătat și în cadrul contestației depuse, în cazul dioxidului de carbon medicinal, există un singur furnizor autorizat să pună acest produs

pe piață, conform site-ului Agenției Naționale a Medicamentelor și Dispozitivelor Medicale din România, aspecte pe care autoritatea contractantă a ales să le ignore cu desăvârșire.

Referitor la punctul 5:

Se consideră că în acest context, invocarea respectării sau a nerespectării cerințelor ISO 9001:2015 legat de împărțirea în 3 loturi a lotului 1, nu are legătură cu standardul adus în discuție de autoritatea contractantă prin punctul de vedere transmis. ISO 9001:2015 este un sistem de management al calității, standardul ISO 9001 specifică cerințele generale pentru dezvoltarea, implementarea și îmbunătățirea sistemelor de management al calității, în scopul de a satisface cerințele clienților. Standardul ISO 9001 poate fi aplicat de către orice organizație care dorește să îmbunătățească funcționarea sa, indiferent de mărimea sau domeniul de aplicare și este cel mai răspândit standard de management la nivel mondial. El nu se refera la anumite produse, la anumite medicamente în cazul de față, se referă la serviciile medicale, la activitățile legate de prestarea serviciilor medicale în conformitate cu structura organizatorică a autorității contractante.

Referitor la punctul 6:

Se consideră că autoritatea contractantă, contrar afirmațiilor fără suport legal, are intenția de a atribui acordul-cadru tot actualului furnizor. În acest sens, se apreciază că prin comportamentul său, autoritatea contractantă încalcă dispozițiile în materia achizițiilor publice, fiind afectat interesul său legitim de a participa la procedura de achiziție publică pentru motivele expuse în cadrul contestației depuse. Documentația de atribuire în forma publicată, prin care autoritatea contractantă urmărește să achiziționeze trei tipuri de gaz medicinal de la un singur furnizor (unicul furnizor din România autorizat și capabil să ofere întreaga gamă așa cum este solicitată prin documentația de atribuire) coroborată cu faptul că unicul operator economic autorizat de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale pentru punerea pe piață care acoperă toată gama de gaze cerute este ..., conduce la concluzia că prin păstrarea lotului unic, autoritatea contractantă își dorește cu orice preț ca semnarea acordului cadru să se facă tot cu acest producător, contrar prescripțiilor legale în materia achizițiilor publice, care îi impun asigurarea unei minime concurențe.

Referitor la punctul 7:

Acesta nu are legătură cu obiectul contestației, așa cum s-a precizat, se critică neîmpărțirea în 3 loturi a lotului 1 - Gaze medicale și nicidecum întreaga procedură de achiziție publică.

Referitor la punctul 8:

Autoritatea contractantă nu are în vedere că toate cele 3 gaze medicale grupate în lot unic sunt produse diferite. Prin urmare, având în vedere produsele necesar a fi achiziționate, precum și specificațiile tehnice diferite ale acestora, autoritatea contractantă trebuie să analizeze oportunitatea organizării procedurii de atribuire împărțite pe loturi (prin raportare la prevederile legale amintite anterior), stabilite în funcție de valoarea estimată a fiecărui tip de gaz medicinal determinată conform regulilor prevăzute de legislația în materie. Prin păstrarea lotului unic pentru toate produsele ce fac obiectul achiziției, se restricționează accesul operatorilor economici de a

participa cu oferte la această procedură și nu se asigură cadrul legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

Având în vedere faptul că sunt produse diferite, procedura de atribuire, în modalitatea publicată, încalcă principiul nediscriminării și principiul proporționalității prin faptul că se intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate, respectiv oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și dioxid de carbon medicinal.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă ignoră faptul că fiecare dintre aceste 3 gaze au nevoie de autorizație de punere pe piață, autorizație de fabricație, certificat de bună practică de fabricație, licență de transport pentru gaze medicinale ADR, autorizații ISCIR și că exista un singur furnizor în România care deține toate aceste documente pentru toate cele 3 gaze medicinale în cadrul grupului din care face parte. Este evident că se restricționează accesul la această procedură și se încalcă principiile nediscriminării și proporționalității prin menținerea lotului unic, sub pretextul că se vor atribui contracte subsecvente de natură similară unele față de altele, dar care constau în furnizarea de 3 produse diferite grupate în mod artificial împreună.

Raportat la punctul 9:

Contestatorul sau orice alt operator economic nu poate fi obligat de autoritatea contractantă să recurgă la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează, pentru a livra întreaga gamă de produse solicitată în cadrul lotului 1. În schimb, autoritatea contractantă este obligată de prevederile legale în vigoare să adapteze achiziția pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, pentru a potrivi conținutul contractelor mai aproape de sectoarele specializate ale IMM-urilor.

În ceea ce privește specificațiile tehnice restrictive de la nivelul documentației de atribuire, ... menționează că nu mai reia argumentele din cadrul contestației, face doar precizarea că:

a) Termenul de 10 zile de montare al echipamentelor de la semnarea acordului-cadru este nelegal și imposibil de respectat de alți operatori economici, cu excepția actualului furnizor.

Termenul de 10 zile este un termen în care, din punct de vedere legal, nu se poate executa noua fundație betonată și nici nu se pot obține avizele și autorizațiile necesare, termenul de emitere al acestora fiind conform legislației în vigoare, de 30 de zile.

Chiar dacă cerințele documentației de atribuire sunt clare, autoritatea contractantă alege să le ignore când face următoarele afirmații: *„Pentru aceste motive, autoritatea contractantă a înțeles să impună furnizorului prin caietul de sarcini să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru, urmând ca avizele și autorizațiile să fie obținute corespunzător termenelor impuse de autoritățile emitente.”*

După proiectare, întocmirea documentației de avizare, obținerea autorizației de construire, execuția fundației betonate, urmează livrarea

echipamentelor de stocare și distribuție oxigen medicinal lichefiat, instalarea acestora pe fundația betonată, autorizarea ISCIR a instalațiilor și abia apoi se face punerea în funcțiune a întregii instalații de stocare și distribuție oxigen medicinal lichefiat. Echipamentele tehnice nu pot fi livrate la sediul autorității contractante dacă nu există fundația betonată pe care să se instaleze.

Pentru toate motivele invocate mai sus, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să modifice cerințele documentației de atribuire, respectiv să modifice termenul de livrare, instalare și punere în funcțiune a instalațiilor, precum și obținerea tuturor autorizațiilor necesare privind funcționarea instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid de la 10 zile la 45 de zile de la semnarea acordului-cadru.

b) Solicitarea prezentării avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate pentru gazele medicale care fac obiectul acestei proceduri, este nelegal și nu are legătură cu obiectul achiziției.

Toate gazele medicale care fac obiectul achiziției lotului 1 sunt autorizate de Agenția Națională a Medicamentului, cu precizarea că sunt produse în mod industrial și livrate în butelii și rezervoare (recipiente criogenice), iar stocatoarele și buteliile nu sunt dispozitive medicale, toate ambalajele în care sunt livrate/stocate gazele medicinale fiind definite în Autorizația de Punere pe Piață eliberată de ANMDMR.

Contestatorul reamintește faptul că autoritatea contractantă este cea care a prevăzut cerințele din documentația de atribuire, respectiv autorizațiile de punere pe piață pentru cele 3 gaze medicale care fac obiectul achiziției lotului 1: *„Având în vedere că aceste gaze medicale se livrează și se stochează în echipamente specifice, putem califica aceste echipamente ca dispozitive medicale care, potrivit dispozițiilor art. 927 alin. (1) din Legea 95/2006 sunt necesar a fi insolite de Avizul emis de Ministerul Sănătății prevăzut la art. 926 alin. (3) din Legea 95/2006 și de Certificatul CE”.*

Astfel, contestatorul susține că nu poate califica, nici acesta și nici autoritatea contractantă, echipamentele de stocare: stocatoarele criogenice și buteliile ca dispozitive medicale, ci prevederile legale dispun calificarea lor și se citează definiția dispozitivelor medicale de pe site-ul ANMDMR: <https://www.anm.ro/dispozitive-medicale/definitii-si-clasificare-dispozitive-medicale/dispozitiv-medical>.

Pe de altă parte, un stocator criogenic este un vas de stocare de dimensiuni mari pentru gaze medicale, care este ținut sub presiune și la fel este și butelia, un recipient de stocare ținut sub presiune de dimensiuni mai mici față de stocatoare. Atât stocatoarele criogenice, cât și buteliile, sunt considerate ambalaje în autorizația de punere pe piață a fiecărui gaz.

Având în vedere cele de mai sus, ... solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să elimine cerința privind prezentarea avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate, de la nivelul documentației de atribuire, având în vedere că gazele medicinale nu sunt dispozitive medicale, ele încadrându-se în categoria medicamentelor de uz uman, în conformitate cu prevederile legii respective și fiind

considerate ambalaje pentru gazele medicale ce fac obiectul achiziției lotului 1.

c) Obiectul achiziției lotului 1 sunt gaze medicale, produsele oferite nu pot purta marcajul «CE» așa cum solicita autoritatea contractantă.

Gazele medicale sunt medicamente de uz uman și sunt autorizate a fi puse pe piață de către ANMDMR, așa cum s-a precizat și în cadrul contestației depuse, marcajul CE se aplică dispozitivelor medicale, dar nu gazelor medicinale. Autoritatea contractantă nu poate menține, în mod abuziv, niște cerințe pe considerentul că *„Toate autorizațiile, avizele, certificatele CE sunt solicitate de autoritatea contractantă pentru a se asigura că operatorul economic pune la dispoziție echipamente autorizate conforme cu cerințele tehnice, în vederea păstrării calității produsului până la destinatarul final, adică pacientul, al cărui interes este prioritar.”*

Aceste cerințe tehnice trebuie să fie conforme cu prevederile legale, ele trebuie să fie descrise în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante și fără a avea scopul ascuns de restrângere artificială a concurenței. Se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici, ca în cazul de față.

Specificațiile tehnice, așa cum prevede legislația, 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.

Pe cale de consecință, ... solicită CNSC obligarea autorității contractante la modificarea documentația de atribuire, în sensul lotizării produselor solicitate în cadrul lotului 1 - Gaze medicinale și să accepte depunerea de oferte pe loturi pentru lot 1, după cum urmează: lot 1 oxigen medicinal lichefiat, lot 2 oxigen medicinal comprimat și lot 3 dioxid de carbon medicinal.

De asemenea, ... solicită eliminarea cerințelor restrictive de la nivelul documentației de atribuire, conform argumentelor aduse atât în cadrul contestației promovate, cât și a prezentului înscris.

Prin adresa nr. 3685/07.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 52598/07.10.2021, ... transmite Concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice la sediul CNSC la data de 06.10.2021, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației, astfel cum aceasta a fost formulată, pentru următoarele motive:

Referitor la împărțirea pe loturi solicitată prin contestație, prin decizia de neîmpărțire pe loturi luată de autoritatea contractantă pentru toate produsele ce fac obiectul lotului 1, restricționează accesul operatorilor economici de a participa cu oferte la această procedură și nu asigură cadrul legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială și evocă prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

După cum se poate observa, legiuitorul a considerat că împărțirea pe loturi este regula, caz în care nu este necesară justificarea acestei alegeri în cadrul strategiei de contractare, pe când neîmpărțirea pe loturi constituie

excepția de la regulă și necesită justificarea acestei decizii de către autoritatea contractantă.

În cadrul strategiei de contractare studiată la dosarul pus la dispoziție de către CNSC la data de 06.10.2021, contestatorul arată că a identificat împărțirea pe loturi a procedurii, respectiv cap. 7.2.3, pe care îl citează.

Acesta se referă la întreaga procedură, respectiv la cele două loturi: ..., fără ca în ceea ce privește gazele medicale să existe o împărțire pe loturi a acestora. Însă, la nivelul strategiei de contractare, s-a identificat cerința privind autorizarea de punere pe piață pentru 4 gaze (Cerința 2).

În acest sens, contestatorul aduce în atenția CNSC că protoxidul de azot medicinal, la fel ca și dioxidul de carbon, este pus pe piață doar de către ..., fiind unicul operator economic care are autorizație de punere pe piață pentru aceste gaze. Dacă autoritatea contractantă a considerat util și echitabil să achiziționeze separat acest gaz, de ce nu procedează la fel și în cazul celorlalte 3 gaze, pentru a facilita accesul la procedura de achiziție aferentă lotului 1 și altor operatori economici la gazele medicale pe care le pot furniza, conform cerințelor documentației de atribuire.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante cu privire la alocarea mai multor resurse pentru procesele de analiză și tratare a riscurilor, contestatorul menționează că în cadrul strategiei de contractare nu a identificat acest risc la care se face trimitere.

Refuzul autorității contractante de a atribui contractul în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia de a decide asupra oportunității organizării procedurii de atribuire pe loturi, este nejustificat, deoarece restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Prin menținerea lotului unic pentru lotul 1, autoritatea contractantă face dovada că a încălcat atât scopul legii achizițiilor publice, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, așa cum s-a demonstrat în cadrul contestației promovate.

Gazele medicale solicitate de autoritatea contractantă, chiar dacă fac parte din aceeași categorie, respectiv gaze medicale, sunt produse distincte.

În continuare, contestatorul precizează că nu înțelege de ce autoritatea contractantă insistă pe faptul că exista pe site-ul ... produsele distincte solicitate în cadrul lotului 1, în condițiile în care nevoia ei referitoare la livrarea gazelor solicitate poate fi satisfăcută chiar dacă ele provin de la mai mulți ofertanți, știind clar că ofertarea parțială nu este suficientă pentru participarea la procedură a contestatorului și altor operatori economici interesați. Singura explicație este dată de faptul că prin această atitudine, autoritatea contractantă încearcă o restrângere artificială a concurenței.

Contestatorul evocă argumentele CNSC din cadrul Deciziei nr. 35705/1510/C2/12.07.2021, din care citează și reiterează că cele 3 gaze medicale sunt diferite, sunt ambalate diferit, utilizate în scopuri diferite, autorizate în mod individual, iar simpla împărțire pe loturi a acestui lot, nu face decât să deschidă concurența, să facă posibilă aplicarea principiilor amintite și de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere transmis: principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

În ceea ce privește eliminarea specificațiilor tehnice de la nivelul documentației de atribuire, contestatorul arată că își menține solicitările, după cum urmează:

- modificarea termenului de 10 zile de montare al echipamentelor de la semnarea acordului-cadru la 45 de zile, pentru a nu favoriza doar actualul furnizor și a crea premisele deschiderii concurenței și către alți operatori economici interesați de participarea la această procedură și respectarea termenelor legale (pentru obținerea autorizației de construire și a autorizațiilor ISCIR) care nu depind de aceștia;

- eliminarea avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate și eliminarea marcatului CE de pe ambalajele gazelor medicale, în contextul în care ambalajele gazelor medicale nu sunt dispozitive medicale.

În concluzie, pe baza argumentelor invocate mai sus în prezentele concluzii scrise, precum și în cadrul contestației, ... solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire prin împărțirea în 3 loturi a achiziției aferente lotului 1 Gaze Medicale: lot 1 oxigen medicinal lichefiat, lot 2 oxigen medicinal comprimat, lot 3 dioxid de carbon medicinal și la modificarea cerințelor abuzive de la nivelul acesteia, iar în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de achiziție publică.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „...”, cod CPV ... (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru, pentru lotul 1, este cuprins între 1.032.240,00 și 2.066.040,00 fără TVA.

Prin Încheierea nr. 2491/C7/2484/29.09.2021, Consiliul a admis cererea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, pentru lotul 1.

Procedând la soluționarea contestației, analizând criticile formulate de către ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de neîmpărțirea obiectului lotului 1 „*Gaze Medicale*”, în mai multe loturi distincte, pentru fiecare tip de gaz medicinal în parte, prevederile documentației de atribuire, apreciindu-se de către contestatorul ... că sunt de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică, aferentă lotului 1.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găsește util a reține câteva aspecte din cadrul dosarului achiziției publice.

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie furnizarea de GAZE MEDICALE și GAZE INDUSTRIALE necesare desfășurării activității medicale din cadrul ..., achizițarea optând pentru organizarea procedurii de

atribuire prin împărțirea pe loturi, în cadrul lotului 1 „Gaze medicale” grupând cele 3 tipuri de gaze medicale (*oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și dioxid de carbon medicinal*) într-un singur lot, aceasta constituind critica adusă de către ..., în prezenta cauză.

Procedând la verificarea aspectelor criticate de către ..., Consiliul constată că aspectul reclamat de acesta vizează faptul că autoritatea contractantă, în mod nelegal nu a divizat obiectul aferent lotului 1 în trei loturi distincte, pentru fiecare gaz medical în parte (contestatorul propune trei loturi, și anume: *lot 1 oxigen medicinal lichefiat, lot 2 oxigen medicinal comprimat, lot 3 dioxid de carbon medicinal*), iar solicitarea acestuia adresată Consiliului, este aceea a obligării autorității contractante la modificarea structurii lotului 1 aferent prezentei achiziții, prin constituirea de loturi corespunzătoare fiecărui produs aferent lotului 1.

Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că lotizarea reprezintă soluția corectă din punct de vedere juridic pentru a permite accesul neîngrădit al operatorilor economici, obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse și asigurarea unei concurențe reale.

Argumentele aduse de contestator sunt, în mod succint, legate de faptul că, în opinia ..., autoritatea contractantă dorește achiziționarea în cadrul lotului 1, a mai multor gaze medicale diferite, iar prin gruparea celor 3 gaze medicinale în lot unic, nu se face decât restricționarea participării la procedură a operatorilor economici care nu au toate gazele medicinale în portofoliul de produse.

De asemenea, se are în vedere faptul că ... susține că oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal gazos și dioxidul de carbon medicinal sunt produse diferite, însă ele au fost grupate în mod nelegal în lot unic în cadrul prezentei proceduri și consideră că prin gruparea celor 3 gaze diferite în lot unic, autoritatea contractantă încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, prin faptul că intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate 3 tipurile de gaze.

Prin urmare, contestatorul afirmă faptul că prin achiziționarea separată, prin loturi distincte, pentru fiecare gaz medical solicitat în cadrul lotului nr. 1, se poate obține un număr mare de candidaturi/oferte atât prin aplicarea principiilor transparenței, tratamentului egal, nediscriminării, recunoașterii reciproce și proporționalității, cât și prin modul de configurare a procedurii, respectiv împărțirea în loturi a lotului 1.

Mai mult, contestatorul precizează că, în cazul dioxidului de carbon medicinal, există un singur furnizor autorizat să pună acest produs pe piață, respectiv

Or, în situația de față, cele 3 gaze medicinale sunt produse diferite, sunt produse/furnizate de operatori autorizați în acest sens, fiecare autorizație obținându-se pentru fiecare produs în parte și în niciun caz pentru toate cele 3 produse care fac obiectul acestei achiziții.

În replică la cele reclamate de contestator, argumentul decisiv adus de autoritatea contractantă în favoarea faptului că, în mod justificat, a grupat produsele aferente lotului 1 este acela că, necesitatea achiziției a fost stabilită prin „*Strategie de contractare pentru procedura organizată în vederea achiziționării de GAZE MEDICALE și GAZE INDUSTRIALE*” și constă în

achiziționarea de GAZE MEDICALE și GAZE INDUSTRIALE necesare desfășurării activității medicale din cadrul

Achizițarea mai arată și faptul că procedura de achiziție publică este divizată în 2 loturi, respectându-se în acest sens principiile legale de atribuire a contractelor de achiziții publice și ale nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității iar la stabilirea componentei lotului 1, s-a avut în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante.

În ceea ce privește decizia de formare a unui lot fie din produse identice, fie din produse similare, ... arată că acesta este atributul autorității contractante, în virtutea nevoilor sale prin respectarea principiului asumării răspunderii de către aceasta în atribuirea unui contract de achiziție publică. De asemenea, împărțirea pe loturi este un drept al autorității contractante și nu o obligație.

În ceea ce privește criticile aduse de către ..., achizițarea arată că, în contradicție cu afirmația contestatorului conform căreia numai ... ar avea acces la prezenta procedură de achiziție publică, autoritatea contractantă precizează că toți furnizorii de gaze medicale și gaze de terapie, înregistrați și autorizați de către ANMDM, au în portofoliu toate produsele ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, astfel că nu sunt încălcate drepturile ofertanților: libera concurență, tratamentul egal, nediscriminarea.

Concluzionând, achizițarea susține că divizarea procedurii în 2 loturi respectă prevederile art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, întrucât lotizarea este suficientă pentru încurajarea concurenței, fără să împiedice/restrângă/distorsioneze concurența operatorilor economici la procedură și permite achiziționarea de către autoritatea contractantă a produselor necesare la prețuri avantajoase.

Așadar, problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu este aceea a corectitudinii/incorectitudinii nedivizării obiectului aferent lotului 1 al achiziției, în mai multe loturi, pentru fiecare gaz medical în parte.

În vederea atribuirii contractului de furnizare supus procedurii în cauză, autoritatea contractantă a elaborat caietul de sarcini în cadrul căruia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească cele 3 produse ce se doresc a fi achiziționate în cadrul lotului 1 "Gaze medicale".

Autoritatea contractantă a menționat în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.1.6) „*Împărțire în loturi*” faptul că a divizat contractul de furnizare pe loturi, în cadrul lotului 1 contestat fiind grupate următoarele produse, și anume *oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal comprimat și dioxid de carbon medicinal*.

În soluționare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză:

Legea nr. 98/2016:

Art. 141.-„(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.

(4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

(5) Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant.

(6) În situația prevăzută la alin. (5), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui ofertant.

(7) Autoritatea contractantă are obligația de a indica în documentele achiziției criteriile și regulile obiective și nediscriminatorii care se vor aplica pentru stabilirea loturilor care vor fi atribuite aceluiași ofertant, în cazul în care în urma aplicării criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare ar rezulta atribuirea către un ofertant a unui număr de loturi mai mare decât numărul maxim admis.

(8) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă are dreptul de a decide atribuirea contractului/contractelor prin reunirea mai multor loturi sau a tuturor loturilor și atribuirea acestora aceluiași ofertant, dacă a precizat în anunțul de participare faptul că își rezervă dreptul de a face acest lucru și a indicat loturile sau grupurile de loturi care pot fi reunite.

(9) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă efectuează o evaluare comparativă a ofertelor, pentru a stabili dacă ofertele depuse de către un ofertant pentru o anumită combinație de loturi luate în ansamblu ar primi un punctaj superior prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire prin raportare la loturile respective față de punctajul total obținut de ofertele pentru loturile individuale în cauză luate separat.

(10) Autoritatea contractantă efectuează evaluarea comparativă prevăzută la alin. (9) prin stabilirea în primul rând a punctajelor ofertelor pentru fiecare lot în parte prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire și, apoi, prin compararea punctajului total astfel obținut cu punctajul atribuit ofertelor depuse de către un ofertant pentru combinația de loturi respectivă, în ansamblu;"

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 -art. 18 – „(1) În condițiile art. 139 din Lege, autoritatea contractantă poate derula un proces de consultare a pieței, ca parte a procesului de achiziție publică, în cadrul etapei de planificare/pregătire, care se inițiază prin publicarea în SEAP, precum și prin orice alte mijloace, a unui anunț privind consultarea, în cazul în care dorește achiziționarea unor produse/servicii/lucrări cu grad ridicat de complexitate tehnică, financiară sau contractuală, ori din domenii cu un rapid progres tehnologic.

(2) Anunțul prevăzut la alin. (1) trebuie să conțină cel puțin următoarele elemente:

a) denumirea autorității contractante și datele de contact;

b) adresa de internet unde sunt publicate informațiile cu privire la procesul de consultare a pieței;

c) descrierea necesităților obiective și constrângerilor de natură tehnică, financiară și/sau contractuală ce caracterizează nevoia autorității contractante în raport cu care se organizează respectiva consultare;

d) aspectele supuse consultării;

e) termenul până la care se transmit propunerile persoanelor interesate în cadrul procesului de consultare;

f) termenul până la care se desfășoară procesul de consultare;

g) descrierea modalității de desfășurare a consultării, respectiv modul în care se va realiza interacțiunea cu operatorii economici ce răspund la invitația autorității contractante.

(3) Aspectele supuse consultării vizează, fără a se limita la acestea, potențiale soluții tehnice, financiare sau contractuale pentru satisfacerea nevoii autorității contractante, precum și aspecte legate de strategia de contractare, inclusiv divizare pe loturi sau posibilitatea solicitării de oferte alternative."

Din dispozițiile legale mai sus citate, se constată că împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție publică reprezintă un drept al autorității contractante de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică.

Așadar, pentru procedura de față, autoritatea contractantă a decis că se impune atribuirea pe mai multe loturi, și a grupat produsele similare în cadrul lotului 1, motivat pe de o parte de faptul că produsele solicitate prin documentația de atribuire sunt categorii de produse furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, respectiv comercializarea produselor/gazelor medicale, iar pe de altă parte prin prisma scopului achiziției, respectiv acela de a achiziționa produse de calitate, în *Strategia de contractare*, la capitolul „4. INFORMAȚII DESPRE BENEFICIILE ANTICIPATE DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ”, fiind inserată următoarea mențiune, și anume „Consumabilele medicale care fac obiectul prezentei proceduri fac parte din categoria produselor fără de care autoritatea contractantă nu își poate desfășura activitatea în condiții optime pentru care a fost autorizată și anume asigurarea asistenței medicale, urmărindu-se asigurarea unui nivel calitativ al actului medical.

Beneficiile pe care Autoritatea contractanta intenționează să le obțină după furnizarea produselor sunt legate de asigurarea calității asistenței medicale acordate.” iar la capitolul „5.FACTORII INTERESATI SI ROLUL ACESTORA” fiind menționat că „Factorii interesați de produsele ce se scot la procedură pot fi încadrați în 2 grupe:- personalul medical din cadrul spitalului interesat în asigurarea condițiilor optime

- pacienții care se adresează spitalului”.

Examinând fondul criticilor aduse de contestator și documentele aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prospectat piața de profil în vederea determinării valorii estimate a contractului de furnizare în cauză.

În cuprinsul Strategiei de contractare (fără număr de înregistrare), ... a precizat documentele care au stat la baza elaborării documentației de atribuire, menționând, totodată, în cadrul documentului menționat anterior, la punctul „7.1 Determinarea și justificarea valorii estimate”, informația conform căreia „Cantitățile de **GAZE MEDICALE și GAZE INDUSTRIALE** au fost estimate în baza referatelor de necesitate ale serviciului tehnic administrativ și a consumului statistic determinat de numărul de pacienți internați, numărul estimat de personal medical, număr mediu zile de spitalizare.

Pentru stabilirea valorilor estimate s-au avut în vedere ofertele de preț extrase din catalogul SEAP de la diverși operatori economici cât și de prețurile din istoric pe baza contractelor anterioare derulate de autoritatea contractantă, conform art. 2, alin. 5 lit. c din HG.395/2016. În componența prețului unitar estimat sunt incluse toate cheltuielile privind manipularea și transportul produselor până la destinația finală.”

Mai mult, în soluționare, Consiliul reține susținerea achizitoarei, exprimată în cadrul punctului de vedere nr. 32622/30.09.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 51359/30.09.2021, conform căreia „*la stabilirea componentei lotului 1, s-a avut în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante*”.

În ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia, în cadrul lotului 1 autoritatea contractantă solicită mai multe produse diferite, respectiv oxigen medicinal lichefiat, oxigen medicinal gazos și dioxid de carbon medicinal, produse care sunt diferite, acestea fiind grupate în mod nelegal în lot unic în cadrul prezentei proceduri, scopul achizitoarei fiind acela de a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate 3 tipurile de gaze, Consiliul are în vedere faptul că, astfel cum a fost mai sus reținut, legiuitorul a reglementat un drept al autorității contractante de care aceasta poate uza și nu a instituit o obligație în sarcina acesteia cu privire la împărțirea pe loturi, gruparea gazelor medicale aferente lotului 1, contestat de către ..., într-un singur lot (lot 1), iar nu în trei loturi distincte, cum apreciază contestatorul, a contractului de achiziție publică de furnizare în cauză, fiind un drept/opțiune a/al autorității contractante.

Așadar autoritatea contractantă a avut la baza considerente economice, tehnice și sociale, astfel Consiliul constată că, prin opțiunea aleasă de a nu diviza produsele (gazele medicale) din cadrul lotului 1 în mai multe loturi distincte, aferente fiecărui produs în parte, cum susține contestatorul, autoritatea contractantă și-a fundamentat cerințele din caietul de sarcini pentru a răspunde necesităților apărute în asigurarea produselor solicitate în cadrul documentației de atribuire care sunt produse/gaze medicale, scopul achiziției fiind acela de derulare în condiții optime a activității spitalului.

Se are în vedere și faptul că produsele care fac parte din obiectul lotului 1 al achiziției este constituit din produse ce acoperă aceeași necesitate și sunt destinate unor utilizări identice sau similare, relevantă în acest sens fiind și susținerea ... conform căreia „*la stabilirea componentei lotului 1, s-a avut în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse **asemănătoare** și care au **destinație comună**, astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante*”.

Consiliul nu poate anula o decizie argumentată a achizitoarei, de grupare a celor trei produse (gaze medicale) aferente lotului 1 al achiziției, doar pe considerentul invocat de contestator conform căruia se impune ca fiecare produs/gaz medical să constituie un lot, motivat de faptul că societatea sa nu deține toate produsele în portofoliu, fără a prezenta motive concrete pentru care produsele nu sunt destinate unor utilizări identice sau similare.

Or, în condițiile în care achizitoarea a argumentat, atât în documentele achiziției publice, cât și în punctul de vedere transmis la dosarul cauzei, motivația legală care a stat la baza grupării celor trei gaze medicale în cadrul unui singur lot, Consiliul determină că argumentele sunt pertinente,

prezentând relevanță faptul că produsele licitate fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatorii economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, pe piața de profil existând suficienți furnizori care dețin toată gama de analizoare solicitate.

Relevantă în acest sens este și verificarea efectuată de achizitoare în referire la afirmațiile contestatorului potrivit căror singurul furnizor de dioxid de carbon medicinal ar fi Linde Gaz, în soluționare reținându-se această verificare conform căreia, pe site-ul oficial al ... - <https://www....>, la capitolul „*Gaze medicinale-https://www....*”, se regăsesc informații din care reiese faptul că aceste operator economic ar deține toate produsele care fac obiectul procedurii de achiziție publică în cauză din cadrul lotului 1, inclusiv dioxid de carbon medical, existând posibilitatea ... de a furniza integral toate produsele ce fac obiectul lotului 1.

Acest aspect este important de reținut cu atât mai mult cu cât Consiliul constată că, prin adresa nr. 3641/05.10.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 52275/06.10.2021, prin care contestatorul a transmis răspunsul său la punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, acesta nu a combătut cele verificate de achizitoare, ci s-a limitat să susțină că „*O simplă consultare a site-ului unui producător nu este o dovadă suficientă*”, făcând trimitere la documentele solicitate prin documentația de atribuire.

Astfel, Consiliul respinge argumentul adus de contestator conform căruia, prin interdicția ofertării pe mai multe loturi a produselor/gazelor medicale în discuție, se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate categoriile de produse, în condițiile în care se constată că produsele aferente achiziției sunt din aceeași categorie din punct de vedere al actului medical, fiind eficientă abordarea achizitoare de a le grupa și de a le lotiza.

Mai mult, sunt judicioase și pertinente argumentele aduse de achizitoare atunci când aceasta a susținut că, astfel cum s-a arătat și cum a fost menționat și în Strategia de contractare, autoritatea contractantă a identificat, înainte de toate, necesitatea pe care urmează să o acopere efectuarea acestei achiziții (lot 1), respectiv aceea de derulare în condiții optime a activității spitalului. Astfel, produsele și caracteristicile acestora au fost stabilite în funcție de necesitățile autorității contractante și nu în funcție de gama de produse a unor producători/furnizori, cum ar fi, de exemplu, chiar contestatorul.

Așadar, Consiliul apreciază că argumentele achizitoare în ceea ce privește gruparea produselor aferente lotului 1 al achiziției sunt justificate atât din punct de vedere al legislației incidente precum și cu încadrarea în prevederile legale în materie de achiziții publice, cât și din punct de vedere al obținerii celor mai avantajoase condiții din punct de vedere economic pentru produsele ce se doresc a fi achiziționate, respectiv a celui mai bun raport calitate-preț obținut prin licitație și cea mai bună soluție pentru nevoile reale medicale.

În aceeași direcție a raționat și Curtea de Apel București, Secția VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut în considerentele Deciziei civile nr. 5724 din 23 noiembrie 2015 următoarele:

„Corect a reținut Consiliul că nici ordonanța și nici Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 nu impun autorității contractante divizarea unei achiziții pe loturi,

aceasta fiind un drept al autorității, nu o obligație. Este adevărat că decizia autorității trebuie să respecte principiile de la art. 2 din ordonanță, însă petenta nu a dovedit că autoritatea ar fi încălcat aceste principii când a hotărât pentru mai multe produse, având același cod CPV, să nu împartă achiziția pe loturi, cum dorește reclamanta, întrucât ea nu este producător și furnizor de protoxid de azot medicinal și nici nu dorește să se asocieze cu producători ori furnizori.

Pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nu este suficient ca petenta să afirme, chiar dacă este real, că nu este producător ori furnizor și de protoxid de azot medicinal, ci trebuia să demonstreze cu probe că, în mod obișnuit, produsele ce făceau obiectul contractului de achiziție sunt produse și furnizate separat, neexistând decât un număr limitat de producători și furnizori ai ambelor produse. În caz contrar, nu se pot reține nici restrângerea concurenței, nici discriminarea, nici încălcarea tratamentului egal. (...)

În cazul achiziționării produselor din mai multe surse, autoritatea poate să fie pusă în situația în care unul dintre furnizori nu își respectă obligațiile contractuale, respectiv să nu poată folosi unul dintre produse, pentru că nu poate realiza amestecul necesar pacienților. Pentru a se putea stabili o eventuală responsabilitate pentru calitatea produselor furnizate, este necesar ca ambele produse să provină din aceeași sursă. Aici nu este vorba despre calitatea instalațiilor ori responsabilitatea amestecului de gaze, cum încearcă petenta să combată susținerile și punctul de vedere al autorității contractante, ci de eventuala răspundere pentru livrarea unor produse neconforme ori cu vicii. În condițiile în care sunt livrate două produse în baza aceluiași contract, autoritatea contractantă poate beneficia de un preț mai redus la ambele produse. Achiziția produselor în mod separat nu garantează în niciun fel faptul că prețul produselor va fi mai mic.

De asemenea, este posibil ca prin divizarea loturilor, pentru un produs, respectiv protoxidul de azot medical, să nu se prezinte niciun ofertant și, astfel, autoritatea să fie în situația de a nu putea furniza serviciile medicale necesare pacienților și să nu poată folosi nici celălalt produs achiziționat, mai ales în contextul în care, cel puțin din necesarul prezentat de petentă, reiese că urma să se achiziționeze o cantitate mult mai mică de protoxid de azot medicinal. Faptul că este vorba despre o cantitate mai mică duce la concluzia justificată că este perfect posibil ca niciun ofertant să nu fie interesat de o achiziție mică a unui singur produs."

În soluționare se are în vedere și faptul că susținerile contestatorului ... nu sunt dovedite, pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nici în ceea ce privește gruparea celor trei gaze medicale în cadrul unui singur lot și nici în ceea ce privește direcționarea achiziției către ..., nefiind suficient ca petentul să afirme, chiar dacă este real, că există anumite impedimente în furnizarea de către operatorii economici a tuturor produselor, ci trebuia să demonstreze cu probe că nu există decât un număr limitat de furnizori ai produselor solicitate de achizitoare, în caz contrar, nu se poate reține restrângerea concurenței.

Având în vedere statutul Consiliului, care potrivit structurii sale organizatorice, este un organism de remediere a neregulilor sesizate de operatorii economici, care garantează respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor de achiziții, abordarea Consiliului vizavi de validarea ca fiind temeinică a deciziei achizitoare de a nu diviza produsele aferente lotului 1 al procedurii în mai multe loturi (3 loturi, pentru fiecare gaz medical în parte), este justificată prin prisma dispozițiilor legale mai sus redată și scopului principal al derulării procedurilor inițiate de autoritățile achizitoare

(respectiv finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului în speța de față).

Așa cum au statuat instanțele de judecată este de subliniat faptul că agenții economici sunt cei care trebuie să se adapteze solicitărilor autorităților, și nu invers.

Totodată, Consiliul reiterează argumentul conform căruia tipul contractului aferent procedurii este contract de furnizare, așadar un contract de complexitate redusă, produsele aferente achiziției provenind, în mare măsură (sau chiar în totalitate) din import, autoritatea contractantă neputând îngădii astfel niciun ofertant în a importa produsele respective și a le comercializa.

În raport de toate aspectele mai sus reținute, Consiliul nu poate primi susținerile contestatorului conform cărora *„Prin gruparea celor 3 gaze medicinale în lot unic, nu se face decât restricționarea participării la această procedură a operatorilor economici care nu au toate gazele medicinale în portofoliul de produse”*, operatorii economici având posibilitatea legală de a se asocia, de a depune ofertă comună (ș.a modalități prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice), motiv pentru care criticile formulate de ..., în referire la recurgerea la mai multe loturi pentru produsele aferente lotului 1 al achiziției, sunt neîntemeiate, Consiliul urmând să le respingă, ca nefondate.

Aceleași concluzii de respingere, ca nefondate, a criticilor aduse de ... sunt avute în vedere de către Consiliul și în referire la specificațiile tehnice de la nivelul documentației de atribuire, considerate restrictive de către contestator.

Astfel, legat de *„termenul de 10 zile de montare al echipamentelor de la semnarea acordului-cadru”*, termen care include și executarea unei noi fundații betonate și obținerea de avize și autorizații necesare (*în condițiile în care, susține contestatorul, termenul de emitere al acestora fiind conform legislației în vigoare de 30 de zile*) și care este considerat de contestator ca fiind unul nerealist și imposibil de respectat de operatorii economici interesați de participarea la procedură, cu excepția operatorului economic ..., actualul furnizor al autorității contractante, Consiliul constată că, în fapt, achizitoarea a avut în vedere ca, în cadrul termenului de 10 zile să se efectueze livrarea și montarea pe cheltuiala furnizorului a echipamentelor tehnice necesare la sediile autorității contractante, urmând ca avizele și autorizațiile să fie obținute corespunzător termenelor impuse de autoritățile emitente, motivarea adusă de achizitoarea în referire la impunerea unui termen scurt fiind aceea de a nu periclita activitatea spitalului și pentru a nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu gazele medicale absolut necesare pacienților.

Este pertinentă susținerea autorității contractante conform căreia *„termenul de 45 zile solicitat de ... este mult prea mare, întrucât implică consecințe negative față de spital și față de pacienții internați care au nevoie urgentă de gazele medicale și a căror viață poate fi pusă în pericol în situația în care sunt nevoiți să aștepte trecerea termenului de 45 de zile solicitat de contestatoare”* cu atât mai mult cu cât, în concordanță cu cele menționate anterior, achizitoarea a susținut că *„avizele și autorizațiile să fie obținute corespunzător termenelor impuse de autoritățile emitente”*.

În ceea ce privește aspectul legat de prezentarea Avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite, conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate, contestatorul face trimitere la prevederea din caietul de sarcini conform căreia: *„Furnizorul va prezenta modul de aprovizionare continuă cu oxigen în cazul în care fabrica care produce oxigenul are unele defecțiuni sau se realizează mentenanța și nu mai poate livra oxigen și care sunt soluțiile unei asemenea situații, astfel încât să nu existe sincope de aprovizionare a spitalului. În acest caz, dacă este necesar, se va pune la dispoziție beneficiarului toate autorizațiile și avizele ce trebuie să le dețină furnizorul pentru livrarea continuă a oxigenului medicinal lichefiat”* și coroborat cu cerința din fișa de date a achiziției, cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: *„Cerința 2. Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dețină atestare ori apartenență din punct de vedere profesional sau pentru ofertanții străini, documente echivalente emise în țara de rezidență.*

Modalitate de îndeplinire: completare DUAE de către toți operatorii economici, urmând ca documentele justificative, respectiv:

- avizul emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate”, apreciind că art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate, se referă la dispozitive medicale („Art. 927 (1) Dispozitivele medicale se comercializează, se distribuie, se instalează și se întrețin, pentru a fi utilizate în conformitate cu scopul propus, numai de către persoanele fizice sau juridice pentru care s-a emis avizul prevăzut la art. 926 alin. (3)”) ceea ce conduce la concluzia că autoritatea contractantă face o confuzie în ceea ce privește avizul de funcționare pentru dispozitive medicale, în condițiile în care toate gazele medicale sunt autorizate de Agenția Națională a Medicamentului, cu precizarea că sunt produse în mod industrial și livrate în butelii și rezervoare (recipienti criogenici), iar stocatoarele și buteliile nu sunt dispozitive medicale, toate ambalajele în care sunt livrate/stocate gazele medicinale fiind definite în Autorizația de Punere pe Piață eliberată de ANMDMR.

Sub acest aspect, Consiliul reține în soluționare justificarea adusă de achizitoare conform căreia *„Având în vedere că aceste gaze medicale se livrează și se stochează în echipamente specifice, se pot califica aceste echipamente ca dispozitive medicale care, potrivit dispozițiilor art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 sunt necesar a fi însoțite de Avizul emis de Ministerul Sănătății prevăzut la art. 926 alin. (3) din Legea nr. 95/2006 și de Certificatul CE”* apreciind-o pertinentă prin raportare la definiția dată de Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor medicale conform căreia prin *„dispozitiv medical”* se înțelege *„orice instrument, aparat, echipament, software, material sau alt articol, utilizate separat sau în combinație, inclusiv software-ul destinat de către producătorul acestuia a fi utilizat în mod specific pentru diagnosticare și/sau în scop terapeutic și necesar funcționării corespunzătoare a dispozitivului medical, destinat de către producător a fi folosit pentru om în scop de:*

a) diagnosticare, prevenire, monitorizare, tratament sau ameliorare a unei afecțiuni;

b) diagnosticare, monitorizare, tratament, ameliorare sau compensare a unei leziuni sau a unui handicap;

c) *investigare, înlocuire sau modificare a anatomiei sau a unui proces fiziologic;*

d) *control al concepției,*

și care nu își îndeplinește acțiunea principală pentru care a fost destinat în organismul uman sau asupra acestuia prin mijloace farmacologice, imunologice sau metabolice, dar a cărui funcționare poate fi asistată prin astfel de mijloace;”, menționând cerința privind prezentarea Avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate”.

Astfel, se constată că legiuitorul face o distincție clară între medicament (în speță, oxigen) și dispozitiv medical (în speță, ***echipamentul*** în care este furnizat/stocat oxigenul), concluzia fiind că cerința impusă de achiziție, de prezentare a „Avizului emis de Ministerul Sănătății privind activitățile de comercializare pentru produsele oferite conform art. 927 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în sănătate” este în concordanță cu legislația incidentă în domeniul sănătății.

Aceleași considerații sunt avute în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește aspectul legat de cerința conform căreia „*Produsele oferite trebuie să fie însoțite de Certificatul CE și să poarte marcajul «CE»*”, constatând că aceasta este în corelație cu cea anterioară, urmând a o menține, certificatul CE fiind necesar pentru achiziție în vederea garantării furnizării produselor ce fac obiectul lotului 1 pe tot parcursul derulării acordului-cadru, fără întreruperi ce ar cauza autorității contractante.

Pertinente în acest sens sunt și susținerile ... conform cărora „*Toate autorizațiile, avizele, certificatele CE sunt solicitate pentru a se asigura ca operatorul economic pune la dispoziție echipamente autorizate conforme cu cerințele tehnice, în vederea păstrării calității produsului până la destinatarul final.*”

Concluzionând asupra aspectelor ce au constituit obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că nu sunt motive de remediere a documentației de atribuire sub aspectul lotizării produselor din cadrul lotului 1 „Gaze medicale”, al achiziției, precum și a specificațiilor tehnice/documentelor solicitate de achiziție, motiv pentru care, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

...

MEMBRU,

....