

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de către, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având CIF, atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, cu referire exclusivă la lot 1 - „.....”, cod CPV principal 24111900-4 Oxigen (Rev.2), s-a solicitat Consiliului:

- obligarea autorității contractante să modifice capacitatea de stocare a rezervoarelor de oxigen medicinal lichefiat în funcție de documentația tehnică de construire pusă la dispoziție la data de ..., respectiv un rezervor de stocare oxigen medicinal lichid de capacitate de stocare de aproximativ litri și unul de capacitate de stocare de aproximativ litri sau obligarea autorității contractante să pună la dispoziție documentația tehnică avizată MLPAT care permite instalarea celui de-al doilea rezervor de capacitatea solicitată în cadrul documentației de atribuire;

- obligarea autorității contractante la emiterea unui anunț tip erată conform prevederilor art. 55 din HG nr. 395/2016;

- obligarea autorității contractante la stabilirea un nou termen de ofertare conform prevederilor legale.

Prin Încheierea nr. din, Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, cererea, cuprinsă în contestația sa înregistrată la Consiliu cu nr. din data de ..., de suspendare a procedurii pentru lotul 1.

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Aceasta precizează că urmare a Deciziei CNSC, autoritatea contractantă a publicat în data de măsurile de remediere și a pus la dispoziția potențialilor ofertanți documentația tehnică de construire a fundațiilor existente.

Arată că, la data de ..., ... a făcut vizita de amplasament, ridicând de la autoritatea contractantă proiectul de construcție fundație construită în anul 2000, planul general al instalației de stocare - vaporizare oxigen lichid nr., instrucțiunile de protecția muncii și PSI nr. și cererea pentru emiterea autorizației de construire/organizare de șantier.

Contestatoarea susține că, urmare a analizei întregii documentații tehnice, a constatat că, deși autoritatea contractantă prin caietul de sarcini solicită 2 rezervoare de stocare oxigen lichid de minim litri, pe aceste fundații existente pot fi instalate: un rezervor de stocare oxigen medicinal de capacitate de aproximativ litri și altul de capacitate de aproximativ litri, pentru cel de-al doilea rezervor de stocare proiectul de construcție și referatul avizat MLPAT prevăd o platforma de beton care să susțină un rezervor care să aibă o capacitate de aproximativ litri nicidecum una de litri conform solicitării autorității contractante din caietul de sarcini.

Aceasta precizează că prin menținerea acestei cerințe, se restricționează accesul operatorilor economici de a participa 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, fiind în imposibilitatea de a întocmi o ofertă conformă în condițiile legii pentru aceasta procedură.

Analizând situația existentă, autoarea contestației consideră că autoritatea contractantă nu a întocmit cerințele documentației de atribuire după necesitățile sale obiective, specificațiile tehnice fiind cele ale echipamentelor existente la acest moment montate la sediul autorității contractante și care, conform documentației tehnice puse la dispoziție, nu respectă proiectul de construire al fundațiilor betonate pe care sunt instalate.

Astfel, consideră că, în această situație, are incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în cadrul procesului de achiziție, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor publice.

Arată că, în primă fază, autoritatea contractantă nu a pus la dispoziție documentația tehnică aferentă construcțiilor betonate pe care urmează a fi instalate rezervoarele de stocare oxigen medicinal lichefiat și ulterior, ca urmare a Deciziei CNSC, a pus la dispoziție o documentație tehnică de construire fundații betonate care nu corespunde prevederilor cerințelor documentației de atribuire.

Contestatoarea pune în discuție și principiul tratamentului egal și al nediscriminării versus principiul proporționalității în atribuirea unui contract de achiziție publică sau, cu alte cuvinte, este posibilă o restrângere a concurenței dintre operatorii economici numai în măsura în care este adecvat și fezabil în funcție de obiectul contractului, nu cu intenția de a favoriza un singur operator economic.

Pe de altă parte, arată că este adevărat că dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG 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 poate furniza

aceste echipamente, iar documentația tehnică de construire pusă la dispoziție nu permite instalarea unui al doilea rezervor de stocare de litri, ci doar a unui de litri, nu poate organiza o procedură deschisă tuturor participanților, deși știe de la început că doar un operator economic poate răspunde solicitării sale.

Urmare celor prezentate, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței referitoare la capacitatea de stocare a celui de-al doilea rezervor, în concordanță cu documentația tehnică de construire a fundației betonate, sau să pună la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați documentația tehnică care permite instalarea a două rezervoare de capacitate de aproximativ litri.

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 de participarea la această procedură, contestatoarea consideră că se impune remedierea cerinței privind capacitatea celui de-al doilea rezervor de la nivelul caietului de sarcini.

Consideră că autoritatea contractanta nu este afectată de remedierea capacității de stocare a rezervorului criogenic, fiind absolut necesar acest demers al său și altor profesioniști pentru a putea accede la această procedură de achiziție publică în condiții legale.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis strategia de contractare.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis documentația tehnică de construcție și amplasare a fundației rezervorului de oxigen.

Cu privire la contestația formulată de, Consiliul constată că, până la data emiterii prezentei decizii, autoritatea contractantă nu a formulat apărări.

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

Licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „.....”, cu referire exclusivă la lot 1 - „.....”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare din data de

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă

de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Consiliul constată că, în cadrul acestei proceduri, a mai fost formulată o contestație, de către, ce a fost soluționată de Consiliu, prin decizia nr. din data de, în sensul admiterii, în parte: „Admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă să modifice/completeze documentația de atribuire, conform considerentelor de mai sus, prin emiterea unui nou document/anunț tip erată, conform prevederilor art. 55 din HG nr. 395/2016, în termen de maxim 10 zile de la primirea deciziei, precum și la stabilirea unui nou termen de ofertare. Respinge, ca nefondate, cererile contestatoarei privind eliminarea avizului emis de ANMDM și anularea procedurii”.

Preliminar, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a formulat punct de vedere la contestația depusă de, astfel că, în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 („Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă”) și având în vedere faptul că autoritatea contractantă a primit contestația, pe care a publicat-o în SEAP, Consiliul va soluționa contestația în lipsa punctului de vedere al autorității contractante.

Ca o chestiune preliminară se reține faptul că în vederea atribuirii contractului de furnizare oxigen medicinal lichid, aferent lotului 1, supus procedurii în cauză, autoritatea contractantă a elaborat caietul de sarcini în cuprinsul căruia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească produsul care face obiectul contractului în analiză pentru a răspunde necesităților apărute în asigurarea derulării activității medicale la parametrii optimi.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu specificațiile tehnice, caracteristicile de natură tehnică care să permită fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antementionate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că necesitatea autorității contractante, în prezent, o reprezintă instalarea a două rezervoare de stocare de litri și nu cum

solicită contestatoarea: un rezervor de stocare de litri și unul de litri.

Potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, regula instituită de legiuitor este ca specificațiile tehnice să nu precizeze „(...) un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic” și nici să nu se refere la „(...) mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o produc-ție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”; excepția de la această regulă fiind, potrivit alin. (3) al aceleiași norme juridice, situația excepțională în care „(...) nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)”; în această situație excepțională, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) urmând a fi însoțită de cuvintele „sau echivalent”.

Din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că nevoia autorității contractante, în prezent, este de instalare a două rezervoare de stocare de litri.

Având în vedere necesitatea autorității contractante astfel cum a fost precizată în cadrul documentației de atribuire, Consiliul apreciază că formularea specificațiilor tehnice din caietul de sarcini nu este în contradicție cu prevederile art. 156 alin. (2) din lege, mai sus iterate, și nici cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora specificațiile tehnice reprezintă „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante” deoarece nu a solicitat furnizarea unor rezervoare produse de un anumit fabricant, ci a indicat capacitatea lor, în funcție de nevoia actuală a acesteia.

Faptul că, în prezent, autoritatea contractantă are în dotare rezervoare, de capacități mai mici, este lipsit de relevanță, nevoia sa, la acest moment, fiind mult mai mare, respectiv 2 rezervoare de litri.

În aceste condiții, Consiliul nu poate considera restrictivă solicitarea a două rezervoare de capacitate mai mare decât cea deținută, necesare funcționării, în condiții optime, a spitalului, în condițiile în care autoritatea contractantă are, în prezent, în dotare, rezervoare de capacitate mai mică decât cea solicitată.

Faptul că societatea contestatoare nu are posibilitatea punerii la dispoziție a două rezervoare de capacitate litri ci, doar a unuia de litri și cel de-al doilea de litri, nu poate conduce la concluzia restrângerii concurenței.

În aceste condiții, solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul acceptării unui rezervor de litri și a celui de-al doilea de litri, va fi respinsă, ca nefondată, de Consiliu, deoarece caracteristicile și

performanțele rezervoarelor aflat în dotarea autorității contractante nu fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Prin urmare, Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru intenția de achiziționare a două rezervoare de litri și nici nu o poate obliga să achiziționeze unul dintre rezervoare de capacitate mai mică, respectiv de litri, câtă vreme cel aflat în dotarea sa de litri nu mai corespunde necesităților sale specifice, iar achiziționarea unor rezervoare de capacitate mai mare, respectiv de litri (prin urmare echivalente cu cele deținute) se încadrează în situația prevăzută la art. 156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia „stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele sau echivalent”.

Consiliul are în vedere că stabilirea necesităților este atributul exclusiv al autorității contractante și nicăieri în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a impune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune un operator economic care apreciază că aceasta este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce sau comercializează produsul solicitat la capacitatea solicitată, de litri.

Altfel spus, scopul organizării prezentei proceduri de atribuire este achiziționarea a două rezervoare de capacitate litri care, la rândul lor, corespund necesității autorității contractante, și nu comercializarea anumitor rezervoare din portofoliul operatorului economic contestator.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează; opțiunea modificării cerințelor documentației de atribuire reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Astfel, contestatoarea avea obligația de a proba caracterul restrictiv al capacității rezervoarelor ce se doresc a fi achiziționate, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 C.p.civ, potrivit cărora: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, fiecare parte litigantă având obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor

mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea care formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a le proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece nu administrează probele care să convingă Consiliul.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să probeze caracterul restrictiv al produselor ce se dorește a fi achiziționate prin procedura da atribuire în analiză.

Or, contestatoarea nu a depus la dosarul cauzei, până la data emiterii prezentei, nicio probă în sprijinul susținerilor sale.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept invocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu și va dispune continuarea procedurii cu stabilirea unui nou termen de depunere oferte.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu și dispune continuarea procedurii cu stabilirea unui nou termen de depunere oferte.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

.....

.....

.....