CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., formulată împotriva documentației de atribuire aferente lotului 1 – gaze medicale , elaborate de ....., cu sediul în ....., Șos. Berceni nr. 10-12, sectorul 4, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat .....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de fată, constată următoarele:

SC ..... SRL critică cerințele documentației de atribuire, elaborate de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, considerându-le nelegale.

Contestatoarea apreciază că pentru lotul 1 - Gaze medicale, este necesară împărțirea pe loturi a contractului, întrucât oxigenul medicinal și protoxidul de azot medicinal sunt produse diferite. În acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice, prin împărțirea pe loturi autoritatea contractantă ar permite accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, în vederea asigurării unei

concurențe reale, care va genera premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție cât mai reduse.

Din modul de redactare a documentației de atribuire de față, rezultă, în opinia contestatoarei, că operatorii economici au obligația să prezinte ofertă pentru cele două tipuri de produse cerute împreună cu serviciile aferente acestora, ceea ce înseamnă că operatorii economici, care nu produc sau comercializează întreaga gamă de produse, sunt excluși, prin restrângerea posibilității de a depune ofertă.

Mai mult, contestatoarea evidențiază că autoritatea contractantă a stabilit criteriile de calificare, conform cerinței din fișa de date cap. III.2.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, pentru întregul lot, precum și un nivel al garanției de participare prin raportare la valoarea estimată a întregului lot 1, impunând ofertanților, între altele, constituirea unei garanții de participare de 2132,76 lei, mult mai mare pentru întregul lot, decât dacă proceda la divizarea pe loturi a acordului-cadru pentru fiecare produs pe care intenționează să-l achiziționeze.

Cu privire la autorizațiile pentru gazele medicinale solicitate, eliberate conform Legii nr. 95/2016, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă poate solicita acestea și dacă procedura va fi împărțită pe loturi.

Concluzionând, contestatoarea consideră că se impune divizarea pe loturi a produselor solicitate pentru lotul 1, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedură în cauză, fără a recurge la asociere pentru categoria de bunuri pe care nu le furnizează.

În drept, se invocă prevederile art. 8 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, precum și alte dispoziții legale incidente în cauză.

Prin adresa nr. 27268/28.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35941/28.08....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație și copii din dosarul achiziției publice.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă precizează că în referire la criticile asupra nedivizării pe loturi a produselor de la lotul 1, scopul lotizării produselor ce fac obiectul unei achiziții publice este acela de a asigura o concurență reală și a obține un preț cât mai bun. Lotizarea nu poate fi efectuată cu nesocotirea necesităților autorității contractante și a aspectelor de ordin tehnic.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că s-a efectuat o lotizare legală, corespunzătoare scopului/destinației gazelor ce formează obiectul procedurii (gaze medicale și gaze tehnice) și în conformitate cu nevoile acesteia, contestatoarea neprobând caracterul de persoană vătămată ca urmare a acestei lotizări, ținând cont că aceasta este avizată de către ANDMD să furnizeze toate cele 3 tipuri de gaze ce formează obiectul lotului nr. 1.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră lipsită de interes contestația formulată de SC ..... SRL, exclusiv pe motivul că se îngrădește concurența și că operatorii economici care comercializează un singur tip de gaz ar fi defavorizați și descalificați, întrucât în conformitate cu prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016, orice operator are dreptul

de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege.

În opinia autorității contractante, orice operator economic care nu poate furniza toate produsele ce fac obiectul lotului nr. 1, are dreptul și libertatea de a se asocia cu alți operatori economici și să depună o ofertă comună care să acopere întreg obiectul lotului nr. 1.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că lotizarea este determinată și de elemente tehnice care fac imposibilă o altă formă de lotizare, toate produsele având același cod CPV, iar între ele există o strânsă legătură deoarece protoxidul de azot medicinal nu se administrează separat, ci doar un amestec cu oxigenul medicinal care poate fi lichefiat sau comprimat.

În consecință, având în vedere faptul că:

i) produsele au fost deja grupate în loturi în funcție de natura gazelor;

ii) din punct de vedere tehnic este imposibilă atribuirea fiecărui tip de gaz pe un lot;

iii) operatorii economici se pot asocia pentru a depune o ofertă comună; și

iv) contestatoarea este autorizată să furnizeze toate cele 3 tipuri de gaze ce formează lotul nr. 1, autoritatea contractantă apreciază motivele de nelegalitate invocate și măsurile de remediere solicitate de contestatoare, sunt neîntemeiate.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, pe loturi, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea anunțului de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva documentației de atribuire, SC ..... SRL, a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Asupra cererii de suspendare a procedurii pentru lotul 1, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 450/...../..... din 28.08....., prin care s-a admis cererea și s-a suspendat procedura de achiziție publică pentru acest lot, până la soluționarea cauzei.

În speță, Consiliul constată că autoarea contestației atacă cerința autorității contractante privind componența lotului 1 – *Gaze medicale, având în vedere că oxigenul medicinal și protoxidul de azot medicinal sunt produse diferite*, iar, *operatorii economici care nu produc sau comercializează întreaga gamă de produse, sunt excluși prin restrângerea posibilității de a depune oferta*.

Având a se pronunța, cu întâietate, asupra excepției invocate în cauză (conform art. 26 alin. 1 din Legea nr. 101/2016), Consiliul va examina excepția invocată de autoritatea contractantă, privind lipsa de interes a SC ..... SRL în formularea prezentei contestații.

În susținerea excepției invocate, autoritatea contractantă arată că, *petenta nu a probat caracterul de persoană vătămată ca urmare a acestei lotizări*. Or, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

În speță, interesul contestatoarei este legat atât de existența în componența lotului 1 a produsului *Protoxid azot medicinal,* cât și de *nivelul garanției de participare prin raportare la valoarea estimată a întregului lot 1,* motiv pentru care Consiliul va respinge excepția invocată de autoritatea contractantă, ca nefondată.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține, din conținutul caietului de sarcini, publicat în SEAP de autoritatea contractantă, că *lotul 1 – Gaze medicale*, este format din:

1. *Oxigen medicinal lichid*
2. *Oxigen medical gazos*
3. *Protoxid azot medicinal*
4. *Închiriere stocator*
5. *Taxă transport pt. oxigenul lichid*
6. *Taxă transport butelii*
7. *Taxă închiriere butelii/zi calendaristică*
8. *Taxă închiriere butelii cu valvă integrată/zi calendaristică.*

Conform informațiilor preluate de pe site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (www.anm.ro) produsul *Protoxid de azot medicinal* este o *formă farmaceutică a gazului medicinal lichefiat,* ceea ce confirmă susținerea autorității contractante că *protoxidul de azot medicinal nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal care poate fi lichefiat sau comprimat,* necesitatea cuprinderii celor trei produse în același lot fiind astfel justificată.

Mai mult, toate cele trei tipuri de produse intră în categoria *gazelor medicale* ce sunt codificate cu același cod CPV – 24111500-0 (Rev.2), ceea ce denotă similaritatea lor.

În acest sens, Consiliul constată că relevante în speță sunt următoarele prevederi ale Legii nr. 98/2016, respectiv:

- art. 18 - *(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziţiei se determină luând în considerare valoarea globală estimată a*

tuturor loturilor; (...) (3) În sensul dispoziţiilor alin. (1), prin produse similare se înţelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiţii:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

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

- art. 53 - *Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terţ susţinător, în condiţiile prevăzute de prezenta lege.*

Astfel, nici susținerea contestatoarei vizând excluderea operatorilor economici, *care nu produc sau comercializează întreaga gamă de produse,* și nici solicitarea unui *nivel al garanției de participare prin raportare la valoarea estimată a întregului lot 1, impunând ofertanților, între altele, constituirea unei garanții de participare de 2132,76 lei*, nu sunt motive reale de împărțire a produselor din cadrul lotului 1, în loturi separate. În fond, autoritatea contractantă are dreptul de a stabili componența loturilor, în funcție de propriile necesități, și nu de cerințele unui sau altuia dintre operatorii economici ce doresc să participe la procedura de achiziție în cauză.

Având în vedere aspectele mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul respinge contestația SC ..... SRL, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
..	..	..

..