

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 62240/14.11.2023, formulată de către societatea ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin ... și convențional prin ..., prin avocat ... și avocat ..., cu sediul sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... în ..., împotriva documentației de a atribuire a procedurii de achiziție publică, desfășurată prin *Licitație deschisă*, inițiată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect: „GAZE MEDICINALE Oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal îmbuteliat, bioxid de carbon medicinal”, împărțit în două Loturi: 1 – „Oxigen medicinal lichiefiat” și 2 – „Bioxid de carbon medicinal”, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev.2), anunț de participare nr. ..., în ce privește Lotul 1, s-au solicitat: (i) suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației (ii) obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor tehnice restrictive la nivelul Caietului de sarcini, precum și a corelării informațiilor contradictorii; (iii); obligarea autorității contractante la împărțirea procedurii de atribuire în loturi, în privința oxigenului medicinal, sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii solicitată de către contestatoarea ... SRL, Consiliul s-a pronunțat prin încheierea nr. 3277/... din 17.11.2023, în sensul respingerii ca rămasă fără obiect.

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

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 62240/14.11.2023, societatea ... SRL, denumită în continuare și "...", critică documentația de atribuire elaborată de către

..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire antemenționată, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Prezentând situația de fapt, contestatoarea arată că, în data de 04.11.2023, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare: ..., având ca obiect „GAZE MEDICINALE Oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal îmbuteliat, bioxid de carbon medicinal”, valoarea estimată a achiziției fiind între 1.864.048,00 lei și 6.264.000,00 lei.

Obiectul achiziției îl reprezintă:

- 1 Oxigen medical lichefiat,
- 2 Oxigen medical comprimat în butelii de 2 L (0,4 MC),
- 3 Oxigen medical comprimat în butelii de 5 L (1 MC),
- 4 Oxigen medical comprimat în butelii de 8 L (1,6 MC),
- 5 Oxigen medical comprimat în butelii de 10 L (2 MC),
- 6 Oxigen medical comprimat în butelii de 50 L (10 MC),
- 7 Chirie echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat pentru echipamentul situate în locația I-II,
- 8 Chirie butelii 2, 5,8,10 și 50 L,
- 9 Chirie butelii cu reductor încorporate.

Analizând prevederile caietului de sarcini, contestatoarea susține imposibilitatea participării în cadrul procedurii de atribuire ca urmare a unor cerințe tehnice restrictive, respectiv:

- impunerea furnizării a buteliilor de oxigen în capacitate de 8L,
- acest tip de butelii găsindu-se la un singur furnizor (... SRL – denumit în continuare și „...”),
- impunerea unui termen de garanție/valabilitate oxigen comprimat 36 luni, care se regăsește doar la ...,
- impunerea unui termen de instalare echipamente avizate ISCIR pentru punerea în funcțiune de maxim 15 zile de la data semnării contractului, cu toate că termenul legal pentru autorizare este de 30 de zile.
- modul în care trebuie asigurată soluția provizorie de livrare a oxigenului este neclar, în plus, în mod nefundamentat și în lipsa oricărei justificări, autoritatea contractantă a inițiat procedura într-un singur lot.

Societatea ... SRL consideră că cerințele tehnice restrictive de mai sus și lipsa împărțirii pe loturi o pot împiedica să depună ofertă.

Referitor la cerințele tehnice restrictive din Caietul de sarcini, sub un prim aspect, autoritatea contractantă a solicitat furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 2L, 5L, 8L, 10L și 50L.

În opinia contestatoarei, capacitatea de 8L este una neuzuală, pe care un singur operator economic o are autorizată prin Autorizația de Punere pe Piață („APP”), afirmând că din Nomenclatorul furnizat de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale („ANMDM”), disponibil la: <https://nomenclator.anm.ro/medicamente?>

order=cim&direction=asc, se observă că ... este singurul operator economic având butelii de această capacitate.

Astfel, societatea contestatoare ridică suspiciuni rezonabile în legătură cu caracterul concurențial al acestei licitații. În acest sens, este invocată ca jurisprudență CNSC, menționând mai multe decizii în acest sens.

Un al doilea aspect îl reprezintă solicitarea unui termen de garanție de 36 de luni în privința oxigenului îmbuteliat.

Termenul de valabilitate (specific medicamentelor este termen de valabilitate, nu de garanție) diferă de la un producător la altul. Totuși, ... este singurul producător care are înscris în Autorizația de punere pe piață un termen mai lung, fiind singurul care s-ar putea conforma obligației de a garanta valabilitatea 3 ani de la data livrării.

Autoarea arată că termenul său de valabilitate este de 2 ani de la data de fabricație (celălalt jucător pe piață - ... SRL, are un termen de valabilitate tot de 2 ani). Ca atare, menținerea cerinței de valabilitate de 3 ani de la data livrării, presupune că doar furnizorul actual (...) poate îndeplini această obligație.

Ca atare, se impune obligarea autorității contractante de a specifica un termen de 2 ani de la data fabricației, sau un termen mai scurt, de la data livrării, pentru a oferi posibilitatea și a altor operatori economici să participe la procedură.

Păstrarea cerințelor de mai sus din Caietul de sarcini în forma actuală conduce la situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prevăzut de art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care se produce sub forma celei de-a doua modalități prevăzută de legislația în vigoare, favorizând unele întreprinderi.

Prin stabilirea acestor cerințe, autoritatea contractantă nu a respectat scopul legislației privind achizițiile publice, respectiv acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

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

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

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

proporțională. De asemenea, aceasta are obligația de a se abține din a concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legii ori al restrângerii artificiale a concurenței.

Sub un al treilea aspect, prin Caietul de sarcini s-a impus un termen de 15 zile de la semnarea contractului, pentru instalarea echipamentelor avizate ISCIR: *"Termenul de instalare a echipamentelor avizate ISCIR pentru punere în funcțiune este de max. 15 zile de la data semnării contractului."*

Autoarea consideră că termenul de mai sus este imposibil de respectat pentru orice operator economic ce montează un rezervor criogenic, având în vedere că sunt necesare demersuri înaintea montajului și că termenul legal de autorizare este de 30 zile:

- se realizează livrarea, iar ulterior instalarea noilor echipamente: stocator criogenic, vaporizatoare, împreună cu instalația aferentă de distribuție oxigen medicinal;
- se realizează montajul instalației de stocare și conectarea la instalația de distribuție existentă la sediul Autorității Contractante;
- se întocmesc documentele și se solicită autorizarea ISCIR;
- după autorizarea ISCIR se realizează 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 obținerea autorizațiilor ISCIR pentru recipientul de stocare a oxigenului lichid conform reglementarilor legale în vigoare. În cauză este necesară acordarea unui timp de montaj pentru echipamentului de furnizare permanent, precum și avizarea acestuia de către ISCIR în vederea punerii în funcțiune conform art. 6 lit. d) din Legea nr. 64/2008, avizare care dispune de un termen de emitere de 30 de zile de la data depunerii solicitării de avizare-termen de recomandare. Termenul de recomandare prevăzut de lege în vederea eliberării autorizării ISCIR este cel general de 30 de zile de la data înregistrării solicitării, prin interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

Contestatoarea învederează că menținerea termenului de 15 zile presupune că doar operatorul economic ce are deja autorizate rezervoarele în incinta autorității contractante (deci ...) poate participa la această procedură.

Sub un al patrulea aspect, apreciază că cerințele Caietului de sarcini privind soluția provizorie sunt neclare și contradictorii:

Astfel: *„Până la montarea echipamentelor necesare, ofertantul câștigător va asigura și livra pe cheltuiala sa necesarul de oxigen medicinal în recipiente mobile de oxigen medicinal (după caz : lichefiat și/sau comprimat), fără costuri suplimentare, pentru asigurarea continuității alimentării spitalului cu oxigen fără a fi afectată activitatea*

medicală. Dovada se va face prin descrierea în cadrul propunerii tehnice cu respectarea prevederilor legislative aplicabile la nivel național.

Soluția tehnică de livrare până la punerea în funcțiune a echipamentelor finale nu trebuie să implice din partea autorității contractante utilizarea nici unei surse materiale, umane, logistică, etc.

Recipientele din care ofertantul va livra oxigen medicinal lichefiat cu soluția provizorie trebuie să fie autorizate prin APP.

În aceasta perioadă, operatorul declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigenul medicinal la prețul de livrare al oxigenului medicinal lichefiat câștigat prin prezenta procedura. Furnizorul trebuie să dețină autorizație distribuție gaze medicinale."

Așadar, deși inițial pare că permite livrarea, ca soluție provizorie, atât a oxigenului lichefiat, cât și a celui comprimat, ulterior autoritatea contractantă face referire la oxigenul lichefiat, pentru ca, un paragraf mai jos, să se refere la oxigenul medicinal.

Ori, pentru a putea furniza oxigen medicinal lichefiat dintr-un rezervor criogenic instalat, acesta trebuie autorizat de către ISCIR, operațiune ce se realizează într-un termen legal de 30 de zile.

Astfel, cerința de a se asigura soluția provizorie de livrare a oxigenului doar în formă lichefiată (deci nu și prin butelii) îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante să depună ofertă în cadrul acestei proceduri, întrucât numai acesta are montate, autorizate ISCIR și în stare de funcționare rezervoarele de oxigen lichefiat.

Până la autorizarea rezervorului criogenic, ... apreciază că se impune ca ofertanților să le fie permisă furnizarea oxigenului medicinal și din butelii. Furnizarea în această modalitate, pentru o perioadă extrem de scurtă (până la autorizarea rezervorului), este unica ce permite depunerea ofertei de către mai mulți operatori economici.

Or, pentru a asigura o concurență corectă, se impune obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, astfel încât să permită operatorului economic declarat câștigător să furnizeze oxigen medicinal (inclusiv comprimat) până la autorizarea soluției de furnizare oxigen medicinal lichefiat.

Păstrarea cerinței în forma actuală încalcă principiile achizițiilor publice și restrânge concurența la unicul operator care ar putea asigura oxigenul lichefiat din prima zi - actualul furnizor al autorității contractante, acesta fiind cel care are deja autorizate rezervoarele.

În susținerea punctului său de vedere, societatea contestatoare invocă și citează din Decizia CNSC nr. 1900/2023.

Cu privire la împărțirea pe loturi a procedurii, autoarea contestației face trimitere la art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, arătând că împărțirea pe loturi prevalează și trebuie aplicată cu prioritate de către autoritățile contractante, astfel încât să permită participarea cât

mai multor operatori economici interesați în cadrul procedurilor de achiziții.

În plus, potrivit celor rezultate din art. 9 alin. (3) lit. f) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, justificarea deciziei autorității contractante în acest sens - de a nu utiliza împărțirea pe loturi - se realizează prin intermediul strategiei de contractare.

Prevederile menționate reprezintă transpunerea în legislația națională a dispozițiilor art. 46 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, potrivit căroră „Autoritățile contractante pot decide să atribuie un contract sub formă de loturi separate și pot stabili dimensiunea și obiectul unor astfel de loturi. Cu excepția respectării contractelor a căror diviziune este obligatorie în conformitate cu alineatul (4) de la prezentul articol, autoritățile contractante indică principalele motive care stau la baza deciziei lor de a nu face împărțirea pe loturi, care se include în documentele achiziției sau în raportul individual menționat la articolul 84”.

Justificările ce stau la baza deciziei autorității contractante de a nu atribui pe loturi contractul de achiziție publică/acordul-cadru trebuie să aibă în vedere motivele expuse în considerentul (78) al Directivei 2014/24/UE, care, chiar prezentate cu titlu exemplificativ, consacră tipologia motivelor ce pot justifica o înfrânare a concurenței prin neîmpărțirea contractului pe loturi, făcând în același timp aplicarea principiului proporționalității, specific procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică.

În cauza de față, nu a fost prezentată nicio astfel de justificare pentru neîmpărțirea pe loturi.

În opinia sa, strict raportat la cerințele autorității contractante din Caietul de sarcini de: (i) oxigen medicinal lichefiat; (ii) oxigen medicinal în butelii, acest lot putea cu ușurință fi împărțit în două loturi.

Produsele oxigen lichefiat și oxigen comprimat, chiar dacă sunt identice în fapt (oxigen), sunt solicitate în forme diferite, acestea neavând costuri comune.

Din modul de redactare al Caietului de sarcini se observă o delimitare clară a costurilor cu buteliile de oxigen (pozițiile 2-6, 8, 9), față de cele cu oxigenul lichefiat și instalațiile aferente (pozițiile 1 și 7):

LOT 1							
1	Oxigen medical lichefiat	MC	5.80	240000	624000	1.392.000,00	3.619.200,00
2	Oxigen medical comprimat în butelii de 2 L (0.4 MC)	BUC	130,00	48	240	6.240,00	31.200.00
3	Oxigen medical comprimat în butelii de 5 l.(1 MC)	BUC	130.00	720	5760	93.600,00	748.800.00
4	Oxigen medical comprimat în butelii de 8 L (1,6 MC)	BUC	140,00	48	960	6.720,00	134.400.00
5	Oxigen medical comprimat în butelii de 10 l.(2 MC)	BUC	160.00	240	2880	38,400,00	460.800.00

6	Oxygen medical comprimai în butelii de 50 L (10 MC)	BUC	250.00	48	240	12.000.00	60.000,00
7	Chirie echipamente stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat pentru echipamentul situate în locația !!!	lunar	1300.00	96	96	124.800.00	124.800.00
8	Chirie butelii 2. 5.8. 10 și 50 l.	nr. butelii X nr. zi Ic	2.00	51956	363552	103.912.00	727.104.00
9	Chirie butelii cu reductor incorporat	nr. butelii X nr. zile	4.00	17856	59520	71.424,00	238.080.00

Astfel, autoarea apreciază că pentru autoritatea contractantă nu exista niciun impediment în împărțirea pe loturi.

Or, în lipsa oricărei justificări reale, decizia de a nu împărți contractul în loturi este una restrictivă, care denaturează concurența și împiedică ofertanți să participe la procedură, invocând decizii ale CNSC.

Concluzionând, autoarea contestației susține că se impune împărțirea procedurii de atribuire privind oxigenul în două loturi distincte, respectiv (i) achiziționarea oxigenului medicinal lichid și (ii) achiziționarea oxigenului medicinal gazos, pentru respectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Având în vedere argumentele prezentate, ... SRL solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire.

Ca probe, înscrisuri.

Contestatoarea anexează împuternicire avocațială seria B nr. 7007966/2023 pentru avocat ... și avocat

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 62429/15.11.2023, ... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare nr. ... din 10.11.2023, eliberată de CEC BANK - Sucursala Piața Alba Iulia, în sumă de 15.552,72 lei.

Prin adresa nr. 35539/16.11.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 63081/17.11.2023, autoritatea contractantă a transmis *punct de vedere* privitor la contestația formulată de către ... SRL, expunând următoarele considerente.

Prealabil, autoritatea contractantă precizează că este o unitate sanitară publică cu paturi, de interes local, județean și regional, serviciile medicale acordate de ... fiind: preventive, curative, de recuperare și îngrijire în caz de graviditate și maternitate, precum și a nou-născutului. Specificul secțiilor, dotarea cu aparatură medicală complexă și personalul medical specializat determină ca cererea pentru serviciile medicale furnizate de către spital să fie la cote ridicate și angajează conducerea spitalului în procese decizionale care să conducă la creșterea performanței și profesionalismului actului medical spitalicesc.

Oxigenul medicinal (minim 99,5 % O² v/v) este definit ca medicament de uz uman, fiind rezultatul unui proces industrial

specializat, realizat în conformitate cu *"Principiile și liniile directoare de bună practică de fabricație pentru medicamente de uz uman, inclusiv pentru investigații clinice"* - aprobate prin O.M.S. nr. 905/2006, cu cerințele de bază ale *"Ghidului de bună practică de fabricație pentru medicamentele de uz uman"* - aprobat prin Hotărârea Consiliului Științific al ANM nr. 23/2010, Anexa 6 Fabricația gazelor medicinale și cu monografia de oxigen medicinal din Farmacopeea Europeană, ediția în vigoare (puritate minimă 99.5 %, < 300 ppm CO₂. < 5 ppm CO, < 67 ppm 1120).

Autoritatea contractantă susține că are dreptul să opteze pentru un lot unic în cazul oxigenului medicinal, justificat de faptul că execuția contractului ar fi prea dificilă și mult mai costisitoare dacă achiziția ar fi împărțită în două sau mai multe loturi.

Invocând art. 141 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă afirmă că are dreptul de a nu recurge la împărțirea pe loturi. Deoarece toate tipurile de oxigen medicinal (lichid și comprimat) sunt considerate medicamentele (același medicament, având aceeași substanță activă - oxigen), iar serviciile conexe sunt aferente livrării, consideră că este justificată alegerea unui lot unic.

1. Referitor buteliilor de oxigen medical comprimat în butelii de 8 litri, achiziția arată că, prin Caietul de sarcini solicită dispozitivele medicale, în speță butelii de 8 litri cu oxigen medical comprimat, în scopul de a se asigura de disponibilitatea operatorului economic pentru a suplini necesitățile autorității contractante în caz de forță majoră, respectiv în caz de pandemie și suprasolicitare la nivel național a buteliilor de oxigen medical comprimat de 2, 5, 8 și 10 litri. Invocând experiența anterioară autoritatea contractantă arată că în cazul nedorit în care toate spitalele din țară sunt sub criză de oxigen medical îmbuteliat, orice tip de butelie autorizată, ușor transportabilă este vitală a fi folosită, inclusiv butelia de 8 litri care nu poate sta nefolosită prin depozitele operatorilor economici, pe motivația lipsei unei achiziții publice în acest sens iar starea pacienților să se agraveze prin spitale din lipsă de oxigen medical.

Pentru asigurarea tratamentului egal și nediscriminatoriu în condițiile liberei concurențe, autoritatea contractantă acceptă scăderea termenului de valabilitate al oxigenului medical comprimat din aceste butelii la minim 24 de luni și buteliile de 8l vor fi eliminate ca și poziție din lot.

2. Termenul de valabilitate al oxigenului medical comprimat de minim 36 de luni. Pentru asigurarea tratamentului egal și nediscriminatoriu în condițiile liberei concurențe, autoritatea contractantă acceptă scăderea termenului de valabilitate al oxigenului medical comprimat din buteliile de capacitate 2, 5, 10 și 50 litri la minim 24 de luni.

3. Termenul impus prin caietul de sarcini de 15 zile de la semnarea contractului. Pentru asigurarea tratamentului egal și nediscriminatoriu în condițiile liberei concurențe, autoritatea contractantă acceptă modificarea acestui termen la 30 de zile de la semnarea contractului de către ambele părți, respectiv de la data de înregistrare a acestuia.

4. În ceea ce privește aspectul soluției provizorii de aprovizionare cu oxigen medicinal și acesta se poate confirma prin intermediul unei clarificări. În text a intervenit o eroare de redactare/auto corecție din cauza căreia s-a adăugat mențiunea „și/sau comprimat”, precizează achizitoarea.

„Până la montarea echipamentelor necesare, ofertantul câștigător va asigura și livra pe cheltuiala sa necesarul de oxigen medicinal în recipiente mobile de oxigen medicinal (după caz: lichefiat și/sau comprimat), fără costuri suplimentare, pentru asigurarea continuității alimentării spitalului cu oxigen fără a fi afectată activitatea medicală. Dovada se va face prin descrierea în cadrul propunerii tehnice cu respectarea prevederilor legislative aplicabile la nivel național.

Soluția tehnică de livrare până la punerea în funcțiune a echipamentelor finale nu trebuie să implice din partea autorității contractante utilizarea nici unei surse materiale, umane, logistică, etc.

Recipientele din care ofertantul va livra oxigen medicinal lichefiat cu soluția provizorie trebuie să fie autorizate prin APP.

În aceasta perioadă, operatorul declarat câștigător se obligă să furnizeze oxigenul medicinal la prețul de livrare al oxigenului medicinal lichefiat câștigat prin prezenta procedura. Furnizorul trebuie să dețină autorizație distribuție gaze medicinale."

Este evident că modalitatea de aprovizionare cu oxigen medicinal, până la punerea în funcțiune a echipamentelor trebuie să fie reprezentată de o soluție autorizată de oxigen medicinal lichefiat, pentru ca aceasta este singura opțiune care nu implică niciun fel de resurse din partea autorității contractante.

Implementarea acestei soluții este obligatorie întrucât autoritatea contractantă nu dispune de o stație de distribuție pentru oxigen medicinal comprimat în butelii, de asemenea, spitalul nu dispune de spațiu pentru depozitarea unui număr mare de butelii și nici de personal care să manipuleze buteliile, să le înlocuiască pe rastel, 24 de ore din 24. Această stare de fapt a autorității contractante ar fi fost cunoscută dacă s-ar fi solicitat clarificări în prealabil contestației sau dacă s-ar fi respectat cerința caietului de sarcini, anume deplasarea operatorului economic la cele 2 amplasamente ale autorității contractante pentru luarea la cunoștință a realităților din teren. Din considerentele enumerate mai sus și pe deplin justificate, autoritatea contractantă optează pentru procedura în care oxigenul medicinal este încadrat într-un singur lot, de la un sigur furnizor de oxigen medicinal. Astfel, lipsa fragmentării în mai

multe loturi a aceluiasi medicament nu este sub nicio formă restrictivă, justifică achizitoarea.

Autoritatea contractantă a stabilit care sunt necesitățile și bugetul necesar, adăugând că obiectul achizițiilor publice este reprezentat de necesitățile sale și nu de capacitățile unor operatori economici.

Citând art. 53 al legii 98/19 mai 2016 „Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitatea de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forma de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condițiile prevăzute de prezenta lege”, autoritatea contractantă arată că permite participarea la procedură a formelor de asociere/subcontractare etc.

În situația în care măsurile corective vor fi acceptate, autoritatea contractantă afirmă că va decala data limită de depunere pentru ca toți operatorii economici să poată beneficia de o perioadă de timp rezonabilă pentru depunerea ofertelor.

Autoritatea contractantă transmite, atașat punctului de vedere comunicat pe cererea de suspendare a procedurii, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 63160/17.11.2023, *Procesul-verbal nr. 35657/17.11.2023 privind adoptarea măsurilor corective*, regăsite în punctul de vedere exprimat mai sus.

Prin adresa nr. 65401/3210/C6/28.11.2023, C.N.S.C. a solicitat autorității contractante comunicarea strategiei de contractare și referat/e de necesitate, după caz.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 65189/28.11.2023, contestatoarea formulează *note scrise* cu privire la punctul de vedere și la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, reținând că:

- renunță la buteliile având o capacitate de 8 litri;
- acceptă o valabilitate a oxigenului comprimat de minim 24 de luni;
- stabilește un termen de punere în funcțiune pentru instalațiile de oxigen lichefiat de 30 de zile de la semnarea contractului;
- acceptă doar furnizarea de livrare a oxigenului lichefiat, ca o măsură provizorie, până la punerea în funcțiune a instalațiilor;
- nu dorește lotizarea.

Față de măsurile luate de către autoritatea contractantă, societatea contestatoare constată recunoașterea de către autoritatea contractantă a criticilor privind:

- buteliile având o capacitate de 8L;
- termen de valabilitate discriminatoriu de 36 de luni în privința oxigenului îmbuteliat, având în vedere că doar ... poate îndeplini această cerință.

Prin măsurile de remediere, arată că autoritatea contractantă a indicat că acceptă o valabilitate a oxigenului comprimat de minim 24 de

luni, dar nu se prevede însă dacă acest termen de valabilitate este de la data fabricației sau de la data livrării produsului. Această măsură adoptată nu înlătură inechitatea și caracterul discriminatoriu al cerinței, având în vedere că ... este în continuare unicul producător de oxigen care poate respecta un termen de minim 24 de luni, dacă acesta nu este cerut de la data fabricației.

Ca atare, pentru a respecta noua cerință a autorității contractante (dacă aceasta se referă la un termen de minim 24 de luni de la data livrării produsului), ar însemna ca ... să livreze produsul în aceeași zi în care acesta este fabricat, situație absurdă.

Dacă ar fi dorit într-adevăr să înlătore cerința discriminatorie, autoritatea contractantă putea adopta măsura de remediere prin care să solicite o valabilitate a oxigenului comprimat de minim 24 de luni, cu precizarea expresă că termenul este de la data fabricației, opinează contestatoarea.

- recunoașterea criticilor termenului de punere în funcțiune a instalațiilor de oxigen lichefiat, prin modificarea acestuia la 30 de zile;
- acceptarea doar a soluției provizorie de livrare a oxigenului lichefiat, până la punerea în funcțiune a instalațiilor, clarificând neconcordanțele sesizate prin contestație.

Contestatoarea menționează că autoritatea nu combate deloc criticile ... referitoare la faptul că cerința de a se asigura soluția provizorie de livrare a oxigenului doar în formă lichefiată (deci nu și prin butelii) îi dă posibilitatea doar furnizorului actual al autorității contractante să depună oferta în cadrul acestei proceduri, întrucât numai acesta are montate, autorizate ISCIR și în stare de funcționare rezervoarele de oxigen lichefiat.

În acest context, reiterează argumentația potrivit căreia pentru a putea furniza oxigen medicinal lichefiat dintr-un rezervor criogenic instalat (chiar și provizoriu), acesta trebuie autorizat de către ISCIR, operațiune ce se realizează într-un termen legal de 30 de zile.

Or, în opinia sa, pentru a asigura o concurență corectă, se impune obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, astfel încât să permită operatorului economic declarat câștigător să furnizeze oxigen medicinal (inclusiv comprimat) până la autorizarea soluției de furnizare oxigen medicinal lichefiat.

Contestatoarea reafirmă că păstrarea cerinței în forma actuală încalcă principiile achizițiilor publice și restrânge concurența la unicul operator care ar putea asigura oxigenul lichefiat din prima zi - actualul furnizor al autorității contractante, acesta fiind cel care are deja autorizate rezervoarele, făcând trimitere la decizia CNSC nr. 1900/C4/2133/17.08.2023, ca jurisprudență.

De asemenea, precizează că autoritatea contractantă nu a combătut argumentele ... privind nelegalitatea refuzului său de a diviza procedura în loturi, ci s-a limitat să afirme că nu dorește să adopte

această măsură, întrucât societatea se poate asocia cu unul din competitorii săi, în vederea participării.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a încălcat art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Totodată, precizează că în dosar nu a fost depusă, de către autoritatea contractantă, strategia de contractare, în cadrul căreia să se fi adoptat decizia de a nu împărți procedura în loturi, această decizie adoptată neavând nicio justificare concretă.

Reiterând, în parte, argumentația din contestație, concluzionează că, pentru autoritatea contractantă, nu exista niciun impediment în împărțirea pe loturi.

În al doilea rând, contestatoarea arată că susținerile autorității contractante, potrivit cărora: *«Conform art. 53 al legii 98/19 mai 2016 „Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitatea de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forma de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condițiile prevăzute de prezenta lege”», autoritatea contractantă arată că permite participarea la procedură a formelor de asociere/subcontractare etc.»* au fost anterior sancționate de CNSC prin Decizia nr. 2517/C9/2583 din data de 25.10.2023, anexată.

În concluzie, societatea ... SRL susține că, în lipsa oricărei justificări reale, decizia autorității contractante de a nu împărți contractul în loturi este una restrictivă, care denaturează concurența și împiedică ofertanți să participe la procedură, context în care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa cu nr. 36979/29.11.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 65785/04.12.2023, autoritatea contractantă răspunde solicitării Consiliului cu nr. 65401/28.11.2023 și comunică:

- strategia de contractare nr. 33005 din 30.10.2023;
- strategia pentru programul de achiziții publice pentru Oxigen medicinal pentru anul 2023;
- Programul de achiziții publice pentru Oxigen medicinal pentru anul 2023.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„GAZE MEDICINALE Oxigen medicinal lichid, oxigen medicinal îmbuteliat, bioxid de carbon medicinal”*, împărțit în două Loturi: 1 – *“Oxigen medicinal lichefiat”* și 2 – *“Bioxid de carbon medicinal”*, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev.2), anunț de participare nr.

La pct. II.1.5) din cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă a precizat că valoarea totală estimată a acordului-cadru de furnizare este cuprinsă între 1.864.048,00 lei și 6.264.000,00 lei, fără TVA, iar valoarea estimată a Lotului 1- „Oxigen medicinal lichefiat” este între 1.849.096,00 lei și 6.144.384,00 lei fără TVA, valoarea celui mai mare contract subsecvent din cadrul Lotului 1 fiind de 388.068 lei, fără TVA.

La pct. II.2.5) din cadrul aceluiași anunț, autoritatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire *„prețul cel mai scăzut”*.

Împotriva documentației procedurii de atribuire a Lotului nr. 1 – „Oxigen medicinal lichefiat”, societatea ... SRL a formulat contestație dedusă judecății, solicitând cele redate în partea introductivă.

Consiliul constată că ... SRL a constituit cautiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

În urma studierii documentației de atribuire a acestei proceduri de atribuire, societatea ... SRL, nemulțumită de anumite cerințe aferente loturilor nr. 1, a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând cele redate în parte introductivă.

Ulterior contestației înaintată de către societatea ... SRL, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 35539/16.11.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 63081/17.11.2023, care reprezintă punctul său de vedere asupra contestației, s-a prevalat de dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: *„După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, (...)”* și a comunicat măsurile de remediere pe care le va adopta.

Legat de acest aspect, Consiliul va admite criticile societății contestatoare pe aspectele remediate de către autoritatea contractantă.

Totodată, Consiliul nu este ținut să se pronunțe asupra *criticilor* rămase în ordinea expusă de contestatoare. În acest sens, inclusiv Curtea de Justiție a Uniunii Europene aplică aceeași metodă, dovadă fiind bogata jurisprudență (în acest sens, cu titlu de exemplu, evocăm Hotărârea din 11 decembrie 2019, Mytilinaios Anonymos Etairia - Omilos Epicheiriseon, C-332/18 P, EU:C:2019:1065, punctul 44 – *„Pentru a facilita analiza temeiniciei prezentului recurs, trebuie să se examineze, mai întâi, al treilea motiv, apoi al doilea aspect și al treilea aspect ale primului motiv și, în sfârșit, primul aspect al primului motiv și al doilea motiv de recurs împreună.”*)

De asemenea, în conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de

consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți, formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Astfel, referitor la solicitarea contestatoarei, în ceea ce privește lotul 1, de a fi împărțit în două loturi, respectiv: „(i) oxigen medicinal lichefiat; (ii) oxigen medicinal în butelii”, motivat de faptul că „produsele oxigen lichefiat și oxigen comprimat, chiar dacă sunt identice (oxigen) sunt solicitate în forme diferite, acestea neavând costuri comune”, autoritatea contractantă nu dorește acest lucru.

În pronunțarea asupra acestei critici, Consiliul are în vedere faptul că în fișa de date a achiziției, în ceea ce privește lotul 1 - *OXIGEN MEDICINAL LICHEFIAT*, la cap. II.2.4 - *Descrierea achizitiei publice*, se menționează:

- 1. *OXIGEN MEDICINAL (...)*
- 2. *OXIGEN MEDICINAL GAZOS IN BUTELII (...)*
 - 1 *Oxygen medical lichefiat*
 - 2 *Oxygen medical comprimat in butelii de 2 L (0,4 MC)*
 - 3 *Oxygen medical comprimat in butelii de 5 L (1 MC)*
 - 4 *Oxygen medical comprimat in butelii de 8 L (1,6 MC)*
 - 5 *Oxygen medical comprimat in butelii de 10 L (2 MC)*
 - 6 *Oxygen medical comprimat in butelii de 50 L (10 MC)*
 - 7 *Chirie echipamente stocare si vaporizare oxigen medicinal lichefiat pentru echipamentul situate in locatia I-II lunar*
 - 8 *Chirie butelii 2, 5,8, 10 si 50 L*
 - 9 *Chirie butelii cu reductor incorporate (...)*”.

Verificând Strategia de contractare nr. 33005/30.10.2023, Consiliul constată că, pentru lotul 1, se regăsesc aceleași informații cu privire la lotul 1, fiind adăugate cantitățile minime/maxime, precum și valorile estimate minime/maxime pentru componentele acestui lot.

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016 „*autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*”.

De asemenea, dispozițiile art. 141 alin. (1) din același act normativ, prevăd că „*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*”.

Relevante în speță sunt și următoarele norme legale:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: „*lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în*

conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”;

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

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

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

- art. 9 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „Etapă de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă”;

- art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016: „Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: (...) f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 [alin. \(2\)](#) - [\(5\)](#) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;

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

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

Față de cele precizate anterior, Consiliul nu va reține ca întemeiate afirmațiile autorității contractante potrivit cărora, referitor la acest aspect, „are dreptul să opteze pentru un lot unic în cazul oxigenului medicina”, respectiv că „are dreptul de a nu recurge la împărțirea pe

loturi, deoarece toate tipurile de oxigen medicinal (lichid și comprimat) sunt considerate medicamente(aceleși medicament, având aceeași substanță activă – oxigen”, deoarece, chiar dacă solicită același medicament, în cazul de față oxigen, produsul în cauză este solicitat în forme diferite, iar potrivit strategiei de contractare și caietului de sarcini, nu au costuri comune.

Este adevărat că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia: *„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”,* dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității. Prin urmare, întrucât nu există o nicio interdependență între cele două forme ale oxigenului, nu se poate recurge la atribuirea unui singur contract, ci a mai multora.

Potrivit legislației din domeniul achiziției publice, citată anterior, în cazul în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea pe loturi, aceasta din urmă are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, justificare care trebuie să se regăsească la nivelul strategiei de contractare. Or, din analiza Strategiei de contractare nr. 33005/30.10.2023, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a indicat niciun motiv care să probeze decizia sa de a nu a împărți lotul 1 în două loturi, așa cum susține contestatoarea.

Legat de acest aspect, Consiliul nu va reține ca întemeiată afirmația autorității contractante potrivit căreia, raportat la art. 53 din Legea nr. 98/2016, permite participarea la procedură a formelor de asociere/subcontractare etc., întrucât, legiuitorul, prin norma legală invocată, a stabilit *dreptul* operatorului economic *„de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forma de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condițiile prevăzute de prezenta lege”* și nu dreptul autorității de a permite acest lucru.

Prin urmare, asocierea constituie un drept al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul lui nu dorește.

Cu alte cuvinte, unitatea spitalicească nu poate forța un operator economic să îi furnizeze cele două tipuri de oxigen, câtă vreme el nu poate asigura decât unul dintre acestea, pentru care ar putea licita, ce poate fi livrat fără să depindă de celălalt.

În practica instanțelor de judecată și a Consiliului s-a avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența produselor, și nu un anumit scop, cum este cel indicat de autoritatea contractantă.

Consiliul nu poate reține ca întemeiată nici justificarea autorității contractante, regăsită în cadrul punctului său de vedere, potrivit căreia *„execuția contractului ar fi prea dificilă și mult mai costisitoare dacă achiziția ar fi împărțită în două sau mai multe loturi”*, întrucât nu este în acord cu prevederile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele în discuție, în circumstanțele date, ar trebui să facă obiectul unor atribuiri distincte, fiind categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, putând fi utilizate independent unele față de altele.

Divizarea în loturi distincte a produselor din cadrul obiectului acordului-cadru este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii rezultă că autoritățile publice locale au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea lotului 1, conform celor redat anterior, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare.

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: *„Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată 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. [...] Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai*

departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața

achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare al obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa (C 305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), că unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer Rundfunk și alții [C 337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C 538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>): *Din analiza prevederilor legale incidente, rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea în acest sens 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.”*

Astfel, prin interdicția divizării lotului 1, în două loturi distincte, se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia care pot livra oxigenul medicinal în ambele forme. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care pot livra acest produs, așa cum este constituit lotul 1, autoritatea contractantă limitează accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor care au posibilitatea livrării ambelor forme ale oxigenului.

Față de cele evocate, raportat atât la legislația națională, cât și cea europeană, Consiliul stabilește că prin împărțirea pe loturi, așa cum s-a menționat anterior, se permite accesul la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici specializați din domeniu, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea contractantă având posibilitatea creării premiselor pentru obținerea unor prețuri de achiziție corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice, iar promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică. Astfel, în opinia Consiliului, autoritatea contractantă nu este afectată de reîmpărțirea pe loturi a lotului 1 dimpotrivă, aceasta va realiza o utilizare eficientă a fondurilor.

Prin urmare, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de produse, enumerate mai sus, în condiții de eficiență economică și socială, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte și dispozițiile art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform căroră: *„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.”*

Aceeași abordare se regăsește și în deciziile CNSC, de ex: nr. 627/C9/492 din 15.04.2020, nr. 1406/C3/1345 din 21.06.2023, 1175/C6/1274 din 10.07.2020, nr. 1441/C6/1421/1557 din 27.06.2023, nr. 2260/C9/2550 din 26.09.2023 etc. În susținerea celor expuse, este și Decizia civilă nr. 36/2022 a Curții de Apel Iași.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesară a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a procedurii, în sensul divizării lotului 1, așa cum s-a precizat anterior și al acceptării depunerii de oferte pentru fiecare formă a oxigenului medicinal.

Însă, este important de precizat faptul că AUTORITATEA PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI – Direcția suport aplicații, în calitate de operator S.E.A.P., la solicitarea adresată de către Consiliu, a răspuns prin adresa nr. 3538/23.06.2021, în cuprinsul căreia a precizat următoarele: *„Referitor la adresa dumneavoastră nr. 31846/C3/18.06.2021 înregistrată la A.D.R. cu nr. 3214/22.06.2021, prin care, în ipoteza aducerii la îndeplinire a unor măsuri de remediere dispuse, solicitați informații privind posibilitățile tehnice existente în SEAP în cazul unei proceduri de atribuire inițiate, organizate pe mai multe loturi, care să permită autorităților contractante să reconfigureze procedura prin reîmpărțirea achiziției pe mai multe loturi sau, dimpotrivă, prin comasarea loturilor, vă comunicăm că această*

posibilitate există doar pe timpul definirii unei documentații de atribuire în sistem de către autoritatea contractantă. Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor. În această situație, autoritatea contractantă are opțiunea tehnică de anulare a unui lot, a mai multor loturi sau a întregii proceduri de atribuire, după caz și/sau opțiunea de organizare a unei noi proceduri de atribuire pentru eventuale loturi noi”.

Prin urmare, Consiliul reține că divizarea lotului 1 nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice – SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire prin modificarea numărului de loturi configurate inițial.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie efectuate, precum și faptul că împărțirea în mai multe loturi corespunzător fiecărui tip de produse solicitate în cadrul procedurii nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, chiar dacă procedura se află în stadiul de pregătire al ofertelor, singura soluție care poate fi adoptată la acest moment este cea de anulare a procedurii, fiind lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

Astfel, față de cele de mai sus, Consiliul constată că, din cauza impedimentelor de ordin tehnic care nu-i aparțin, nu-și poate exercita vocația sa de instituție de remedii, în sensul obligării autorității contractante la reîmpărțirea pe loturi, motiv pentru care urmează a aplica dispozițiile imperative ale art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele: *„În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire”.*

Față de cele prezentate anterior, întrucât se impune măsura extremă a anulării procedurii de atribuire în cauză, pentru lotul 1, neputând fi dispuse măsuri de remediere, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte criticilor ale societății contestatoare pe care autoritatea contractantă nu le-a acceptat, acestea fiind rămase fără obiect, întrucât nicio altă remediere nu mai este posibilă.

Pe cale de consecință, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la anularea lotului nr. 1.

Având în vedere măsura extremă dispusă anterior, respectiv de anulare a procedurii de atribuire, în ceea ce privește lotul nr. 1, criticile societății contestatoare pe care autoritatea contractantă le-a acceptat nu mai pot fi postate de SEAP, așa cum impun dispozițiile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: *„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre*

publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”, fiind rămasă fără obiect.

Legat de solicitarea contestatoarei de „*anularea Procedurii de atribuire*”, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, deoarece modul de derulare al acesteia, referitor la celelalte loturi, poate fi desfășurat independent de lotul 1.

În contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către societatea ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- va admite criticile cu privire la re-divizarea lotului nr. 1 și va anula procedura de atribuire pentru lotul 1, conform motivării de mai sus;

- va respinge ca rămasă fără obiect celelalte critici;

- va respinge ca neîntemeiată solicitarea de anulare a întregii proceduri de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către societatea ... SRL, cu sediul social în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., astfel:

- admite criticile cu privire la re-divizarea lotului nr. 1 și anulează procedura de atribuire pentru lotul 1, conform motivării de mai sus;

- respinge ca rămasă fără obiect celelalte critici;

- respinge ca neîntemeiată solicitarea de anulare a întregii proceduri de atribuire.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

Membru,

...

Membru,

...