



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 / 021.8900.745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 1428/06.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ..., având CUI RO ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată de S..., cu sediul în ..., ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de *achiziție gaze*, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea pe loturi a procedurii de atribuire și în ceea ce privește solicitarea privind termenul de maxim 10 zile calendaristice de la semnarea acordului-cadru pentru punerea în funcțiune la sediul beneficiarului a echipamentelor ce compun instalația de stocare/evaporare, clarificarea aspectelor privind realizarea fundației betonate și obținerea autorizațiilor de construcție pentru acestea, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea în fond a cauzei și, în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu sunt posibile, se solicită anularea procedurii de achiziție.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, admite contestația SC ... SRL, în contradictoriu cu S..., și anulează procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de *achiziție gaze*.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, SC ... SRL a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În motivarea pe fond a contestației, autoarea precizează următoarele:

1. Referitor la lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, contestatoarea menționează că în fișa de date a achiziției pct. II.1.5, autoritatea contractantă a solicitat:

„II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/ achizițiilor

1.Oxigen medicinal lichefiat mc 19000 20000 684000 720000

2.Protoxid de azot kg 90 150 3240 5400

3.Oxigen med.butelie>sau egal 6 mc, mc 2100 2500 75600 90000

4.Oxigen med.butelie < sau egal 2 mc, mc 65 120 2340 4320

5.Dioxid de carbon (butelie) kg 50 80 1800 2880

6.Chirie stocator lunar 1 1 36 36

7.Taxă transport oxigen medicinal lichefiat Per transport 3 4 108 144

8.Tarif de închiriere butelii din oțel pe zi/butelie 900 1050 32400 37800

9.Tarif de închiriere butelii din aluminiu cu valvă integrată Pe zi/butelie 450 750 16200 27000”.

Astfel, autoarea contestației solicită Consiliu să rețină faptul că oxigenul medical, protoxidul de azot medical și dioxidul de carbon sunt produse diferite.

Având în vedere faptul că sunt produse diferite, consideră că se încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că autoritatea contractantă intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate, respectiv:

1.Oxigen medical lichid;

2.Oxigen medical comprimat-butelie;

3.Protoxid de azot medical;

4.Dioxid de carbon.

Prin lipsa împărțirii pe loturi a contractului de achiziție, autoritatea contractantă aduce atingere atât scopului Ordonanței de urgență nr. 34/2006, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiilor legale ale nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică.

Mai mult, Codul European de Bune Practici în articolul „1.1 Divizare în loturi” reglementează expres că „Directivele referitoare la achiziții publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi”. Divizarea contractului de achiziție publică indubitabil facilitează accesul IMM-urilor atât din punct de vedere cantitativ (mărimea loturilor corespunde cât mai bine capacității productive a IMM-urilor), cât și calitativ (conținutul unui astfel

de lot poate să corespundă cât mai bine unui sector specializat al IMM-urilor).

Contestatoarea susține că, din cauza modului cum este redactată în prezent documentația de atribuire, operatorii economici au obligația să prezinte ofertă pentru cele patru tipuri de produse cerute împreună cu serviciile aferente acestora, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă de produse vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca inacceptabile și neconforme, aceasta fiind situația în care se află societatea sa în acest moment.

Neacceptând divizarea pe loturi, autoritatea contractantă a stabilit criteriile de calificare și garanția de participare prin raportare la valoarea estimată a întregului contract, impunând ofertanților, între altele, constituirea unei garanții de participare de 30.079,00 lei, mult mai mare pentru întreg acordul-cadru decât dacă proceda la divizarea pe loturi a contractului.

În consecință, societatea contestatoare apreciază că autoritatea contractantă, a încălcat dispozițiile în materia achizițiilor publice, fiind afectat interesul legitim al societății sale de a participa la procedura de achiziție publică în cauză pentru motivele expuse în cadrul prezentei contestații.

SC ... SRL precizează că în această procedură nu poate participa deoarece în fișa de date a achiziției, cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, s-a solicitat:

- autorizație de fabricație eliberată de MS - ANM, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII Medicamentul și OMS nr. 918/2006 pentru aprobarea reglementărilor privind autorizarea de fabricație/import a producătorilor și importatorilor de medicamente de uz uman;

- autorizație de punere pe piață eliberată de MS-ANM conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII Medicamentul și OMS nr. 895/2006 pentru aprobarea Reglementărilor privind autorizarea de punere pe piață și supravegherea medicamentelor de uz uman.

În acest sens, menționează că SC ... SRL deține Autorizația de Punere pe Piață doar pentru următoarele gaze medicale: oxigen medical comprimat și oxigen medical lichid. Autorizația de Punere pe Piață pentru Protoxid de azot medical nu este obținută încă de societatea sa.

Se poate observa că prin păstrarea lotului unic și solicitarea Autorizației de Punere pe Piață pentru gazele medicale ofertate eliberată de Ministerul Sănătății prin Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, conform Legii nr. 95/2006 valabilă la data limită de depunere a ofertelor - în copie ștampilată și semnată conform cu originalul, autoritatea contractantă restrânge sfera de participare a operatorilor economici cu oferte pentru fiecare tip de gaz separat și această restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă este îndreptățită să solicite Autorizația de Punere pe Piață pentru gazele medicale solicitate

eliberată de Ministerul Sănătății prin Agenția Națională a Medicamentului și Dispozitivelor Medicale, conform Legii nr. 95/2006, dar poate face acest lucru și dacă procedura va fi împărțită pe loturi.

Raportat la principiile evocate 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 în loturi, contestatoarea consideră că se impune împărțirea achiziției, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează.

Prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Contestatoarea susține că alte spitale au publicat acest gen de achiziție pe loturi, tocmai pentru ca aceste produse au coduri CPV diferite, de exemplu: CPV 24111900-4 Oxigen (Rev.2) și CPV 24112200-4 Oxizi de azot sau Cod CPV: 24111700-2 – AZOT, și sunt produse care pot fi furnizate de diferi producători și distribuitori în condițiile legii.

De asemenea, SC ... SRL invocă dispozițiile art. 10 alin. (1) din HG nr. 925/2006, considerând că prin modul de grupare a celor 4 produse doar într-un singur lot, autoritatea contractantă a încălcat și principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

2. Referitor la termenul de maxim 10 zile calendaristice de la semnarea acordului-cadru pentru punerea în funcțiune la sediul beneficiarului a echipamentelor care compun instalația de stocare/evaporare, contestatoarea precizează că în cadrul caietului de sarcini la pag. 2 apare solicitarea: „Furnizorul este obligat să pună în funcțiune la sediul beneficiarului echipamentele care compun instalația de stocare/evaporare în termen de max. 10 zile calendaristice de la semnarea acordului-cadru ... Furnizorul este obligat să pună în funcțiune la sediul beneficiarului echipamentele care compun instalația de stocare/evaporare în termen de max. 10 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru”, iar la pagina 4 din același caiet de sarcini, precizează: „În vederea amplasării stocatorului autoritatea contractantă nu pune la dispoziția furnizorului platforma betonată și împrejmuită cu gard metalic existente nefiind proprietatea spitalului.

-Furnizorul se va ocupa de amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului 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,

- Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru.”

Autoarea contestației face precizarea că pentru execuția fundațiilor

betonate sunt necesare autorizațiile de construcție, autorizații ce pot fi obținute doar de către proprietarul imobilului în incinta căruia se vor efectua lucrările respective, furnizorul neavând calitatea necesară pentru a obține aceste avize și autorizații. Mai mult de atât, obiectul contractului nu îl constituie realizarea proiectării, pregătirea documentației de avizare și execuția fundațiilor betonate. Prin modalitatea de redactare a documentației de atribuire, în sarcina ofertanților sunt incluse și proiectul de fundamentare, dar mai ales obținerea autorizației de construcție, or obiectul contractului îl constituie furnizare de gaze medicale și servicii conexe.

Față de aceste aspecte, contestatoarea face trimitere la decizia CNSC nr. din 29.01.2015.

Astfel, se poate observa că autoritatea contractantă introduce în sarcina participanților pe lângă furnizarea de gaze medicale și demersurile necesare instalării echipamentelor necesare stocării oxigenului lichefiat, dar și cele de construcție a fundațiilor betonate, și mai ales a obținerii autorizației de construcție pentru acestea, fără de care nu se pot executa fundațiile betonate.

Având în vedere că este necesară și obținerea autorizației de construcție, între data predării proiectului și data începerii efective a execuției lucrărilor este necesară o perioadă în care autoritatea contractantă trebuie să obțină avizele și autorizația de construire (fără de care începerea lucrărilor nu este posibilă). Termenul legal de emitere a autorizației de construire este de 30 zile de la data obținerii tuturor avizelor din certificatul de urbanism. Mai mult, după obținerea autorizației de construire, trebuie anunțat Inspectoratul Teritorial în Construcții cu zece zile înainte de începerea efectivă a lucrărilor.

De asemenea, obținerea autorizațiilor ISCIR pentru instalațiile de stocare oxigen medical lichefiat urmează reglementările legale în vigoare și nu se poate deroga de la acestea, dat fiind faptul că legislația în vigoare stipulează foarte clar termenele de eliberare: Legea nr. 544/2001, art. 7 alin. (1): „autoritățile și instituțiile publice au obligația să răspundă în scris la solicitarea informațiilor de interes public în termen de 10 zile sau, după caz, în cel mult 30 de zile de la înregistrarea solicitării, în funcție de dificultatea, complexitatea, volumul lucrărilor documentare și de urgență solicitării. În cazul în care durata necesară pentru identificarea și difuzarea informației solicitate depășește 10 zile, răspunsul va fi comunicat solicitantului în maximum 30 de zile, cu condiția înștiințării acestuia în scris despre acest fapt în termen de 10 zile”.

În aceste condiții devine evident că o autorizare ISCIR nu poate fi obținută de niciun operator economic în termenul solicitat, cu excepția furnizorului actual al autorității contractante, care deja deține aceasta autorizare ISCIR.

Contestatoarea precizează că este imposibil ca în termen de maxim 10 zile lucrătoare să se poată obține autorizația de construcție, autorizațiile ISCIR, în condițiile în care autorizația de construcție necesită un termen de 30 de zile, iar în privința autorizării ISCIR, de la inspecția

reprezentantului CNCIR termenul de obținere este cel stipulat în art. 7 Legea nr. 544/2001, respectiv maxim 30 de zile de la solicitare. De asemenea, reprezentantul CNCIR poate face inspecția doar după ce instalația de distribuție și stocare oxigen medicinal lichid este montată de furnizor și funcțională, etapă care la rândul ei poate dura cel puțin 5-10 zile.

În aceste condiții, SC ... SRL solicită obligarea autorității contractante la reformularea cerințelor din caietul de sarcini, în sensul „- Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maximum 45 zile lucrătoare de la semnarea acordului” și la clarificarea aspectelor privind realizarea fundației betonate și a obținerii autorizației de construcție.

Stabilirea acestor cerințe constituie un mijloc de intervenție în operațiunile de piață utilizat de către autoritatea contractantă prin care aceasta încearcă să influențeze direct concurența între operatorii economici de profil, în sensul limitării accesului acestora doar la operatorul care are autorizate instalațiile deja puse în funcțiune.

În opinia contestatoarei, toate aceste elemente astfel cum au fost detaliate conduc spre concluzia că sunt grav încălcate principiile care stau la baza întregii proceduri a achizițiilor publice, respectiv al nediscriminării, al tratamentului egal, al transparenței și eficientizării utilizării fondurilor publice.

Având în vedere motivele invocate mai sus, SC ... SRL consideră că autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire astfel încât restrânge accesul egal la procedura de atribuire și care aduce prejudicii societăților interesate a participa la procedura de atribuire.

Contestatoarea mai critică și decizia autorității contractante prin care s-a dispus anularea procedurii de atribuire anterioară, considerând nelegală decizia autorității contractante, având în vedere faptul că această decizie nu respectă decizia CNSC nr. din 29.01.2015, prin care s-a admis critica formulată privind termenul de maxim 10 zile privind punerea în funcțiune la sediul beneficiarului a echipamentelor care compun instalația de stocare/evaporare. De asemenea, solicită Consiliului să verifice că noua documentație a păstrat cerințele restrictive anterioare și, în plus, a adăugat altele privind neîmpărțirea pe loturi a acordului-cadru și creșterea valorii estimate a acestuia.

În fapt, autoritatea contractantă a modificat obiectul acordului cadru și a introdus noi produse, respectiv gaze medicale față de documentația anterioară, însă nu a modificat cerințele tehnice din caietul de sarcini criticate de SC ... SRL prin contestația depusă la CNSC și admisă.

În temeiul art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea solicită să i se permită studiul dosarului achiziției publice.

Constatând că la dosarul cauzei se regăsește dovada constituirii garanției de bună conduită, dar nu conform cuantumului stabilit la art. 271¹ alin. (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul a făcut aplicarea dispozițiilor art. 271¹ alin. (3) și art. 275 alin. (1) din ordonanță și a solicitat contestatoarei, prin adresa nr. 11502/.../.../09.11.2015, să prezinte în

termen de cel mult 3 zile lucrătoare de la primirea respectivei adrese, dovada suplimentării acesteia, conform prevederilor art. 271¹ din același act normativ.

Totodată, s-a solicitat contestatoarei și prezentarea confirmării transducerii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271¹ alin. (3) din ordonanță.

Contestatoarea a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., la care a atașat ordinul de plată nr. 2589/09.11.2015 reprezentând suplimentarea garanției de bună conduită.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. ...09.11.2015, în temeiul art. 274 din OUG nr. 34/2006, transmiterea copiei dosarului achiziției publice și punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ... SRL.

Prin adresa nr. 36380/25.11.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, împreună cu documentele solicitate în adresă.

.... ..., prin punctul său de vedere, solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca fiind neîntemeiată, pentru următoarele motive:

1. Referitor la lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, autoritatea contractantă dorește încheierea unui acord-cadru pentru gaze conform codului CPV 2411511500, livrate în recipiente speciali ce necesită servicii diverse cod CPV 98300000-6 și transportate cu mijloace speciale conform cod CPV 60100000-9 servicii de transport rutier.

Atât oxigenul medicinal cât și protoxidul de azot medicinal sunt gaze medicale. Protoxidul de azot medicinal nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal. Furnizarea oxigenului medicinal lichefiat, oxigenului medicinal comprimat și protoxidul de azot să se realizeze de către un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența. Divizarea pe loturi presupune o diminuare a răspunderii privind siguranța pacientului, în cazul unui incident fiind foarte greu de identificat, care din furnizori poartă răspunderea producerii incidentului respectiv. În organizarea procedurii s-a ținut cont de prevederile Legii nr. 95/2006 care pune accent în primul rând pe siguranța pacientului.

Prin caietul de sarcini s-a detaliat fiecare produs din punct de vedere tehnic și de asemenea condițiile ce trebuie să le îndeplinească ofertanții.

Autoritatea contractantă precizează că nu a încălcat principiul discriminării și principiul tratamentului egal prevăzute de OUG nr. 34/2006 în art. 2 alin. (1) lit. b) și alin. (2), prin faptul că intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor deoarece orice producător sau distribuitor de gaze medicinale poate participa la această licitație.

Autoritatea contractantă susține că nu a solicitat ca participanții la licitație să fie doar producători ai gazelor medicinale necesare, ci pot fi și producători și/sau distribuitori ai gazelor medicinale respective, în

conformitate cu reglementările ANMDM.

Astfel, autoritatea contractantă consideră critica contestatoarei ca fiind neîntemeiată, deoarece pe toate site-urile producătorilor și distribuitorilor de gaze din România, inclusiv a contestatoarei, sunt postate informații privind existența tuturor gazelor cerute.

În concluzie, autoritatea contractantă dorește menținerea unui singur lot pentru toate gazele necesare, serviciile diverse necesare și servicii de transport rutier.

2. Referitor la termenul de 10 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru pentru punerea în funcțiune la sediul beneficiarului a echipamentelor care compun instalația de stocare/evaporare, autoritatea contractantă arată că în caietul de sarcini s-a solicitat livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare livrării oxigenului medicinal lichefiat în termen de 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru. Acesta este termenul maxim pentru care autoritatea contractantă consideră că nu pune în pericol aprovizionarea continuă cu oxigen medicinal absolut necesară.

Pentru spital lipsa oxigenului medicinal lichid și a instalației de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid, poate periclita viața pacienților, deci aprovizionarea trebuie să se facă continuu fără întrerupere.

În caietul de sarcini, autoritatea contractantă declară că a specificat că „Până la montarea echipamentelor necesare furnizării oxigenului medicinal lichefiat, furnizorul va asigura livrarea de oxigen medicinal necesar bunei funcționări a spitalului la prețul din contract. - Furnizorul este obligat să detalieze în propunerea tehnică soluția de aprovizionare cu oxigen medicinal până la instalarea echipamentelor de stocare și vaporizare oxigen medicinal lichefiat”, această propunere fiind realizată după ce ofertantul are obligația de a solicita vizitarea amplasamentului însoțit de un reprezentant al spitalului. La vizitarea amplasamentului se va întocmi un proces-verbal, în 2 exemplare, semnat de ambele părți. Propunerea tehnică se va face respectând condițiile de la fața locului.

Autoritatea contractantă face precizarea că legislația achizițiilor publice prevede că mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune oferta comună. De asemenea, fără a i se diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului acord cadru de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a subcontracta o parte din acordul cadru respectiv, cu respectarea prevederilor legale.

Echipamentele pentru stocare și distribuție în spital a oxigenului medicinal lichefiat se amplasează în condiții speciale și reglementate, condiții care trebuie cunoscute și respectate, în primul rând, de către furnizori și sunt specificate în caietul de sarcini.

În valoarea ofertată, care presupune achiziționarea de oxigen medicinal lichefiat și solicitarea echipamentelor în regim de chirie în cazul oxigenului medicinal lichefiat, ofertantul câștigător va trebui să asigure toate cerințele din caietul de sarcini, inclusiv suportarea costurilor pentru execuția fundației betonate necesară amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid. Având în vedere că

furnizarea de oxigen medicinal lichefiat, stocarea și distribuția acestuia se realizează cu echipamente complexe, a căror instalare și punere în funcțiune (inclusiv execuția fundației betonate) nu se poate face separat, ci ca un tot unitar, ofertantul câștigător trebuie să asigure toate cerințele din caietul de sarcini (cerințe minime) privind execuția fundațiilor, privind cerința că toate cheltuielile privind transportul echipamentelor, instalarea și punerea în funcțiune a instalațiilor etc. care intră în totalitate în sarcina furnizorului.

Și în acest caz, autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat principiile precizate în OUG nr. 34/2006 la art. 2 alin. (1) și (2), în sensul că a asigurat condițiile necesare prin cerințele din documentația de atribuire, ca orice operator economic să poată participa la procedura de atribuire, cerințele și criteriile de calificare stabilite sunt în egală măsură pentru toți operatorii economici și vor fi identic aplicate tuturor posibililor participanți, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți, precum și faptul că nu se gestionează defectuos fondurile alocate acestei achiziții și din contră se dorește încheierea unui contract în condiții de siguranță la prețul cel mai scăzut.

De altfel, autoritatea contractantă menționează că nu împiedică contestatoarea la asocierea sau subcontractarea unei părți a acordului cadru, cu respectarea prevederilor legale.

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

.... ... a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de *achiziție gaze*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../....

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare ce urmează a se atribui este de 3.007.980,00 lei, fără TVA, termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru data de 18.12.2015, ora 16⁰⁰, iar deschiderea acestora pentru data de 21.12.2015, ora 18⁰⁰.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, SC ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

Referitor la cererea de suspendare, aceasta a fost respinsă prin decizia CNSC nr. ...s/.../.../....

La analiza criticilor contestatoarei împotriva prevederilor documentației de atribuire, Consiliul constată temeinicia acestora.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că prin fișa de date a achiziției și caietul de sarcini s-a definit obiectul achiziției ca fiind achiziția de gaze medicale (oxigen medicinal lichefiat, protoxid de azot, oxigen medicinal butelie) și dioxid de carbon, inclusiv soluțiile tehnice aferente livrării acestora. De asemenea, se constată că în fișa de date a achiziției la cap. II.1.8) *Împărțire în loturi*, autoritatea contractantă a specificat faptul că nu dorește divizarea achiziției pe loturi.

Prin urmare, se constată evidența faptului că autoritatea contractantă, deși dorește achiziția mai multor tipuri de gaze, prin modul în care a înțeles să întocmească documentația de atribuire obligă

participanții să depună ofertă pentru toate aceste produse, în caz contrar oferta acestora fiind respinsă. Totodată, procedând astfel, se constată că și cerințele stabilite prin fișa de date a achiziției au fost definite pe măsură, în sensul stabilirii unor cerințe de calificare conform cărora ar trebui depusă autorizație de fabricație/de punere pe piață pentru fiecare dintre gazele medicale. Nu în ultimul rând, valoarea garanției de participare a fost stabilită prin raportare la întreaga valoare a acordului-cadru.

Prin decizia sa de a nu diviza achiziția acestor gaze pe loturi, cu consecințele mai sus amintite ce decurg dintr-o astfel de decizie, Consiliul apreciază că sunt încălcate principiile care stau la baza achizițiilor publice, astfel cum sunt acestea stipulate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv scopul întregii legislații în materie, îndeosebi în ceea ce privește promovarea concurenței între operatorii economici și garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici. Ori, art. 17 din ordonanța de urgență prevede expres obligația autorității contractante de a respecta aceste principii în relația sa cu operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Contrar celor invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere la contestație care, cel puțin în opinia sa, ar determina necesitatea achiziției acestor gaze într-un singur lot, lipsa divizării pe loturi a achiziției acestora conduce tocmai la restrângerea participării la procedura de atribuire. Raportat la prevederile legale nu există niciun argument sustenabil care să determine o astfel de necesitate ca atribuirea să se facă unui singur furnizor. Astfel, consecința directă a diminuării concurenței prin reducerea numărului de participanți este creșterea artificială a costului achiziției, respectiv ineficienta utilizare a fondurilor publice.

Chiar dacă legislația națională în materia achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la a diviza o achiziție pe loturi, o obligă în schimb la a asigura un cadru concurențial cât mai larg și la a nu reduce artificial concurența pentru achiziția de produse ca acestea, care ar putea fi achiziționate separat. De asemenea, conform prevederilor legale în materie autoritatea contractantă nu poate impune operatorilor economici să se asocieze sau să subcontracteze doar prin simpla sa voință, fără ca o astfel de necesitate să fie determinată de complexitatea contractului. Este dreptul operatorilor economici să se asocieze sau să subcontracteze, iar participarea la o procedură de atribuire de furnizare gaze precum cea de față nu ar trebui obstrucționată în mod artificial.

Fiecare dintre aceste gaze (oxigen medicinal, protoxid de azot sau dioxid de carbon) poate fi livrat de un singur producător sau mai mulți, fără a exista vreun impediment.

Nici trasabilitatea și farmacovigilența invocate de autoritatea contractantă în scopul justificării deciziei sale de a nu împărți pe loturi nu sunt de natură a determina și accepta o astfel de practică, cu atât mai mult cu cât nu sunt aduse argumente concrete care să-i susțină afirmațiile, cele susținute apărând drept simple speculații. Nu a fost

arătat în niciun fel cum atribuirea pe loturi ar diminua răspunderea furnizorilor privind siguranța pacienților.

Prin urmare, deși nu este interzisă achiziția mai multor produse prin încheierea unui singur contract, dacă astfel sunt determinate anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la o procedură precum cea de față, o astfel de practică devine abuzivă și contrară principiilor și scopului legislației în materie astfel cum au fost mai sus amintite.

De altfel, nici modul în care a fost întocmit caietul de sarcini nu indică o astfel de necesitate a existenței unui singur furnizor pentru fiecare dintre aceste gaze, fiind evident faptul că fiecare dintre aceste gaze sunt produse separate care pot fi furnizate de operatori economici diferiți și care pot fi specializați doar pe furnizarea unuia dintre acestea sau a mai multora.

Astfel, nu poate fi pus în discuție nici faptul că necesitatea obiectivă a autorității contractante nu ar putea fi acoperită printr-o divizare pe loturi a achiziției, numărul de contractante care ar fi încheiat în acest scop fiind irelevant, mai multe contractate încheiate cu operatori economici diferiți fiind chiar în avantajul său, cel puțin prin prisma prețului achiziției.

Nu în ultimul rând, Consiliul consideră că menținerea acestei decizii, de atribuire a întregului contract doar unui singur furnizor, este de natură a trezi suspiciuni legate de o eventuală favorizare a unui operator economic capabil să furnizeze toate aceste gaze, în detrimentul altor operatori economici care ar putea furniza doar o parte dintre acestea. Ori, legiutorul a interzis expres o astfel de practică.

De asemenea, Consiliul consideră că se impune divizarea pe loturi a procedurii de atribuire și datorită necesității de a facilita accesul la procedură a întreprinderilor mici și mijlocii, astfel cum rezultă din prevederile cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004.

O astfel de măsură ar încuraja participarea unor astfel de operatori economici și datorită faptului că prin aplicarea ei cuantumul garanției de participare ar fi diminuat corespunzător funcție de valoarea estimată a fiecărui lot.

În sprijinul celor reținute de Consiliu sunt și cele evocate de Comisia Europeană în Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice (*European Code of Best Practices Facilitating Access by Small and Medium-sized Enterprises - SMEs - to Public Procurement Contracts*), respectiv că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze această posibilitate pentru a restrânge libera competiție.

Această direcție este menținută și reafirmată în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE: *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. [...] În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.

De asemenea, cele reținute de Consiliu au fost validate în spețe similare de către Curtea de Apel ..., Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 și nr. 3501 din 19 septembrie 2013 sau nr. 5445 din 2 decembrie 2013, prin care s-a stabilit că autoritatea contractantă în exercitarea drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță în scopul asigurării unui cadru competițional cât mai larg, fără a crea bariere artificiale în calea participării operatorilor economici interesați la procedura de achiziție.

În consecință, Consiliul constată necesitatea modificării documentației de atribuire în sensul acceptării posibilității încheierii acordului-cadru pe loturi și reducerea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare în funcție de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta.

În ceea ce privește cea de a doua critică a contestatoarei, respectiv cea legată de termenul de 10 zile calendaristice de la semnarea acordului-cadru pentru punerea în funcțiune la sediul beneficiarului a echipamentelor care compun instalația de stocare/evaporare, Consiliul constată că este întemeiată.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că prin caietul de sarcini autoritatea contractantă a prevăzut obligația furnizorului de a pune în funcțiune la sediul său echipamentele care compun instalația de stocare/evaporare în termen de 10 zile de la semnarea acordului-cadru.

De asemenea, a avut în vedere și următoarele cerințe ale caietului de sarcini: *„În vederea amplasării stocatorului autoritatea contractantă*

nu pune la dispoziția furnizorului platforma betonată și împrejmuită existente fiind proprietatea spitalului.

Furnizorul se va ocupa de amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului 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.

Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru. 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.

Furnizorul are obligația de a asigura continuitatea livrării de oxigen medicinal de la semnarea contractului și până la punerea în funcțiune a echipamentelor în conformitate cu Autorizația de Punere pe Piață - declarație pe propria răspundere”.

Analizând aceste prevederi ale caietului de sarcini, Consiliul constată, ca prim aspect, o anumită ambiguitate în formularea conținutului primului paragraf din cele de mai sus citate, lipsită de claritatea impusă de legiuitor (*În vederea amplasării stocatorului autoritatea contractantă nu pune la dispoziția furnizorului platforma betonată și împrejmuită existente fiind proprietatea spitalului*) conform art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă a prevăzut, pe de o parte, că punerea în funcțiune a instalației de stocare/evaporare trebuie să se facă în 10 zile calendaristice de la semnarea-acordului cadru. Pe de altă parte, a prevăzut că furnizorul trebuie să se ocupe de amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului necesar (proiectare, pregătire documentație de avizare, execuție fundații betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid), cu mențiunea că livrarea și montarea echipamentelor trebuie făcută în maximum 10 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru.

Astfel, se constată pe lângă faptul că cele două termene nu coincid termenul de 10 zile lucrătoare fiind diferit de cel de 10 zile calendaristice, și faptul că aceste termene nu pot asigura punerea în funcțiune a instalațiilor.

Nici măcar prin punctul de vedere la contestație autoritatea contractantă nu a fost în măsură să își precizeze motivele pentru care a stabilit un astfel de termen, fie el și de 10 zile lucrătoare, în condițiile în care precizează că proiectarea, executarea fundațiilor de betoane și pregătirea documentației de avizare îi revin prestatorului. Este evident că un astfel de termen nu ține cont de toate etapele necesare punerii în funcțiune a instalațiilor, astfel încât acestea să poată fi utilizate, în sensul că acestea nu pot fi puse în funcțiune până nu sunt obținute toate avizele și autorizațiile necesare, inclusiv cea ISCIR.

Contrar susținerilor contestatoarei în sarcina prestatorului cade conform caietului de sarcini doar întocmirea documentației de avizare, nicăieri în caietul de sarcini neprecizându-se că prestatorul trebuie să obțină autorizația de construcție. De asemenea, Consiliul apreciază că în discuție nu poate fi vorba de o modificare a obiectului acordului-cadru, în cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă precizând expres că obiectul achiziției îl constituie achiziționarea de gaze medicale și dioxid de carbon, precum și a soluțiilor tehnice aferente livrării acestora.

Totodată, nu poate fi reținută afirmația autorității contractante cu privire la periclitarea vieții pacienților prin lipsa oxigenului medicinal lichid, o astfel de motivare pentru justificarea scurtării termenului într-o asemenea măsură fiind lipsită de fundament.

Prin urmare, Consiliul consideră necesară corelarea volumului activităților ce trebuie executate, inclusiv obținerea avizărilor și autorizațiilor necesare în vederea funcționării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid cu termenul stabilit între data semnării acordului-cadru și data punerii în funcțiune a instalațiilor, acesta trebuind să fie unul acoperitor pentru obținerea acestora.

Astfel, Consiliul constată necesitatea remedierii documentației de atribuire, criticile contestatoarei fiind întemeiate. Cum împărțirea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat contestatoarea, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi, aspect relevat Consiliului în cuprinsul adresei Centrului Național de Management pentru Societatea Informațională nr. 10006/21.03.2013 (*"În cazul în care autoritatea contractantă inițiază procedura de atribuire în SEAP prin atribuirea unui singur contract sau a mai multor contracte pe loturi, configurația tehnică în SEAP nu permite reîmpărțirea achiziției în mai multe loturi sau comasarea loturilor. Precizăm că la nivelul fișei de date a achiziției, sect. II.1.8) - Împărțire în loturi, autoritatea contractantă decide dacă procedura este împărțită pe loturi sau nu. După publicarea invitației/anunțului de participare nu se poate interveni din punct de vedere tehnic la nivelul fișei de date"*). Astfel, chiar dacă cererea de împărțire pe loturi a achiziției este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

Cât privește criticile contestatoarei legate de anularea procedurii anterioare și invocarea faptului că nu ar fi fost respectată decizia Consiliului nr./29.01.2015, Consiliul constată tarviditatea acestora, raportat la data publicării măsurii anulării în SEAP (17.02.2015), termenul de contestare fiind cu mult depășit.

Pe cale de consecință, ținând seama că nu pot fi adoptate măsuri de remediere a procedurii, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul admite contestația depusă de SC ... SRL și anulează procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de *achiziție gaze*.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,

Redactată în patru exemplare, conține 15 pagini.