



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.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 cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr. 988/29.06.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11736/29.06.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ..., CUI ..., privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare gaze medicinale, cod CPV 24111500-0, cu data de deschidere a ofertelor 06.08.2015, organizată de S..., cu sediul în str. Tudor Vladimirescu nr. 48, ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale, obligarea autorității la împărțirea pe loturi a achiziției, iar în situația în care divizarea nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire. Prin decizia sa nr. .../.../.../ ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ... SRL nr. 988/29.06.2015, în contradictoriu

cu S..., și anulează procedura de încheiere a acordului-cadru de furnizare de gaze medicinale, cod CPV 24111500-0, cu data de deschidere a ofertelor 06.08.2015.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ... SRL reclamă neîmpărțirea pe loturi a acordului-cadru de furnizare de gaze medicinale de către autoritatea contractantă S..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că autoritatea încalcă principiile aplicabile procedurilor de achiziție publică, fiind restricționată participarea operatorilor economici interesați la licitație.

Autoritatea a publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP că acordul-cadru este cu un singur agent economic, are o durată de 36 luni și o valoare estimată între 2.094.264 și 2.609.154 lei, fără TVA. S-a indicat codul CPV 24111500-0 (gaze medicale), însă în cuprinsul fișei de date a achiziției, la pct. II.2), se prevede achiziția de:

- oxigen medical lichefiat, 450.000 mc (cantitatea minimă)/555.000 mc (cantitatea maximă);
- oxigen medical comprimat, 10.512 mc (cantitatea minimă)/15.012 mc (cantitatea maximă);
- protoxid de azot medical, 1.296 kg (cantitatea minimă)/1.512 kg (cantitatea maximă).

Așadar, autoritatea intenționează să achiziționeze trei produse diferite, situație în care, prin nedivizare, se încalcă principiile nediscriminării și tratamentului egal, urmărindu-se încheierea contractului cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze.

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

Autoritatea contractantă este ținută de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care statuează că ea nu trebuie să restrângă libertatea competiției, principiu consacrate și de Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de

achiziții publice. Divizarea contractului de achiziție publică facilitează accesul IMM-urilor atât din punct de vedere cantitativ (mărirea 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). Deși există posibilitatea pentru autoritățile contractante de a nu diviza contractul, această posibilitate nu trebuie folosită în așa fel încât să restrângă libera concurență. Este posibilă o restrângere a concurenței dintre operatorii economici numai în măsura în care este adecvată și fezabilă, în funcție de obiectul contractului.

Includerea tuturor solicitărilor într-un singur lot rămâne un obstacol nejustificat, de natură a împiedica operatorii economici să participe la procedură și de a restrânge în mod vădit concurența între operatorii economici interesați. Folosirea procedurii de încheiere a unui contract de furnizare trebuie să se realizeze cu respectarea art. 17 și art. 143 din ordonanță. În consecință, autoritatea este obligată să respecte principiile promovării concurenței între operatorii economici, garantării tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici, asigurării transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice.

Alte spitale au publicat acest gen de achiziție pe loturi, tocmai pentru că aceste produse au coduri CPV diferite [de exemplu: CPV 24111900 Oxigen (Rev. 2) și CPV 24112200-4 Oxizi de azot] și sunt produse care pot fi furnizate de anumiți producători și distribuitori în condițiile legii. Producătorii de oxigen medical nu sunt neapărat și producători de oxizi de azot (protoxid de azot medical).

Deși art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 prevede dreptul autorității contractante de a recurge la atribuirea contractului pe loturi, ea nu poate folosi acest drept în mod arbitrar, ci în condițiile art. 17 din ordonanță – cu respectarea principiilor de la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire. În același timp, scopul ordonanței este și de a promova concurența între operatorii economici, cu garantarea tratamentului egal și nediscriminării. Nu toți producătorii de gaze medicale de pe piața din România au în portofoliu cele 3 produse și, de exemplu, este imposibilă participarea unui producător de oxigen medicinal lichefiat la licitație.

Prin modul de grupare a produselor - doar într-un singur lot -, autoritatea a încălcat și principiul eficienței utilizării a fondurilor publice, fiind certă în acest caz obținerea unor prețuri unitare mult mai mari decât în situația în care ar fi mai multe loturi și, implicit, mai mulți ofertanți (concurența fiind mai mare).

Restrângând liberul acces la procedura de atribuire, autoritatea aduce prejudicii societăților interesate de participare, în special

producătorilor de oxigen lichefiat, care nu au în portofoliu și oxigen medicinal comprimat sau protoxid de azot medical.

În punctul său de vedere nr. 17259/21.07.2015 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 13716/22.07.2015, autoritatea contractantă susține, în apărare, că, potrivit Manualului operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, vol. I, "*grup de produse (...) identice sau asemănătoare care și/sau au o destinație comună, achiziționate simultan sau succesiv poate constitui un lot*". Coroborând textele din ordonanță cu definiția din manual, la decizia de a nu împărți pe loturi obiectul contractului de achiziție publică s-a avut în vedere, în principal, destinația comună a produselor. Decizia de formare a unui singur lot este prerogativa autorității, în virtutea nevoilor sale, cât și a principiului asumării răspunderii.

Stabilirea unui singur lot s-a făcut conform grupului de produse cu destinație comună, solicitându-se produsele *gaze medicale*. Potrivit art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, raportat la art. 23 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, autoritatea are dreptul de a recurge la atribuirea contractului pe loturi, nu obligația. Solicitarea divizării, astfel încât fiecare produs să constituie un lot, este o cerință excesivă.

Există un singur cod CPV aferent gazelor medicale, respectiv 24111500-0. Divizarea ar fi doar pentru adaptarea licitației la portofoliul propriu de produse al contestatoarei, nu pentru a răspunde unor necesități obiective stabilite de autoritate.

Legislația a dat posibilitatea operatorilor să accedă la proceduri cu grad de complexitate ridicat prin depunerea de oferte în asociere, subcontractare, susținere tehnică. În situația în care contestatoarea nu are capacitatea de a furniza produsele solicitate de autoritate, poate recurge la asociere/subcontractare cu furnizorii produselor pe care ea nu le poate comercializa.

Autoritatea consideră că nu restricționează participarea niciunui operator economic prin nedivizarea contractului pe loturi. Operatorii interesați sunt liberi să se asocieze și să depună o ofertă comună, în conformitate cu prevederile legale sau să includă în ofertă mai multe produse de la mai mulți producători sau distribuitori.

S-au avut în vedere și următoarele aspecte:

- este mai ușor și mai puțin costisitor să administreză executarea unui singur contract de achiziție;
- principiul eficienței utilizării fondurilor publice, întrucât în situația în care unitatea sanitară ar fi inițiat procedura prin divizarea în loturi ar avea costuri mai mari.

Exemplifică prin alte anunțuri de participare publicate de alte unități sanitare (Spitalul Județean Giurgiu, anunț nr. 156220/

20.12.2013; Spitalul Clinic de Urgență Sf. Ioan, anunț nr. 155900/03.12.2014).

Pentru aceste motive, solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

Cu nr. 1083/27.07.2015, SC ... SRL a depus la Consiliu concluzii scrise în urma studierii actelor dosarului achiziției publice și a punctului de vedere exprimat de autoritatea contractantă.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă S... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de gaze medicale (oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat și protoxid de azot medical), pe o perioadă de 36 de luni, estimate valoric la 2.609.154 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că ea nu corespunde prevederilor legale, SC ... SRL a atacat-o la Consiliu, în termen legal, prin contestația ce formează obiectul prezentei cauze, solicitând divizarea achiziției în loturi sau, dacă nu este posibilă divizarea, anularea licitației.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul observă că, într-adevăr, atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date a achiziției, autoritatea a prevăzut că achiziția nu este divizată pe loturi. Din aceleași înscrisuri, dar și din caietul de sarcini, reiese cu certitudine că S... nu intenționează să procure un singur produs, ci trei, respectiv oxigen medical lichefiat, oxigen medical comprimat și protoxid de azot medical.

La modul cum este redactată în prezent documentația de atribuire fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru cele trei tipuri de produse, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme. Neacceptând divizarea, garanția de participare a fost stabilită prin raportare la valoarea estimată a întregului acord-cadru (2% din 2.609.154 lei, fără TVA), autoritatea impunând ofertanților constituirea unei garanții de participare de 52.183,08 lei. De asemenea, criteriile de calificare au fost stabilite și prin raportare la cele trei produse, ofertanții trebuind să prezinte autorizație de fabricație/de punere pe piață pentru toate cele trei gaze medicale.

În privința organizării procedurii în vederea achiziționării oxigenului și azotului medicale, chiar dacă au destinații similare, de la un unic contractant, prin interzicerea împărțirii pe loturi și

impunerea condițiilor cumulative de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce atingere atât scopului ordonanței de urgență nr. 34/2006, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiilor legale al nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică. Aceste principii prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor. De asemenea, ele primează și față de argumentul managementului facil al contractului, autoritatea fiind ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței între cât mai mulți furnizori de gaze medicale, indiferent dacă preferă comoditatea administrării unui singur contract de achiziție. Altfel spus, concurența nu poate fi sacrificată doar pentru că angajații Spitalului Județean de Urgență ... preferă comoditatea gestionării executării unui singur contract.

Prin urmare, deși nu este interzisă gruparea a trei genuri de produse (gaze medicale) într-un singur contract (un singur "lot"), dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din ordonanță (promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici).

Art. 17 din ordonanță statuează expres că autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, iar art. 2 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 stabilește că, în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență.

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia al căror obiect de activitate privește comerțul cu toate cele trei categorii de produse, mai cu seamă că, pe piața de nișă a gazelor medicale, producătorii și distribuitorii lor se axează, de regulă, pe anumite tipuri de gaze, iar nu pe întreaga gamă comercializată pe piață. Cu alte cuvinte, acceptând doar ofertanți care au în obiectul lor de activitate producerea tuturor celor trei tipuri de echipamente, autoritatea înfrânge accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați.

Din parcurgerea caietului de sarcini întocmit de autoritate se observă că furnizarea fiecărui tip de gaze este independentă de furnizarea celorlalte. Nicăieri nu se arată că ele trebuie să fie livrate doar împreună și doar de un singur operator economic, mai ales că nu se achiziționează un ansamblu unitar de produse medicale, ci produse separate.

După cum s-a reținut anterior, se poate acoperi necesitatea autorității de livrare a gazelor chiar dacă ele provin de la ofertanți diferiți, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate.

Nici argumentul că proveniența instalațiilor de producere de la un singur operator economic facilitează activitățile de montaj și serviciile de mentenanță și reparații nu poate fi validat de Consiliu. Posibila existență a doi sau trei furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădește cu nimic activitățile de montaj sau serviciile de mentenanță și reparații. Faptul că există un singur furnizor sau trei nu trebuie să preocupe autoritatea, ci, astfel cum s-a arătat în paginile anterioare, asigurarea unei concurențe cât mai mari, respectiv obținerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe o bază numeroasă de selecție a contractanților, la prețuri cât mai avantajoase cu putință.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea achiziției în două sau trei loturi, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru trei loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă. Menținerea grupării achiziției, în scopul atribuirii unui singur contract, este și de natură să trezească suspiciuni, în sensul intenției autorității contractante de a favoriza o anumită sau anumite firme, din numărul limitat al acelor care au în obiectul de activitate furnizarea celor trei tipuri de gaze (interzisă expres atât de legislația achizițiilor publice, cât și de cea penală), fără nicio legătură cu argumentele protejării intereselor economice ale autorității și managementului contractului, susținute de autoritatea contractantă.

Despărțirea în trei loturi a achiziției, după cum judicios a remarcat și contestatoarea, 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 rezultă că entitățile publice (în care se poate include prin analogie și S...) 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

achiziției pe loturi și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

De altminteri, 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*), Comisia Europeană a evocat 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.

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. [...] 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 diferenții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului."

Deși în legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, conform cărora autoritatea trebuie să urmărească sporirea concurenței la procedura de achiziție, iar nu

Îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor care ar putea fi, la fel de bine, să fie achiziționate separat.

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, Consiliul stabilește că se impune împărțirea achiziției, astfel încât și firma contestatoare 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, iar nu cum argumentează autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 17259/21.07.2015.

Nici nu poate intra în discuție posibilitatea livrării gazelor medicale prin intermediul a unu, doi sau chiar trei furnizori, oricare dintre aceste variante fiind adecvată pentru asigurarea necesarului autorității contractante. Oxigenul poate fi livrat la fel de bine și în situația în care azotul este livrat de alt furnizor sau viceversa, neexistând niciun impediment.

Este veridic faptul că este mai comod pentru S... să atribuie un singur acord-cadru, unui singur operator economic, însă comoditatea nu îi dă dreptul respectivei instituții publice să încalce principiile ce guvernează materia achizițiilor publice prin atribuirea unui acord-cadru divers, la care operatorii economici specializați pe un singur tip de gaze nu au acces (fie din cauza obiectului contractului, care le excede propriul obiect de activitate, fie din cauza cerințelor de calificare impuse). Mergând pe acest fir de gândire, legiuitorul a prevăzut, la art. 143 din ordonanță, că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența. Similar, art. 32 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, la alin. (2) prevede că "autoritățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau pentru a împiedica, pentru a restrânge sau pentru a denatura concurența".

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui asemenea operator, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele guvernamentale. Protecția

liberei concurențe și a libertății comerțului are statut constituțional (art. 135 din Legea fundamentală), iar: "*Libertatea comerțului apare ca fiind o cerință fundamentală a economiei de piață, care se concretizează în participarea neîngrădită a comercianților la schimburile de mărfuri și servicii. [...] Totodată, concurența presupune o confruntare loială între comercianții care acționează pe același segment de piață și oferă consumatorilor produse similare. În scopul creării cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție, statul trebuie să susțină o politică concurențială corectă, aceasta jucând un rol esențial în facilitarea liberei circulații a mărfurilor, în stimularea inițiativei participanților la activitatea de comerț, realizând și funcția de garanție a unei economii de piață*" – decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007.

Pretextul managementului livrărilor nu poate fi validat de Consiliu. Posibila existență a doi sau mai mulți furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădește cu nimic managementul livrărilor.

În fine, potrivit Codului civil, art. 14 alin. (1) și art. 15:

- orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri;

- niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătămă sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar buneicredințe.

Presupunând că pârâtul nu ar avea nicio obligație de a diviza achiziția, ci doar un drept, din textele reproduse rezultă că acest drept nu poate fi exercitat oricum, ci doar cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, fără scopul a vătămă sau păgubi pe altul, neexcesiv și rezonabil.

În circumstanțele reținute mai sus, dacă nu o afectează cu nimic lotizarea achiziției, iar o astfel de lotizare – cum s-a evidențiat – îi este absolut necesară contestatoarei și altor profesioniști care livrează doar un singur tip de gaze medicale pentru a putea accede la licitația pendinte, Consiliul consideră că S... nu are niciun motiv să refuze realizarea ei, cu excepția abuzului de drept, interzis de normele legale precitate. Cu alte cuvinte, prin răspunsul negativ exprimat, autoritatea dă dovadă de rea-credință și se face vinovată de săvârșirea unui abuz de drept împotriva contestatoarei.

Poziția spitalului pârât aduce atingere și principiului proporționalității, descris în decizia Curții Constituționale nr. 266/2013 în sensul că orice măsură luată trebuie să fie adecvată - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară - nu depășește ceea ce este necesar pentru îndeplinirea scopului și proporțională - corespunzătoare scopului urmărit. În jurisprudența

Curții Europene de Justiție, nu de puține ori s-a statuat că "principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60). În condițiile amintite, este evident că pârâtul și-a exercitat dreptul într-un mod excesiv și nerezonabil, urmărind sau acceptând să pună în dificultate, să creeze inconveniente în participarea individuală la licitație a operatorilor specializați doar pe un anumit tip de gaze medicale.

Într-o speță similară, fiind dedusă instanței de judecată decizia Consiliului de obligare a autorității la împărțire pe loturi, Curtea de Apel **Ploiești**, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, prin decizia irevocabilă nr. 1386 din 20 octombrie 2009, a confirmat legalitatea ei, raționând că, prin admiterea contestației de către Consiliu s-a creat posibilitatea participării la procedura de atribuire a mai multor agenți economici, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice. Mergând pe aceeași linie, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat în decizia civilă irevocabilă nr. 2482 din 10 noiembrie 2008 că, dacă gruparea produselor într-un singur lot determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați în participarea la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor ordonanței, pe care autoritatea este obligată să le respecte.

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngrădi concurența a fost confirmat și în decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal:

Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

Această critică este nefondată, întrucât **exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, într-o asemenea situație devenind abuzivă și contrară principiilor și scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanță.**

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți la cei al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, și nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați.

Cât privește susținerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorității contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile și scopurile consacrate de ordonanță.

Aceeași instanță, în decizia civilă nr. 5445 din 2 decembrie 2013 a reținut că, "într-adevăr, în cuprinsul dispozițiilor ordonanței nu se prevede în mod expres obligația autorității contractante de a diviza obiectul contractului de achiziție publică, ci se stabilește dreptul ei de a forma loturi, cu respectarea anumitor condiții [în acest sens fiind art. 23 și 27-29 din ordonanță, precum și art. 10 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006]. Cu toate acestea, Curtea constată că, în anumite împrejurări, dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu formarea de loturi pentru atribuirea contractului poate deveni în același timp și o obligație, iar aceasta ar derivă din necesitatea respectării tuturor obligațiilor stabilite în sarcina sa prin ordonanță și normele de aplicare, precum și a principiilor generale statuate la art. 2 din ordonanță."

În aceeași direcție, în decizia nr. 6982 din 21 august 2013, Curtea de Apel **Ploiești**, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a concluzionat că prerogativa autorității de a diviza achiziție pe loturi a nu se poate exercita în mod arbitrar, iar petenta are obligația de a face dovada că, prin decizia de a nu diviza pe loturi contractul de achiziție publică, se aduce atingere principiilor liberei concurențe între agenții economici și eficienței utilizării a fondurilor publice. În speță, o asemenea dovadă a fost realizată de SC ... SRL, care nu poate participa la licitație pentru toată gama de produse, nefiind autorizată pentru punerea pe piață a protoxidului de azot medical.

Din consultarea listei disponibile la "http://193.169.156.200/app/nom1/anm_list.asp?s_den_com=&s_dci=&s_firm_tar_d=Siad&s_forma_farm=&s_cod_atc=&s_cim=&anmPageSize=" se constată că SC ... SRL posedă autorizație doar pentru oxigen comprimat și oxigen lichefiat, cea ce înseamnă că accesul său la procedură este restricționat prin achiziționarea grupată a celor trei produse. Dacă S... ar fi defalcat licitația pe loturi, atunci SC ... SRL ar fi putut participa la ea pentru loturile la care are autorizație de punere pe piață.

Menirea Consiliului este de a facilita operatorilor economici accesul la piața achizițiilor publice din România, nu de a favoriza autoritățile contractante care preferă comoditatea, respectiv nu

doresc să depună un minim efort în a permite accesul la licitație pentru toți furnizorii interesați.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013: "În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți."

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pe loturi, cu reducerea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare în funcție de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta.

Dar, divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, 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 relevant 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, secț. 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"*). Prin urmare, dacă cererea de divizare este întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

În considerarea celor prezentate, 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

va admite contestația depusă de SC ... SRL și va anula licitația deschisă încheierea a acordului-cadru de furnizare de gaze medicinale, cod CPV 24111500-0, cu data de deschidere a ofertelor 06.08.2015, organizată de S....

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

OPINIE SEPARATĂ

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului, în ceea ce mă privește, consider că soluția anulării procedurii este una drastică și nejustificată, prin prisma dispozițiilor legale aplicabile și a solicitărilor contestatoarei.

După cum rezultă din contestația depusă, nicăieri nu se solicită defalcarea procedurii pe 3 loturi, cum susțin autorii opiniei majoritare, contestatoarea solicitând defalcarea pe cele două tipuri de gaze, respectiv CPV 24111900 Oxigen și CPV 24112200-4 Oxizi de azot, motivând că sunt produse care pot fi furnizate de anumiți producători și distribuitori în condițiile legii, iar producătorii de oxigen medical nu sunt neapărat și producători de oxizi de azot (protoxid de azot medical). Argumentul folosit de contestatoare este neconvingător, cu atât mai mult cu cât ea însăși este producătoare pentru ambele tipuri de gaze, pe site-ul său fiind prezentată această informație. Întrebată fiind de Consiliu, în legătură cu interesul său, prin adresa nr. 7562/...-.../30.07.2015, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 1094/31.07.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 14456/31.07.2015, arătând că deține autorizație de punere pe piață a oxigenului medical comprimat și oxigenului medical lichefiat, dar nu a reușit să obțină autorizație de punere pe piață a protoxidului de azot medical, deși face parte dintr-un grup care produce și comercializează acest gaz, însă comercializarea lui în România, în mod specific în cadrul acestei proceduri, este condiționată de obținerea autorizației de punere pe piață, menționând, totodată, procedura greoaie și costul ridicat de obținere a autorizațiilor.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că procedura ar fi organizată cu încălcarea legii, deoarece nu i se permite să participe pentru produsele din oxigen, pentru care deține autorizație. Astfel, dacă societatea contestatoare făcea demersurile necesare pentru obținerea autorizației respective, procedura era pe deplin legală, dar, invocând birocrăția și costurile, de care nu se face vinovată

autoritatea contractantă, consideră că este împiedicată să participe la procedură.

Potrivit art. 10 alin. (1) din HG nr. 925/2006, „Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea contractului pe loturi, cu respectarea prevederilor art. 23 din ordonanța de urgență și cu condiția de a preciza acest lucru în documentația de atribuire”.

Dispozițiile art. 23 din OUG nr. 34/2006, invocate în textul amintit, stabilesc următoarele: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice”.

Prin urmare, nicio dispoziție legală nu obligă autoritatea contractantă la împărțirea pe loturi a prezentei proceduri, dim moment ce ambele tipuri de gaze, respectiv cele cu oxigen și oxizi de azot se încadrează în același cod CPV, respectiv 24111500-0 [Gaze medicale](#). Codurile CPV 24111900 Oxigen și CPV 24112200-4 Oxizi de azot nu se referă la gaze medicale, ci fac parte din grupa 2411 Gaze industriale, grupă în care este cuprinsă și clasa 24111500-0 [Gaze medicale](#), deci este corectă codificarea realizată de autoritatea contractantă.

Argumentele tehnice prezentate de autorii opiniei majoritare nu se bazează pe nicio prevedere a caietului de sarcini. Astfel, se motivează următoarele: „*Din parcurgerea caietului de sarcini întocmit de autoritate se observă că furnizarea fiecărui tip de gaze este independentă de furnizarea celorlalte. Nicăieri nu se arată că ele trebuie să fie livrate doar împreună și doar de un singur operator economic, mai ales că nu se achiziționează un ansamblu unitar de produse medicale, ci produse separate.*

După cum s-a reținut anterior, se poate acoperi necesitatea autorității de livrare a gazelor chiar dacă ele provin de la ofertanți diferiți, din perspectiva redactării actuale a caietului de sarcini întocmit de autoritate.

Nici argumentul că proveniența instalațiilor de producere de la un singur operator economic facilitează activitățile de montaj și serviciile de mentenanță și reparații nu poate fi validat de Consiliu. Posibila existență a doi sau trei furnizori, fiecare pe segmentul său de gaze medicale, nu îngrădește cu nimic activitățile de montaj sau serviciile de mentenanță și reparații. Faptul că există un singur furnizor sau trei nu trebuie să preocupe autoritatea, ci, astfel cum s-a arătat în paginile anterioare, asigurarea unei concurențe cât mai mari, respectiv obținerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe

o bază numeroasă de selecție a contractanților, la prețuri cât mai avantajoase cu putință”.

După cum rezultă din caietul de sarcini, pentru oxigenul lichefiat medical se va livra o instalație care îl produce la locul folosirii, iar oxigenul medicinal gazos și protoxidul de azot se vor livra în butelii. Cantitatea de oxigen în butelii este mai mare decât cantitatea de protoxid de azot, deci livrarea acestui produs va fi la intervale mai mari de timp. În timp ce buteliile de oxigen se vor livra lunar (min. 401 bucăți), buteliile de protoxid nu au un grafic prestabilit, livrându-se la cerere. Rezultă, astfel, fără a i se diminua importanța, că acesta este mai puțin important în economia întregului contract, neexistând obligația autorității contractante de a încheia un acord cadru separat pentru un necesar între 36 și 42 kg protoxid de azot. Nici chiar contestatoarea nu solicită împărțirea pe 3 loturi, așa cum se motivează în decizia de mai sus. Fiind vorba de cantități mici care trebuie livrate, există riscul unor goluri de aprovizionare, fiind necemnificativă eventuala penalizare pe care ar suferi-o furnizorul. Este clar că ele pot fi furnizate de 2 sau trei furnizori, dar aceasta nu înseamnă că autoritatea a încălcat vreo dispoziție legală organizând procedura pe un singur lot. Nu este o situație unică achiziționarea de produse medicale diferite într-un singur lot, fiind, în mod evident, mai facilă urmărirea unui singur acord cadru, decât două, dintre care unul cu o valoare 51.840 lei, față de 2.094.264 lei, cât este valoarea estimată a întregului acord cadru.

Chiar autorii opiniei majoritare susțin că „nu este interzisă gruparea a trei genuri de produse (gaze medicale) într-un singur contract (un singur "lot")”, dar apreciază că „dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din ordonanță (promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici)”. Neexistând nicio interdicție legală a introduce ambele tipuri de gaze în aceeași procedură, sancțiunea anulării acesteia este disproporționată. Totodată, nu se poate reține existența vreunui abuz din partea autorității contractante la adresa operatorilor economici, după cum se susține mai sus, din moment ce aceasta nu a încălcat vreo dispoziție legală. Practic, măsura anulării procedurii nu este justificată de încălcarea unor dispoziții legale, nefiind îndicate abateri grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire și care nu pot fi remediate.

În acest sens, Curtea de apel Ploiești, într-o altă procedură organizată de aceeași autoritate contractantă, în Decizia sa nr. 3814/13.06.2014, a reținut următoarele: „Curtea consideră că

voința legiuitorului nu este în sensul indicat de contestatoare, întrucât operația de scindare a obiectului contractului apare ca o posibilitate a autorității contractante de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune, și fără a o deturna de la scopul său, în sensul de a nu o utiliza excesiv pentru a sustrage diferite achiziții de la aplicarea dispozițiilor legale în materie. Altfel spus, scindarea contractului este reglementată ca o situație de excepție, și nu de regulă.(...)

În ples, produsele și serviciile ce urmează a fi achiziționate se încadrează în coduri CPV similare, și, ca urmare, prin modalitatea unitară de stabilire a obiectului contractului nu s-au încălcat principiile proporționalității, al tratamentului egal, al nediscriminării și al eficienței utilizării fondurilor publice.”

Similar, Curtea de Apel Timișoara a reținut prin Decizia sa nr. 9498/18.11.2014, pronunțată în dosarul nr. 1507/59/2014, că structura unui lot poate fi stabilită de autoritatea contractantă, și că nu s-a adus nicio dovadă a restricționării participării contestatoarei la procedură prin nedivizarea contractului în sute de loturi, corespunzătoare fiecărui produs.

Prin urmare, contestația formulată de SC ... SRL trebuia respinsă, măsura anulării procedurii fiind disproporționată față de presupusa „încălcare” a legislației și de comportamentul „abuziv” al autorității.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

Redactată în patru exemplare, conține șaptesprezece pagini.