



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 +4 021 890 07 45 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG 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. 1225/21.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18133/21.09.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., având CUI ..., formulată împotriva documentației de atribuire întocmită de... , cu sediul în ..., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, pe 24 luni, având ca obiect „Furnizare gaze medicale”, coduri CPV 24111500-0 - Gaze medicale (Rev.2) și CPV 98300000-6 - Servicii diverse (Rev.2), s-a solicitat Consiliului următoarele:

- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea pe loturi a contractului de furnizare în cauză;
- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în ceea ce privește termenul de 5 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare furnizării gazelor medicale;
- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în ceea ce privește formularea „aparat de măsură etalonat metrologic pe cisterna de transport a oxigenului medical”;
- în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, anularea procedurii de achiziție;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei.

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

DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, în sensul precizării termenelor de livrare și execuție pentru fiecare echipament sau activitate solicitată, și la modificarea cerinței: „aparat de măsură etalonat metrologic pe cisterna de transport a oxigenului medical” în: „Măsurarea și confirmarea cantității de oxigen medicinal lichid livrate se efectuează în baza mijlocului de măsurare etalon, instalat pe cisterna de transport a produsului, mijloc de măsurare ce trebuie să aibă certificat aprobare de model emis de Biroul Român de Metrologie Legală”, cu publicarea măsurilor dispuse în SEAP, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Respinge, ca nefondate, celelalte cereri formulate de contestatoare.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu stabilirea unui nou termen de depunere și deschidere a ofertelor, care nu poate fi mai mic de 10 zile de la data publicării în SEAP a acestor modificări.

Obligatorie.

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 nr. 1225/21.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 18133/21.09.2015, SC ... SRL critică prevederile documentației de atribuire, elaborată de ..., în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Cu privire la lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, contestatoarea face o serie de precizări după cum urmează:

- din cerințele Caietului de Sarcini reiese faptul că, autoritatea contractantă dorește să achiziționeze următoarele produse și servicii aferente acestora:

1. Oxigen medical lichid min. 99,5%

Servicii aferente: - transport oxigen medicinal lichefiat;

2. Oxigen medical butelii

Servicii aferente: - închiriere butelii standard oxigen și închiriere butelii oxigen cu reductor incorporat;

3. Protoxid de azot medicinal

Servicii aferente: - închiriere butelii standard protoxid de azot;

- autoritatea contractantă dorește să achiziționeze anumite produse, numite generic gaze medicale, însoțite de serviciile aferente acestora, însă în descrierea succintă a contractului face referire la serviciile aferente furnizării oxigenului medical lichefiat care se stochează în stocatoare care au nevoie de servicii de reparare,

verificare și supraveghere tehnică; concluzia din aceste informații, în opinia contestatoarei este că autoritatea contractantă a dorit inițial să achiziționeze oxigen medical lichefiat și ulterior s-a gândit să achiziționeze și celelalte gaze medicale, respectiv: oxigen medical comprimat și protoxid de azot pentru care sunt necesare serviciile de închiriere butelii;

- având în vedere faptul că oxigenul medical și protoxidul de azot medical sunt produse diferite, procedura de atribuire în modalitatea publicată încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că autoritatea contractantă intenționează să încheie contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate, respectiv: 1.Oxigen medical lichid; 2.Oxigen medical comprimat; 3.Protoxid de azot medical;

- autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic pentru aceste gaze dacă justifică faptul că execuția contractului din punct de vedere tehnic ar fi prea dificilă sau costisitoare, sau aceasta nu este în măsură să coordoneze executarea contractului de achiziție publică; refuzul autorității contractante de a atribui contractul prin divizarea acestuia în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia 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; acest lucru fiind demonstrat și de cerința din fișa de date achiziției, pct. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv:

- Autorizație de Punere pe Piață de la Agenția Națională a Medicamentului pentru oxigen medicinal lichefiat, pentru oxigen medicinal comprimat și pentru protoxid de azot medicinal, conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII Medicamentul;

- Autorizație de fabricație pentru oxigen medicinal lichefiat, pentru oxigen medicinal comprimat și pentru protoxid de azot medicinal, emisă de Agenția Națională a Medicamentului conform Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Titlul XVII Medicamentul (în cazul în care ofertantul este și producător);

- autoritatea contractantă este ținută de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, care statuează că aceasta nu trebuie să restrângă libertatea competiției, principii consacrate și de Codul European de Bune Practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor Mici și Mijlocii la contractele de achiziții publice; de asemenea, menținerea lotului unic în scopul atribuirii unui singur contract poate trezi suspiciuni legate de intenția autorității contractante de a favoriza un anumit sau anumiți operatori economici;

- din cauza modului cum este redactată în prezent documentația de atribuire, operatorii economici au obligația să prezinte ofertă pentru cele trei 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 SC ... SRL 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 12.431,00 lei, mult mai mare pentru întreg acordul cadrul decât dacă proceda la divizarea pe loturi a contractului;

- art. 10 din HG nr. 925/2006 corelat cu art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, conduce la împărțirea pe loturi la atribuirea contractului.

De asemenea, contestatoarea enumeră o serie de autorizații solicitate prin fișa de date a achiziției și arată că ea deține Autorizația de Punere pe Piață doar pentru următoarele gaze medicale: oxigen medical comprimat și oxigen medical lichefiat.

SC ... SRL consideră că prin păstrarea lotului unic și solicitarea Autorizației de Punere pe Piață pentru gazele medicale oferite eliberata 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, această restrângere nefiind întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Totodată, contestatoarea menționează că în cazul gazelor medicale, pe piața din România se aplică o legislație specifică în domeniul medical și sunt necesare autorizații care se obțin foarte greu și care implică costuri foarte mari pentru un producător/distribuitor de gaze medicale, acesta fiind motivul pentru care nu deține Autorizație de Punere pe Piață a Protoxidului de azot, așa cum se solicită în prezenta procedură.

De asemenea, SC ... SRL afirmă că alte spitale au publicat acest gen de achiziție pe loturi, tocmai pentru că 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 anumiți producători și distribuitori în condițiile legii; furnizarea acestor gaze este conform Legii nr. 95/2006 și producătorii/furnizorii de gaze trebuie să dețină Autorizație de Punere pe Piață, de la Agenția Națională a Medicamentului și Autorizație de Fabricație, emisă de Agenția Națională a Medicamentului, dacă operatorul economic participant este producător de gaze medicale, în baza Legii nr. 95/2006; producătorii de oxigen medical nu sunt neapărat și producători de oxizi de azot (Protoxid de azot medical).

Contestatoarea consideră că prin modul de grupare a celor 3 produse doar într-un singur lot, autoritatea contractantă a încălcat și

principiul eficienței utilizării fondurilor publice, fiind certă, în acest caz, obținerea unor prețuri unitare mult mai mari decât situația în care ar fi mai multe loturi și implicit mai mulți ofertanți (concurența fiind mai mare); pe piața din România există producători de oxigen medicinal lichefiat, dar există și producători de oxigen medicinal comprimat și de protoxid de azot medical; nu toți producătorii de gaze medicale au în portofoliu cele 3 produse (oxigen lichefiat, oxigen comprimat și protoxid) și astfel devine imposibilă participarea unui producător de oxigen medicinal la această procedură.

Referitor la termenul de 5 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare furnizării gazelor medicale, SC ... SRL precizează următoarele:

- 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 furnizarea de gaze medicale și servicii conexe;

- 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 din Construcții cu zece zile înainte de începerea efectivă a lucrărilor;

- obținerea autorizațiilor ISCIR pentru instalațiile de stocare oxigen medical lichefiat urmează reglementările legale în vigoare; legislația română în vigoare stipulează foarte clar termenele de eliberare (Legea nr. 544/2001, art. 7. - (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 urgența 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 această autorizare ISCIR.

În condițiile prezentate, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la reformularea cerințelor din caietul de sarcini, în sensul corelării prevederilor acestuia, formulare conform căreia „Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala proprie echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 45 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru”.

Având în vedere motivele invocate mai sus, SC ... SRL consideră că autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire astfel încât restrânge accesul la procedura de atribuire, fiind încălcate astfel principiile care guvernează desfășurarea achizițiilor publice, în special cele ale nediscriminării, tratamentului egal, liberului acces la procedura de achiziții, legalității și transparenței; prin cerințele sale restrictive pentru procedura în cauză, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Contestatoarea susține că, prin acțiunile sale, autoritatea contractantă gestionează defectuos fondurile alocate acestei achiziții și atribuie contractul la un preț mult ridicat față de nivelul real.

Cu privire la formularea „aparat de măsură etalonat metrologic pe cisterna de transport a oxigenului medical”, SC ... SRL precizează că, față de solicitările din caietul de sarcini, pagina 9, aparatele de măsură instalate pe cisterna de transport a oxigenului medicinal lichefiat se numesc contoare pentru lichide criogenice și nu se regăsesc în Lista Oficială a mijloacelor de măsurare supuse controlului metrologic legal L0-2012, și, prin urmare, acestea nu sunt supuse verificării metrologice; a se vedea adresa răspuns a INM ... cu nr. 125 din 15.01.2015, atașată contestației.

În concluzie, contestatoarea solicită ca autoritatea contractantă să modifice cerința din caietul de sarcini prin eliminarea sintagmei „etalonat metrologic”.

În temeiul art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, SC ... SRL solicită studiul dosarului achiziției publice.

Prin adresele nr. 6128/07.10.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 19268/07.10.2015 și nr. 6140/07.10.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 19333/07.10.2015, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestație, însoțit de o copie a dosarului achiziției publice.

Referitor la punctul 3 al contestației, prin care operatorul economic solicită eliminarea sintagmei „etalonat metrologic pe cisterna de transport a oxigenului medical”, din cuprinsul Caietului de sarcini, ... precizează că este de acord cu modificarea specificației și reformularea acesteia după cum urmează: „Măsurarea și confirmarea cantității de oxigen medicinal lichid livrate se efectuează în baza mijlocului de măsurare etalon, instalat pe cisterna de transport a produsului, mijloc de măsurare ce trebuie să aibă certificat aprobare de model emis de Biroul Român de Metrologie Legală”; din acest punct de vedere,

solicitarea în speță rămâne fără obiect; în acest sens, ulterior „deblocării” procedurii de atribuire, se va modifica paragraful din caietul de sarcini la care se face referire, urmând ca, în momentul emiterii deciziei CNSC, să se decaleze corespunzător și data limită de depunere a ofertelor, în consecință cu cele dispuse de Consiliu.

Cu privire la lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, autoritatea contractantă face o serie de precizări după cum urmează:

- câmpul destinat descrierii obiectului contractului din cuprinsul Fișei de date - Secțiunea II. 1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției, nu permite detalierea tehnică a obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, ansamblul documentelor ce compun Documentația de atribuire având tocmai rolul de a furniza toate elementele necesare operatorilor economici pentru a-și elabora oferta; în acest context, speculațiile contestatorului referitoare la inconsecvența autorității contractante în privința descrierii obiectului contractului ce urmează a fi atribuit nu pot fi reținute de Consiliu; de asemenea, selectarea codurilor CPV nu poate fi întotdeauna extrem de fidelă, scopul principal al acestei încadrări fiind cel al identificării de către nevorbitoarii de limba română a obiectului contractului ce urmează a fi atribuit;

- critica adusă, sub aspectul organizării procedurii de atribuire prin gruparea oxigenului medical lichid, a oxigenului medical butelii, respectiv a protoxidului de azot medicinal la nivelul unui „lot” unic, nu poate fi reținută; oxigenul medicinal lichefiat, oxigenul medicinal comprimat și protoxidul de azot sunt gaze medicale, livrate în recipiente speciali, cu mijloace speciale, ce necesită servicii diverse auxiliare; protoxidul de azot medicinal nu se administrează separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal;

- se dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat și a protoxidului de azot să se facă de 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;

- nu s-au încălcat principiile discriminării și tratamentului egal prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 prin faptul că se intenționează a se încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor deoarece orice producător sau distribuitor de gaze medicinale poate participa la această licitație; nu s-a solicitat ca participanții la licitație să fie doar producători ai gazelor medicinale în speță și pot depune astfel ofertă atât producători, cât și distribuitori ai gazelor medicinale respective, în conformitate cu reglementările ANMDM;

- nu exista îngrădiri sau reglementari diferite privind producerea și distribuirea oxigenului medicinal, a protoxidului de azot medicinal sau a altor gaze medicinale;

- motivul real al solicitării contestatorului de divizare în loturi a obiectului contractului nu îl reprezintă imposibilitatea furnizării tuturor produselor în speță, ci lipsa Autorizației de Punere pe Piață pentru protoxidul de azot medicinal; invocarea acestui fapt nu reprezintă un argument solid merit a defalca în loturi obiectul contractului, imposibilitatea furnizării de către operatorii economici a celor solicitate în caietul de sarcini neconstituind o încălcare a principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică;

- în principiu, prevederile legale insistă asupra obligativității de a nu diviza în loturi obiectul contractului de achiziție publică cu scopul eludării prevederilor specifice din domeniul achizițiilor publice, respectiv de a nu diviza obiectul unui contract astfel încât acesta să fie atribuit prin achiziție directă și nu ca urmare a parcurgerii fiecărei etape a unei proceduri competitive de atribuire;

- împărțirea sau nu pe loturi a obiectului unui contract de achiziție publică, la inițierea unei proceduri, reprezintă, exclusiv, o decizie a autorității contractante și se bazează, în esență, pe destinația comună a produselor, serviciilor ce urmează a fi achiziționate;

- la art. 27 alin. (5) și art. 28 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, legiuitorul, făcând referire la atribuirea contractului de furnizare, respectiv servicii pe loturi, conferă autorității contractante libertatea de alegere, utilizând în acest sens sintagma „își propune să achiziționeze pe loturi (...)”;

- în prezent nu există o obligație, conform legislației naționale, pentru autoritățile contractante de a diviza pe loturi obiectul contractului de achiziție publică; simpla incapacitate a unui operator economic de a participa la o procedură complexă, unde sunt combinate produse diferite ce servesc însă unui scop comun, având o destinație similară, nu justifică cuprinderea în loturi distincte a fiecărui produs;

- Codul European de Bune Practici, la art. 1.1 - „Divizare în loturi” pune în discuție principiul tratamentului egal și nediscriminării versus principiul proporționalității în atribuirea unui contract de achiziție publică pe loturi; mai mult, acest articol stabilește că, deși autoritățile contractante, în măsura în care este oportun și fezabil, au libertatea de a diviza obiectul unui contract, această posibilitate nu trebuie folosită în mod abuziv, astfel încât efectul să fie mai degrabă de restrângere a liberei concurențe și nu de deschidere a participării;

- legislația națională oferă pârghiile necesare participării la proceduri complexe tuturor operatorilor economici interesați, indiferent de anvergura economică sau tehnică a acestora; operatorii economici se pot asocia cu scopul depunerii unei oferte comune, respectiv pot subcontracta părți din obiectul viitorului contract, acesta putând fi astfel derulat prin cumul de forțe;

Contrar celor afirmate de contestatoare, ... consideră că nu modul în care a fost împărțit obiectul contractului aduce atingere principiilor art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, ci dimpotrivă a fost gândit și structurat astfel încât să nu îngreșească competiția, dar să răspundă optim necesităților sale.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că este liberă să utilizeze împărțirea pe loturi în măsura în care această dezmembrare a obiectului unui contract îi este benefică, coordonarea fracționată a contractului în varianta existenței mai multor loturi aducându-i în gestiune sarcini și costuri nejustificate.

Având în vedere toate considerentele invocate mai sus, ... solicită respingerea contestației ca nefondată sub aspectul acestui capăt de cerere, în vederea continuării prezentei proceduri de atribuire.

Referitor la impunerea termenului de 5 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare furnizării gazelor medicinale, autoritatea contractantă afirmă că acesta este termenul maxim pentru care consideră că nu se pune în pericol aprovizionarea continuă cu oxigen medicinal absolut necesară; lipsa oxigenului medicinal lichid și a instalației de stocare și distribuție oxigen medicinal lichid, poate periclita viața pacienților și aprovizionarea trebuie să se facă continuu, fără întreruperi.

... mai precizează 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.

Având în vedere toate considerentele invocate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, în vederea continuării prezentei proceduri de atribuire.

Ca urmare a analizării punctului de vedere comunicat de către autoritatea contractantă, precum și ca urmare a studierii dosarului cauzei la CNSC, SC ... SRL a formulat concluzii scrise.

Referitor la lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, contestatoarea face, în plus față de cele afirmate în contestație, o serie de precizări, după cum urmează:

- autoritatea contractantă este liberă să utilizeze regula lotului unic pentru aceste gaze dacă poate să justifice faptul că execuția contractului din punct de vedere tehnic ar fi prea dificilă sau costisitoare sau autoritatea contractantă nu este în măsură să coordoneze executarea contractului de achiziție publică; refuzul autorității contractante de a atribui contractul prin divizarea acestuia în loturi, întemeiat pe dreptul exclusiv al acesteia 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;

- este evident că cele 3 produse sunt diferite, pot fi încadrate în cadrul aceluiași CPV, însă, ca utilitate, efectuează operațiuni diferite, motiv pentru care pot fi încadrate în 3 loturi separate; chiar dacă oxigenul medical lichefiat și protoxidul de azot medical se administrează împreună, ele sunt produse diferite;

- împărțirea contractului pe loturi duce la obținerea unei concurențe mai mari între operatorii economici, care pot opta pentru ofertarea unui singur lot, a 2 loturi sau a celor 3 loturi;

- autoritatea contractantă susține în punctul său de vedere că „dorește ca furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat și a protoxidului de azot să se facă de 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 furnizor poartă răspunderea producerii incidentului respectiv”; conform ISO 9000:2005, trasabilitatea, indiferent că autoritatea contractantă cumpără cele 2 produse (oxigen medical și protoxid de azot) într-un lot sau în 2, se face separat, pe cele două produse pentru că există două producții a două produse, chiar dacă ele provin de la un singur producător; în cazul unui distribuitor este și mai evident faptul că el poate lua oxigen de la un producător și protoxid de azot de la alt producător; în acest caz trasabilitatea se face la ambii producători, pe produs; în cazul în care SC ... SRL s-ar asocia cu alt producător/distribuitor, așa cum sugerează autoritatea contractantă, trasabilitatea s-ar face tot separat, pe fiecare asociat; în ceea ce privește farmacovigilența, efectele pot veni de la un produs sau de la celălalt sau din amestecul celor două; ca să identifiți de unde provine un efect negativ, investigația se face oricum, separat, pe produse, indiferent că vin de la un producător sau de la doi producători; mai mult decât atât, responsabilitatea păstrării și administrării revine unității sanitare, lucru neamintit de către autoritatea contractantă; în fapt, furnizorul livrează produsele, iar autoritatea contractantă trebuie să se asigure că sunt conforme (furnizorul emite certificat de analiză prin care confirmă că respectă farmacopeea pentru fiecare produs în parte, însă aceste 2 produse, oxigenul medical și protoxidul de azot medical ajung la pacient prin instalațiile autorității contractante care trebuie și ele să fie conforme, fără urme de impurificare, iar, în final, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că amestecul celor 2 produse a fost dozat corespunzător; așa cum cu ușurință se poate observa, este vorba de comoditatea de a avea un contract cu un singur furnizor și nu faptul că prin împărțirea pe loturi apare diminuarea răspunderii furnizorilor; este evident că fiecare furnizor răspunde pentru produsul furnizat și pentru sistemele implementate privind trasabilitatea și farmacovigilența, inclusiv autoritatea contractantă;

- autoritatea contractantă nu se poate folosi de argumentul că operatorii economici se pot asocia, pot depune ofertă comună sau pot subcontracta în vederea depunerii unei oferte care să îndeplinească cerințele sale excesive; folosirea procedurii de încheiere a unui contract de furnizare pentru atribuirea unui singur lot (în care autoritatea contractantă a grupat mai multe produse care trebuie să fie interdependente) sau pentru atribuirea mai multor loturi trebuie să se realizeze cu respectarea art. 17 și a art. 143 din OUG nr. 34/2006;

- prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la cei al căror obiect de activitate privește producerea tuturor celor 3 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; acceptând doar ofertanții care au în obiectul lor de activitate producerea celor 3 tipuri de gaze, autoritatea contractantă restrânge accesul la achiziție al producătorilor/distribuitorilor specializați;

- autoritatea contractantă nu a justificat faptul că execuția contractului din punct de vedere tehnic ar fi prea dificilă sau costisitoare sau că nu este în măsură să coordoneze executarea contractului de achiziție publică, invocând „trasabilitatea și farmacovigilența” ceea ce nu justifică faptul că nu se respectă principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică;

- reglementările legale aplicabile procedurii prevăd că, prin cerințele solicitate în cadrul documentației de atribuire, trebuie să îi fie permis oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire organizată de către autoritatea contractantă, nefiind permisă introducerea unor obstacole de natură să restrângă concurența între operatorii economici;

2. Referitor la termenul de 5 zile lucrătoare de la semnarea acordului cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare furnizării gazelor medicale, SC ... SRL afirmă că, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă nu justifică faptul că a introdus în documentația de atribuire sarcini suplimentare operatorilor economici ofertanți, care, pe lângă furnizarea de gaze medicale sunt obligați să facă și demersurile necesare instalării echipamentelor necesare stocării oxigenului lichefiat dar și cele de construcție a fundațiilor betonate, mai ales a obținerii autorizației de construcție pentru acestea, fără de care nu se pot executa fundațiile betonate.

Contestatoarea susține că este imposibil ca în termen de 5 zile lucrătoare să se poată obține autorizația de construcție, autorizațiile ISCIR, însă, autoritatea contractantă justifică aceste cerințe prin simpla afirmație „... poate periclita viața pacienților. Aprovizionarea trebuie să se facă continuu, fără întrerupere”; însă tot autoritatea contractantă recunoaște că a solicitat ca „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”; este clar că furnizorul va livra oxigen medicinal comprimat la prețul oxigenului lichefiat până în momentul în care instalația este perfect funcțională, fără a periclita viața pacienților, însă nu în 5 zile așa cum solicită autoritatea contractantă.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii unui acord-cadru pentru furnizarea de „Furnizare gaze medicale”, coduri CPV24111500-0 - Gaze medicale (Rev.2) și CPV 98300000-6 - Servicii diverse (Rev.2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .../..., odată cu care a publicat și documentația de atribuire, valoarea estimată fiind cuprinsă între 1.117.240 și 1.243.085 lei, fără TVA.

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire, elaborată de ..., SC ... SRL a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații.

Cu privire la cererea de suspendare formulată de SC ... SRL, Consiliu s-a pronunțat prin Decizia Nr. .../.../.../24.09.2015, în sensul admiterii acesteia.

Analizând prezenta contestație, Consiliul constată că societatea contestatoare formulează critici cu privire la:

- neîmpărțirea pe loturi a procedurii de atribuire, în condițiile în care produsele solicitate sunt diferite;

- termenul de 5 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru pentru livrarea și montarea echipamentelor tehnice necesare furnizării gazelor medicale, termen considerat prea scurt prin raportare la volumul activităților ce trebuie prestate;

- cerința ca aparatul de măsură existent pe cisterna de transport a oxigenului medical să fie etalonat metrologic, în condițiile în care prevederile legale în vigoare nu stabilesc o astfel de obligație.

În ceea ce privește prima critică a contestatoarei, Consiliul reține ca fiind incidente prevederile art. 27 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: „În cazul în care autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse similare, dar defalcate pe loturi a căror cumpărare se realizează prin atribuirea mai multor contracte de furnizare distincte, atunci valoarea estimată se consideră a fi valoarea cumulată a tuturor loturilor” și art. 10 alin. (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: „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”, care stabilesc că împărțirea pe loturi este un drept al autorității contractante, pe care aceasta și-l exercită, în funcție de interesele proprii, cenzurarea acestuia de către Consiliu fiind posibilă, numai în condițiile în care sunt încălcate, în mod explicit,

scopul și principiile enunțate la art. 2 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere conținutul normelor legale enumerate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu are obligația de a împărți pe loturi o procedură de atribuire, acest aspect fiind lăsat la latitudinea acesteia din urmă, pe baza principiului asumării răspunderii stabilit de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la maniera în care autoritatea contractantă a procedat la atribuirea acordului – cadru prin comasarea celor 3 produse (gaze medicale) și a serviciilor aferente în cadrul unui singur pachet, Consiliul constată că sunt relevante în cauză dispozițiile art. 23 din OUG nr. 34/2006 care dispun: „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”.

Față de cele expuse anterior, Consiliul respinge ca nefondate și alegațiile contestatoarei vizând încălcarea de către autoritatea contractantă a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, stipulate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, prin comasarea gazelor medicale și serviciilor aferente în cadrul unui singur pachet, ținând cont și de faptul că operatorii economici au potrivit legii, posibilitatea de a se asocia în vederea participării la o procedură, fapt stipulat de art. 44 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, care prevede că: „mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună, fără a fi obligați să își legalizeze din punct de vedere formal asocierea”.

Consiliul reținând că, în susținerile sale, contestatoarea nu prezintă elemente care să conducă la situația mai sus menționată, ci se limitează la faptul că neîmpărțirea pe loturi îi afectează dreptul de a participa la procedura de atribuire, deși are posibilitatea de a participa în asociere, va respinge, ca neîntemeiată, această critică a SC ... SRL.

Referitor la cea de a doua critică formulată de contestatoare, Consiliul reține că, la punctele 3 și 4 din secțiunea „Etapa montajului echipamentelor tehnice” din caietul de sarcini, sunt precizate următoarele obligații:

3. Furnizorul se va ocupa de amenajarea spațiilor necesare amplasării stocatoarelor criogenice și vaporizatorului necesar pentru fiecare locație, va suporta costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor de stocare, evaporare și distribuție oxigen medicinal lichid.

4. Furnizorul se obligă să livreze și să monteze pe cheltuiala sa echipamentele tehnice necesare la sediile autorității contractante în maximum 5 zile lucrătoare de la semnarea acordului-cadru.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a precizat explicit termene de execuție pentru activitatea de amenajare a spațiilor necesare amplasării stocatoarelor criogenice și vaporizatorului necesar pentru fiecare locație și care sunt echipamentele tehnice care trebuie să fie livrate și montate în termen de 5 zile lucrătoare, încălcând astfel prevederile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și modificările ulterioare, respectiv: „Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”, criticile contestatoarei privind necorelarea termenului cu volumul activităților ce trebuie executate urmând a fi admise.

Cu privire la cea de a treia critică formulată de contestatoare, Consiliul reține că prin punctul de vedere formulat autoritatea contractantă a achiesat la solicitarea acesteia și a propus reformularea cerinței după cum urmează: „Măsurarea și confirmarea cantității de oxigen medicinal lichid livrate se efectuează în baza mijlocului de măsurare etalon, instalat pe cisterna de transport a produsului, mijloc de măsurare ce trebuie să aibă certificat aprobare de model emis de Biroul Român de Metrologie Legală”, prin punctul de vedere formulat.

Având în vedere principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a informa operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire în cauză, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să aplice dispozițiile art. 50¹ din OUG nr. 34/2006.

Referitor la solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul o va respinge ca nefondată, având în vedere că documentația de atribuire poate fi remediată, procedura de atribuire fiind suspendată din 24.09.2015.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) și (4) 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, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire în sensul precizării termenelor de livrare și execuție pentru fiecare echipament sau activitate solicitată și modificării cerinței „aparat de măsură etalonat metrologic pe cisterna de transport a oxigenului medical” în „Măsurarea și confirmarea cantității de oxigen medicinal lichid livrate se efectuează în baza mijlocului de măsurare etalon, instalat pe cisterna de transport a

produsului, mijloc de măsurare ce trebuie să aibă certificat aprobare de model emis de Biroul Român de Metrologie Legală”, cu publicarea măsurilor dispuse în SEAP, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

În baza art. 278 alin. (5) din același act normativ, Consiliul respinge, ca nefondate, celelalte cereri formulate de contestatoare.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul dispune continuarea procedurii de atribuire cu stabilirea unui nou termen de depunere și deschidere a ofertelor, care nu poate fi mai mic de 10 zile de la data publicării în SEAP a acestor modificări.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că aceasta este obligatorie, conform art. 280 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, precum și că au dreptul de a o ataca cu plângere, în concordanță cu art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.