

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: 21.06.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26505/24.05.2022, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului .. și Cod Unic de Înregistrare .., reprezentată convențional prin, cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect *„Furnizare echipamente de protecție în cadrul proiectului Consolidarea capacității unităților de învățământ din municipiul Aiud în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-COV-2 2020”- lot 2*, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- în principal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini, a fișei de date și a fișei tehnice privind produsele aferente lotului 2, în raport de criticile prezentate în cuprinsul contestației,
- în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a Sistemului Electronic de Achiziții Publice (S.E.A.P.), anularea procedurii de atribuire,
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26505/24.05.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică prevederile caietului de sarcini, a fișei de date și a fișei tehnice privind produsele aferente lotului 2.

- A. Contestatoarea, critică modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru formarea lotului 2, prin includerea în acest lot a

trei produse care nu sunt interdependente, în această manieră fiind restricționată, în mod cert, participarea operatorilor economici la procedura de achiziție.

În cadrul procedurii, autoritatea contractantă a stabilit că lotul 2 trebuie să cuprindă mai multe produse, cu consecința ca operatorul economic interesat de participarea la procedură să prezinte ofertele tehnice care să cuprindă, bineînțeles, toate aceste produse din compunerea loturilor.

Astfel, operatorul economic interesat de participarea la procedura de achiziție pentru lotul nr. 2 - Dezinfectanți, trebuie să ofere următoarele produse:

- Dezinfectant pentru suprafețe;
- Dezinfectant pentru mâini
- Dezinfectant pentru nebulizator (MICROAEROFLORA)

Nici între produsele aferente lotului 2, nu există vreo legătură funcțională, care să poată justifica atribuirea unui singur contract.

Conform Fișei tehnice, lotul 2, are produse care vor fi folosite în diverse scopuri: (i) pentru suprafețe (ii) pentru igiena mâinilor, (iii) pentru dezinfecția pe cale aeriană.

Chiar dacă aceste produse fac parte din categoria produselor dezinfectante, între ele nu există o interdependență ca să poată fi, eventual, comasate într-un singur lot. Modalitatea de compunere a lotului 2 are ca efect limitarea competiției prin crearea posibilității efective de participare la procedură a unui număr foarte restrâns de operatori economici, întrucât este foarte puțin probabil ca operatorii economici din categoria întreprinderilor mici și mijlocii să poată susține un asemenea contract.

Lotizarea propusă de către autoritatea contractantă în această procedură încalcă grav următoarele dispoziții legale în materia achizițiilor publice: art. 3 alin. (1) lit. dd), art. 50, art. 141 din Legea 98/2016.

De asemenea, recomandările Directivei 214/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului UE privind achizițiile publice sunt în sensul adaptării procedurilor organizate de către autoritățile publice la necesitățile și posibilitățile IMM-urilor, prin împărțirea contractelor mari pe loturi tocmai pentru a putea fi adaptate capacității reale a acestor operatori.

Și recomandarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice este tot în direcția creării unui cadru concurențial cât mai larg pentru a nu se limita în mod artificial concurența prin compunerea unor loturi care cuprind produse neomogene și fără interdependență.

În contextul pandemiei de Covid 19 și față de numeroasele proceduri de achiziție lansate, atât CNSC, cât și instanțele de judecată au pronunțat numeroase decizii în situații similare prin care au obligat autoritățile contractante să modifice documentațiile de atribuire în sensul lotizării și acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru fiecare dintre

produsele dezinfectante cu utilizare diferită. De amintit Decizia CNSC nr. ..., Decizia CNSC nr. ..., Decizia nr. 26/2022 pronunțată de C.A. Iași în dosar nr. ..., Decizia CNSC nr. ...

Față de toate aceste aspecte, contestatoarea solicită remedierea documentației de atribuire prin acceptarea depunerii de oferte pe loturi distincte, constituite pentru fiecare dintre produsele aferente lotului 2.

Întrucât divizarea achiziției pe loturi solicitată nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice (S.E.A.P.) care nu acceptă astfel de modificări la nivelul procedurilor de atribuire, contestatoarea apreciază că finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

B. Contestatoarea critică totodată includerea în caietul de sarcini, în fișa de date și în fișa tehnică privind produsele aferente lotului 2 a unor cerințe tehnice minimale neclare și care contravin dispozițiilor legale.

În primul rând, produsele aferente lotului 2 sunt dezinfectanți din categoria produselor biocide. Astfel, documentația de atribuire standard privind achiziția de produse biocide trebuie să urmeze instrucțiunile din Ordinul MS nr. 1082/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide. Acest aspect este întărit de faptul că pentru produsele solicitate, ofertantul trebuie să prezinte Aviz eliberat în baza Ordinului nr. 10/368/11/2010 valabil emis de Ministerul Sănătății - Comisia Națională a Produselor Biocide

Ordinul M.S. nr. 10/2010 privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României prevede că eficacitatea produselor biocide este demonstrată prin rapoarte de testare ce trebuie întocmite cu respectarea standardului european EN 14885:2015 cu completările și modificările ulterioare.

Anexa nr. 3 din Ordinul MS nr. 1082/2016 cuprinde informații complete referitoare la dosarul tehnic pentru achiziția de dezinfectanți, motiv pentru care autoritatea contractantă ar fi trebuit să cuprindă în documentația tehnică, la specificațiile tehnice impuse, informații precise, care să descrie în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare, necesitatea autorității contractante.

Ori, documentația de atribuire aferentă produselor din lotul 2 cuprinde informații generice, motiv pentru care nu se pot impune în fișa tehnică a produselor din lotul 2 cerințe tehnice care să depășească acel cadru minim legal. Orice derogare de la cerințele minim impuse de legislația specifică și includerea în documentația de atribuire a unor cerințe mai restrictive ar fi trebuit argumentată de către autoritatea contractantă.

În concret, următoarele specificații tehnice din cuprinsul fișei tehnice încalcă principiile care guvernează materia achizițiilor publice (principiul nediscriminării, transparenței și proporționalității):

A). Pentru produsul Dezinfectant de mâini, autoritatea contractantă a impus la cerința tehnică ce demonstrează activitatea antimicrobiană și

standarde, timpi maximi de contact fără a justifica necesitatea impunerii unei astfel de condiții.

Astfel, în Fișa tehnică, se solicită demonstrarea unui spectru de activitate Bactericid - conform standardului EN 1500(2,2) cu timp de contact maximum 60 sec, Bactericid - conform standardului EN 13727 (2,1) cu timp de contact maximum 30 sec, Levuricid EN 13624 (2,1) cu timp de contact maximum 30 sec, Microbactericid/Tuberculocid, conform standardului EN 14348 (2,1), fără a se specifica un timp maxim de contact și Virucid - conform standardului EN 14476 (2,1) cu timp de contact maximum 30 sec.

Conform standardelor indicate, testările privind eficacitatea produselor pe activitățile specifice fiecărui standard, se fac pe timpi de acțiune diferiți, indicându-se, totodată, un interval de timp între un minim și un maxim. Asta înseamnă că produsul respectiv poate fi utilizat și are eficacitate dacă a fost testat pe organisme indicate și a acționat eficient în intervalul de timp indicat. Astfel, pentru testarea activității levuricide a produselor care asigură dezinfectia igienică a mâinilor, conform standardului EN 13624, timpul de contact este cuprins între 30 secunde și 1 minut (Tabel 3 din EN 14885:2018). La fel, pentru testarea eficacității virucide conform standardului EN 14476, timpul de contact este stabilit între 30 secunde și 2 minute (Tabel 4 din EN 14885:2018). În ceea ce privește testarea Microbactericidă/Tuberculocidă, standardul EN 14348 (2,1) stabilește un timp de contact de 60 minute, însă autoritatea contractantă nu a solicitat un timp minim de acțiune.

Contestatoarea consideră că timpii de acțiune impuși ca și cerință tehnică minimală pentru un produs trebuie corelați astfel încât cerința tehnică privind timpul de contact să poată fi aplicată întregului spectru de acțiune pentru care se va utiliza produsul. Astfel, dacă pentru a se atinge eficacitatea levuricidă este necesar un timp de contact între 30 secunde și 1 min, pentru cea virucidă între 30 secunde și 2 minute și pentru cea microbactericidă 60 minute, iar autoritatea contractantă urmărește ca printr-o procedură să fie acoperit întregul spectru de acțiune, atunci aceasta nu poate impune un timp de acțiune mai mic decât 60 de minute cât este necesar pentru acoperirea spectrului microbactericid.

Dacă, totuși, autoritatea contractantă a urmărit efectuarea dezinfectiei pe activități diferite, atunci aceasta ar fi trebuit să permită ofertanților să participe la procedura de atribuire cu produse care au fost testate conform standardelor indicate, iar timpul de contact să nu fie limitat sub maximul permis la testări. Acest lucru și pentru că este cunoscut că întregul efect al utilizării dezinfectantului se produce după trecerea timpului de contact cel mai lung, în speță 2 min pentru activitatea virucidă, 1 minut pentru activitatea levuricidă sau 60 minute pentru activitatea microbactericidă. Pentru ca dezinfectantul să aibă eficacitate maximă, având în vedere și tipul de dezinfecție (igienică)

urmărit, cerințele tehnice ale produsului nu trebuie să deroge de la dispozițiile legale generale.

Mai mult, în cazul produsului Dezinfectant pentru suprafețe, cerința tehnică privind testarea eficacității produselor nu cuprinde specificații pentru timpul maxim de contact, deci, fără o argumentare concretă cu privire la derogările incluse, cerința ar fi trebuit să se aplice unitar pentru toate produsele din cadrul lotului 2 - Dezinfecțanți.

B). Pentru produsul Dezinfectant pentru nebulizator, autoritatea contractantă a introdus 2 cerințe care încalcă dispozițiile legale, și anume: a impus utilizarea a 3ml/m³ de produs în contextul în care criteriul de atribuire este calitate-preț și a inclus ca cerință tehnică minimală testarea conform standardului NFT 72-281.

Cerința privind cantitatea de produs utilizată pentru 1m³ este excesivă întrucât autoritatea contractantă a stabilit ca și criteriu de atribuire *"cel mai bun raport calitate preț"*. Astfel, important pentru autoritatea contractantă ar trebui să fie calitatea produsului (îndeplinirea tuturor cerințelor tehnice) și prețul cel mai scăzut pentru dezinfectia unei suprafețe de 1m³.

În ceea ce privește cerința privind dovedirea testării produsului conform standardului NFT 72- 281, contestatoarea precizează următoarele:

- Standardul NFT 72-281 este un standard protocol conceput de organismul francez de standardizare AFNOR. Este conceput pentru sistemele de dezinfectie a suprafețelor pe cale aeriana și este recunoscut pentru condițiile de îndeplinire deosebit de stricte. NFT 72-281 definește un set de metode de testare pentru a provoca produsele dezinfectante în condiții reale (este un challenge test); datele de eficacitate sunt obținute în urma testelor efectuate numai conform modului de utilizare prevăzut.

- AFNOR a publicat prima versiune a NFT 72-281 în 1980 și a actualizat-o de mai multe ori de atunci, cea mai recentă și în fapt ultima fiind ediția din 2014 (NF T 27-281:2014). NFT 72-281 este considerat un test de „Fază 2, Pasul 2” efectuat într-o metodă de „semi- field” (reproduce situațiile din practică). Aceasta înseamnă că agentul de dezinfectie este testat așa cum este destinat utilizării și vizează microorganismele care sunt plasate pe o suprafață reprezentativă. Mai mult, testul se efectuează într-o cameră de testare standardizată, iar probele țintă sunt plasate la distanță, cu fața departe de sursa agentului de dezinfectare; de exemplu, un generator de ozon.

- Standardul francez NF T72-281 a constituit punctul de plecare pentru dezvoltarea standardului european dedicat sistemelor de dezinfectie aeropurtate (EN 17 272).

- Regulamentul Produselor Biocide (BPR, Regulamentul (UE) 528/2012) acceptă doar standardul NF T 72-281 pentru sistemele de dezinfectie a suprafețelor prin particule aeropurtate.

- În ghidul *"Guidance on the Biocidal Products Regulation Volume II Efficacy - Assessment and Evaluation (Parts B+C)"* Version 4.0 din 2021 la pagina 363 se specifică pentru Tipul de produs 2 TP1- dezinfecția camerelor ca cerință de bază testul NF T72 281, dar această cerință este însoțită de NOTA 17 (care se găsește explicitată la pagina 376 din ghidul enunțat mai sus) și care prevede: *"NF T 72-281 is a test from AFNOR, the French standardisation body. This standard is taken as a start to develop a new EN standard on airborne disinfection of surfaces. Where available an EN test may be used for a semi-field method which evaluates the efficacy of disinfectants when vaporised in a room"*.

- În data de 13.10.2019 CEN (Comite European de Normalisation) a aprobat Standardul European EN 17272, iar în martie 2020, organismul european de redactare a standardelor de dezinfectare, Comitetul European de Standardizare (sau Comite European de Normalisation, CEN) a anunțat lansarea unui nou standard care ar acoperi cerințele și metodologia de testare a eficacității tehnologiei automate de dezinfecție prin aer; EN 17272:2020.

- Din octombrie 2020, EN 17272:2020 Antiseptice și dezinfectante chimice. Metode de dezinfecție a camerelor pe cale aeriană prin procedee automate. Determinarea activității bactericide, micobactericide, sporicide, fungicide, levuricide, virucide și fagocide a anulat standardul francez NF T 72-281 și a primit statutul de standard național pe cuprinsul întregii Uniuni Europene.

De fapt, aceasta înseamnă că, deși rezultatele mai vechi NF T 72-281 pot fi încă acceptate de autoritățile competente, testele de eficacitate efectuate după octombrie 2020 trebuie să urmeze noua normă și că producătorii ar trebui să încerce în mod activ și voluntar să-și refacă testele de eficacitate în condițiile noului standard european EN 17272. Deoarece noul standard european se bazează în mare măsură pe standardul francez NF T72 281, diferențele dintre cele două protocoale sunt puține, dar importante , iar mai jos sunt enumerate

- o Adăugarea unui „test de distribuție”, menit să asigure eficacitatea procesului în întreaga încăpere prin plasarea probelor în patru poziții distincte;

- o Înlocuirea laptelui degresat cu albumină serică bovină (BSA) ca principală substanță interferantă în condiții de curățenie;

- o Adăugarea de microorganisme de testare (baumanii, P. hauseri);

- o Modificarea listei de microorganisme de testare necesare corespunzătoare diferitelor domenii de aplicare;

- o Pentru aplicații în domeniul medical, cerințele de eficacitate pentru spori sunt acum la o reducere > 4-log.

După lansarea acestui standard european, rând pe rând toate statele europene au asimilat acest standard în sistemele naționale de standardizare. În RO avem SR EN 17272, în Franța este NF EN 17272, în Germania este DIN EN 17272.

Astfel, autoritatea contractantă ar trebui să elimine cerința privind dovedirea testării produsului conform standardului NFT 72-281 și înlocuirea acestui standard cu standardul european EN 17272, sau cel puțin, acceptarea produselor care să fie testate pe oricare dintre cele 2 standarde.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să întocmească documentația de atribuire pentru produsele dezinfectante aferente lotului 2 după modelul stabilit în Ordinul MS nr. 1082/2016, în funcție de categoria de produs (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pentru tegumente, dezinfectant pentru nebulizare) și să definească în mod clar și cu suficientă precizie specificațiile tehnice, în raport de necesitățile de utilizare și dispozițiile legale specifice.

De altfel, art. 156 din Legea nr. 98/2016 indică foarte precis maniera în care autoritatea contractantă trebuie să întocmească specificațiile tehnice pentru produsele solicitate, contestatoarea invocând totodată și prevederile art. 31 din HG nr. 395/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 27080/27.05.2022, ... comunică măsurile de remediere adoptate, aferente lotului 2 – Dezinfectanți.

Formă actuală	Clarificare de remediere
Dezinfectanți mâini	
Activitate antimicrobiană și standarde Spectru de activitate Bactericid EN 1500 (2,2) timp de contact maxim 60 sec, Bactericid EN 13727 (2,1) timp de contact maximum 30 sec, Levuricid EN 13624 (2,1) timp de contact maximum 30 sec, Micobactericidă/Tuberculocidă EN 14348 (2,1) Virucid EN 14476 (2,1) timp de contact maximum 30 sec	Se vor respecta prevederile Ordinului comun nr. 1082/731 al Ministrului Sănătății și al Președintelui ANAP pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, cu privire la timpul de contact.
Dezinfectant pentru nebulizator (MICROAEROFLORĂ)	
... folosit prin nebulizare ca atare maxim 3 ml/m ³	Cantitatea maximă acceptată pentru dezinfecția unui metru cub va fi de 8 ml.
Prezintă spectru de acțiune și testare conform EN 14885:2015 (pelicula lichidă) și NFT 72-281 (stare gazoasă)	Prezintă spectru de acțiune și testare conform EN 14885:2015 (peliculă lichidă) Vor fi acceptate produsele care vor deține testări de tip NFT 72-281 (stare gazoasă) sau chiar mai

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 15300/27.05.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 27459/30.05.2022, prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL.

Procedura de achiziție este împărțită pe două loturi, după cum urmează:

- Lot 1 - Măști de unică folosință cu 3 pliuri;
- Lot 2 — Dezinfectanți.

A. Referitor la critica conform căreia prin modalitatea aleasă pentru formarea lotului 2 (prin includerea în acest lot a 3 produse care sunt interdependente) se restricționează în mod cert participarea operatorilor economici la procedura de achiziție, aceasta este nefondată.

Autoritatea contractantă susține că a organizat această procedură de atribuire pe 2 loturi, iar fiecare lot a cuprins produse similare specifice unei anumite activități.

Conform prevederilor legii, autoritatea contractantă a ales procedura și structurarea ei pe 2 loturi, iar în cadrul fiecărui lot, a introdus produse similare specifice unei necesități de activitate. Lotul 2 conține produse destinate unei utilizări identice sau similare, în speță de dezinfectare a suprafețelor, a mâinilor, a aerului, iar toate cele trei categorii de dezinfectanți fac parte din gama de produse biocide.

Cerința legală în constituirea loturilor este baza cantitativă și baza calitativă, astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii. Ori, din studiul pieței, rezultă că, în marea majoritate, furnizorii de dezinfectanți sunt comercianți, care livrează categoriile de biocide pe care autoritatea contractantă intenționează să le achiziționeze. Împărțirea pe tot atâtea loturi câte produse urmează a fi achiziționate nu este în folosul autorității contractante care ar urma să gestioneze livrarea de la 3 furnizori.

Urmează ca C.N.S.C. să aprecieze dacă furnizarea de biocide poate fi atribuită printr-un singur contract, având în vedere că obiectul de activitate al unui furnizor constă în furnizarea de dezinfectanți, produse biocide sau trebuie atribuită pe 3 loturi diferite, cu aceeași destinație și același scop.

Autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire cu respectarea Ordinului Ministerului Sănătății nr. 1082/731/2016 din 27 septembrie 2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, cu modificările și completările ulterioare, iar în cadrul acestuia nu există nicio prevedere care să oblige autoritatea contractantă să facă atribuire pe loturi separate pentru fiecare tip de dezinfectanți în parte. Astfel, contestatoarea nu indică articolul din acest act normativ în care ar exista această prevedere, deși potrivit art. 249 din Codul de Procedură Civilă, sarcina probei revine celui care face susținerea.

Spre deosebire, pentru lotul 1 al procedurii de față - Măști de unică folosință cu 3 pliuri, unde Autoritatea Contractantă este ținută la respectarea Ordinului președintelui ANAP nr. 2376/2020 din 4 decembrie 2020 privind conținutul, modalitatea de completare și modul de utilizare a documentelor standard "INSTRUCȚIUNI pentru OFERTANȚI/CANDIDAȚI" și "caiet de sarcini" la atribuirea acordului-cadru/ contractului de achiziție publică/sectorial având ca obiect MĂȘTI DE PROTECȚIE DE UZ SANITAR de TIP II, II R, FFP2, FFP3, în cadrul acestuia s-au prevăzut în mod expres următoarele: *"Notă: Atunci când se achiziționează mai multe tipuri de măști se va avea în vedere cel puțin lotizarea pe fiecare tip de produs."*

Contestatoarea nu a făcut dovada că prin includerea celor 3 tipuri de dezinfectanți în cadrul aceluiași lot procedura a devenit mai restrictivă. Nu există indicii că operatorii economici din domeniu au o atât de mare specializare încât cei care furnizează, spre exemplu, dezinfectanți pentru mâini, nu pot furniza și dezinfectanți pentru suprafețe sau dezinfectanți pentru aer. Trebuie avut în vedere faptul că societatea contestatoare nu a indicat, în concret, motivul pentru care este împiedicată să depună ofertă pentru lotul 2 criticat. Pentru a putea reține restrângerea concurenței nu este suficient ca contestatoarea să afirme, ci trebuia să demonstreze cu probe, că în mod obișnuit produsele ce fac obiectul contractului de achiziție sunt produse pentru care există furnizori separați, neexistând decât un număr limitat de producători și furnizori pentru toate cele trei tipuri de dezinfectanți. În caz contrar, nu se poate reține restrângerea concurenței. Din aceste motive, critica contestatoarei sub acest aspect este nefondată.

Conform documentației de atribuire și a legislației incidente, dacă un ofertant nu poate îndeplini singur obiectul contractului și condițiile din documentația de atribuire, el poate uza de facilitatea prevăzută, respectiv are dreptul de a se asocia cu unul sau mai mulți operatori, în vederea depunerii unei oferte comune, care să satisfacă toate condițiile impuse de autoritatea contractantă și de legislația în materie.

Decizia autorității contractante de a cuprinde cele 3 tipuri de dezinfectanți într-un singur lot se justifică prin utilitatea/destinația unitară a produselor ce fac obiectul procedurii (toate acestea sunt produse biocide, ce au ca scop dezinfectarea unităților de învățământ și a persoanelor care le frecventează) dar și prin avantajele ce pot fi furnizate de modalitatea de stabilire unitară a obiectului contractului. Astfel, avantajele avute în vedere de aceasta constau într-o calitate superioară a modalității de implementare a contractului, ca urmare a existenței unei echipe unitare, care să asigure atât urmărirea derulării acestuia precum și reducerea riscurilor de neconformitate, atât sub aspectul respectării termenului de livrare propus, cât și sub cel al evitării neconformităților tehnice, care ar putea apărea în condițiile în care produsele ar fi furnizate de operatori economici diferiți. Altfel spus, fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la

procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care, stabilește în funcție de condițiile concrete toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice.

Autoritatea contractantă învederează că în baza contractului de achiziție, produsele achiziționate vor fi livrate către 6 unități de învățământ din Municipiul Aiud necesitând timp și resurse umane pentru urmărirea contractului. Un număr mai mare de contracte va crea dificultăți la nivelul autorității contractante în urmărirea acestora. Este lipsit de corectitudine și de etică ca autoritatea contractantă să facă eforturi suplimentare și să creeze dificultăți în urmărirea administrativă dar și din punct de vedere a conformității tehnice a produselor pentru 3 contracte distincte la nivelul a 6 unități de învățământ deoarece contestatorul nu dorește să își asume aspecte legate de participarea într-o eventuală asociere în cazul în care nu poate furniza toate produsele solicitate.

Planificarea achiziției s-a făcut cu respectarea art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016: „Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a unui achiziții în legătură cu:

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de entitate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte”;

Pentru procedura de față, autoritatea contractantă a decis că se impune atribuirea pe loturi, însă legat de produsele aferente lotului 2, aceasta le-a grupat, având în vedere caracterul similar al acestora.

Documentația de atribuire care stă la baza procedurii contestate, a făcut obiectul verificării ex-ante a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, conform Aviz nr. 8640/19.04.2022. În cadrul acestuia nu au fost identificate abateri și nu s-au emis măsuri de remediere cu privire la construcția lotului 2;

Referitor la critica conform căreia s-au inclus în caietul de sarcini, în fișa de date și în fișa tehnică privind produsele aferente lotului 2 unele cerințe tehnice minimale neclare, la data de 26.05.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP măsuri de remediere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28074/03.06.2022, SC ...SRL formulează concluzii scrise în care precizează că urmare a contestației formulate, autoritatea contractantă și-a însușit o mare parte din criticile referitoare la specificațiile tehnice din cuprinsul documentației de atribuire, astfel că au fost adoptate măsuri de remediere, publicate în SEAP în data de 26.05.2022.

Pentru aceste considerente, contestatoarea renunță la analiza criticilor care se referă la:

- Dezinfectant mâini – Timpul de contact.

Contestatoarea este de acord cu remedierea în sensul propus, respectiv: "se vor respecta prevederile Ordinului comun nr. 1082/731 al Ministerului Sănătății și al Președintelui ANAP pentru adoptarea modelului de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, cu privire la timpul de contact".

- Dezinfectant pentru nebulizator (MICROAEROFLORA).

Contestatoarea este de acord cu cantitatea maximă acceptată de 8 ml produs pentru dezinfectia unui metru cub.

De asemenea, contestatoarea învederează că își menține contestația cu privire la eliminarea standardului de testare NFT 72-281.

Contestatoarea amintește și dispozițiile art. 4 alin. (1) lit. g) din Ordinul nr. 10/2010, care prevede foarte clar că se acceptă rapoarte de testare efectuate prin metode asimilate [precum VAH (anterior DGHM), DVG, AFNOR, US-EPA, AOAC, ASTM sau OECD] numai în situația în care nu există standarde europene.

Ori, în anul 2020, CEN (Comite European de Normalisation) a aprobat Standardul European EN 17272:2020 (Antiseptice și dezinfectante chimice. Metode de dezinfecție a camerelor pe cale aeriană prin procedee automate. Determinarea activității bactericide, micobactericide, sporicide, fungicide, levuricide, virucide și fagocide), motiv pentru care standardul francez NFT 72-281 nu mai poate fi aplicat.

Contestatoarea își menține contestația și în ceea ce privește solicitarea de împărțire pe loturi distincte a produselor aferente lotului 2.

Autoritatea contractantă se prevalează de facilitatea acordată de lege operatorilor economici de a se asocia cu unul sau mai mulți operatori, în vederea depunerii unei oferte comune. Posibilitatea de asociere este un drept al operatorului, nu o obligație, drept care îl implică și pe cel de a nu se asocia, dacă titularul său nu dorește. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele 3 tipuri dedezinfecțant, câtă vreme el nu poate asigura decât unul dintre acestea, pentru care ar putea licita.

Într-adevăr, fragmentarea obiectului contractului în vederea asigurării accesului sporit la procedură nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, însă nici nu s-a urmărit depășirea cadrului legal prin această contestație. Autoritatea contractantă rupe din context anumite dispoziții legale, dând o cu totul altă interpretare intenției legiuitorului. Astfel, citează trunchiat art. 3 alin. 1) lit dd) din Legea nr. 101/2016 și susține că "definirea lotului ține cont în primul rând de nevoile autorității contractante și apoi de capacitatea întreprinderilor mici și mijlocii". În realitate, textul citat are un conținut mai amplu, care coroborat cu dispozițiile art. 141 din legea nr. 98/2016, conduce la o cu totul altă interpretare.

În aceeași direcție merg și îndrumările din Directiva 2014/24/UE 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. (...) Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare a obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea în loturi obligatorie în anumite condiții".

De asemenea, în răspunsul ANAP din 23.04.2020 la întrebarea "împărțirea pe loturi este obligatorie" se regăsește aceeași recomandare: "Din analiza prevederilor legale incidente rezultă că deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă, în schimb, să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea, în acest sens, de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici".

Totodată din cuprinsul Deciziilor CNSC și ale hotărârilor judecătorești citate în contestație se observă că la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi se are în vedere similaritatea și interdependența produselor, iar nu destinația lor. Autoritatea contractantă susține că a grupat produsele aferente lotului 2 într-un singur lot "având în vedere caracterul similar al acestora". Chiar dacă cele 3 produse din lotul nr. 2 au un scop comun - dezinfecția, ele nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Un produs este destinat dezinfecției suprafețelor, unul dezinfecției mâinilor și unul dezinfecției prin nebulizare. Mai mult, produsele au și specificații tehnice și cerințe documentare pe care chiar autoritatea contractantă le tratează diferit.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 29806/14.06.2022, ... depune *Nota justificativă privind suspendarea procedurii de atribuire pentru lotul 2 – Dezinfecțanți*.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cautiunea în valoare de 28.297,46 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208080846/1/26.05.2022, emisă de CEC Bank, Sucursala Bragadiru.

Cautiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Furnizare echipamente de protecție în cadrul proiectului Consolidarea capacității unităților de învățământ din municipiul Aiud în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-COV-2 2020*”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

Valoarea estimată a contractului este de 1.643465,86 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare: prețul ofertei - pondere 90% și termen de livrare - pondere 10%.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire, SC ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii.

Analizând critica contestatoarei formulată împotriva faptului că autoritatea contractantă a cuprins în cadrul lotului 2, 3 tipuri de produse biocide, fără o legătură funcțională între ele, și fără a recurge la împărțirea pe loturi a acestora, Consiliul reține că obiectul achiziției este constituit de următoarele produse: dezinfecțanți pentru suprafețe - 9400 litri, dezinfecțanți pentru mâini - 24.108 litri și dezinfecțant pentru aeromicrofloră (nebulizare) 20.359 litri.

Consiliul reține că obiectul achiziției implică pentru cele 3 loturi, cantități mari, care, chiar dacă sunt destinate unui scop comun, respectiv dezinfecția, varietatea produselor și cantitatea acestora face dificil accesul IMM-urilor. De asemenea, nu toți producătorii/distribuitorii au în stoc toate cele 3 tipuri de produse, în special dezinfecțanții pentru nebulizare, aflați în portofoliul unui număr redus de operatori economici din domeniu.

În aceste condiții, devin incidente următoarele prevederi legale:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 care cuprinde definiția pentru „lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică,

obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”;

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

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

- art. 50 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”;

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței”;

- art. 141 alin. (1) – (4) din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției. (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, 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. (3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. (4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile”;

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

Din analiza normelor legale anterior precizate, rezultă că:

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

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, 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.

Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 3 categorii de dezinfectanți ca obiect al unui singur contract, Consiliul reține că, deși toate aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de protecție împotriva virusului SARS -Cov 2, ele sunt categorii de produse de sine stătătoare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (dezinfectarea mâinilor, dezinfectarea suprafețelor, nebulizare), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

Împărțirea pe loturi face mai accesibilă procedura de atribuire pentru toți operatorii economici interesați (fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii), operatori care vor avea posibilitatea reală să depună oferte (individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot, iar, pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de

natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială.

Astfel, pe lângă operatorii economici care îndeplinesc acum condițiile pentru toate cele 3 produse, ar depune oferte și operatori care nu îndeplinesc condițiile decât pentru unul sau 2 dintre aceste produse, astfel încât numărul de oferte pentru fiecare produs ar fi cu siguranță mai mare decât dacă ofertanții ar fi ținuti să oferteze toate cele 3 produse într-un singur lot.

Totodată, raportat la prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să adapteze dimensiunea loturilor de așa manieră încât acestea să fie accesibile și întreprinderilor mici și mijlocii.

Divizarea procedurii în 3 loturi, astfel încât fiecărui produs să-i corespundă un lot este de natură a aduce beneficii financiare autorității contractante.

Necesitatea autorității contractante de a obține produsele de care are nevoie la prețuri cât mai mici, este satisfăcută, astfel, pe deplin, prin formarea de loturi individuale pentru fiecare produs în parte.

De altfel, spitalele, care sunt autorități contractante care au nevoie constantă de diferite tipuri de dezinfectanți, organizează procedurile de achiziție a acestora pe loturi individuale pentru fiecare categorie de dezinfectant în parte.

În consecință, justificările autorității contractante nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Desigur că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 mai sus iterate, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Consiliul nu poate reține astfel nici susținerile autorității contractante referitoare la faptul că societatea contestatoare poate să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. 8396/2/2018, respectiv:

«Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că

necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei.»

În aceste condiții, Consiliul urmează să admită criticile contestatoarei cu privire la includerea tuturor celor 3 produse care fac obiectul achiziției într-un singur lot.

În sensul arătat, s-a pronunțat Curtea de Apel Iași, în decizia nr. 36/2022, dosar nr. 768/45/2021:

«Referitor la plângerea formulată de autoritatea contractantă, se observă că aceasta vizează toate cele trei aspecte de nelegalitate reținute de către Consiliu cu privire la documentația de atribuire.

În primul rând, legat de împărțirea achiziției în loturi, Curtea reține că art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 impune autorității contractante obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, ceea ce înseamnă că această decizie nu este una discreționară, la libera apreciere a autorității contractante.

În cauză, chiar dacă este vorba de dezinfecțanți, produsele ce fac obiectul licitației (dezinfecțant pentru suprafețe, dezinfecțant pentru nebulizare și dezinfecțant pentru mâni), care figurează sub aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfecțante), nu constituie produse similare, în sensul art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod evident nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Chiar dacă scopul utilizării acestor produse este activitatea de dezinfectare, așa cum corect a reținut și Consiliul, fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru mâni, microaerofloră, precum și pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe documentare diferite.

În privința celorlalte argumente oferite de către autoritatea contractantă, referitoare la necesitatea licitării împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante, existența riscului de nu se prezenta ofertanți, ori posibilitatea de asociere a ofertanților cu scopul de a depune o ofertă completă, în mod corect acestea au fost înlăturare de către Consiliu.

De altfel, fiecare din aceste justificări oferite de către autoritatea contractantă pot constitui argumente în sens contrar celor invocate de aceasta. Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse biocide, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă

completă sau cărora li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.

Același argumente referitoare la specializarea furnizorilor pe o anumită categorie de dezinfectanți și impedimentele privind asocierea acestora conduc, în mod evident și contrar susținerilor autorității contractante, la concluzia că în cazul procedurii de achiziție publică organizată prin licitarea împreună a celor trei categorii de dezinfectanți există o mai mare probabilitate ca această să se finalizeze prin absența ofertelor, decât în cazul licitației organizată pe loturi.»

Sunt de reținut și cele precizate de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 1380/23.03.2017:

«Din ansamblul dispozițiilor art. 141 din Legea nr. 98/2016 nu se poate concluziona că regula instituită de legiuitor este aceea de a obliga autoritatea contractantă să procedeze la atribuirea contractului de achiziție pe loturi, fiind evident că textul de lege vorbește despre un atare drept al autorității, iar nu despre o obligație în acest sens, cum a susținut petenta. Împrejurarea că la alin. (3) al aceluiași articol se face vorbire despre o obligație a autorității de a motiva decizia de a nu atribui contractul pe loturi nu poate conduce la o astfel de concluzie în cauză. Este evident că, în cazul în care este posibil ca, după natura contractului, acesta să poată fi atribuit pe loturi, autoritatea trebuie să justifice soluția adoptată de a proceda la atribuirea unui singur lot, prin motivarea deciziei sale. Însă împrejurarea că autoritatea are obligația de a justifica măsura adoptată nu se interpretează în sensul că decizia de atribuire pe loturi a contractului trebuie scoasă din sfera oportunității (măsură lăsată la latitudinea autorității contractante) și trecută în sfera măsurilor imperative, de la care autoritatea nu poate să se abată.

Este adevărat că măsura atribuirii pe loturi a contractului de achiziție favorizează participarea la proceduri a întreprinderilor mici și mijlocii, aceasta fiind și rațiunea modificărilor și transparentizării procedurilor de atribuire. Însă acest deziderat nu trebuie absolutizat, știut fiind că un prim principiu de bază al procedurii de achiziție este acela al interesului public și al cheltuirii resurselor publice în conformitate cu acest interes. Or, în speță, autoritatea contractantă și Consiliul au justificat măsura atribuirii unui singur lot, prin aceea că produsele solicitate sunt corelate (...) ».

Se observă din deciziile amintite că instanțele de judecată au avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, despărțirea în loturi distincte a dezinfectanților, în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de atribuire al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale (în care se include prin analogie și MUNICIPIUL AIUD) 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 procedurii de atribuire în 3 loturi și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

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:

«Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. [...] Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în eforturile lor de a facilita participarea

IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de

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

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>):

«Din analiza prevederilor legale incidente, rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici».

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreuna concurența a fost confirmat și în Decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel București, 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 nefundată, 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 îngreunări 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 posibilităților ofertanților 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».

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 București, 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.

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

Cu alte cuvinte, unitatea achiziitoare nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele trei produse, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea procedurii fiind întemeiate, cele 3 produse fiind diferite (mască de scă de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini și dezinfectant pentru suprafețe), având funcționalități diferite, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării procedurii și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 3 produse solicitate.

Însă, restructurarea, pe loturi, a procedurii, 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. Prin urmare, cererea de divizare fiind întemeiată, așa cum s-a arătat mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire

În stabilirea acestei finalități, s-a ținut seama și de adresa nr. 65869/18.10.2019, emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României în urma unei solicitări a Consiliului, potrivit cu care „(...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.”

Fiind constatată necesitatea anulării procedurii și împărțirea pe loturi distincte a celor 3 produse componente ale acestei proceduri, Consiliul nu se va mai pronunța asupra celorlalte critici formulate în contestație.

În ceea ce privește restul criticilor, având în vedere măsura dispusă, este inutilă analiza lor în cadrul procedurii deja anulate. Consiliul reține că autoritatea contractantă trebuie să reanalizeze documentația de atribuire cu ocazia inițierii unei noi proceduri, dacă acest lucru se va întâmpla, sub aspectul specificațiilor tehnice, inclusiv sub aspectul oportunității achiziției și a cantităților, în contextul în care restricțiile cauzate de COVID au fost ridicate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va anula procedura de atribuire în partea dedicată lotului 2.

Ca urmare a admiterii contestației formulate de SC ... SRL și observând că există cheltuieli avansate de acesta în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și admite, în conformitate cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, solicitarea contestatoarei de

obligare a autorității contractante, aflată în culpă, la plata cheltuielilor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile reclamate sunt în sumă de 3.570 lei și reprezintă onorariu avocat prestate de ..., facturate cu factura seria CAVLV nr. 0435 din data de 23.05.2022 și achitate conform OP, emis de OTP Bank România SA în data de 23.05.2022, ambele având valoarea de 3.570 lei.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire în partea dedicată lotului 2.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 3.570 lei reprezentând onorariu de avocat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 22 (douăzeci și două) pagini.