

**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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. ....**

**Data: ....**

Prin contestația nr. 3957/29.11.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ...., formulată de ....., cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având CUI RO ....., reprezentată legal prin administrator ..... și asistată și/sau reprezentată juridic prin ....., împotriva documentației de atribuire elaborată de .....(.....), cu sediul în localitatea ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului având ca obiect *Dotarea unităților de învățământ din .....cu dispozitive și echipamente de protecție necesare prevenirii răspândirii infecției cu virusul SARS CoV – 2*, **Loturile .. și ..**, s-au solicitat:

- anularea loturilor .. – „*Aparate de sterilizare, de dezinfectare și de igienizare*” și ..-„*Dezinfectanți*” - ale achiziției;
- în subsidiarul primului petit, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini pentru loturile .. și .. în raport de cererile din contestație;
- suspendarea continuării procedurii loturilor .. și .. ale achiziției în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... critică documentația de atribuire din procedura anterior menționată, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Reclamanta solicită restructurarea loturilor .. și .. și organizarea achiziției acestor loturi prin relotizarea lor, ținând cont că, prin modul actual de compunere al celor 2 loturi, achizițarea a încălcat regula prevăzută de art. 18 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, atrage atenția asupra faptului că, în condițiile în care, produsele care fac obiectul achiziției sunt *echipamente medicale* (la lotul ...), respectiv *dezinfecțanți medicali* (la lotul ..), în speță nu este întrunită condiția de similaritate, ele nefiind destinate unor utilizări identice sau similare (*un nebulizator nu va putea fi niciodată utilizat în mod similar/identic cu un dispenser, un dezinfecțant de mâini nu va putea fi folosit în mod identic/similar cu unul pentru suprafețe*).

În susținerea celor ante-menționate, contestatoarea invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale în materie.

Notează contestatoarea că, dacă cererea sa de restructurare a celor 2 loturi contestate va fi considerată întemeiată, atunci se impune anularea achiziției, cu motivarea în jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale în materie pe care ..... o invocă.

În continuare, autoarea contestației redă cererile sale vizând dezinfecțării ce ar urma să constituie eventuale loturi separate (în situația în care cererea sa de anulare a achiziției ar fi respinsă, dar va fi admisă cererea de restructurare a loturilor).

Față de obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin dispozițiile art. 154 din Legea nr.98/2016, reclamanta solicită obligarea achizițoarei la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale dezinfecțanților (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază, respectiv se va întemeia pe dispozițiile standardului general EN 14885:2022 (devenit standard național la 31.08.2022) și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin acest standard.

Contestatoarea, redând dispozițiile legale incidente în cauză, subliniază faptul că ..... își propune să achiziționeze produse capabile să asigure protecția impusă de existența pandemiei COVID 19 prin dezinfecție, prin utilizarea de produse chimice în spații instituționale (unități de învățământ), și dezinfecțantele solicitate trebuie să fie, în mod unic sau alternativ cu produsele dispozitive medicale, produse biocide, care trebuie să fie avizate de Comisia Națională pentru Produse Biocide (C.N.P.B.).

De asemenea, reclamanta solicită obligarea autorității contractante la recunoașterea aplicabilității prevederilor OMS nr.1761/2021 în ceea ce privește utilizarea dezinfecțanților achiziționați prin prezenta procedură, acolo unde nu există prevederi speciale care să înlăture aplicarea sa.

Subliniază că, neexistând nici lege aplicabilă, nici uzanțe care să reglementeze dezinfecția în aria instituțională, se aplică „dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare”, în speță, dispozițiile legale privind dezinfecția în aria medicală.

Referitor la lotul .., „*Aparatura destinata dezinfectiei si sterilizării aerului de tipul nebulizatoarelor*”, contestatoarea aduce argumente în susținerea faptului că scopul achiziției este contradictoriu stabilit, ținând cont că, în baza caietului de sarcini, produsul ar trebui să servească scopului: „*Dispozitiv care asigură dezinfecția aerului și suprafețelor pe cale aeriană*”.

Potrivit singurelor norme existente în materie de dezinfecție, în opinia ....., cele două tipuri de dezinfecție comportă mijloace tehnice și specificități diferite, conform dispozițiilor art. 8 alin. (2) din Anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021, pentru realizarea dezinfecției aerului în spațiile închise utilizându-se aparate de dezinfecție cu raze ultraviolete.

Conform prevederilor art. 9 din Anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021, contestatoarea apreciază că nebulizatorul solicitat de achizitoare nu poate servi decât la dezinfecția chimică pe cale aeriană a suprafețelor, așadar, dacă dorește un aparat pentru dezinfecția aerului, atunci .....trebuie să schimbe obiectul achiziției (în loc de *nebulizator*, un *aparat de dezinfecție cu ultraviolete*).

În eventualitatea că autoritatea contractantă decide să achiziționeze *dezinfectant* („*Dezinfectant pentru aparate*” în lotul ..) + *nebulizator* (în lotul ..) pentru dezinfecția suprafețelor pe cale aeriană, ..... consideră just faptul că achizitoare a observat că cele două produse trebuie să acționeze împreună (să fie compatibile).

În acest context, critică *inconsecvența* autorității contractante care nu a stabilit cerințele/specificațiile tehnice ale celor două produse în raport de această situație de compatibilitate și de scopul achiziției - asigurarea *dezinfecției pe cale aeriana a suprafețelor*.

Din punctul de vedere al reclamantei, a pretinde un *dispozitiv de difuzare/aplicare* cu anumite caracteristici specifice (nu de ordin general, precum *Tensiune de alimentare 230 V/50Hz; Protecție la scurtcircuit*) înseamnă a *dirija atribuirea contractului* pentru *dezinfectant* și (în speță) *nebulizator* către producătorul care întrunește respectivele caracteristici tehnice, aceasta însemnând încălcarea de către achizitoare a prevederilor art.156 alin. (2) din Legea nr.98/2016.

Mai mult, ..... consideră ca fiind de utilitate pentru autoritatea contractantă stabilirea unei metode de evaluare a eficacității cuplului *dezinfectant - dispozitiv* prin raportare la scopul achiziției, respectiv efectuarea de testări conform standardului EN 17272.

Raportat la cele susmenționate, pentru „*aparatura destinata dezinfectiei si sterilizarii aerului de tipul nebulizatoarelor*”, contestatoarea solicită eliminarea tuturor caracteristicilor tehnice care sunt specifice doar anumitor produse.

De asemenea, referitor la produsul „*dispenser*” de la lotul .., arată că acesta trebuie să se afle în compatibilitate cu produsul lotului ..

„Dezinfectanți mâini pentru dispenser”, structurarea în poziții diferite a celor două produse fiind greșită.

..... subliniază faptul că datele tehnice ale *dezinfecantului* și *dozatorului* diferă de la un produs la altul, esențială însă fiind realizarea scopului achiziției în parametrii de eficacitate stabiliți prin normele tehnice și juridice aplicabile *dezinfecantului* și *dezinfecției*.

Totodată, precizează că acest scop se poate realiza pe căi tehnice diferite, astfel încât stabilirea unor cerințe care să favorizeze doar anumite produse este contrară principiului asigurării unei deschideri cât mai largi a concurenței.

În opinia reclamantei, este suficient a iniția achiziția *dezinfecantului*, solicitând totodată ofertantelor să furnizeze și dozatoarele compatibile/capabile să realizeze dozarea și aplicarea acestuia.

O altă solicitare a contestatoarei vizează eliminarea cerinței „Dozatorul să aibă capacitatea de 1,3 litri” sau la modificarea acesteia în sensul stabilirii unei marje *rezonabile* de capacitate – între 1-2 litri, capacitatea de 1,3 litri fiind considerată atipică de către reclamantă, caracteristică produselor .....

Mai mult, contrar cerinței de compatibilitate cu capacitatea de 1,3 litri, reclamanta atrage atenția că, în caietul de sarcini pentru produsul de la lotul .. „Dezinfectanți mâini pentru dispenser”, se solicită „Produsul va fi ambalat în recipient de 1 litru”.

Pentru lotul ..., produsul „Dezinfectant pentru aparate”, ..... solicită în primul rând înlocuirea actualului spectru de activitate microbicidă cu cel prevăzut de standardul EN 14885:2022 pentru un produs destinat dezinfecției pe cale aeriană a suprafețelor din aria instituțională, respectiv efectele bactericid, levuricid, fungicid, virucid, sporid, micobactericid trebuie dovedite prin testări conform standardului EN 17272.

Reclamanta solicită modificarea următoarelor cerințe:

- completarea cerinței „după dezinfecție să nu fie necesare măsuri suplimentare de spălare, clătire, ștergere, etc” cu solicitarea de probe tehnice obiective/neutre (rapoarte de testare și altele asemenea) pentru dovedirea compatibilității produsului cu suprafețele pe care urmează a fi aplicat;

- completarea cerinței „să fie biodegradabil, să nu fie toxic, să nu fie alergen, să nu aibă acțiune corozivă” în sensul „în stare difuzată, produsul trebuie să fie biodegradabil, să nu fie toxic, să nu fie alergen, să nu aibă acțiune corozivă”;

- eliminarea cerinței „Pe ambalaj trebuie să existe marcaj CE”, întrucât, așa cum a reținut și autoritatea contractantă într-o altă cerință, produsul oferat trebuie să fie produs biocid (care nu necesită marcaj CE);

- modificarea cerinței „3. *Compatibilitate demonstrată cu testări între substanțele biocide folosite pentru dezinfecție pe cale aeriană și echipamentul oferat (descrie la punctul 3.4.1.1)*” în sensul „*Compatibilitate cu nebulizatorul oferat demonstrată cu testări de eficacitate conform standardului EN17272*”.

Pentru produsul „*Dezinfectanți distribuiți individual 500 ml/flacon*”, contestatoarea solicită modificare a cerințelor conform celor de mai jos:

- Modificarea cerinței de compoziție „*pe baza de alcool izopropilic și n-propanol*” în sensul „*pe baza de alcooli în proporție de 60 - 80 %*” recomandat prin „*Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale*” - pag.34;

- completarea cerinței „*Formulat cu un emolient (agent de umectare) pentru prevenirea iritării și uscării pielii*” prin solicitarea de probe tehnice obiective/neutre (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

De asemenea, ..... solicită introducerea cerinței: „*Să prezinte perioada de valabilitate/ stabilitate/ siguranța în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranța post-deschidere recipient (care trebuie arătată de autoritatea contractantă, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade*”.

Contestatoarea apreciază că, fără această cerință, .....va putea ajunge în situația de a achiziționa un produs a cărui valabilitate post-deschidere recipient să fie de (exemplu) 1 zi sau să nu existe nicio dovadă obiectivă a declarației producătorului că produsul său are o valabilitate post-deschidere recipient de (exemplu) 200 zile.

În susținerea faptului că această cerere este întemeiată inclusiv pentru unități achiziitoare din sfera instituțională (nu doar pentru cele din aria medicală) reclamanta invocă jurisprudența CNSC în materie.

..... solicită modificarea cerinței „*Să fie condiționat în ambalaje de 500 ml*” în sensul stabilirii unei marje de capacitate a ambalajului - maximum 1 litru, prin raportare la criteriul esențial de apreciere a unui dezinfectant - eficacitatea.

Referitor la produsul „*Dezinfectanți suprafețe*”, reclamanta solicită admiterea în competiție și a produselor chimice dezinfectante clasificate *dispozitive medicale*, respectându-se astfel principiile achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În susținerea celor de mai sus invocă jurisprudența CJUE și a instanțelor naționale în materie.

În continuare, contestatoarea solicită înlocuirea actualului spectru de activitate microbicidă („*Dezinfectant bactericid pentru suprafețe - gata de utilizat - cu efect bactericid*”) cu cel prevăzut de autoritatea contractantă pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor fără

acțiune mecanică (pulverizare – achizițarea solicită *„produs ambalat în recipient de 1 litru cu pulverizator”*) în aria instituțională, adică bactericid - EN 1276 și EN 13697, levuricid - EN 1650 și EN 13697, fungicid - EN 1650 și EN 13697, cu înlăturarea efectului sporicid – EN 13704 (întrucât dezinfectia de nivel scăzut, potrivită pentru suprafețele și mobilierul din unitățile de învățământ, nu prevede eficacitate antispori), dar cu adăugarea activității virucide dovedită prin standardul EN 14476 pentru o acțiune limitată la virușii anvelopați (din care face parte și virusul SARS COV-2).

Pentru a se asigura protecția bunurilor unităților școlare pentru care se efectuează achiziția, reclamanta adresează și cerere de completare a cerinței *„recomandat pentru dezinfectia mobilierului”* cu solicitarea de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente), care să dovedească compatibilitatea produsului oferit cu materialul suprafețelor descrise.

Raportat la produsul *„Dezinfectanți mâini pentru dispenser”*, ..... solicită înlocuirea actualului spectru de activitate microbicidă cu cel prevăzut de standardul 14885:2022 pentru un produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin frecare, în aria instituțională, adică bactericid - EN 1276 și EN 1500, levuricid - EN 1650, cu adăugarea activității virucide dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale, dar aplicabil și ariei instituționale, pentru care nu există un standard specializat) pentru o acțiune (cel puțin) limitată la virușii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV-2).

De asemenea, referitor la același produs, reclamanta solicită înlocuirea specificației de compoziție *„pe baza de etinol min. 70%”* în sensul *„pe baza de alcoolii în proporție de 60 - 80 %”*, recomandat prin Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale, pag.34.

Contestatoarea apreciază că se impune și completarea cerinței *„...zilnic pentru îngrijirea și protejarea pielii. Spuma cremoasă și glicerina curată pielea, o hidratează și o catifelează în timp ce ingredientele active te protejează împotriva bacteriilor.”*, prin solicitarea de probe tehnice obiective/neutre (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

În final, ..... solicită introducerea cerinței *„Să prezinte perioada de valabilitate/ stabilitate/ siguranța în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranța post-deschidere recipient (care trebuie arătată de autoritatea contractantă, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”*.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 11244/06.12.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. ...., .....(.....), în calitate de autoritate

contractantă, solicită respingerea contestației formulată de ....., ca nefondată, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Referitor la modalitatea de lotizare, criticată de către reclamantă, autoritatea contractantă apreciază că a respectat prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016 și că pentru tot lotul ... categoriile de produse din componența acestuia au valența de produse similare, la fel ca acelea stabilite pentru lotul .., în context devenind aplicabile și dispozițiile art. 141 din Legea nr. 98/2016.

Împotriva celor susținute de către contestatoare, .....afirmă că alegerea lotizării este un drept al autorității contractante, care a stabilit dimensiunea și obiectul loturilor în funcție de destinația acestora și categoriile de produse, în mod conform cu scopul achiziției. Produsele pe care ofertantele trebuie să aibă capacitatea de a le furniza sunt în mod clar specificate, identificate conform standardelor aplicabile.

Achizitoarea evidențiază faptul că, deși contestatoarea arată că, în optica sa, anumite produse incluse în loturile ... și ... ar trebui circumscrise unor *specificații exacte cu produsele utilizate în mediul medical*, tot reclamanta afirmă că regulile din domeniul medical sunt reglementate distinct, cu strictete doar în raport de acesta (de exemplu: Legea nr. 95/2006 nu se aplică în mod automat și în alte medii, respectiv în medii instituționale - sistemul de învățământ: „*nu există asemenea reguli de efectuare a dezinfectiei în sfera instituțională - pag.14/36 din contestație*”).

În opinia autorității contractante, din analiza documentației, rezultă că alegerea caracteristicilor și specificațiilor produselor de la loturile .. și .., au un caracter general, ele nu tind să restrângă în vreun fel concurența or să aducă vreo ingerință în sfera principiilor achizițiilor publice, astfel că sunt prevăzute caracteristici în concordanță cu scopul și obiectul achiziției.

..... a constituit cauțiunea în sumă de ..... lei, la dosarul cauzei fiind depusă recipisa de consemnare nr. ...., eliberată de CEC BANK – SUCURSALA ....., înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr. ....

*Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:*

.....(.....), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de achiziție publică având ca obiect *Dotarea unităților de învățământ din .....cu dispozitive și echipamente de protecție necesare prevenirii răspândirii infecției cu virusul SARS CoV - 2*, cod CPV principal 33191000-5 Aparate de sterilizare, de dezinfectare și de igienizare (Rev. 2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1049579/19.11.2021, la care a anexat documentația

de atribuire. Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la 28.12.2022, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire aferente loturilor nr. ..și .., ..... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire a fost respins, ca nefondat, prin Încheierea nr. ....

Pe fond, examinând susținerile părților și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul reține că nemulțumirea contestatoarei vizează, într-un prim aspect, structura achiziției pentru loturile .. și .., nefiind întrunită condiția de similaritate, acesta susținând că un nebulizator nu va putea fi niciodată utilizat în mod similar/identic cu un dispenser iar un dezinfectant de mâini nu va putea fi folosit în mod identic/similar cu unul de suprafețe.

Astfel cum rezultă din informațiile documentației de atribuire, produsele care fac obiectul lotului ... sunt reprezentate de:

- Aparatură destinată dezinfecției și sterilizării aerului de tipul nebulizatoarelor – 6 buc.;

- Dispenser – 27 buc.;

iar cele care fac obiectul lotului ... sunt reprezentate de:

- Dezinfectanți pentru aparate (pentru dezinfecția prin nebulizare uscată) – 72 l;

- Dezinfectanți distribuiți individual 500 ml/flacon (dezinfectant pentru mâini) – 1.320 buc.;

- Dezinfectanți suprafețe – 135 l;

- Dezinfectanți mâini pentru dispenser – 540 buc.

Prin urmare, se observă, așa cum subliniază și contestatoarea, că autoritatea contractantă a decis să achiziționeze, la comun, într-un lot global – lotul .., două tipuri de echipamente – nebulizatoare și dispensere - care au funcționalități diferite, autonome și independente, situația fiind similară și în cazul produselor lotului .., unde unele dintre produse fac parte din categoria dezinfectanților pentru suprafețe, iar, altele, sunt dezinfectanți pentru mâini.

Față de această structură, constată Consiliul că, în strategia de contractare sunt consemnate următoarele:

La defalcarea loturilor, autoritatea contractanta a avut în vedere următoarele:

- loturile au fost stabilite în funcție de destinația/departamentul în care vor fi utilizate, dar și în funcție de scopurile pentru care vor fi utilizate echipamentele.

- particularitățile tehnice ale tipurilor de echipamente propuse a fi achiziționate,

- destinația și scopul acestora, așa cum rezulta din descrierile din caietul de sarcini și fișele tehnice anexate,

- faptul că acestea sunt realizate de producători diferiți,

- necesitatea de a facilita accesul la procedură mai multor operatori economici în vederea încheierii contractelor de furnizare.

Autoritatea contractanta a ales aplicarea procedurii de licitatie deschisa pentru atribuirea contractului pe ... loturi, deoarece:

- Caietul de sarcini include specificații tehnice referitoare la echipamentele care urmeaza a fi achizitionate ce sunt definite în mod clar,

- Termenii contractuali sunt stabiliți în mod clar și corelați cu conținutul caietului de sarcini,

- Potențialii ofertanți pot elabora o ofertă completa, întrucât informațiile incluse în documentația de atribuire permit o identificare clară a efortului necesar și a costurilor generate de implementarea contractului,

- Valoarea estimată a fost stabilită pe baza informațiilor din caietul de sarcini și a condițiilor contractuale, precum si in baza preturilor la echipamente similare existente pe piața de profil.

În punctul de vedere transmis Consiliului cu prilejul soluționării contestației, răspunzând criticilor contestatoarei privind restructurarea achiziției pentru loturile .. și ..., achizitoarea susține că, pentru aceste loturi, categoriile de produse din componența acestora au valențe de produse similare și că alegerea lotizării este un drept al autorității contractante care a stabilit dimensiunea și obiectul loturilor în funcție de destinația acestora și categoriile produselor, în mod conform cu scopul achiziției.

În soluționare, Consiliul reține relevanța următoarelor prevederi legale:

- 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. 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.

În Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. **În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari.** O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. [...] Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în **eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare al obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi** la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

Art. 42 alin. (2) din Directiva 2014/24 impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctul 35).

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

2009, CoNISMa (C305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), că unul dintre

obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer Rundfunk și alții [C337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a

ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.

Necesitatea deschiderii pieței a fost 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**.

Se constată, astfel, că legislația națională, cât și cea europeană sunt în aceeași direcție, promovarea concurenței între operatorii economici însemnând, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea produselor ce urmează a fi achiziționate în mai multe loturi, este, în opinia Consiliului justificată, în condițiile în care, din perspectiva autorității contractante nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau, de pildă, pentru patru loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

De asemenea, reține Consiliul că împărțirea pe mai multe loturi este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii, obligație instituită în sarcina autorităților locale de Legea nr. 346/2004 (din care, prin analogie, face parte și unitatea achizitoare).

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de includerea, în cadrul unui singur contract, a unor produse/echipamente independente, ca funcționalitate, Consiliul constată caracterul întemeiat al criticilor contestatoarei.

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.

Or, analizând tipul produselor obiect al loturilor .. și ..., se observă că deși acestea pot fi încadrate în categoria echipamentelor necesare dezinfectiei / dezinfectanților, ele sunt destinate unor utilizări diferite unele care asigură dezinfecția aerului și suprafețelor pe cale aeriană prin efectul nebulizării, unele constând în dozator dezinfectant cu funcționare pe bază de senzor utilizat pentru dezinfecția mâinilor - lot .., unele pentru suprafețe, iar, celelalte, pentru tegumente/mâini - lot ...

Chiar dacă scopul utilizării acestor produse este activitatea de dezinfectare, ele fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru aer, pentru mâini, pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe diferite.

Din modalitatea în care autoritatea a configurat loturile .. și .., fiecare operator economic are obligația să prezinte ofertă pentru întreaga gamă aferentă celor două loturi, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta întreaga gamă, pentru fiecare dintre cele două loturi, vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca neconforme. Situația este aceeași și în cazul operatorilor economici care pot oferta ambele tipuri de echipamente în cazul lotului .. sau toate produsele în cazul lotului .., dar unul dintre ele nu respectă specificațiile tehnice impuse de autoritatea contractantă.

Așadar, actuala structură a loturilor .. și .. este în dezavantajul autorității, care riscă să respingă o ofertă conformă pentru unul dintre echipamente/produse, doar pentru că, de pildă, al doilea nu respectă cerințele sale tehnice. Rămânând grupate, este posibil ca autoritatea să nu achiziționeze niciun echipament sau produs, deoarece o simplă neconformitate, la oricare dintre aparatele/produsele respective, duce la respingerea ofertei pentru ambele. În altă ordine de idei, dacă ar rediviza loturile .. și ..., șansele autorității de a atribui contractul pentru fiecare echipament/produs în parte ar crește.

În pofida argumentului adus de autoritate, că atribuirea unei proceduri de atribuire pe loturi este un drept al său, Consiliul subliniază că principiile constând în nediscriminare, tratamentul egal și proporționalitate prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale. De asemenea, ele primează și prin faptul ca autoritatea este ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței între cât mai mulți furnizori de echipamente/produse medicale, indiferent dacă preferă facilitatea administrării unui singur contract de achiziție pentru lotul .. și a unui singur contract pentru lotul ...

Prin urmare, deși nu este interzisă gruparea echipamentelor lotului ... sau a produselor lotului .. independente într-un singur contract (un singur lot), dacă aceste grupări determină anumite îngrădiri pentru

operatorii economici interesați să participe la licitație, ele devin abuzive și contrare principiilor de la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Prin împărțirea respectivelor echipamente/produse pe loturi distincte, în funcție de categoria din care fac parte, și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, se creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice. Divizarea pe loturi asigură o concurență reală, în vederea atribuirii oricărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de produse în condiții de eficiență economică și socială, toți operatorii economici interesați având posibilitatea reală să depună oferte pentru unul sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat câștigător pentru cel puțin un lot.

Astfel, reține Consiliul că, raportat la necesitatea declarată a autorității contractante – dotarea instituțiilor de învățământ din .....cu dispozitive și echipamente de protecție necesare răspândirii infecției cu virusul SARS COV-2 – nebulizatoarele pot fi utilizate la fel de bine și în situația în care dispensererele sunt livrate de un alt furnizor sau viceversa, situația fiind similară și în cazul furnizorului dezinfectanților pentru suprafețe diferit de cel al celor pentru mâini.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând structura achiziției pentru loturile .. și .. se constată a fi întemeiate.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesar a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării echipamentelor lotului .. și produselor constând în dezinfectanți pentru mâni și suprafețe în cazul lotului ...

Însă, ținând cont de cele învederate de Agenția pentru Agenda Digitală a României prin corespondența nr. 65869/18.10.2016 și anume (...) 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, dar și prin adresa nr. 3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, potrivit cu care Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor, Consiliul reține că divizarea produselor ce fac obiectul prezentei proceduri 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.

În sensul celor de mai sus, a dispus, într-o speță similară și Curtea de Apel Alba Iulia în decizia sa nr. 223/2019, pronunțată în dosarul nr. 54/64/2019:

În acord cu poziția majoritară a membrilor CNSC, Curtea constată că **măsurile de remediere ale documentației de atribuire sunt substanțiale și de esență și atrag**

**reconfigurarea fișei de date a achiziției și caietului de sarcini, în ceea ce privește numărul de loturi și conținutul acestora, precum și specificațiile tehnice aferente.**

Instanța reține că AC a prevăzut în documentația de atribuire un număr de 10 loturi, din care 7 au fost contestate (loturile 1,2,3,5,6,7,8) și criticile au fost găsite întemeiate.

Curtea constată că se impune modificarea actelor premergătoare inițierii procedurii în sensul *stabilirii valorii estimate a fiecărui lot, urmare regândirii și reconfigurării loturilor*.

Față de conținutul adresei Agenției pentru Agenda digitală a României, Curtea constată că ***pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurii de atribuire pe loturi, acestea nu pot fi modificate, fiind configurate odată cu documentația de atribuire***.

Contrar opiniei separate, îmbrățișată de petentă, adresa 65869/18.10.2016 emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României, confirmă faptul că **remedierea nu este posibilă în situația în care se impune modificarea configurației loturilor, întrucât acestea trebuie să rămână neschimbate**. Această interdicție face imposibilă remedierea actului atacat în sensul art. 26 al. 2 lit. c Legea 101/2016.

Este adevărat că implementarea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității actelor atacate prin contestație este o etapă ulterioară pronunțării Deciziei Consiliului însă, aspectul privind posibilitatea AC de a lua sau nu măsuri de remediere poate fi prefigurat încă din faza judecării contestației și *art. 26 al. 2 Legea 101/2016 dă posibilitatea Consiliului de a anula procedura de atribuire pentru acest motiv*.

În privința încălcării principiului disponibilității, raportat la faptul că niciun contestator nu a solicitat anularea procedurii și, prin măsura dispusă au fost anulate și loturi necontestate (loturile 4, 9,10), Curtea arată că măsura dispusă de Consiliu privește întreaga procedură de achiziție tocmai pentru că se impun modificări ale documentației de atribuire prin regândirea acestora în mod integral.

Prevederile art. 26 al. 2 lit. c Legea 101/2016 constituie temeiul legal care conferă legitimitate măsurii de anulare a procedurii de achiziție, fără alte condiționări. Întrucât legea nu distinge, se consideră că acestui temei de drept, nu îi poate fi opus principiul disponibilității.

Prin urmare, este fără echivoc faptul că adoptarea măsurilor de remediere despre care s-a făcut vorbire în cuprinsul deciziei este imposibilă, situație în care apare ca lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie adoptate de autoritatea contractantă, precum și faptul că împărțirea pe mai multe loturi a procedurii nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va admite capătul principal de cerere și va dispune anularea procedurii pentru loturile .. și ....

Față de soluția prefigurată, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte critici ale contestatoarei, o asemenea analiză fiind de prisos câtă vreme procedura urmează să fie anulată. Pe cale de consecință, respectivele critici sunt rămase fără obiect.

Astfel, va respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere subsidiar privind modificarea caietului de sarcini pentru loturile .. și ....

Luând în considerare cele anterior expuse, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ....., în contradictoriu

cu .....(.....), în calitate de autoritate contractantă, și va dispune anularea procedurii de atribuire pentru loturile .. și ...

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 formulată de ....., în contradictoriu cu ..... (.....), în calitate de autoritate contractantă, și anulează procedura de atribuire pentru loturile .. și ...

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere subsidiar privind modificarea caietului de sarcini pentru loturile ... și ...

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

