

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2237/06.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 44417/07.09.2022, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin „...”, împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*FURNIZARE CONSUMABILE MEDICALE ÎN CADRUL PROIECTULUI – CONSOLIDAREA CAPACITĂȚII DE GESTIONARE A PANDEMIEI GENERATĂ DE VIRUSUL SARS COV2 LA NIVELUL UNITĂȚILOR DE ÎNVĂȚĂMÂNT DE PE RAZA, JUDEȚUL ...*”, s-a solicitat, în principal, anularea procedurii și, în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini în raport cu cele cuprinse în contestație.

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, solicitare admisă de Consiliu prin Încheierea nr. .../09.09.2022.

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

Prin contestația formulată, cu referire la solicitarea de anulare a procedurii, ... consideră că se impune restructurarea acestui lot prin organizarea achiziției în 7-9 loturi, respectiv câte un lot pentru unul sau două produse.

În acest sens, arată că, autoritatea contractantă dorește achiziționarea a 9 produse, respectiv 192.850 buc de măști, 1.910 litri dezinfectanți pentru mâini, 1.670 litri dezinfectanți pentru suprafețe, 1.500 litri dezinfectanți pentru aer (pentru nebulizator), 14 bucăți nebulizatoare, 15 bucăți dispensere cu senzor pentru dezinfectanți mâini, 18 covoare

pentru controlul contaminării, 6 cutii pentru deșeuri infecțioase, 1.920 litri săpun lichid. Potrivit contestatoarei, între cele 9 produse nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract, cu excepția produselor dezinfectanți pentru aer (pentru nebulizator) + nebulizatoare și dezinfectanți pentru mâini + dispensere cu senzor pentru dezinfectanți mâini. Adăugarea mai multor produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 9 produse ale lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

De altfel, operatorii economici cărora li se adresează procedura sunt specializați pe trei piețe diferite: cea a echipamentelor medicale (reprezentată de 5 produse), cea a dezinfectanților medicali (reprezentată de 3 produse) și cea a produselor cosmetice (reprezentată de un produs).

Pentru situația în care se va aprecia că solicitarea de restructurare a procedurii este neîntemeiată, contestatoarea apreciază că se impune anularea procedurii, în susținere, invocând jurisprudența Consiliului.

Cu privire la solicitarea de modificare a caietului de sarcini în ceea ce privește dezinfectanții, contestatoarea apreciază că se impun următoarele:

1. Produsul „dezinfectant pentru mâini”:

a) obligarea autorității contractante la modificarea cerinței „Documentele se prezintă în copie autenticată și traduse în limba română,” în sensul „Documentele se prezintă în copie certificată pentru conformitate cu originalul și, acolo unde este cazul, cu traducerea autorizată aferentă”.

Autentificarea unui înscris presupune costuri, timp - ceea ce îngreunează accesul la participare al IMM-urilor, constatare făcută și în considerentul (84) al DIRECTIVEI UE nr. 24/2014 - „un obstacol major în calea participării lor la achizițiile publice îl reprezintă sarcinile administrative care decurg din necesitatea de a produce un număr semnificativ de certificate sau alte documente legate de criteriile de excludere și de selecție”.

b) obligarea autorității contractante la eliminarea referirilor la OMS nr. 1082/2016 și OMS nr. 961/2016 - acte abrogate (prin OMS nr. 2244/2022, respectiv OMS nr. 1761/2021), care astfel nu pot servi drept temei legal pentru organizarea prezentei achiziții.

c) obligarea autorității contractante la înlocuirea întemeierii spectrului de activitate al produsului pe ediția 2015 a standardului EN 14885 cu întemeierea pe ediția 2018 a standardului.

d) obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de acțiune al produsului conform prevederilor standardului privitoare la activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională, cu adăugarea activității virucide (justificarea

achiziției constă în necesitatea combaterii pandemiei COVID 19), dovedită prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virușilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2).

e) obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „Să fie specificat pH-ul produsului, cât mai aproape de neutru” ca fiind redundantă - prin raportare la cerințele (mult mai concludente) existente în caietul de sarcini: să nu producă iritații la utilizări repetate, să conțină substanțe cu rol dermaprotector, să nu prezinte efecte adverse locale și sistemice”.

- pe de altă parte, cerința este lipsită de vreo justificare tehnică (în condițiile în care teoretic, o piele sănătoasă, normală este ușor acidă, adică are un PH încadrat între valorile 4,5 și 6,5 - <https://www.sole.ro/articole/ce-este-ph-ul-pielii-si-cum-alegem-produsele-potrivite-de-skincare>; <https://www.peroz.ro/frumuseti/ce-este-ph-ul-pielii-si-cum-alegem-produsele-potrivite-de-skincare-21988>).

- nu există nicio reglementare tehnică și/sau juridică care să lege efectul microbiocid al unui asemenea dezinfectant de valoarea PH.

f) obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „Să prezinte marcaj european de conformitate CE” - cerința fiind specifică unui dezinfectant clasificat dispozitiv medical (or, în speță, autoritatea contractantă solicită un produs biocid, iar un dezinfectant pentru mâini oricum nu ar putea fi considerat dispozitiv medical, în considerarea suportului de dezinfectat - mâinile - care nu pot fi dispozitive medicale).

g) obligarea autorității contractante la completarea cerințelor: „Să nu producă iritații la utilizări repetate, să nu prezinte efecte adverse locale și sistemice”, prin solicitarea de atestări tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să ateste lipsa nocivității utilizării produsului pentru mâini. Se asigură astfel un criteriu clar, obiectiv și tehnic privind modul în care sunt îndeplinite cerințele în cauză.

h) obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de documentare „Rapoarte ale testărilor conform spectrului de activitate menționat la Caracteristici tehnice punctul a) efectuate în laboratoare acreditate conform DIN EN ISO/IEC 17025: 2005, independente de producătorul produsului dezinfectant” în sensul eliminării sintagmei „independente de producătorul produsului dezinfectant”.

2. Produsul „Dezinfectant pentru suprafețe”

a) obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „Se vor livra în total 5 seturi cu 5 soluții de 100 ml pentru testarea dezinfecției suprafețelor care să includă: marker pentru soluție fluorescentă, lanternă cu lumină ultravioletă și pipetă pentru umplerea markerului”.

- aceasta este o cerință care, ea în sine, constituie un alt obiect al achiziției; atașarea acestei sarcini de o cerință de achiziționare dezinfectanți este vădit nelegală, schimbând piața de specializare a

oferantului (cerința se referă la echipamente medicale, cu accesoriile sale).

b) obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței stabilind compoziția dezinfectantului dorit - „Produsul trebuie să prezinte o concentrația de alcool trebuie să fie < 50%” întrucât contravine prevederilor art. 156 alin. (2) Legea nr. 98/2016: „(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”.

- nu există prevederi tehnice și legale care să lege eficacitatea unui produs destinat dezinfecției suprafețelor de o anumită compoziție a sa.

- eficacitatea unui produs destinat dezinfecției nu este legată de o anumită compoziție a sa (nu există asemenea obligație legală de a furniza un dezinfectant în funcție de compoziția sa); un produs cu altă compoziție decât cea dorită de autoritatea contractantă - dar care are eficacitatea și toate celelalte calități solicitate prin caietul de sarcini - nu poate fi exclus din competiția pentru atribuirea acordului cadru.

- autoritatea contractantă nu numai că indică substanța activă care trebuie să se găsească în compoziția dezinfectantului (alcoolul), dar și stabilește proporția în care aceasta trebuie să se regăsească în compoziție.

c) ca o consecință a eventualei eliminări a cerinței de compoziție a dezinfectantului se impune și eliminarea cerinței *„Să poate fi aplicat pe suprafețele rezistente la acțiunea alcoolului”*.

d) obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de documentare *„Rapoarte ale testărilor conform spectrului de activitate menționat la Caracteristici tehnice punctul a) efectuate în laboratoare acreditate conform DIN EN ISO/ IEC 17025: 2005, independente de producătorul produsului dezinfectant”* în sensul eliminării sintagmei *„independente de producătorul produsului dezinfectant”*.

3. Produsul „Dezinfectant pentru dezinfecția și sterilizarea aerului (pentru nebulizator)”

a) obligarea autorității contractante la modificarea obiectului achiziției în sensul că dorește achiziționarea unui „dezinfectant pentru dezinfecția suprafețelor pe cale aeriană (cu nebulizator)”.

- dezinfecția și sterilizarea sunt două operațiuni distincte, care nu pot fi realizate de unul și același produs. Definițiile legale ale celor două operațiuni indică serioase deosebiri între cele două operațiuni, care impun specializarea produsului chimic folosit.

- nu există proceduri tehnice pentru dezinfecția aerului.

b) prin raportare și la cerințele caietului de sarcini produs: *„Să fie testat conform normelor UE în vigoare”, „Să aibă arie de acțiune virucidă, fungicidă, bactericidă și sporicidă certificat”* - obligarea autorității contractante la solicitarea testării eficienței produsului conform standardului național SR EN 17272.

- trebuie avut în vedere că dezinfectia pe care produsul trebuie să o realizeze utilizează un mijloc automat de difuzare/aplicare - nebulizatorul - și, ca urmare, se impune a se dovedi de către ofertanți eficacitatea dezinfectantului în conjuncție cu cea a nebulizatorului.

- obligația respectării standardului menționat derivă din aplicarea prevederilor art. 4 (1) lit. g) OMS nr. 10/2010 și ale art. 156 (1) lit. b) legea nr. 98/2016, care impun, totodată, prioritatea standardelor naționale (care transpun standarde europene) în stabilirea specificațiilor tehnice ale unei achiziții.

c) obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței stabilind compoziția produsului solicitat - *„Substanță activă: clorura de didecildimetilamoniu concentrație în unități metrice 0.34% compuși de amoniu cuaternar, benzyl-Cl2- C18-alchildimetil, cloruri, concentrație în unități metrice.*

d) obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor *„Certificat de conformitate CE emis de un organism notificat; Declarație de conformitate CE”,* având în vedere că produsul solicitat de autoritatea contractantă trebuie să fie produs biocid (*„Să prezinte aviz biocid eliberat de Ministerul Sănătății”*).

e) obligarea autorității contractante la completarea cerinței *„Să fie compatibil cu orice tip de material”,* prin solicitarea de testări tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să ateste compatibilitatea solicitată.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 45228/12.09.2022, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației ..., motivat de următoarele aspecte.

- în procesul de întocmire a documentației tehnice autoritatea contractantă a optat pentru neîmpărțirea pe loturi a produselor deoarece produsele ce fac obiectul contractului sunt produse similare destinate aceluiași scop și anume gestionarea pandemiei generată de virusul SARS-Cov2 la nivelul unităților de învățământ, în sensul dispozițiilor art. 18, alin. (3) din Legea 98/2016.

- decizia de împărțire pe loturi revine autorității contractante așa cum prevede art. 141 din legea nr. 98/2016; împărțirea pe loturi este un drept al autorității contractante și nu o obligație.

- modificarea caietului de sarcini cu privire la caracteristicile tehnice ale dezinfectanților, ar fi putut fi corectate prin solicitări de clarificări.

- abrogarea OMS nr. 1082/2016 prin OMS nr. 2244/04.08.2022 și OMS nr. 961/2016 prin 1761 din 21.09.2021 au fost erori ale autorității contractante care a publicat documentația în forma și conținutul aprobate prin P01M pentru implementarea Proiectului nr. „Cod SMIS 2014” 148842. Proiect care a fost inițiat și aprobat înainte de modificările legislative.

Referitor la punctul de vedere al autorității contractante, contestatoarea a transmis la dosarul cauzei răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 46837/21.09.2022 prin care precizează că:

- modul în care a fost structurată achiziția produce contestatoarei o vătămare directă, deoarece, ..., fiind un IMM specializat pe piața dezinfectanților, alcătuirea achiziției o împiedică să participe la procedură, prin obligarea ofertării a altor produse decât cele pe care este specializată.

- nu există justificare pentru a nu organiza achiziția pe mai multe loturi; pandemia COVID și măsurile de protecție nu generează similaritatea produselor ce se dorește a fi achiziționate iar un dezinfectant pentru mâini nu este similar unei cutii pentru deșeuri infecțioase, cele două neputând fi folosite în mod identic sau similar; deci, nu sunt întrunite prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016.

- cu privire la solicitările de modificare a unor prevederi ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu s-a pronunțat, făcând doar o apreciere în sensul că solicitările de modificare ar fi putut fi aduse la cunoștință pe calea unor solicitări de clarificări, acestea din urmă nefiind obligatorii și neavând nicio finalitate practică.

Preliminar, Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr., în valoare de 11.663,07 lei, eliberată de CEC Bank.

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

.... a organizat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*FURNIZARE CONSUMABILE MEDICALE ÎN CADRUL PROIECTULUI – CONSOLIDAREA CAPACITĂȚII DE GESTIONARE A PANDEMIEI GENERATĂ DE VIRUSUL SARS COV2 LA NIVELUL UNITĂȚILOR DE ÎNVĂȚĂMÂNT DE PE RAZA ...*”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr., criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului care urmează a fi atribuit în este 583.153,92 lei, fără TVA.

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

Analizând critica contestatoarei formulată împotriva faptului că, pentru prezenta achiziție, autoritatea contractantă a cuprins 9 tipuri de

produse, cu destinație diferită, fără a recurge la împărțirea pe loturi a acestora, Consiliul reține că scopul contractului de furnizare este achiziționarea următoarelor tipuri de produse consumabile medicale: 192.850 buc de măști; 1.910 litri dezinfectanți pentru mâini; 1.670 litri dezinfectanți pentru suprafețe; 1.500 litri dezinfectanți pentru aer (pentru nebulizator); 14 bucăți nebulizatoare; 15 bucăți dispensere cu senzor pentru dezinfectanți mâini; 18 covoare pentru controlul contaminării; 6 cutii pentru deșeuri infecțioase; 1.920 litri săpun lichid.

Raportat la obiectul prezentei achiziții, Consiliul constată incidența 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. 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”;

- art. 9 alin. (3) lit. f) din 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”.

Deși prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorității contractante, și nu o obligație, pentru împărțirea pe loturi a contractului de achiziție publică care se intenționează a se atribui, în condițiile în care între produsele care fac obiectul prezentei achiziții, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la atribuirea unui singur contract, ci a mai multora, după domeniul în care se utilizează (dezinfecare mâini/suprafețe/aer, etc), potrivit celor mai sus reținute.

Trimiterea autorității contractante din punctul de vedere la faptul că produsele ce se doresc achiziționate sunt destinate aceluiași scop și anume gestionarea pandemiei generată de virusul SARS-Cov2 la nivelul unităților de învățământ și sunt destinate unor utilizări similare, nu este o dovadă a faptului că produsele aferente prezentei achiziții sunt interdependente.

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 dezinfectanți, produsele ce fac obiectul licitației (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pe bază de clor și dezinfectant pentru mâni), care figurează sub aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfectante), 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, pentru veselă/echipamente/recipiente, 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 înlăturate 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 dezinfecțanți 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 dezinfecțanți există o mai mare probabilitate ca această să se finalizeze prin absența ofertelor, decât în cazul licitației organizată pe loturi».

Se observă din decizia amintită că instanța de judecată a avut în vedere, la luarea deciziei de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi, similaritatea și interdependența; împărțirea în loturi distincte a produselor prezentei proceduri, 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 poate include prin analogie și) 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 prezentei achiziții și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În aceeași direcție, este și Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE în care 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.».

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](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 contractantă are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreuna concurența a fost confirmat și de 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 nefondată, întrucât exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite 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 posibililor ofertanți la cei al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, și nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini. Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați. Cât privește susținerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorității contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile și scopurile consacrate de ordonanță».

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, autoritatea contractantă nu poate obliga un operator economic să îi furnizeze toate tipurile de produse, câtă vreme el nu poate asigura, în mod licit, decât parte dintre acestea.

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea prezentei achiziții fiind întemeiată, cele 9 produse având destinații și funcționalități diferite, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării și acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 9 produse.

Însă, restructurarea, pe loturi, a prezentei achiziții, pe care o solicită contestatoarea, în mod întemeiat, 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 reținut mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire pentru prezenta achiziție.

Fiind constatată necesitatea anulării prezentei proceduri, pentru împărțirea pe loturi distincte a celor 9 produse, Consiliul nu se va mai pronunța asupra celorlalte critici formulate în contestație.

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

Totodată, Consiliul va lua act că va solicita cheltuieli de judecată pe cale separată.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația depusă de, în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Ia act că va solicita cheltuieli de judecată pe cale separată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii 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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

....

MEMBRU,

....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 12 (doisprezece) pagini.