

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. 1538 din data de 22.07.2022, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 22.07.2022 ora 16:27, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36524 din data de 25.07.2022, formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... în calitate de administrator, și convențional de ..., cu sediul profesional în ..., împotriva conținutului documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare *SEAP*, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare de produse, divizat pe loturi, având ca obiect *„Furnizarea de echipamente de protecție și igienizare în cadrul proiectului «Consolidarea capacității de a gestiona situația de pandemie generată de virusul SARS-COV-2»”*, cod CPV principal 24455000-8 Dezinfectanți (Rev.2), cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – *„Dezinfectanți și săpun lichid”*, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- în principal anularea procedurii lotului 1 (*„Dezinfectanți și săpun lichid”*) al achiziției;
- în subsidiar obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al lotului 1 al achiziției în raport de cererile din contestație;
- suspendarea procedurii de achiziție publică vizând lotul 1, până la soluționarea contestației în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată pe cale separată.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. 1538 din data de 22.07.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 36524 din data de 25.07.2022, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare de produse, divizat pe loturi, având ca obiect *„Furnizarea de echipamente de protecție și igienizare în cadrul proiectului «Consolidarea capacității Școlii Gimnaziale Nr.1 Ciocănești de a gestiona situația de pandemie generată de virusul SARS-COV-2»”, cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – „Dezinfectanți și săpun lichid”, inițiată prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare SCN1111121 din data de 19.07.2022, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.*

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de achiziție publică vizând lotul 1, până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică vizând lotul 1 a fost admisă prin încheierea Consiliului nr. 1953/C8/1754 din data de 27.07.2022.

Cu referire la cererea de anulare a procedurii de achiziție publică vizând lotul 1, ... consideră că se impune restructurarea acestui lot prin organizarea achiziției în 5 loturi, respectiv câte un lot pentru fiecare produs.

În acest sens, arată că, în cadrul lotului se dorește achiziționarea a 5 produse, respectiv Dezinfectant mâini 1296 litri, Dezinfectant suprafețe 1440 litri, Dezinfectant pardoseală 1440 litri, Dezinfectant/Detartrant toalete 840 litri și Săpun lichid 360 litri. Potrivit contestatoarei, între cele 5 produse nu exista nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract. Adăugarea de mai multe 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 5 produse ale lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

Pentru situația în care se va aprecia că cererea de restructurare a lotului 1 este întemeiată, contestatoarea apreciază că se impune anularea lotului, în susținere invocând jurisprudența Consiliului.

Cu privire la cererea de modificare a caietului de sarcini pentru lotul 1, contestatoarea apreciază că se impune obligarea autorității contractante la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale produselor lotului 1 (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 14885:2018 (în continuare STANDARDUL) și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin STANDARD și pe alte standarde naționale transpunând standarde europene.

Autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse capabile să asigure protecția impusă de existența pandemiei COVID 19 printr-o dezinfecție prin utilizarea de produse chimice în spații instituționale (unități de învățământ).

Potrivit Regulamentul UE nr. 1025/2012, respectiv standardului european armonizat, general valabil în UE, EN 14885, standard aplicabil tuturor dezinfectanților și antisepticelor chimice:

- „Spre a formula o pretenție că un produs are proprietăți dezinfectante, potrivit pentru folosire în ariile alimentație, industrială, domestică și instituțională, produsul va trebui să fie testat potrivit cu și se va conforma STANDARDELOR EUROPENE relevante așa cum sunt stabilite în Tabelul 11, specificate pentru tipul particular de produs și spectrul sau de activitate (exemplu bactericid, fungicid etc.)”

- „Standardele C.E.N, se raportează doar la o sferă restrânsă de specii microbiene. Acestea au fost alese drept specii reprezentative luând în considerare relativa lor rezistență și relevanța lor pentru uzul practic. Au fost luate de asemenea în considerare în alegerea organismelor de testare proprietățile de manipulare și securitatea microbiologică.”)

- „*organism de testare - tulpina a unui microorganism ales pentru testarea produselor sau substanțelor active în cadrul unui test standardizat*”)

Această normă tehnică UE - standardul EN 14885:2018 - a fost asimilată în normatorul tehnic național prin decizia organismului național de standardizare (ASRO). Ea fost transpusă în legislația națională devenind o normă juridică cu caracter obligatoriu.

În acest context, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă supusă fiind reglementarilor tehnice și juridice obligatorii europene și naționale, trebuie să admită că prevederile caietului de sarcini ale lotului 1 trebuie să respecte aceste reglementări.

De asemenea, contestatoarea apreciază că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea oricăror referiri la OMS nr. 961/2016 - abrogat și înlocuit de OMS nr.1761/2021.

Cu privire la fiecare din cele 5 produse care urmează a fi achiziționate în cadrul acestui lot, contestatoarea formulează o serie de solicitări specifice, după cum urmează:

1. Produsul Dezinfectant mâini:

Se impune obligarea autorității contractante la completarea cerinței „să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului” în sensul:

- stabilirii unei perioade pe care autoritatea contractantă o consideră a fi corespunzătoare necesităților sale pentru menținerea unei stări de siguranță a utilizării produsului după deschiderea recipientului în care se află;

- impunerea obligației pentru ofertanți de a dovedi (prin probe obiective, precum rapoarte de testare etc.) durata perioadei de „valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului.

Fără completările de mai sus, autoritatea contractantă 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.

2. Dezinfectant pardoseală și Dezinfectant/detartrant toalete

- se impune obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate cu cel prevăzut în standard pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor în aria instituțională:

Type and/or purpose of product	Phase, step	Activity claims				
		Bactericidal	Fungicidal	Yeasticidal	Virucidal	Sporicidal
Surface disinfectant Dirty conditions	2.1	EN 1276 (dirty conditions) and	EN 1650 (dirty conditions) and	EN 1650 (dirty conditions) and	***	EN 13704
	2.2	EN 13697 (dirty conditions) ^b	EN 13697 (dirty conditions) ^b	EN 13697 (dirty conditions) ^b	**	***

Deși activitatea VIRUCIDĂ nu este solicitată pentru un asemenea produs, în condițiile pandemiei (chiar dacă transmiterea virusului SARS COV-2 de pe suprafețe nu este stabilită științific), se poate accepta (ca o măsură de precauție extremă) adăugarea acestei activități, dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale) pentru o acțiune (cel puțin) limitată la virușii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV-2).

Indiferent dacă se va decide menținerea actualului spectru de activitate al dezinfectantului sau va fi modificat, contestatoarea susține că dovada activităților microbicide solicitate trebuie făcută prin testări în condiții de murdărie. Suportul de dezinfectat menționat de autoritatea

contractantă în chiar titulatura lotului („*pardoseala/toalete*”) este cunoscut că ar conține asemenea substanțe interferențe, a căror prezența poate reduce efectul operațiunii de dezinfecție.

Pe de altă parte, admiterea cererii nu ar face altceva decât să precizeze cerința deja existentă în caietul de sarcini, respectiv: „Să fie eficient în prezența substanțelor interferente, materie organică”.

3. Produsul Săpun lichid

- se impune obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „perlat și parfumat”, deoarece nu prezintă nicio relevanță în ceea ce privește eficacitatea produsului; scopul achiziției – realizarea dezinfecției igienice a mâinilor – nu este independentă de caracteristicile menționate, a căror evaluare nu poate fi decât subiectivă și, ca atare, nesupusă unui control de ordin tehnice.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 37369/28.07.2022, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației

Potrivit autorității contractante, cererea de restructurare a lotului 1 este neconformă prevederilor legale. Potrivit documentației de atribuire, lotul 1 este compus din produsele: dezinfectant mâini, dezinfectant suprafețe, dezinfectant pardoseală, dezinfectant toalete, săpun lichid. Contestatarul afirmă, în mod eronat, că „între cele 5 produse nu există nicio legătură funcțională”, fără, însă, a preciza care sunt elementele caracteristice prin care se deosebesc aceste produse. Astfel, pentru acest punct, contestatoarea a omis să argumenteze, raportat strict la cele descrise în documentația de atribuire, presupusa inexistență a condițiilor definite de art. 18 alin. (3) din Legea 98/2016, privind produsele similare.

Potrivit autorității contractante, dezinfectantul de mâini și săpunul lichid sunt două produse lichide, similare ca aspect, destinate aceluiași scop (igienizarea mâinilor), ce se utilizează identic. În acest sens, prin proiectul „Consolidarea capacității Școlii Gimnaziale nr. 1 Ciocănești de a gestiona situația de pandemie generată de virusul SARS-COV-2”, pentru implementarea căruia se derulează și prezenta procedură simplificată, autoritatea contractantă a achiziționat dispensere (distribuitoare) automate de dezinfectant de mâini, respectiv de săpun lichid, ce vor fi montate în incinta liceului și vor fi alimentate cu dezinfectant de mâini și săpun lichid. Prin urmare, se poate afirma că cele două produse sunt destinate unor utilizări identice: alimentarea dispenserelor (identice) și utilizarea de către elevi și profesori, pentru igienizare, prin frecarea mâinilor.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că dezinfectantul de mâini, dezinfectantul de suprafețe, dezinfectantul de pardoseală și dezinfectantul de toalete sunt 4 produse similare (ultimele 3 aproape identice), din punct de vedere al cerințelor caietului de sarcini, sens în care prezintă un tabel comparativ.

Singurele diferențe între aceste ultimele trei tipuri de dezinfectant sunt reprezentate de cerințele de compatibilitate cu diverse materiale pe care se utilizează (punctul 5) și de capacitatea de a fi utilizat prin pulverizare (punctul 8). Acestea sunt diferențe din punct de vedere al cerințelor caietului de sarcini și nu diferențe efective între produsele oferite, acestea fiind reprezentate, cel mai adesea, de același produs. Altfel spus, există pe piața de profil produse ce îndeplinesc toate caracteristicile prezentate în tabelul de mai sus (dezinfectanți avizați atât TP1 (pentru mâini), cât și TP2 (pentru suprafețe)).

Prin urmare, aceste produse sunt destinate unor utilizări similare (igienizarea în condiții calitative identice/similare, singura diferență fiind suprafața pe care autoritatea contractantă aplică dezinfectantul), iar prin raportarea la capacitatea constructivă a produselor, acestea sunt destinate unor utilizări identice (dovedită prin capacitatea unor produse de a îndeplini toate cerințele descrise în caietul de sarcini).

Din analiza datelor publice disponibile pe site-ul Ministerului Sănătății la adresa <https://www.ms.ro/2017/01/17/registrul-national-al-produselor-biocide/>, rezultă că sunt 45 de produse biocide autorizate atât tip 1 (TP1), cât și tip 2 (TP2). Altfel spus, sunt cel puțin 45 de produse care sunt destinate unor utilizări identice (în contextul actualei proceduri de atribuire). Având în vedere cele descrise mai sus, este neargumentată și falsă afirmația contestatarului conform căreia "între cele 5 produse nu există nicio legătură funcțională" și că este îndeplinită condiția prevăzută la art. 18 alin. (3) lit. a), produsele fiind destinate unor utilizări identice sau similare.

Referitor la condiția prevăzută la art. 18 alin. (3) lit. b), ... SRL nu contestă că aceste produse fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, aceasta neaducând niciun argument în acest sens.

Cu atât mai mult este lipsită de obiect afirmația contestatarului privind presupusa restricționare a competiției, din moment ce aceasta s-ar fi produs doar dacă produsele nu ar face parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv. Altfel spus, restricționarea competiției ar fi cauzată de lipsa unei piețe comune a produselor, și nu de lipsa "legăturilor funcționale". Mai mult, luând în considerare cantitățile prevăzute în documentația de atribuire, reiese că valoarea estimată pentru fiecare dintre produse ar face posibilă atribuirea acestora prin achiziție directă. Astfel, cantitățile relativ reduse permit oricărui operator economic prezent pe această piață să participe la procedura simplificată fără niciun fel de dificultăți.

Suplimentar, contestatoarea precizează că împărțirea pe loturi, așa cum este prezentată în documentația de atribuire și Strategia de contractare, este specificată și în contractul de finanțare nr.

636/15.10.2021 și anexele acestuia. În mod concret, împărțirea pe loturi și componența acestora a fost aprobată prin Notificarea nr. 1 la contractul de finanțare.

Referitor la cerința din caietul de sarcini privind spectrul de activitate conform EN 14885/2015, actualizat prin standardul EN 14885:2018, la referirile la OMS 961/2016 și la cerința caietului de sarcini pentru dezinfectantul de mâini "Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/ siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului (conform Ordinului ministrului sănătății nr. 961/2016, cu modificările ulterioare)", autoritatea contractantă precizează că a publicat în SEAP adresa nr. 878/27.07.2022, prin care a clarificat această modificare pentru toți operatorii. Consideră, de asemenea, că pentru acest punct operatorul economic ar fi putut uza de dreptul prevăzut la art. 160 alin. (1).

În ceea ce privește înlocuirea spectrului de activitate pentru produsul dezinfectant pardoseală, autoritatea contractantă face precizarea conform căreia a respectat întocmai prevederile Ordinului Comun al Ministerului Sănătății și Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1071/16413/2017 privind modificarea Anexei 3 la Ordinul 1082/731/2016. Astfel, au fost preluate specificațiile tehnice stabilite de legiuitor pentru dezinfecția suprafețelor noncritice. Considerăm legală și oportună, pentru autoritatea contractantă și siguranța grupului țintă, adoptarea unor specificații tehnice aprobate prin Ordin al Ministerului Sănătății, pentru suprafețe noncritice (săli de clasă, grupuri sanitare etc).

Referitor la dovada activităților microbicide pentru produsul dezinfectant pardoseală, așa cum am menționat anterior, autoritatea contractantă a respectat prevederile Ordinului Comun al Ministerului Sănătății și Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1071/16413/2017 privind modificarea Anexei 3 la Ordinul 1082/731/2016.

Acest act normativ caietul de sarcini, obligativitatea eficienței în prezența substanțelor interferențe, materie organică. Ordinul nu prevede ca dovada activităților microbicide să fie făcută prin testări în condiții de murdărie. De altfel, în întreg procesul de igienizare, autoritatea contractantă a prevăzut achiziția și folosirea unor echipamente (subiect al lotului 5) pentru îndepărtarea murdăriei. Prin urmare, presupunerea contestatoarei privind murdăria specifică suportului pe care va fi aplicat dezinfectantul nu este fondată. Astfel, autoritatea contractantă consideră că a procedat corect prin precizarea întocmai a specificațiilor tehnice aprobate prin Ordinul Ministerului Sănătății nr. 1071/16413/2017.

Referitor la înlocuirea spectrului de activitate pentru produsul dezinfectant de toalete și la dovada activităților microbicide pentru produsul dezinfectant de toalete, autoritatea contractantă face trimitere la explicațiile de mai sus.

Referitor la cerința „perlat și parfumat” pentru produsul săpun lichid, autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr. 878/27.07.2022, a renunțat la caracteristica ”perlat”. Caracteristica ”parfumat” presupune ca produsul oferat să aibă un miros plăcut (conform DEX parfum = miros plăcut). Având în vedere folosirea acestuia pentru igienizarea mâinilor elevilor, mirosul plăcut este o necesitate. Presupunând că eliminarea cerinței ”parfumat” ar fi acceptată, autoritatea contractantă ar putea fi nevoită, cel puțin teoretic, să primească produse urât mirositoare. De asemenea, autoritatea contractantă nu a impus o anumită aromă/parfum, pentru a nu restricționa nejustificat concurența. Această cerință este o cerință calitativă obiectivă, relevantă pentru tipul produsului, foarte des întâlnită și poate fi dovedită extrem de facil de orice ofertant, prin prezentarea unei fișe tehnice clasice (sau orice document similar) sau a propunerii tehnice, folosind formularul pus la dispoziție de autoritatea contractantă, în care să specifice îndeplinirea acestei cerințe.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 38386/03.08.2022, G.B. INDCO SRL a răspuns criticilor autorității contractante în ceea ce privește faptul că nu a fost dovedită lipsa de similitudine a produselor din cadrul lotului 1, precizând, de exemplu, că produsul Dezinfectant/Detartrant toalete nu poate fi folosit pentru dezinfecția mâinilor.

Totodată, referitor la cererea ca efectele microbicide din spectrul de activitate stabilit să fie dovedite prin testări în condiții de murdărie, respinsă de autoritatea contractantă, precizează că specificațiile de spectru din Anexa nr. 3 la OMS nr. 1082/2016 fac trimitere la standarde specializate, care prevăd deopotrivă și testări în condiții de curățenie, cât și de murdărie; unele produse sunt testate doar în condiții de curățenie, deci îndeplinesc condiția de testare conform standardului, dar nu sunt deplin eficiente în prezența substanțelor interferente organice și/sau anorganice.

Mai precizează contestatoarea că își menține critica privind eliminarea cerinței „parfumat”, lipsită de orice semnificație sub aspectul eficienței produsului și având un caracter subiectiv/atehnic/incomensurabil.

De asemenea solicită să se ia act, după caz, de achiesarea totală/parțială autorității contractante la unele solicitări și de faptul că referitor la alte solicitări nu exprimă nicio poziție. Totodată, precizează că este de acord cu precizarea autorității contractante legată de produsul Dezinfectant pardoseală și de spectrul de activitate pentru produsul Dezinfectant/detartrant toalete, motiv pentru care renunță la cererile respective.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208251703/1 emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria în data de 25.07.2022, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea

nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de 3.106,68 lei.

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

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare de produse, divizat pe loturi, având ca obiect „*Furnizarea de echipamente de protecție și igienizare în cadrul proiectului «Consolidarea capacității Școlii Gimnaziale Nr.1 Ciocănești de a gestiona situația de pandemie generată de virusul SARS-COV-2»*”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare din data de 19.07.2022, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 02.08.2022 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 237.756,30 lei, fără TVA, lotul nr. 1 având ca obiect „*Dezinfectanți și săpun lichid*” și o valoare estimată de 155.334,45 lei, fără TVA.

Analizând cuprinsul contestației, Consiliul reține că formulează critici împotriva conținutului documentației de atribuire.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire pentru lotul 1, G.... a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, anularea procedurii lotului 1, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al lotului 1.

Consiliul constată că această critică este legată de faptul că autoritatea contractantă prin gruparea celor 5 produse (dezinfecant mâini, dezinfecant suprafețe, dezinfecant pardoseală, dezinfecant/detartrant toalete și săpun lichid) în cadrul aceluiași lot, înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate produsele aferente lotului 1 de a participa la procedura de achiziție publică, reprezentând prin aceasta o încălcare a principiului nediscriminării și egalității de tratament.

Prin punctul de vedere față de contestație, autoritatea contractantă a precizat următoarele: *“Dezinfectantul de mâini și săpunul lichid sunt două produse lichide, similare ca aspect, destinate aceluiași scop (igienizarea mâinilor), ce se utilizează identic. [...] Prin urmare, se poate afirma că cele două produse sunt destinate unor utilizări identice: alimentarea dispenserelor (identice) și utilizarea de către elevi și profesori, pentru igienizare, prin frecarea mâinilor. Dezinfectantul de mâini, dezinfecantul de suprafețe, dezinfecantul de pardoseală și*

dezinfectantul de toalete sunt 4 produse similare (ultimele 3 aproape identice) [...]”.

În strategia de contractare nr. 1264/16.11.2021, autoritatea contractantă a precizat, la punctul 3.5 Împărțirea pe loturi, după cum urmează:

”Având în vedere că bunurile ce urmează a fi achiziționate sunt bunuri similare (sunt destinate unor utilizări similare – vor face parte din sistemul de gestionare a crizei sanitare al autorității contractante) [...].

Prin împărțirea pe loturi, autoritatea contractantă urmărește respectarea prevederilor legale, creșterea competitivității prin stimularea participării IMM-urilor, precum și realizarea achizițiilor în condiții de eficiență economică.”

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

[...]

dd) 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 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(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) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(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.

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Normele metodologice potrivit căruia:

(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;

Se constată astfel că, 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 care se intenționează a se atribui, în condițiile în care între cele 5 produse care fac obiectul lotului 1, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la încheierea unui singur contract, ci a unui număr de 5, după domeniul și destinația în care se utilizează, potrivit celor mai sus reținute.

Trimiterea autorității contractante din punctul de vedere la faptul că 2 produse ale lotului 1 sunt *similare ca aspect* iar 4 produse sunt *aproape identice*, nu este o dovadă a faptului că cele 5 produse, aferente lotului 1, sunt interdependente.

Astfel, Consiliul reține că la lotizarea procedurii autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere destinația celor 5 produse în discuție, și nu aspectul acestora.

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

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 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.

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, despărțirea în loturi distincte a produselor din lotul 1 în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de achiziție publică al întreprinderilor mici și mijlocii, iar prin aceasta la încurajarea creșterii ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea lotului 1 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 că:

„(78) 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.”.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea de la speța nr. 838 din data de 23.04.2020: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/115/false>):

Răspuns:

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 îngreui 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, potrivit căreia:

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 îngreuiuri 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.

Cu toate că decizia Curții de Apel București are în vedere legislația anterioară (OUG nr. 34/2016 și HG nr. 925/2016), cele reținute sunt aplicabile speței în soluționare.

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, potrivit căreia:

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 achizitoare nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate cele 5 produse, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea lotului 1 fiind întemeiate, cele 5 produse având destinații diferite (dezinfecțant mâini, dezinfecțant suprafețe, dezinfecțant pardoseală, dezinfecțant/detartrant toalete și săpun lichid), având funcționalități diferite, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință

documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării lotului 1 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 5 produse.

Însă, restructurarea lotului 1 al procedurii, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația actuală a SEAP, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, înainte de publicarea acesteia în SEAP, aspect din care rezultă că după publicarea acesteia nu mai este posibilă din punct de vedere tehnic nici schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi și nici divizarea unui lot în mai multe loturi distincte, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective. Prin urmare, cererea de divizare fiind întemeiată, așa cum s-a arătat mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică vizând lotul 1, deoarece nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de achiziție publică.

Având în vedere decizia de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică vizând lotul 1, Consiliul stabilește că este lipsită de relevanță analiza celorlalte critici formulate de autoarea contestației.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (7) 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 urmează să admită contestația depusă de, în contradictoriu cu, și să anuleze procedura de atribuire a contractului de achiziție publică vizând lotul 1.

În ceea ce privește plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației solicitată de către contestatoare în baza prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, 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 la instanța de judecată competentă, 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 32 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 formulată de, în contradictoriu cu

Anulează procedura de atribuire a contractului de achiziție publică vizând lotul 1.

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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 17 (șaisprezece) pagini.