

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. 891/C9/825

Data: 02.05.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17420/04.04.2022, depusă privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului având ca obiect *Achiziționarea de echipamente și materiale necesare gestionării crizei sanitare cauzate de SARS-CoV-2 în cadrul proiectului Consolidarea capacității de gestionare a pandemiei generată de virusul SARS-COV-2 la nivelul unităților de învățământ de pe raza Sectorului 6 al Municipiului București, lot 1 și lot 2, cod CPV 33631600-8-Antispetice și dezinfectante (Rev.2)*, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini, a fișei de date și a fișelor tehnice privind produsele aferente lotului 1 și lotului 2, în raport de criticile prezentate în cuprinsul contestației; în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire pentru *lotul 1* - Dezinfectant concentrat pentru suprafețe; Detergent dezinfectant fără aldehide și acizi; Detergent concentrat cu acțiune rapidă; Dezinfectant pe baza de oxygen; Detergent lichid integral foarte concentrat și pentru *lotul 2* - Dezinfectant pentru nebulizare; Dezinfectant gel pentru igiena mâinilor, pe baza de alcool 70 %; Dezinfectant pe bază de alcool fără clătire; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat; accesul în vederea studierii dosarului cauzei.

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, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Sunt criticate:

- modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru formarea lotului 1 și a lotului 2, prin includerea în aceste loturi a mai multor produse care nu sunt interdependente;
- includerea în caietul de sarcini, în fișa de date și în fișele tehnice privind produsele aferente lotului 1 și lotului 2 a unor cerințe tehnice minimale neclare.

În ceea ce privește modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru formarea lotului 1 și a lotului 2, prin includerea în aceste loturi a mai multor produse care nu sunt interdependente, apreciază că, în această manieră, se restricționează în mod cert participarea operatorilor economici la procedura de achiziție.

În cadrul procedurii, autoritatea contractantă a stabilit că lotul 1 și lotul 2 trebuie să cuprindă mai multe produse, cu consecința ca operatorul economic interesat de participarea la procedură să prezinte ofertele tehnice care să cuprindă, bineînțeles, toate aceste produse din compunerea loturilor.

Astfel, pentru lotul 1, operatorul economic trebuie să ofere următoarele produse:

- dezinfectant concentrat pentru suprafețe;
- detergent dezinfectant fără aldehide și acizi;
- detergent concentrat cu acțiune rapidă;
- dezinfectant pe baza de oxygen;
- detergent lichid integral foarte concentrat.

Tot astfel, pentru lotul 2, operatorii economici trebuie să ofere următoarele produse:

- dezinfectant pentru nebulizare;
- dezinfectant gel pentru igiena mâinilor, pe bază de alcool 70 %;
- dezinfectant pe bază de alcool fără clătire

După cum se poate observa, nici între produsele aferente lotului 1 și nici între produsele aferente lotului 2, nu există vreo legătură funcțională, care să poată justifica atribuirea unui singur contract.

Conform fișelor tehnice, lotul 1 are produse care vor fi folosite în diverse scopuri: pentru pavimente, tavane și suprafețe de mobilier Dezinfectant concentrat pentru suprafețe - fișa tehnică nr. 1; pentru obiecte din domenii sanitare Detergent dezinfectant fără aldehide și acizi fișa tehnică nr. 2); pentru toate suprafețele rezistente la apă Detergent concentrat cu acțiune rapidă - fișa tehnică nr. 4; pentru textile Dezinfectant pe baza de oxygen - fișa tehnică nr. 5; pentru suprafețe rezistente la apă Detergent lichid integral foarte concentrat - fișa tehnică nr. 6.

La fel și lotul 2, are produse care vor fi folosite în diverse scopuri: pentru dezinfecția pe cale aeriană Dezinfectant pentru nebulizare - fișa tehnică nr. 7; pentru igiena mâinilor Dezinfectant gel pentru igiena

mâinilor, pe bază de alcool 70 % - fișa tehnică nr. 8; pentru suprafețe Dezinfectant pe bază de alcool fără clătire - fișa tehnică nr. 3.

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

Lotizarea propusă în această procedură încalcă grav următoarele dispoziții legale: art. 50, art. 141, art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, precum și directiva europeană, recomandarea ANAP.

Totodată, contestatoarea invocă practica Consiliului în situații similare.

Față de cele de mai sus, solicită admiterea contestației și obligarea autorității la remedierea documentației de atribuire prin acceptarea depunerii de oferte pe loturi distincte, constituite pentru fiecare dintre produsele aferente lotului 1 și lotului 2.

Includerea în caietul de sarcini, în fișa de date și în fișele tehnice privind produsele aferente lotului 1 și lotului 2 a unor cerințe tehnice minimale neclare:

Produsele aferente lotului 1 și lotului 2 sunt dezinfectanți din categoria produselor biocide. Astfel, documentația de atribuire standard privind achiziția de produse biocide trebuie să urmeze instrucțiunile din Ordinul MS nr. 1082/2016, acest aspect fiind întărit de faptul că, pentru produsele solicitate, ofertantul trebuie să prezinte "Aviz valabil emis de Ministerul Sănătății - Comisia Națională a Produselor Biocide" (fișa tehnică nr. 1, 2, 3, 5, 7 și 8).

În continuare, se face referire la Ordinul MS nr. 10/2010; anexa nr. 3 din Ordinul MS nr. 1082/2016 și se arată că toate fișele tehnice aferente produselor din lotul 1 și lotul 2 sunt foarte vagi și confuze, astfel încât operatorul economic este pus în dificultate la întocmirea ofertei.

Ori, pe de o parte, dispozițiile legale obligatorii în materia produselor biocide impun anumite cerințe pentru ca acestea să poată fi plasate pe piață pe teritoriul României, iar pe de altă parte, fișele tehnice din documentația de atribuire care cuprind specificațiile tehnice minimale impuse prin caietul de sarcini sunt foarte sumare, unele chiar vin în contradicție cu dispozițiile legale.

Astfel, următoarele specificații tehnice din cuprinsul fișelor tehnice încalcă principiile care guvernează în materia achizițiilor publice, și anume principiul nediscriminării, transparenței și proporționalității:

- indicarea în mod expres a unei anumite substanțe active din compoziția produsului; fără o justificare prealabilă, autoritatea contractantă trebuie să accepte produse a căror substanță activă este prevăzută în

Regulamentului (UE) nr. 1.062/2014, cu modificările ulterioare și se regăsește în lista producătorilor agreați de ECHA, conform art. 95 din Regulamentul UE nr. 528/2012.

- indicarea unei concentrații fixe de alcool pentru produsul oferat. (Dezinfectant gel pentru igiena mâinilor, pe baza de alcool 70 %).

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu poate impune o concentrație fixă (70% alcool) a substanței active, pentru că acest aspect ar conduce la limitarea posibilității operatorilor economici de a participa la procedură; necesitatea unei concentrații fixe de alcool nu a fost justificată în niciun fel de către autoritate, motiv pentru care nu se poate impune o cerință tehnică atât de restrictivă.

Concentrația substanței active din produsele biocide trebuie să fie în conformitate cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, cu modificările ulterioare, menționat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat.

- indicarea specificației tehnice "miros: plăcut" sau "miros: specific" fără a indica și alte elemente față de care ofertantul să poată analiza îndeplinirea acestei cerințe cu produsul propriu sau metoda de departajare.

- indicarea în specificațiile tehnice a unui tip anume de ambalaj (2L/5L, sau 1L/2L, sau 10 L) fără a justifica această cerință, în condițiile în care pentru alte produse este acceptată ambalarea unei cantități variabile, indicându-se doar maximul admis (max. 1L, max 5 L).

În concluzie, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să întocmească documentația de atribuire pentru produsele dezinfectante aferente lotului 1 și lotului 2 după modelul stabilit în Ordinul MS nr. 1082/2016, în funcție de categoria de produs (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pentru tegumente, dezinfectant pentru nebulizare) și să definească în mod clar și cu suficientă precizie specificațiile tehnice, în raport de necesitățile de utilizare.

În acest sens, sunt invocate prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016, art. 31 din HG nr. 395/2016, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În final, contestatoarea solicită admiterea contestației.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu sub nr. 18510/08.04.2022, solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de temei de legal.

Autoritatea contractantă arată că a procedat la împărțirea contractelor în mai multe loturi, conform art. 141 din Legea nr. 98/2016, cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din același act

normativ, respectiv raportat la piața de profil relevantă a operatorilor economici ce pot depune oferte în cadrul loturilor sus-menționate.

Astfel, pentru lotul 1, au fost stabilite un număr de 5 categorii de produse care au ca scop spălarea și dezinfectarea produselor de sanitație, iar pentru lotul 2, au fost stabilite un număr de 3 categorii de produse ce au ca scop dezinfectarea suprafețelor și tegumentelor.

Prin analiza pieței de profil, a identificat operatori economici ce comercializează categoriile de produse identificate de lotul 1 și lotul 2, nefiind necesare anumite certificări sau acreditări pentru vânzarea acestora, ceea ce creează cadrul legal și competițional al derulării procedurii de achiziție publică.

Arată că, inclusiv contestatoarea, deține în portofoliu și comercializează categoriile de produse incluse în loturile contestate, astfel încât nu se justifică contestația. O împărțire a celor două loturi în mai multe loturi ar cauza dificultăți în evaluarea și atribuirea contractelor și mai ales în perioada de livrare.

Se invocă prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016 și consideră ca neîntemeiate observațiile contestatoarei cu privire la dimensionarea celor două loturi și solicită respingerea ca nefondată a contestației.

Cu privire la cerințele tehnice ale produselor prevăzute în fișele tehnice, ca parte a caietului de sarcini, aferente celor două loturi, autoritatea contractantă invocă Ordinul MS 1082/2016.

Conform recomandării Organizației Mondiale a Sănătății, concentrația optimă, având eficiență maximă în combaterea Virusului SARS-COV 2, a dezinfectanților pentru mâini este de 70%, astfel că această cerință a fost introdusă în fișele tehnice, anexe ale caietului de sarcini.

Referitor la critica cerinței prezentată în fișa tehnică "miros plăcut sau miros specific", aceasta însemnând orice fel de miros, dar nu impropriu categoriei de produse; operatorul economic avea posibilitatea de a solicita o clarificare cu privire la acest aspect.

Referitor la variantele de ambalare (marjele) prezentate, s-au avut în vedere doi factori, respectiv ușurința în manipulare, având în vedere destinația acestora și variantele de ambalare existente pe piață, înregistrate cu ocazia prospectării pieței.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de temei legal.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliul sub nr. 18691/11.04.2022.

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

... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect *Achiziționarea de echipamente și materiale necesare gestionării crizei sanitare cauzate de SARS-CoV-2 în*

cadrul proiectului Consolidarea capacității de gestionare a pandemiei generată de virusul SARS-COV-2 la nivelul unităților de învățământ de pe raza Sectorului 6 al Municipiului București, lot 1 și lot 2, cod CPV 33631600-8-Antispetice și dezinfectante (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1040814/26.03.2022. Din anunțul de participare, Consiliul reține că valoarea estimată a contractului este de 37.694.083,08 lei, fără TVA, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 28.04.2022, ora 15:00.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 165.590,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 207970920/1 din 05.04.2022, eliberată de CEC Bank, Unitatea Bragadiru.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, în cuprinsul acesteia, sunt formulate critici produselor aferente loturilor 1 și 2, sub două aspecte: modalitatea aleasă pentru formarea celor două loturi, prin includerea în acestea, a mai multor produse care nu sunt interdependente; includerea în caietul de sarcini, în fișa de date și în fișele tehnice privind produsele aferente celor două loturi, a unor cerințe minimale neclare.

Vizavi de includerea în cadrul aceluiași lot a unor produse care nu sunt interdependente, se reține că, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă a explicat că, pentru lotul 1, a grupat 5 categorii de produse care au ca scop spălarea și dezinfectarea produselor de sanitație, iar pentru lotul 2, 3 categorii de produse care au ca scop dezinfectarea suprafețelor și tegumentelor.

Din analiza caietului de sarcini și a fișelor tehnice pentru produsele incluse în cele două loturi rezultă includerea în cadrul lotului 1 a următoarelor produse: dezinfectant concentrat pentru suprafețe, fără aldehide, fenoli, miros neutru, indicat pentru: *pavimente, tavane și suprafețe de mobilier* PH 7-8 (fișa tehnică nr. 1); detergent dezinfectant fără aldehide și acizi, indicat pentru *obiecte din domenii sanitare* (fișa tehnică nr. 2); detergent concentrat cu acțiune rapidă, cu conținut redus de tenside și compatibil cu produse dezinfectante, valoarea PH cca 7,5 (fișa tehnică nr. 4); dezinfectant pe bază de oxygen indicat pentru dezinfecția chemotermică la temperatură de 60°C a tuturor *textilelor* rezistente la substanțe alcaline și de albire, valoarea PH cca 1 (fișa tehnică nr. 5); detergent lichid integral foarte concentrat, fără tenside, fosfați, săpunuri, odoranți și coloranți cu randament de spălare excelent indicat pentru spălat *mopuri și lavete* la temperaturi cuprinse între 40 și 90°C, PH utilizare maxim 11 (fișa tehnică nr. 6).

În cadrul lotului 2 au fost incluse următoarele produse: dezinfectant pentru nebulizare, soluție gata de utilizare pentru

dezinfecția pe cale aeriană a *suprafețelor și aeroflorei* (fișa tehnică nr. 7); dezinfectant gel pentru *igiena mâinilor*, pe bază de alcool 70% (fișa tehnică nr. 8); dezinfectant pe bază de alcool fără clătire, indicat pentru dezinfecția tuturor *suprafețelor*, PH 7.

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

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 de achiziție publică care se intenționează a se atribui, în condițiile în care între produsele care fac obiectul loturilor 1 și 2 contestate, respectiv scopul acestora, nu există o interdependență, nu se poate recurge la atribuirea unui singur

contract, ci a mai multora, după activitatea pe care o desfășoară, potrivit celor mai sus reținute.

Explicațiile din punctul de vedere că lotul 1 cuprinde produse pentru spălarea și dezinfectarea produselor de sanitație și cele pentru lotul 2 pentru dezinfectarea suprafețelor și tegumentelor nu pot fi considerate suficiente pentru justificarea modului de grupare a produselor, având în vedere că produsele de la lotul 1 sunt folosite atât pentru suprafețe, cât și pentru textile, mopuri și lavete, iar pentru lotul 2, atât pentru dezinfecția suprafețelor și aeroflorei, cât și pentru igiena mâinilor.

Sunt de reținut și cele precizate de Curtea de Apel Ploiești, prin Decizia civilă nr. 3815/13.06.2014: «... Curtea reține că, criticile petentei vizează, în esență, decizia autorității contractante de a reuni în cadrul unui singur contract de achiziție cinci coduri CPV diferite, apreciate ca fiind corespondente ale unor activități economice distincte, modalitate față de care s-a susținut că încalcă principiile legislației în materia achizițiilor publice, respectiv principiul proporționalității, al tratamentului egal, al nediscriminării și al eficienței utilizării fondurilor, ca urmare a faptului că, **nedivizând contractul pe loturi, deși sarcinile solicitate pot fi prestate de mai mulți operatori economici în cadrul unor contracte diferite, autoritatea contractantă a obstrucționat accesul la procedura de atribuire al operatorilor care nu pot sau nu doresc să intre într-o asociere în vederea participării la procedură.**

Curtea constată că petenta a susținut, mai întâi, că este lipsită de fundament juridic concluzia Consiliului în sensul că dispozițiile legale instituie un drept al autorității contractante de a uza de împărțirea pe loturi a obiectului achiziției, iar nu o obligație, precum și că aceasta contravine vădit unei practici constante în materie a Consiliului însuși și a instanțelor de judecată. În acest sens, petenta a apreciat că obligația autorității contractante de a proceda la divizarea pe loturi ori de a organiza proceduri de atribuire distincte în situații similare celei de față rezultă din coroborarea prevederilor art. 2 alin. (1) și (2), art. 17 și art. 28 alin. (3) din ordonanță, precum și art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2016.

Curtea nu poate reține aceste susțineri, ca urmare a faptului că dispozițiile învederate de către petentă nu susțin concluzia existenței unei obligații legale a autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul achiziției publice, concluzia Consiliului – în sensul existenței unei astfel de posibilități, iar nu a unei obligații – fiind legală și temeinică.

Astfel, Curtea constată că dispozițiile art. 28 alin. (3) din ordonanță se referă la **achiziționarea de servicii similare, situație ce nu se regăsește însă în prezenta cauză, ca urmare a faptului că obiectul achiziției publice este format din servicii diferite, între care există totuși un grad de interdependentă.** În acest sens, Curtea apreciază că sunt corecte afirmațiile autorității contractante referitoare la faptul că serviciile de furnizare a sistemului informatic destinat gestiunii în format electronic a Registrului Agricol, de consultanță pentru managementul proiectului și de instruire nu pot fi catalogate ca fiind "similare", în sensul dispozițiilor legale precizate, obiectul

acestora fiind esențialmente diferit, respectiv pachete software și sisteme informatice, servicii de dezvoltare software, servicii IT, consultanță, dezvoltare de software, internet și asistență mașini de procesare a datelor și servicii generale de consultanță în management. **De altfel, chiar petenta, în plângere, a subliniat că serviciile ce urmează a fi achiziționate sunt complet independente unele de altele, împrejurare ce vine să confirme concluzia anterior expusă. [...]**

În realitate, Curtea consideră că nici dispozițiile ordonanței și nici cele ale Hotărârii Guvernului nr. 925/2006 nu instituie obligația autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului. Absența unei astfel de obligații este corectă și logică, întrucât autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică în parte și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

De altfel, dispozițiile art. 23 din ordonanță reglementează situația inversă, prevăzând că "autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice".

Ca urmare, din interpretarea sistematică a tuturor dispozițiilor legale precizate, Curtea consideră că voința legiuitorului nu este în sensul indicat de petentă, întrucât operația de scindare a obiectului contractului apare doar ca o posibilitate a autorității contractante, de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune și fără a o deturna de la scopul său, în sensul de a nu o utiliza exclusiv pentru a sustrage diverse achiziții de la aplicabilitatea dispozițiilor legale din materie (de exemplu, achiziții prin atribuire directă). Altfel spus, scindarea contractului este reglementată ca o situație de excepție, iar nu ca regulă, așa cum petenta susține.

Examinând serviciile care formează obiectul contractului, [...] **Curtea consideră că este justificată decizia autorității contractante de a le cuprinde într-un singur lot, ca urmare a interdependenței ce există între acestea, respectiv a avantajelor ce pot fi furnizate de modalitatea de stabilire unitară a obiectului contractului.** Astfel, avantajele avute în vedere de acestea constau într-o calitate superioară a modalității de implementare a proiectului, ca urmare a existenței unei echipe unitare, care să asigure atât implementarea, cât și managementul informatic, precum și a reducerii riscurilor de neconformitate, atât sub aspectul respectării calendarului activităților propuse, cât și sub cel al evitării neconformităților tehnice, care ar putea apărea în condițiile în care echipamentele hardware și software, precum și serviciile de instruire, implementare și management ar fi asigurate de operatori economici diferiți. [...]

Altfel spus, fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care,

așa cum s-a arătat anterior, stabilește în funcție de condițiile concrete toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale. [...]

Aceeași concluzie este aplicabilă și susținerii petentei conform căreia obiectul contractului de achiziție publică este unul complex, eterogen și greu de atins, chiar imposibil pentru un singur operator economic. Curtea apreciază că, în lipsa unor dispoziții legale exprese și imperative, revine autorității contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (și aici trebuie subliniat că regula este aceea a priorității interesului public, în dauna celui privat, al operatorilor economici), modalitatea de atingere a acestora – ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentației și a întregii proceduri de atribuire – precum și respectarea legislației în materia achizițiilor publice. Or, în cauză, petenta nu a administrat probe din care să rezulte că acest echilibru nu a fost respectat, susținerile sale fiind simple aprecieri subiective.

Totodată, Curtea consideră că sunt perfect justificate susținerile Consiliului în sensul că, dacă un ofertant nu poate îndeplini singur obiectul contractului și condițiile din documentația de atribuire, el poate uza de facilitatea prevăzută ... respectiv are dreptul de a se asocia cu unul sau mai mulți operatori, în vederea depunerii unei oferte comune, care să satisfacă toate condițiile impuse de autoritatea contractantă și de legislația în materie.

Cât privește situația învederată de petentă – a unui operator economic ce nu poate îndeplini tot obiectul contractului și care nu dorește să se asocieze, Curtea reamintește considerentele expuse anterior, referitoare la prioritatea interesului public în fața celui particular.

Pentru toate aceste considerente și în temeiul dispozițiilor legale anterior amintite, Curtea urmează să respingă plângerea, ca nefondată»

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

Se observă din deciziile amintite că instanțele de judecată au avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, și nu destinația produselor.

Despărțirea în loturi distincte a produselor din loturile 1 și 2, după cum judicios a remarcat și contestatoarea, este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale 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 loturilor 1 și 2 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: Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să

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

merge mai departe în **eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la**

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

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

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

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreuna concurența a fost confirmat și în decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal: Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

Această critică este 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 îngrădiri 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.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând acceptarea divizării pe loturi fiind întemeiate, cele 5, respectiv 3 produse având destinații diferite, fiind autonome și independente, autoritatea contractantă trebuie să modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor loturilor 1 și 2 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 8 produse. Întrucât divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde în mod întemeiat societatea contestatoare, nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă astfel de modificări la nivelul procedurii de atribuire.

Prin urmare, cererea de divizare fiind întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire pentru loturile 1 și 2 contestate.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie adoptate de autoritatea contractantă, precum și faptul că împărțirea în loturi distincte a produselor aferente loturilor 1 și 2 nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii pentru cele două loturi.

Vizavi de celelalte aspecte criticate, Consiliul reține că, pentru impunerea unei anumite substanțe active, indicarea unei concentrații fixe pentru gelul dezinfectant pentru mâini (70%) și indicarea unui ambalaj cu cantitate fixă pentru anumite produse (2 litri/5 litri sau 1 litru/ 2 litri sau 10 litri) nu a fost adus niciun argument de către autoritatea contractantă.

S-au susținut următoarele: Conform recomandării Organizației Mondiale a Sănătății, concentrația optimă, având eficiență maximă în combaterea Virusului SARS-COV 2, a dezinfectanților pentru mâini este de 70%, astfel că această cerință a fost introdusă în fișele tehnice, anexe ale caietului de sarcini.

Referitor la variantele de ambalare (marjele) prezentate, s-au avut în vedere doi factori, respectiv ușurința în manipulare, având în vedere destinația acestora și variantele de ambalare existente pe piață, înregistrate cu ocazia prospectării pieței.

În ceea ce privește impunerea unei anumite substanțe active, referirile achizitoarei au fost generale, fără justificări concrete asupra alegerii respectivei substanțe.

În caietul de sarcini, trebuie incluse specificațiile tehnice care să acopere necesitățile achizitoarei, aceasta trebuind să indice ce anume efecte urmărește să obțină de la produsele oferite, nu să impună operatorilor economici cerințe minime fixe pentru acestea.

Referitor la critica cerinței prezentată în fișa tehnică "miros plăcut sau miros specific", aceasta însemnând orice fel de miros, dar nu impropriu categoriei de produse, autoritatea contractantă a susținut că operatorul economic avea posibilitatea de a solicita o clarificare cu privire la acest aspect, însă nu a justificat aceste cerințe. De altfel, nici nu se poate susține că solicitările de genul "miros plăcut sau miros specific" reprezintă specificații tehnice care să definească produsul.

Astfel fiind, față de cele de mai sus, s-ar fi impus ca achizitoarea să elimine din caietul de sarcini cerințele pentru produse referitoare la "miros plăcut" sau "miros specific" și să permită operatorilor economici ofertarea de produse (dezinfecțant gel pentru mâini) cu concentrații diferite, trebuind a fi impusă o concentrație minimă și/sau maximă, de asemenea, ar fi trebuit eliminată cerința referitoare la substanța activă. În privința ambalajului, autoritatea contractantă trebuia să impună cantități minime și/sau maxime, nu cantități fixe.

Ca urmare a luării măsurii anulării procedurii pentru loturile 1 și 2, va fi respins ca rămas fără obiect capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea de studiere a dosarului, întrucât la dosar se regăsesc documente care au fost publicate în SEAP și punctul de vedere transmis contestatoarei, aceasta nu se justifică, urmând a fi respinsă.

De asemenea, cererea privind plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea litigiului va fi respinsă, cheltuielile nefiind dovedite.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru

considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de în contradictoriu cu și anulează procedura de licitație deschisă organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect *Achiziționarea de echipamente și materiale necesare gestionării crizei sanitare cauzate de SARS-CoV-2 în cadrul proiectului Consolidarea capacității de gestionare a pandemiei generată de virusul SARS-COV-2 la nivelul unităților de învățământ de pe raza Sectorului 6 al Municipiului București, lot 1 și lot 2.*

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire pentru loturile amintite.

Respinge solicitarea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare, conține 14 pagini.