

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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. 2587/28.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48040/29.09.2022, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin administrator ing., asistată și/sau reprezentată juridic prin, cu sediul profesional în București, ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii simplificate, a contractului de achiziție publică având ca obiect „*FURNIZARE MATERIALE DE PROTECȚIE*” în cadrul proiectului „.....”, s-a solicitat:

„- în principal, anularea achiziției;

- în subsidiar, obligarea AC la modificarea CAIETULUI DE SARCINI (în continuare CS) al achiziției - partea de dezinfectanți - în raport de cererile din contestația noastră

- suspendarea continuării procedurii achiziției în temeiul art. 22 (1) *LEGE*”.

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, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

Preliminar, contestatorul arată că urmărește obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată pe cale separată.

Pe fond, contestatorul solicită anularea achiziției și obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea acesteia în 9 loturi, câte un produs per lot, precizând că între cele 9 produse nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea

unui singur contract, fiecare dintre ele acționând independent și având specificități proprii.

Semnaleză contestatorul că alăturarea de mai multe produse într-un singur lot, implică o restricționare a competiției, în mod cert/logic/aritmetic, fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 9 produse ale achiziției în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

Potrivit, o asemenea restricționare are efecte și asupra formării prețurilor de achiziție, care, în prezența unei concurențe sporite (precum în cazul organizării achiziției prin atribuirea contractelor în cadrul a 9 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

Arată contestatorul că societatea sa este un IMM specializat pe piața dezinfectanților medicali, iar prin modul în care este structurată achiziția nu poate prezenta o ofertă și pentru produsele care nu fac obiectul activității sale, ceea ce încalcă prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016.

În susținerea, contestatorul invocă mai multe decizii ale CNSC pronunțate în spețe similare.

Într-o altă critică, contestatorul apreciază că se impune modificarea caietului de sarcini al achiziției, după cum urmează:

- obligarea autorității contractante la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale produselor dezinfectante (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază, respectiv se va întemeia pe dispozițiile standardului general EN 14885:2022 și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standard;

- completarea cerinței „*Declarația de conformitate CT/Certificat de conformitate CE*” cu sintagma „*acolo unde este cazul*”;

- în cazul produselor „*h. Dezinfectanți gel mâini*” și „*i. Săpun*”, ambele fiind destinate dezinfecției mâinilor, este utilă introducerea cerinței „*să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului*”, completată prin:

- stabilirea 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*”;

- obligarea autorității contractante la stabilirea modului de comparare a prețului ofertelor pentru fiecare produs în parte (pentru

situația în care ar fi respinsă cererea de anulare a achiziției, dar ar fi admisă cererea de restructurare a acesteia).

În ceea ce privește produsul „f. *Dezinfectant/soluție pentru curățarea suprafețelor*”, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să facă următoarele modificări:

- să se precizeze natura produsului (un produs în formă concentrată, utilizat prin diluare sau un produs gata de utilizare), iar în situația în care achizitorul va decide că dorește un produs concentrat, utilizabil prin diluare sub forma soluției de lucru, atunci se impune eliminarea sintagmei „*gata de utilizare*”;

- obligarea achizitorului la stabilirea spectrului de activitate microbicidă a produsului conform prevederilor standardului privitoare la un produs chimic destinat dezinfecției suprafețelor în aria instituțională (pentru unități de învățământ), aplicat cu sau fără acțiune mecanică, cu adăugarea activității virucide, dovedită prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusurilor anvelopate (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2);

- eliminarea oricăror referiri, altele decât *domeniul instituțional* din descrierile destinațiilor de utilizare a produsului *Dezinfectant de suprafețe, gata preparat, cu un spectru larg de activitate împotriva bacteriilor, drojdiilor și fungilor gram-pozitive și gram-negative din domeniul industrial și instituțional (...)*;

- stabilirea obligației de furnizare de dovezi cu caracter tehnic-obiectiv (rapoarte de testare și altele asemenea) ale compatibilității produsului cu suprafețele din spațiile unităților de învățământ (cu indicarea materialelor acestora).

Referitor la produsul „h. *Dezinfectanți gel mâini*”, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să facă următoarele precizări:

- modificarea cerinței de compoziție a produsului „*Conținut etanol 75%, apă demineralizată, glicerina <1%, parfum*”, cu modificarea corespunzătoare și a cerinței „*Dezinfectant pentru mâini pe baza de alcool 75%*” în sensul „*Conținut alcool 60-80%*”, respectiv „*Dezinfectant pentru mâini pe bază de alcool*”;

- înlocuirea prevederilor (vagi, imprecise și atehnice) ce ar putea fi considerate spectru de activitate microbicidă a produsului „*Reduce sau inhibă dezvoltarea microorganismelor, eficient împotriva virusurilor, bacteriilor și ciupercilor*” cu spectrul de activitate indicat de standard pentru un produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională (pentru unități de învățământ);

- completarea cerinței „*nu usucă mâinile*” cu formularea „*trebuind să fie dovedită compatibilitatea produsului cu mâinile prin probe tehnice-obiective precum rapoarte de testare și altele asemenea*”;

- produsul să fie ambalat în recipiente de maximum 1 litru, prevăzute cu pompă dozatoare atașată din fabricație.

Privitor la produsul „i.Săpun”, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să facă următoarele precizări:

- înlocuirea prevederilor (vagi, imprecise și atehnice) ce ar putea fi considerate spectru de activitate microbică a produsului „*Săpun lichid antibacterian*” cu spectrul de activitate indicat de standard pentru un produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin spălare în aria instituțională (pentru unități de învățământ);

- înlocuirea cerinței cu *glicerină și emolient* cu cerința „*să fie dovedită compatibilitatea produsului cu mâinile prin probe tehnice-obiective precum rapoarte de testare și altele asemenea*”;

- produsul să fie ambalat în recipiente de maximum 1 litru, prevăzute cu pompă dozatoare atașată din fabricație.

În susținerea criticilor sale, contestatorul prezintă o serie de argumente care, în opinia sa, demonstrează necesitatea modificării anumitor cerințe stabilite în documentația de atribuire.

Pentru motivele invocate mai sus, ... solicită admiterea contestației.

În drept, se invocă textele de lege menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 2568/05.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 49033/05.10.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de către, atât sub aspectul anulării achiziției cât și în sensul obligării autorității contractante la modificarea caietului de sarcini și pe cale de consecință continuarea procedurii așa cum a fost inițiată.

După ce, în prealabil, prezintă un istoric al procedurii în cauză, împotriva criticii aduse de contestator, autoritatea contractantă se apără arătând că a decis că nu se impune atribuirea pe mai multe loturi, pentru produsele ce se doresc a fi achiziționate, ci gruparea acestora și achiziționarea tuturor, motivat, pe de o parte, de faptul că produsele solicitate prin documentația de atribuire sunt categorii de produse furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, iar, pe de altă parte, prin prisma economicității achiziției.

Mai mult, susține achizitorul, nu se justifică lotizarea întrucât produsele fac parte din aceeași categorie de produse, fiind similare astfel cum sunt definite de art. 18, iar, dincolo de aceste aspecte, conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 „*au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj*”.

Așadar, autoritatea contractantă precizează că a avut la baza considerente economice, tehnice și sociale, iar prin opțiunea aleasă, de a nu diviza achiziția publică pe loturi aferente fiecărui produs în parte, și-a

fundamentat cerințele din caietul de sarcini pentru a răspunde necesităților apărute în asigurarea produselor solicitate în cadrul documentației de atribuire, scopul achiziției fiind satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19.

Totodată, subliniază autoritatea, trebuie avut în vedere și faptul că o parte din produsele care fac obiectul achiziției se doresc a fi cumpărate în cantități mici, valorile estimative ale acestora fiind, de asemenea, reduse, fiind astfel posibil ca în cazul divizării produselor pe mai multe loturi distincte să nu se poată realiza atribuirea acestor loturi, prin prisma justificării eforturilor pe care le implică participarea la procedură din partea operatorilor economici.

Potrivit autorității contractante, trebuie avut în vedere și faptul că susținerile contestatorului nu sunt dovedite, pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nu este suficient ca acesta să afirme, chiar dacă este real, că există anumite impedimente în furnizarea de către operatorii economici a tuturor produselor, ci trebuia să demonstreze cu probe că nu există decât un număr limitat de furnizori ai produselor solicitate.

Având în vedere argumentele mai sus prezentate, autoritatea contractantă apreciază că nu se pot primi susținerile contestatorului conform cărora *„alăturarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției (...)”*, motiv pentru care criticile formulate de sunt neîntemeiate.

Concluzionând asupra aspectelor ce au constituit obiectul prezentei cauze și precizând ca nu sunt motive de remediere a documentației de atribuire, nici sub aspectul lotizării și nici sub aspectul modificării anumitor specificații tehnice, ... solicită respingerea contestației, atât sub aspectul anularii achiziției, cât și în sensul obligării achizitorului la modificarea caietului de sarcini și, pe cale de consecință, continuarea procedurii.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

.... a constituit cauțiunea în cuantum de lei lei prin recipisa de consemnare nr. din 27.09.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 2191/30.09.2022.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică având ca obiect *„FURNIZARE MATERIALE DE PROTECȚIE” în cadrul proiectului „....”*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA. Data stabilită pentru deschiderea ofertelor a fost data de 04.10.2022.

Nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să structureze prezenta achiziție, precum și de cerințele solicitate, ... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Cererea de suspendare a procedurii a fost respinsă prin Încheierea nr.

În soluționare este observat faptul că, așa cum rezultă din informațiile disponibile în SEAP, prezenta procedură vizează achiziția următoarelor produse:

- Manusi medicale de unica folosinta, nesterile, din latex, nepudrate, marime M – 2.720 bucati;
- Viziore de protectie de unica folosinta, 34 de bucati;
- Dezinfectant universal – 680 litri;
- Hipocloriti – 680 litri;
- Masti medicale / chirurgicale cu elastic – 113.568 bucati;
- Dezinfectant/solutie pentru curatarea suprafetelor – 680 litri;
- Alcool sanitar 70%– 680 litri;
- Dezinfectanti gel maini – 680 litri;
- Sapun – 800 litri.

De asemenea, se reține că autoritatea contractantă a solicitat prin documentația de atribuire ca Operatorul economic va prezenta propunerea tehnica pentru întreaga categorie de produse, menționate în cadrul documentatiei de atribuire.

Prin urmare, se observă, așa cum subliniază și contestatorul, că autoritatea contractantă a decis să achiziționeze, la comun, într-un lot global, produse care au funcționalități diferite, autonome și independente, unele dintre ele făcând parte din categoria *materialelor de protecție*, altele fiind *dezinfecante pentru mâini* iar altele pentru *suprafețe*.

Cu alte cuvinte, deși aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție a suprafețelor, de protecție și de igienă a beneficiarilor, fiind categorii de produse de sine stătătoare, cu utilizări diferite (protecție și dezinfecție mâini și suprafețe), acestea pot fi folosite independent unele față de altele.

În soluționare, relevanță poartă următoarele prevederi legale:

– art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 care cuprinde definiția pentru lot *fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;*

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

determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor. (3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare; b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.

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

– art. 141 alin. (1) – (4) din Legea nr. 98/2016 (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției. (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. (3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. (4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

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

departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor

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

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

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

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea produselor ce urmează a fi achiziționate în mai multe loturi solicitată de contestator, este, în opinia Consiliului justificată, în condițiile în care, din perspectiva autorității contractante nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru 9 loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

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

Suplimentar, legislația incidentă statuează că autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

În cazul de față, autoritatea contractantă susține că a respectat condițiile impuse de legiuitor la stabilirea componenței procedurii, accesul operatorilor economici nefiind restricționat, în opinia sa, în condițiile în care, toate produsele aparțin aceleiași categorii de produse, iar realizarea pe loturi a achiziției ar putea conduce la întârzierea executării contractului și poate fi costisitoare în raport cu avantajele potențiale ale lotizării.

Contrar apărărilor autorității contractante, Consiliul apreciază că o divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de

materiale de protecție și dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială, toți operatorii economici interesați având posibilitatea reală să depună oferte pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat câștigător pentru cel puțin un lot.

Nimic nu împiedică un operator economic, care poate oferta toate produsele, să depună ofertă pentru fiecare lot în parte – situație care nu ar presupune niciun cost suplimentar pentru acesta-, în timp ce, actuala structură a procedurii împiedică participarea unui operator economic care ar putea oferta doar, spre exemplu, 8 din cele 9 produse.

Pe de altă parte, nu doar destinația este aceea care decide lotizarea unei achiziții, și, în esență, componența unui lot, primordială fiind obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția.

Prin împărțirea respectivelor produse pe loturi distincte și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, se creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării este publice.

Astfel, reține Consiliul că, *hipocloriții* pot fi livrați la fel de bine și în situația în care celelalte produse solicitate, *măștile*, spre exemplu, sunt livrate de alt furnizor sau viceversa.

În lumina celor expuse, justificarea deciziei de a nu utiliza împărțirea pe loturi, din cuprinsul strategiei de contractare, apare insuficientă.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

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

obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer

Rundfunk și alții [C337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în

interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009,

Assitur, C538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în

această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă

posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.

Necesitatea deschiderii pieței a fost evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>): *Din analiza prevederilor legale incidente, rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, **o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice**, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/ acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, **adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.***

În altă ordine de idei, în lumina celor prezentate mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate tipurile de produse, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita, drept care, criticile contestatorului vizând neacceptarea divizării pe loturi distincte a produselor care formează obiectul procedurii, se constată a fi întemeiate.

De asemenea, nu se poate impune, în opinia Consiliului, nici ca operatorul economic interesat să participe la procedură să apeleze la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr.5480/05.12.2013: *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 forța un operator economic să îi furnizeze toate tipurile de produse, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând neacceptarea divizării pe loturi distincte a celor 9 produse care formează obiectul procedurii, se constată a fi întemeiate, cele 9 produse având funcționalități diferite, fiind autonome și independente.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesară a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a procedurii, în sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pentru fiecare produs în parte.

Însă, ținând cont de cele învederate de Agenția pentru Agenda Digitală a României prin corespondența nr.65869/18.10.2016 și anume „(...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.”, dar și prin adresa nr.3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, potrivit cu care „Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor.”, Consiliul reține că divizarea produselor aferente în mai multe loturi 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.

Dincolo de acest aspect, Consiliul constată că, la data stabilită, a avut loc deschiderea ofertelor, procedura aflându-se în prezent în *etapa de evaluare calificare și tehnică*, drept care, și din această perspectivă, legalitatea procedurii nu mai poate fi restabilită.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie efectuate, precum și faptul că împărțirea pe mai multe loturi a procedurii nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, dar și stadiul procedurii, Consiliul va dispune anularea procedurii, fiind lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

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

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, respectiv capătul de cerere principal, și va dispune anularea procedurii de atribuire.

Raportat la soluția pronunțată, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere subsidiar privind modificarea caietului de sarcini.

Cu privire la cererea care vizează obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul constată că autoarea

conestației și-a rezervat dreptul de a solicita plata acestora pe cale separată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, respectiv capătul de cerere principal, și anulează procedura de atribuire.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere subsidiar privind modificarea caietului de sarcini.

Obligatorie.

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.