

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 413/25.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr.10347/28.02.2022, formulată de, cu sediul în....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr....., având CIF....., reprezentată legal de și asistată și/sau reprezentată juridic prin....., cu sediul profesional în, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, cu sediul în....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare având ca obiect „*Lot 1 - Achizitie consumabile medicale - măști de protecție de uz sanitar , Lot 2 – Achizitie echipament si consumabile: nebulizator cu soluție nebulizator, Lot 3 - Achizitie dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe, Lot 4 - Achizitie preșuri si termometre*”, s-au solicitat:

- în principal, anularea procedurii de atribuire a contractului pentru *Lotul nr. 3*;

- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al *Lotului nr. 3*, în raport de cererile din contestația în cauză;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, conform dispozițiilor art.26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 (onorariu avocat în sumă de 2.500 lei - anexa nr.1);

- suspendarea procedurii pentru ***Lotul nr. 3***, până la soluționarea contestației, în temeiul art.22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care critică documentația de atribuire aferentă *Lotului nr. 3 - Achiziție dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe*, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Într-un prim aspect, contestatoarea aduce în discuție nulitatea achiziției, în raport de nerespectarea regulilor de publicitate prevăzute de art.7 alin. (1) și art.144 din Legea nr.98/2016.

Precizează că întreaga procedură organizată de, fiind bazată pe încălcarea obligației de publicare prealabilă a anunțului de participare în JOUE (prevăzută cu titlu obligatoriu conform dispozițiilor Legii nr.98/2016, transpunând Directiva nr.2014/24), este susceptibilă a conduce la atribuirea de contracte de achiziție anulabile.

În aceste condiții, ... solicită anularea procedurii în cauză, atât în temeiul art. 2 alin. (1) lit. b) din Directiva nr. 89/665/CEE (astfel cum a fost modificată prin art. 46 din Directiva nr. 2014/23/UE), cât și în temeiul art.26 alin. (7) din Legea nr.101/2016.

În susținerea celor de mai sus, reclamanta critică și faptul că anunțul de participare nu respectă forma și conținutul conform dispozițiilor Ordinului ANAP nr. 1017/2019, *lipsind o serie de secțiuni prevăzute a fi abordate de orice autoritate contractantă astfel încât operatorii economici să poată fi informați complet asupra drepturilor și obligațiilor lor în cadrul procedurii de atribuire a contractului lotului 2.*

Astfel, cu titlu de exemplu, notează că lipsește secțiunea 2. **INSTRUCIUNI PRIVIND GARANȚIILE SOLICITATE.**

Pornind de la ideea că produsele care fac obiectul procedurii pentru Lotul nr. 3, respectiv dezinfectant de suprafețe pe bază de biocid 1l cu pulverizator și dezinfectant de mâini pe bază de biocid cu pompiță la 1l, nu sunt produse similare și între ele nu există o legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract, contestatoarea consideră că se impune restructurarea Lotului nr. 3, prin organizarea achiziției în 2 loturi, câte un produs per lot.

În susținerea cererii, invocă jurisprudența în materie a CNSC și a instanței de judecată.

..... arată că licitarea împreună a categoriilor de produse dezinfectante susmenționate, 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 sc află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau căroră li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.

Raportat la prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligația să precizeze că specificațiile tehnice ale produselor Lotului nr. 3 (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide) se întemeiază pe dispozițiile OMS nr.1082/2016 și/sau pe prevederile standardelor

specifice fiecărei activități microbicide, impuse prin standardul general EN 14885:2018.

..... precizează că această normă tehnică UE - standardul EN 14885:2018 - a fost asimilată în normatorul tehnic național, prin decizia organismului național de standardizare (ASRO), și a fost transpusă în legislația națională referitoare la dezinfectanții clasificați produse biocide (obiectul achiziției lotului nr. 3), devenind o normă juridică cu caracter obligatoriu pentru toate entitățile de drept public și privat din Romania.

Contestatoarea evidențiază faptul că trebuie să admită că prevederile caietului de sarcini pentru Lotul nr.3 trebuie să respecte dispozițiile art. 5 alin. (1) și art. 6 alin. (1) lit. a) din HG nr. 617/2014, art. 2 și 4 din OMS NR. 10/2010, Anexa nr. 3 la OMS nr. 1082/2016 și art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în opinia sa, toți dezinfectanții solicitați de autoritatea contractantă trebuie să fie produse biocide (grupa I, tip 1 și 2), care trebuie să fie avizate de C.N.P.B. (Comisia Națională pentru Produse Biocide).

În continuare, autoarea contestației solicită eliminarea cerinței privind obligația ofertanților de a prezenta „*aviz de conformitate emis de ANPC*”, apreciind că este o cerință imposibil de îndeplinit de către orice operator economic, întrucât ANPC nu emite asemenea avize (a se vedea atribuțiile instituției – conf. art. 3 alin. (1) și (4) din HG nr. 700/2012).

Referitor la produsul „*Dezinfectant de suprafețe pe bază de biocid 1l cu pulverizator*”, ... aduce argumente în susținerea următoarelor trei solicitări specifice:

a) *admiterea în competiția atribuirii contractului și a dezinfectanților clasificați „Dispozitive Medicale”;*

Contestatoarea consideră că, dacă există aceeași eficacitate de dezinfecție (în speță, cea solicitată de), nu există motiv *rezonabil* de excludere din competiție a produselor dezinfectante clasificate „*Dispozitive Medicale*”, invocând în acest sens jurisprudența instanței de judecată.

b) *eliminarea specificației impunând o anumită compoziție a dezinfectantului: concentrație de etanol: 71,7%, compuși de amoniu cuaternar, benzil c12-16-alchil dimetil, cloruri: 0,25%;*

Contestatoarea apreciază ca fiind restrictivă cerința susmenționată, încălcând prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 întrucât indică „*o producție specifică*”.

Invocă în acest sens argumentarea din jurisprudența CNSC și a instanțelor judecătorești.

c) înlocuirea actualelor specificații de spectru și elemente din standarde de testare privind tulpinile de testare cu spectrul de activitate stabilit prin standardul EN 14885:2018 pentru eficacitatea unui

dezinfectant de suprafețe adecvat utilizării în aria instituțională (în care activează autoritatea contractantă);

Concret, ... solicită ca dovedirea eficacității spectrului de activitate să se facă prin testările prevăzute în standardul EN 14885:2018, pentru un dezinfectant de suprafețe utilizabil în zona instituțională, pentru activitățile bactericidă și fungicidă, și cu dovedirea eficacității virucide (care nu este cerută în mod normal pentru aria instituțională) conform testărilor standardului EN 14476 (specific ariei medicale), dar care *pare a fi de interes pentru autoritatea contractantă* (așa cum reiese din specificațiile a căror înlocuire este solicitată).

Totodată, în opinia reclamantei, testările doveditoare ale eficacității microbicide trebuie efectuate în condiții de murdărie, având în vedere specificația/necesitatea declarată a: *pentru utilizare pe toate suprafețele care necesită igienă, curățenie*.

Cu privire la celălalt produs, „dezinfectant de mâini pe bază de biocid cu pompiță la 1l”, din definirea produsului dorit a fi achiziționat, „gel dezinfectant hidroalcoolic mâini și piele”, „ideal pentru cazul în care apa și săpunul nu sunt accesibile”, rezultă, din punctul de vedere al reclamantei, că acesta trebuie să fie un dezinfectant pentru dezinfectia igienică a mâinilor cu utilizare prin frecare. Aceasta impune și alegerea specificațiilor tehnice care să asigure scopul urmărit.

Cu referire la produsul susmenționat, pentru a nu fi încălcate prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ... solicită înlocuirea specificației indicând compoziția dezinfectantului, respectiv *concentrație de etanol- 80%, peroxid de hidrogen- 0,125%*, având caracter restrictiv, cu „*pe bază de alcool între 60% și 80%*”.

Raportat la același produs, contestatoarea apreciază că definirea eficienței activității microbicide prin enumerarea tulpinilor de testare a eficacității dorite, așa cum este specificat în caietul de sarcini, este eronată.

Detaliază apoi că, revendicarea și recunoașterea pe planul Uniunii Europene a unui anumit efect microbicid al dezinfectanților se face exclusiv prin îndeplinirea procedurilor de testare stabilite de standardul general obligatoriu EN 14885:2018. În cadrul acestor proceduri de testare, *organismele de testare (tulpinile de referință) reprezintă doar un element (alături de temperatură, diluții, substanțele interferente)*.

Prin urmare, aprecierea eficacității se face prin raportare la rezultatul testării produsului (obținut prin parcurgerea unei proceduri prevăzute de standardele specializate la care face trimitere standardul general EN 14885:2018), și nu prin raportare la tulpinile de testare utilizate.

Pentru exemplificare, ... arată că dovedirea efectului virucid al unui dezinfectant se face prin testările prevăzute de standardul specializat EN14476 (adică pe tulpinile de referință prevăzute de metodologia acestuia), iar eficacitatea astfel dobândită privește acțiunea

asupra oricărui virus, nu numai asupra tulpinilor de virus utilizate în procedura de testare.

Din această perspectivă tehnică, contestatoarea subliniază că *înșiruirea de tulpini microbiene pe care o face autoritatea contractantă prin specificația din caietul de sarcini devine o restricție în calea unei competiții oneste (în care operatorii economici își testează produsele conform normelor aplicabile, iar nu unor cerințe care ies din sfera normată).*

Contestatoarea remarcă faptul că are alternativa alegerii spectrului de acțiune recomandat în Anexa nr.3 la OMS nr.1082/2016 pentru dezinfectia igienică a mâinilor prin frecare sau a spectrului de activitate indicat în standardul general EN 14885:2018 pentru aria medicală (pag. 17) sau a spectrului de activitate indicat în standardul general EN 14885:2018 pentru aria instituțională (pag. 39).

Având în vedere argumentele mai sus exprimate privind obligativitatea aplicării întocmai a prevederilor standardelor specializate prevăzute de standardul general EN 14885:2018, inclusiv sub aspectul tulpinilor de testare, ...solicită eliminarea din caietul de sarcini a cerinței testării pe *coronavirus*, întrucât este o cerință *imprecisă/neclară/interpretabilă*.

Autoarea contestației explică astfel: coronavirusurile sau coronavirinele (*Coronavirinae*, numite și *Orthocoronavirinae*), abreviat CoV, sunt o subfamilie de virusuri din familia coronaviridelor; niciunul dintre virușii acestei subfamilii nu este organism de testare în metodologia standardului specializat EN 14476.

Concluzionează că, pentru a se recunoaște unui dezinfectant calitatea de produs eficace împotriva virușilor (virucid), acesta trebuie să fie testat pe tulpinile de referință stabilite prin standardul antementionat. Orice încălcare a protocolului de testare, indiferent de sectorul în care se produce încălcarea (tulpini de testare, temperatură, timp de contact, substanțe interferente, reducere logaritmică) conduce la nerecunoașterea efectului microbicid respectiv.

În drept, sunt invocate prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 632/02.03.2022, înregistrată la Consiliu sub nr.11164/02.03.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, și precizând că își menține cerințele documentației de atribuire, din considerentele expuse în cele ce urmează.

Într-un prim aspect, autoritatea contractantă aduce următoarele argumente în combaterea cererii contestatoarei de anulare a procedurii de achiziție aferente Lotului nr. 3, pentru nerespectarea art. 7 alin. (10) și art. 144 din Legea nr. 98/2016:

- Ținând cont de valoarea estimată, achizițoarea a ales procedura de licitație deschisă într-o singură etapă, fără organizarea unei etape finale de licitație electronică;

- Procedura de achiziție publică a fost publicată în SICAP prin anunțul de participare cu nr. CN 1039552 din data de 20.02.2022 și pe site-ul <http://ted.europa.eu> anunțul de participare: nr.2022/S 038-0097568;

- Conform dispozițiilor art. 147 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„anunțurile prevăzute la art. 142 nu pot fi publicate la nivel național înainte de data publicării acestora în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene”*;

-În cadrul anunțului de participare s-a preluat automat numărul anunțului din JOUE.

Împotriva solicitării de restructurare a lotului nr. 3 prin organizarea achiziției în 2 loturi, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 141 alin. (1), art. 18 alin. (3) și art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, precum și jurisprudența CNSC în materie, menționând că, în cadrul anunțului de participare și în cadrul fișei de date cap. II.1.4 *autoritatea contractantă a menționat, în mod clar, informațiile cu privire la cele 4 (patru) loturi ce urmează a fi achiziționate, cât și produsele din cadrul acestora.*

Având în vedere cele de mai sus, ..., la abordarea achiziției pe 4 loturi, a luat în considerare principalele categorii de produse, prin raportare la termenul de implementare al proiectului aferent cererii de finanțare.

Cu privire la cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la precizarea că *specificatiile tehnice ale produselor Lotului nr. 3 (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide) se întemeiază pe dispozițiile OMS nr. 1082/2016 și /sau pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standardul general EN 14885 ediția 2018*, achizițoarea, invocând dispozițiile art. 3 alin.(1) lit. rr), art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și jurisprudența CNSC în materie, aduce următoarele contraargumente:

- În cadrul caietului de sarcini pentru produsele oferite se specifică: *“(...) dezinfectant de mâini GEL, dezinfectant se solicita în cadrul propunerii tehnice prezentarea avizelor de conformitate emise de ANPC și de la Ministerul Sănătății Comisia Națională pentru Produse Biocide valabile la data depunerii ofertei. Totodată ofertantul va prezenta o declarație pe propria răspundere din care să rezulte că produsele mai sus menționate vor avea avize valabile pe toată perioada de garanție a produselor oferite.”*;

- Ministerul Sănătății, prin avizele emise, certifică faptul că produsul/produsele îndeplinesc toți parametrii tehnici necesari pentru a combate bacterii/virusi, după cum este menționat în cadrul respectivului aviz;

- Prin introducerea dispozițiilor OMS nr.1082/2016 și /sau având în vedere prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide, impuse prin standardul general EN14885 ediția 2018, autoritatea contractantă nu ar asigura concurența, respectiv prin acea cerință, ar favoriza anumiți operatori economici sau ar restricționa participarea la procedura în cauză.

Motivele pentru care a decis că nu va da curs solicitării de eliminare a obligației de a prezenta aviz de conformitate emis de ANPC sunt:

- Conform prevederilor art.156 din Legea nr. 98/2016, definirea specificațiilor tehnice (aviz de conformitate emis de ANPC) se raportează la cerințe de performanță a produsului, nu exclusiv la specificații funcționale sau compoziție (în cazul de față);

- Produsele achiziționate în cadrul procedurii vor fi folosite cu preponderență în școlile din localitate, iar *publicul beneficiar al acestor proprietăți toxice este format, cu preponderență, din copii.*

Cu privire la cererea vizând eliminarea unor specificații, impunând o anumită compoziție a dezinfectantului, autoritatea contractantă contraargumentează precizând că, în cadrul fișei de date cap.VI Informații suplimentare, pct. 13, se specifică: *Cerințele tehnice definite la nivelul anunțului de participare, caietului de sarcini sau altor documente complementare, prin trimiterea standardelor la un anumit producător, la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție/metoda specifică de fabricație/prestare/execuție, vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea "sau echivalent".*

Mai mult, notează că Organizația Mondială a Sănătății (OMS) recomandă utilizarea unor dezinfectanți cu etanol în concentrație cuprinsă între 70%-85%, de aceea, a ales să stabilească specificația tehnică minimă de 71,7% a concentrației de etanol.

Pentru a respinge critica reclamantei vizând necesitatea înlocuirii actualelor specificații de spectru și elemente din standarde de testare privind tulpinile de testare, invocând dispozițiile art. 3 alin.(1) lit. rr), art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și jurisprudența CNSC în materie, ... arată că: *prin introducerea standardului general EN 14885 ediția 2018, autoritatea contractantă nu ar asigura concurența, respectiv prin cerința respectivă ar favoriza anumiți operatori economici sau ar restricționa participarea la prezenta procedură de atribuire.*

Pentru *dezinfectant de suprafețe pe bază de biocid 1 l cu pulverizator*, invocând încă o dată dispozițiile legale antemenționate, autoritatea contractantă aduce aceleași argumente ca și cele precizate în paragrafele anterioare, pentru a-și justifica decizia de a nu modifica specificațiile tehnice ale produselor de la Lotul nr. 3.

În probațiune, au fost depuse ca anexe, anunțul din JOUE și copii ale înscrisurilor din dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 463/03.03.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 11489/03.03.2022, ... a transmis răspuns la punctul de vedere nr. 632/02.03.2022 al, comunicând faptul că își menține solicitările din cuprinsul contestației, prezentând, totodată, contraargumente la cele susținute de autoritatea contractantă.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare având ca obiect *Lot 1 – achiziție consumabile medicale – măști de protecție de uz sanitar, Lot 2 – achiziție echipament și consumabile: nebulizator cu soluție nebulizator, Lot 3 – achiziție dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe, Lot 4 – Achiziție preșuri și termometre*, cod CPV 33631600-8 Antiseptice și dezinfectante (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat anunțul de participare CN1039552/20.02.2022, data limită pentru primirea ofertelor fiind stabilită pentru 05.04.2022. Valoarea estimată a contractului este de 1.071.869 RON, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Ulterior consultării documentației de atribuire, considerând că o serie de cerințe impuse de autoritate prin anunțul de participare și caietul de sarcini, aferente *lotului 3*, sunt restrictive și contravin dispozițiilor legale, ...a atacat-o la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze, consemnând și cauțiunea aferentă.

Se reține că, prin Încheierea nr....., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii formulată de autoarea contestației.

Analizând criticile contestatoarei, se constată că printre acestea se regăsește și cea privind restricționarea concurenței, având în vedere alăturarea de mai multe produse într-un singur lot, motiv pentru care solicită restructurarea lotului 3 – *achiziție dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe*, în 2 loturi, câte un produs per lot.

Este observat faptul că, așa cum rezultă din informațiile disponibile în SEAP, prezenta procedură de achiziție publică a fost împărțită de achizitoare în loturi (4 loturi) iar obiectul lotului 3 este constituit de gruparea a două tipuri de dezinfectanți, cu utilizări diferite, respectiv dezinfectant de suprafețe pe bază de BIOCID 1 I cu pulverizator și dezinfectant de mâini pe bază de BIOCID cu pompă la 1 I.

Consiliul reține incidența următoarelor texte legale în materie, relevante în speță:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: 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. 98/2013: (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 alin. (1) 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.

- art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: 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.

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 două loturi, este, în opinia Consiliului justificată, în condițiile în care, din perspectiva autorității contractante nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru două loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor necesare, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

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

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.

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 și Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. 8396/2/ 2018, respectiv: Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei.

Asocierea sau subcontractarea constituie un drept al operatorilor economici, nu o obligație, iar dreptul îl implică și pe cel de a nu se asocia sau de a nu subcontracta, dacă titularul lui nu dorește.

Cu alte cuvinte, achizițarea nu poate forța un operator economic să îi presteze toate serviciile, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

Din analiza modului de grupare a celor 2 categorii de dezinfectanți ca obiect al unui singur contract, Consiliul reține că, deși acești dezinfectanți sunt destinați pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție și igienă a beneficiarilor (elevi, cadre didactice, personal auxiliar) și a spațiilor, cele 2 categorii de dezinfectanți sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu utilizări diferite (*pentru mâini și pentru suprafețe*), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

Desigur că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Justificarea autorității contractante, oferită în punctul de vedere transmis Consiliului, cum că a luat în considerare *principalele categorii de produse, prin raportare la termenul de implementare al proiectului aferent cererii de finanțare* nu este apreciată de Consiliu ca fiind pertinentă și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele – *dezinfectanți* - trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate. În acest context, termenul de implementare al proiectului pare a fi artificial invocat.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând structura lotului 3 se constată a fi întemeiate.

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 licitației, în sensul lotizării produselor ce fac obiectul lotului 3.

Însă, ținând cont de cele învederate de Agenția pentru Agenda Digitală a României prin corespondența nr. 65869/18.10.2016 și anume (...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective, dar și prin adresa nr. 3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, potrivit cu care Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor, Consiliul reține că divizarea produselor ce fac obiectul prezentei proceduri nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice – SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic (în speță a lotului 3) într-o procedură de atribuire pe loturi.

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

Având în vedere că împărțirea pe mai multe loturi a procedurii de atribuire a CN1039552lotului în discuție nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii pentru lotul 3.

Față de soluția prefigurată, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte critici ale contestatoarei, o asemenea analiză fiind de prisos, câtă vreme procedura aferentă lotului 3 urmează să fie anulată. Pe cale de consecință, respectivele critici sunt rămase fără obiect.

Raportat la ansamblul celor reținute în paginile de mai sus Consiliul apreciază că singura măsură legală care poate fi dispusă la acest moment este anularea procedurii de atribuire pentru lotul 3, motiv pentru care contestația va fi admisă.

Vizavi de capătul de cerere privind remedierea caietului de sarcini, raportat la soluția pronunțată anterior, el urmează a fi respins ca rămas fără obiect.

Cu privire la cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată (onorariu avocațial), ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care

trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.

Observând că există cheltuieli avansate de contestatoare în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată cererea și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante, aflată în culpă, la plata cheltuielilor efectuate de societate în cursul soluționării contestației. Cheltuielile solicitate sunt în sumă de 2.500 lei și reprezintă onorariu avocațial pentru Cabinetul de Avocat facturat cu nr. 551/23.02.2022 și achitat de contestatoare prin tranzacție interbancară la 23.02.2022 (ordinul de plată nr. 221/23.02.2022), potrivit actelor depuse la dosarul cauzei.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, și anulează procedura aferentă lotului 3.

În baza art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind remedierea caietului de sarcini.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, obligă autoritatea contractantă la plata către a sumei de 2.500 lei, reprezentând cheltuieli efectuate în vederea soluționării contestației.

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

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

