

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., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., 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, 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 curățenie – dezinfectanți*”, s-a solicitat:

„- în principal, anularea achiziției;

- în subsidiar, modificarea CAIETULUI DE SARCINI (în continuare CS) al achiziției;

- 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.

Pe fond, contestatorul solicită anularea achiziției și obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea acesteia în 5 loturi, câte un produs per lot, precizând că între cele 5 produse nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract, fiecare dintre ele acționând independent și având specificități proprii.

Semnalează 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 5 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 5 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

În susținerea afirmațiilor sale, 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 dezinfectanților (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;

- obligarea autorității contractante la recunoașterea aplicabilității prevederilor OMS nr.1761/2021 în ce privește utilizarea dezinfectanților achiziționați prin prezenta procedură, acolo unde nu există prevederi speciale care să înlăture aplicarea sa.

În ceea ce privește produsul „*j. Detergent dezinfectant pentru pardoseli*”, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să facă următoarele modificări:

- obligarea achizitorului la eliminarea cerinței de compoziție „*amestec pe bază de tensioactivi anionici, neionici, amfoterici și săpun. Nu conține clor*”;

- obligarea autorității contractante la modificarea și precizarea spectrului de activitate microbicide actual: „*Are acțiune bacterică și fungică*” în sensul arătat de standard pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor în aria instituțională, prin acțiune mecanică;

- obligarea achizitorului la precizarea că dovada eficacității microbicide a produsului oferit trebuie făcută prin testări în condiții de murdărie;

- obligarea achizitorului la introducerea cerinței prezentării de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească compatibilitatea produsului oferit cu materialul suprafețelor descrise.

Referitor la produsul „*Gel dezinfectant pentru mâini și tegumente hidroalcoolic*”, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să facă următoarele precizări:

- completarea cerinței „*cu (...) substanțe protectoare și hidratante pentru epidermă ce asigură echilibrul lipidic, prevenind apariția zonelor uscate și senzația de piele crăpată după utilizări multiple, într-un interval de timp relativ mic*” cu cerința prezentării de probe tehnice

neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini;

- modificarea și precizarea actualului spectru de activitate microbică *„Produs cu activitate bactericidă, fungică, levurică, microbacterică, tuberculică, virucică”* în sensul prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în zona instituțională;

- modificarea cerinței de compoziție *„Etanol min 80%.”* în sensul *„Alcoolii între 60 și 80%”* recomandat prin Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale, p.34 - *Activitatea antimicrobiană a alcoolilor rezultă din capacitatea acestora de a denatura proteinele. Soluțiile de alcoolii care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută. Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei”*;

- introducerea cerinței *„să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranță post-deschidere recipient (care trebuie arătată de AC, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”*.

Privitor la produsul *„Gel dezinfectant pentru mâini și tegumente hidroalcoolic”*, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să facă următoarele precizări:

- stabilirea spectrului de activitate microbicidă prin raportare la prevederile standardului referitoare la un produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională;

- eliminarea cerinței de compoziție *„care conține etanol 75%, apă demineralizată, glicerină <1%, parfum”*;

- introducerea cerinței *„să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranță post-deschidere recipient (care trebuie arătată de AC, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”*.

În susținerea criticilor sale, contestatorul prezintă o serie de argumente care, în opinia sa, demonstrează necesitatea modificării cerințelor 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. XXIII/4902/08.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de către, ca nefondată.

Referitor la capătul de cerere principal privind anularea achiziției autoritatea contractantă face următoarele precizări:

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că *„între cele 5 produse nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract (...)”*, concluziile contestatorului nu au aplicabilitate în cazul de față, obiectul contractului fiind strict de furnizare de produse nicidecum un contract mixt care să implice atât execuția de lucrări cât și furnizarea de produse, situație în care produsele furnizate ar fi fost în strânsă interdependență, acționând conjugat la atingerea obiectivului autorității contractante.

Cu privire la critica conform căreia produsele achiziției nu sunt *„destinate unor utilizări identice sau similare (...)”*, contestatorul, în mod voit, face confuzia între produse identice sau similare și produse destinate unor utilizări identice sau similare, diferența între cele două sintagme fiind pe cât de evidentă pe atât de relevantă în privința onestității contestatorului cu privire la presupusa încălcare a prevederilor legale aplicabile invocate.

Concluzia contestatorului că produsele diferite nu sunt similare în accepțiunea Legii nr. 98/2016 sunt contrazise tocmai de textul de lege invocat, în cuprinsul acestuia neregăsindu-se sintagma *„produse identice sau similare”* ca o condiție cumulativă de constatare a similarității produselor.

În opinia autorității, dacă ar fi împărtășită concluzia contestatorului privind *similaritatea*, produsele ar fi fost achiziționate prin *cumpărare directă* eludând, astfel, prevederile Legii nr. 98/2016 și, pe cale de consecință, lăsând fără obiect activitatea de ofertare prin intermediul SEAP.

Relativ la critica potrivit căreia *„adăugarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției (...)”*, chiar dacă nu sunt de înțeles întru totul doleanțele contestatorului, este de înțeles faptul că acesta nu-și justifică alegația privind presupusa restricționare a concurenței prin invocarea prevederilor legale aplicabile pretins a fi încălcate și este de reținut lipsa de fundamentare în drept.

În ceea ce privește decizia de a nu împărți pe loturi achiziția de față, autoritatea contractantă aduce următoarele argumente:

- prezenta procedură vizează 5 tipuri de produse de curățenie pentru a acoperi nevoia de a asigura materiale de curățenie necesare desfășurării activității curente;

- în strategia de contractare s-a motivat decizia de a nu împărți pe loturi, astfel „Autoritatea contractantă nu a procedat la împărțirea pe loturi având în vedere faptul că măsurile igienico-sanitare necesită o abordare unitară în toate sediile.

Totodată, prin documentația de atribuire nu s-au impus cerințe de calificare de ordin financiar sau tehnic de natură să împiedice participarea IMM-urilor la procedură de atribuire, produsele supuse ofertării făcând parte din gama normală de produse furnizate de operatori economici cu activitate în domeniu.”

- nu au fost stabilite cerințe de calificare care să poată crea dificultăți pentru operatorii economici cu cifre de afaceri mici sau cu experiență minimă în domeniu;

- nu s-au solicitat produse care nu fac parte din gama normală de produse furnizate de operatori economici cu activitate în domeniu.

Mai arată autoritatea contractantă că un operator economic cu activitate în domeniu care nu poate răspunde necesității sale de a furniza 5 tipuri de produse similare, fie este abia înființat, fie nu va rezista cerințelor pieței, fiind într-o antiteză evidentă cu ceea ce ar trebui să însemne un operator economic activ în domeniu.

Raportat la capătul de cerere al contestatorului de modificare a cerințelor Caietului de sarcini, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea cererii pentru următoarele considerente:

- din cele consemnate de contestator rezultă faptul că acesta își motivează cerințele de modificare a caietului de sarcini prin încercarea de a denatura obiectul contractului prin inducerea ideii că produsele achiziționate sunt destinate dezinfecției, susținând în acest sens necesitatea aplicabilității OMS nr. 1761/2021;

- obiectul contractului este de furnizare materiale de curățenie-dezinfectanți pentru asigurarea condițiilor de igienă și nu pentru realizarea dezinfecției, iar produsele achiziționate nu sunt destinate pentru utilizarea în unități de învățământ, cum în mod eronat susține contestatorul;

- Ordinul Ministerului Sănătății nr. 1761/2021 nu este aplicabil prezentei achiziții, întrucât acesta aprobă normele tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private;

- contestatorul solicită în mod eronat eliminarea cerinței de compoziție pentru produsele supuse ofertării, invocând încălcarea principiilor ce stau la baza achizițiilor publice respectiv nediscriminarea și tratamentul egal, fără a clarifica însă în ce mod aceste cerințe aduc atingere principiilor invocate;

- contestatorul invocă, desprins din context, Decizii CNSC care în mod vădit vizează achiziția de servicii de dezinfecție și nu achiziția de materiale de curățenie – dezinfectanți.

Fată de cele menționate anterior, ... solicită respingerea contestației depuse de ca fiind nefondată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ale art. 18 alin. (3) lit. a) și ale art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

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

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 curățenie – dezinfectanți”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, cu o valoare estimată de lei, fără TVA, și data stabilită pentru deschiderea ofertelor, 09.04.2022.

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.

La data de 08.11.2022, contestatorul a înaintat Consiliului cauțiunea constituită conform dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

În soluționare, față de prima categorie de critici, este observat faptul că, așa cum rezultă din informațiile disponibile în SEAP, în cadrul anunțului de participare simplificat, la *cap. II.2.4) Descrierea achiziției publice*:

Conform caiet de sarcini, vor fi furnizate materiale de curățenie - dezinfectanți astfel:

- detergent dezinfectant pentru pardoseli - 1008 bidoane 5l.;
- dezinfectant rapid pentru suprafețe - 4644 STC (recipient 1000 ml.);
- gel dezinfectant pentru mâini și tegumente hidroalcoolic - 4940 STC (recipient 1000 ml.);
- gel dezinfectant pentru mâini și tegumente hidroalcoolic - 10 STC (recipient 1000 ml.);
- gel dezinfectant pentru mâini - evenimente - 10 bidoane 10 l.

Se mai reține, din economia regulilor de întocmire a ofertei regăsite în documentația de atribuire, că participanții la procedură trebuie să ofereze întreaga categorie de produse solicitate.

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, sens în care reține Consiliul că unele dintre ele fac parte din categoria dezinfectanților pentru suprafețe, iar, altele, sunt dezinfectanți pentru mâini.

Cu alte cuvinte, deși aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție a suprafețelor și de igienă a beneficiarilor, fiind categorii de produse de sine stătătoare, cu utilizări diferite (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 fiecare tip de dezinfectant), 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.

Or, analizând tipul produselor obiect al acestei achiziții, se observă că deși acestea pot fi încadrate în categoria dezinfectanților, ele sunt destinate unor utilizări diferite, unele pentru suprafețe - detergentul dezinfectant pentru pardoseli și dezinfectantul rapid pentru suprafețe, iar, celelalte, pentru tegumente/mâini.

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, necesare satisfacerii nevoii declarate de a asigura materialele de curățenie pentru desfășurarea activității, situație care impune o *abordare unitară în toate sediile*. De asemenea, arată că nu a solicitat cerințe de calificare care să împiedice participarea IMM-urilor, iar produsele supuse ofertării fac parte din gama normală de produse furnizate de operatorii economici cu activitate în domeniu.

Față de apărările autorității contractante, în lumina celor expuse mai sus, Consiliul reține că 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, în funcție de categoria din care fac parte, 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 fondurilor publice. Divizarea pe loturi asigură o concurență reală, în vederea atribuirii oricărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială, toți operatorii economici interesați având posibilitatea reală să depună oferte pentru unul sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat câștigător pentru cel puțin un lot.

Se mai reține că 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, un singur tip de dezinfectant.

Astfel, reține Consiliul că, raportat la necesitatea declarată a autorității contractante – *achiziția de materiale de curățenie necesare desfășurării activității curente a personalului în bune condiții de igienă* - dezinfectanții pentru suprafețe pot fi utilizați la fel de bine și în situația în care cei pentru mâini sunt livrați de un alt furnizor sau viceversa.

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

Insuficiente pentru a justifica actuala structură a achiziției sunt reținute și apărările autorității din punctul de vedere în sensul că *un operator economic cu activitate în domeniu care nu poate răspunde necesității sale de a furniza 5 tipuri de produse similare, fie este abia înființat, fie nu va rezista cerințelor pieței, fiind într-o antiteză evidentă cu ceea ce ar trebui să însemne un operator economic activ în domeniu.*

Astfel, având în vedere cerințele de calificare stabilite la nivelul fișei de date, nu se poate identifica un motiv pentru care unui operator economic nou înființat să-i fie restricționat accesul. De asemenea, primirea unor oferte doar din partea unor operatori economici care au o anumită experiență în domeniu, care le-ar permite „să reziste cerințelor pieței”, poate fi controlată prin solicitarea unei experiențe profesionale, în acord cu dispozițiile legale.

Cu alte cuvinte, nu este suficientă lipsa cerințelor de calificare privind situația economică sau experiența ofertanților, pentru deschiderea concurenței, importantă fiind și gama de produse necesar a fi ofertată.

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 concurența 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.***

De asemenea, tot în legătură cu apărările autorității contractante din punctul de vedere, Consiliul nu poate să nu remarce interpretarea eronată pe care aceasta o dă dispozițiilor legale privind structurarea achiziției, sens în care reține că lotizarea acesteia, cu luarea în considerare a regulilor expuse mai sus, nu conduce la permisiunea obținerii produselor prin *cumpărare directă*, respectiv la înlăturarea obligațiilor privind organizarea unei procedurii de atribuire.

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 analizate vor fi admise, în limitele celor expuse mai sus.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesar 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 categorie de produse 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, singura soluție care poate fi adoptată la acest moment este cea de anulare a procedurii, fiind lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

Trecând la analizarea capătului de cerere subsidiar al contestației, privind modificarea caietului de sarcini în raport de argumentele expuse de contestator, Consiliul remarcă faptul că, printre preținsele motive de nelegalitate a specificațiilor tehnice impuse, se regăsesc și cele privind cerințele de compoziție pentru produsul „detergent dezinfectant pentru pardoseli”, și anume „conținând un amestec pe bază de tensioactivi anionici, neionici, amfoterici și săpun. Nu conține clor”, respectiv cele privind produsul „gel dezinfectant pentru mâini și tegumente hidroalcoolic” – „etanol 75%, apă demineralizată, glicerina<1%, parfum”.

Raportat la natura criticilor în analiză, Consiliul reține relevanța dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, conform cu care specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante. Se mai reține că, potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

De asemenea, în soluționare vor fi reținute și prevederile art. 155 alin. (6) din același act normativ specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, și cele ale art. 156 alin. (2) din lege – cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Așadar, modificarea sau cenzurarea caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date de cele două temeuri de drept citate mai sus.

În altă ordine de idei, nu există o prevedere legală care să oblige autoritatea să accepte produse care nu corespund necesităților sale, iar Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, atâta timp cât acestea îi satisfac interesele. Autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a

fondurilor. Prin urmare, necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul său, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

Nu în ultimul rând, trebuie subliniat că drepturile autorităților contractante la care s-a făcut referire mai sus trebuie exercitate cu bună credință, iar nu cu scopul de a limita sau restricționa accesul la procedură, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

În acest context legal, în opinia contestatorului, cerințele în discuție sunt contrare dispozițiilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și principiilor nediscriminării și tratamentul egal, câtă vreme nu există prevederi legale și tehnice care să lege eficacitatea unui produs dezinfectant de o anumită compoziție, putând exista produse cu altă compoziție, dar cu aceeași eficacitate, dar care nu pot participa la procedură, deși respectă toate celelalte cerințe solicitate de achizitoare.

Față de pretențiile contestatorului, autoritatea contractantă se rezumă, în apărările sale, în a indica faptul că, prin susținerile din contestație, petentul nu clarifică în ce mod cerințele impuse aduc atingere principiilor invocate.

Referitor la problematica dezbătută, Consiliul amintește că legiuitorul a interzis ca specificațiile tehnice impuse să aibă ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse, cu excepția cazului în care sunt justificate de obiectul contractului.

Având în vedere obiectivul urmărit, destinația dezinfectanților și acțiunea lor, Consiliul apreciază că solicitarea autorității contractante ca produsele în discuție să aibă în compoziție etanol 75%, apă demineralizată, glicerina <1%, parfum sau un amestec pe bază de tensioactivi anionici, neionici, amfoterici și săpun... îngrădește participarea la achiziție a operatorilor economici furnizori de produse dezinfectante care, deși au o compoziție permisă de legislația aplicabilă, corespund utilității urmărite și îndeplinesc celelalte cerințe solicitate prin caietul de sarcini, au un procent de etanol mai mare, spre exemplu, sau nu conțin exact compoziția amestecului solicitat, așa cum impune autoritatea. Îndeplinirea necesităților de curățenie a unității achizitoare este realizată prin eficacitatea produselor, concentrațiilor de utilizare, timpilor de acțiune, pericolozitatea acestora etc., performanțe care nu pot fi evaluate exclusiv printr-un procent exact de etanol. Cu alte cuvinte, accentul trebuia să cadă pe efectul urmărit, iar nu pe compoziția dezinfectanților.

Neacceptarea dezinfectanților cu o altă compoziție recunoscută și avizată pentru utilizare reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față, argumentele contestatorului fiind, așadar,

suficiente pentru demonstrarea încălcării celor două principii evocate de acesta.

Se mai reține în soluționare că, în justificarea cerinței analizate, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio explicație de ce doar tipul de produse, având compoziția solicitată, sunt în măsură să îi satisfacă necesitățile declarate, și nici Consiliul nu a reușit să identifice, la nivelul dosarului achiziției depus în probațiune, astfel de explicații.

În contextul în care conformitatea tehnică și calitatea unui dezinfectant nu este legată în mod implicit de existența sau nu a unei substanțe active, Consiliul va admite critica analizată și va obliga autoritatea contractantă să remedieze cerințele analizate mai sus în sensul eliminării indicației de compoziție a produsului.

Însă, și de această dată, Consiliul constată că aceste măsuri de remediere nu pot fi adoptate, stadiul procedurii împiedicând implementarea lor, astfel că, și din această perspectivă, singură măsură care poate fi dispusă este anularea procedurii, în acord cu prevederile art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, potrivit cu care „(...) Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: (...) c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.”

Față de soluția prefigurată, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte critici ale contestatorului vizând conținutul caietului de sarcini, o asemenea analiză fiind de prisos câtă vreme procedura urmează să fie anulată.

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

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, Consiliul reține că aceasta este rămasă fără obiect, în condițiile soluționării contestației în cadrul căreia a fost solicitată.

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 contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, și anulează procedura de atribuire.

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea privind suspendarea procedurii.

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.