



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2487/08.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43913/09.10.2020, formulată de către ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ..., împotriva documentației de atribuire emisă de către ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, având ca obiect „*Produse pentru prevenirea infectării cu Covid 19*”, se solicită, în principal, obligarea entității contractante la restructurarea achiziției în sensul divizării acesteia în loturi corespunzătoare fiecărui produs al achiziției, cu modificarea anunțului de participare, a fișei de date a achiziției și a caietului de sarcini, în raport de criticile din cuprinsul contestației, în subsidiar, modificarea fișei de date și caietului de sarcini în raport de criticile din cuprinsul contestației, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației pe fondul cauzei.

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

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

Prin contestația nr. 2487/08.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43913/09.10.2020, ... contestă documentația de atribuire emisă de către ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul solicită obligarea entității contractante la modificarea structurii achiziției prin constituirea de loturi corespunzătoare fiecărui produs al achiziției.

Se arată că, în structura actuală a unicului lot al achiziției figurează două categorii de produse diferite prin natura lor, lipsite de o legătură funcțională sine qua non: materiale și consumabile sanitare (și acestea la rândul lor atât de diverse, încât entitatea contractantă nu a fost în măsură a indica un cod CPV anume) și dezinfectanți (cod CPV - 24250000-1).

Contestatorul învederează că necesitățile oricărei autorități contractante presupun utilizarea cât mai eficientă a fondurilor publice pentru achiziționarea produselor de care are nevoie (ale căror caracteristici tehnice sunt stabilite prin specificații tehnice), utilizare care presupune, la rândul ei, o competiție cât mai largă, cu urmarea obținerii unui preț de achiziție mai scăzut decât cel obținut în urma unei competiții cu participare restrânsă. Gruparea mai multor produse într-un megalot contravine interesului entității contractante deoarece, pentru formularea unei singure oferte pentru mai multe produse diferite, există un număr mult mai mic de potențiali ofertanți decât în cazul în care fiecare produs ar fi achiziționat în cadrul unui singur lot.

Se arată că, în condițiile pandemiei COVID-19, orice entitate contractantă trebuie să minimizeze riscul încetării livrărilor produselor achiziționate (care poate surveni oricând, așa cum situația pe plan european și mondial o arată); așadar, este de preferat să gestionezi mai multe contracte de furnizare, astfel încât - în situația apariției unei împiedicări a livrărilor unui anumit produs achiziționat - să poată continua livrările celorlate produse. Procedul entității contractante marchează și încălcarea principiului avantajării IMM-urilor (categorie în care se încadrează și societatea contestatoare) - niciun distribuitor de pe piața națională nu este în măsură a furniza toate produsele asamblate în megalotul constituit de entitatea contractantă.

Contestatorul subliniază că distribuitorii trebuie să se asocieze, în diferite forme, pentru a asigura ansamblul ofertei/megalot, iar asocierea, în diverse forme, nu este o soluție bună pentru orice entitate contractantă deoarece orice formă de asociere implică o creștere a prețului ofertei, precum și un risc în ce privește îndeplinirea obligațiilor contractuale (mai mulți participanți la satisfacerea comenzilor entității contractante înseamnă că eșecul unuia dintre asociați în a livra unul/mai multe dintre produsele contractate are consecințe asupra întregii atribuirii, iar entitatea contractantă nu-și poate realiza achiziția planificată și necesară); posibilitatea obținerii de despăgubiri pentru neîndeplinirea contractului nu înseamnă realizarea acestuia, adică interesul entității contractante - necesitatea sa de a avea produsele - nu este realizat. Numai în cazul asigurării unei participări cât mai largi la procedurile de achiziție publică se realizează încurajarea IMM, în general întreprinderi de mici dimensiuni, specializate în distribuirea numai anumitor produse. Asemenea obiectiv nu

poate fi realizat în condițiile grupării de mai multe produse într-un singur megalot, IMM neputând furniza o ofertă pentru ansamblul acestor produse.

Contestatorul învederează că cele două principii - necesitățile entității contractante și încurajarea IMM - trebuie să acționeze simultan și fără a se acorda vreo pondere majoritară unuia, în detrimentul celuilalt. Contestatorul invocă DIRECTIVA 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice cu privire la acțiunea celor două principii enunțate.

Contestatorul arată că, în materia achizițiilor publice (inclusiv a celor sectoriale), potrivit legislației în vigoare (dreptul comun în materie fiind reprezentat de Legea nr. 98/2016), lotizarea este regula, potrivit art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la lotizarea achiziției, contestatorul invocă dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. dd), art. 141 din Legea nr. 98/2016, art. 23 și art. 150 din Legea nr. 99/2016 și concluzionează că asemenea structură compozită încalcă principiile specializării ofertei și ofertanților și al încurajării IMM-urilor, împiedică o evaluare corectă a ofertelor și creează o piedică în calea liberei competiții.

Contestatorul subliniază că, un alt motiv pentru care se impune restructurarea achiziției îl constituie imposibilitatea efectuării unei evaluări corecte a ofertelor (cel puțin în actualul cadru al documentației de atribuire).

Se arată că, potrivit Fișei de date a achiziției, atribuirea se face conform criteriului „prețul cel mai scăzut”, iar din prevederile Fișei de date – pct. IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare” rezultă că entitatea contractantă dorește să achizitioneze diversele produse ale achiziției, indiferent de prețul fiecărui produs component și de câștigul pe care l-ar realiza printr-o abordare a comparării ofertelor per produs.

Contestatorul solicită obligarea entității contractante la modificarea secțiunii și pct. 3 citate mai jos:

„VI.3 Informații suplimentare

3) În cazul în care, două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În cazul în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică.”

Contestatorul precizează că, prin înlăturarea referirii la „punctajul obținut la factorii de evaluare” - asemenea factori de evaluare lipsind din documentația de atribuire, iar existența lor fiind incompatibilă cu criteriul de atribuire stabilit – „prețul cel mai scăzut”.

Referitor la cerințele din Caietul de sarcini, respectiv pct. 2.3.1. - produsele „Dezinfectant mâini” și „Dezinfectant suprafețe”, contestatorul solicită obligarea entității contractante la stabilirea spectrului de activitate al dezinfectanților și a testărilor doveditoare ale eficacității dorite conform standardului european EN 14885:2015. Spre a avansa în această direcție - obligatoriu de urmat pentru orice entitate contractantă din Uniunea

Europeană care achiziționează dezinfectanți – entitatea contractantă trebuie să-și clarifice nivelul dezinfecției pe care trebuie să-l atingă dezinfectantul dorit și aria/spațiul în care urmează a fi folosit.

Se arată că, din coroborarea datelor/specificațiilor tehnice prezente în Caietul de sarcini, se pare că dezinfectantul pentru mâini este unul destinat dezinfecției igienice prin frecare. Contestatorul precizează că nu deslușește, în ce privește dezinfectantul pentru suprafețe, nici modul de utilizare (cu sau fără acțiune mecanică), nici suportul de dezinfectat (suprafețele putând fi critice, semicritice sau non-critice). În situația în care entitatea contractantă dorește nivelul cel mai înalt de dezinfecție, atunci trebuie să aibă în vedere referirile standardului EN 14885 pentru aria medicală, iar alternativele sunt dezinfecția configurată pentru aria veterinară și pentru cea „*food, industrial, domestic and institutional*”.

Contestatorul subliniază că, după ce și-a clarificat această chestiune esențială, entitatea contractantă nu are decât de urmat prevederile rezultând din tabelele prezente la pag. 14-15 (Table 1 - Medical area – standard test methods to be used to substantiate claims for products), pag. 25 (Table 2 - Veterinary area - Standard test methods to be used to substantiate claims for products) și pag. 34-34 (Table 3 - Food, industrial, domestic and institutional area - Standard test methods to be used to substantiate claims for products). Potrivit Caietului de sarcini, aceste dezinfectante, ca și celelalte produse ale achiziției, trebuie să servească scopului achiziției, astfel:

„3. Descrierea produselor solicitate:

Produsele solicitate: Produse pentru prevenirea infectării cu COVID 19 (măști reutilizabile, mănuși antibacteriene, dezinfectant mâini, dezinfectant suprafețe, halat unică folosință, viziere de protecție, prosoape de hârtie) sunt destinate prevenirii infectării salariaților societății ... cu virusul Covid 19.”,

de unde rezultă că eficacitatea virucidă trebuie neapărat să existe în spectrul de activitate al dezinfectanților solicitați de entitatea contractantă - mențione care lipsește acum dintre specificațiile tehnice ale celor două produse.

Referitor la pct. 2.3.2. Produsul „Dezinfectant suprafețe”, contestatorul solicită obligarea entității contractante la eliminare în tot a specificației: „*Conținut: clorura de alchim și dimetibenzilamoniu*”, precizând că stabilirea compoziției unui dezinfectant semnifică indicarea unui procedeu de fabricație, ceea ce este interzis potrivit art. 155 alin. (6), respectiv art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 165 alin. (6) și art. 166 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul învederează că, indiferent de compoziția sa, dezinfectantul trebuie să aibă eficacitatea dorită (care poate fi realizată în diferite compoziții ale dezinfectantului), iar ceea ce trebuie să preocupe entitatea contractantă este eficacitatea, iar nu compoziția dezinfectantului.

Se arată că niciun act normativ nu impune anume compoziție a unui dezinfectant, atât timp cât substanța/substanțele active ce îl compun nu sunt interzise prin Regulamentul (UE) nr. 1062/2014.

Contestatorul consideră că specificația tehnică este nejustificată, menită să restricționeze/dirijeze competiția și solicită obligarea entității contractante la înlăturarea acestei specificații.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. MO 901.01/1824/16.10.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45091/16.10.2020, ... a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

În raport de aspectele sesizate la punctul 2.1 din contestație, entitatea contractantă invocă prevederile art. 9 din H.G. 394/2016 și precizează că a pregătit procesul de achiziție publică având ca obiect achiziția de „Produse pentru prevenirea infectării cu COVID 19” prin identificarea produselor având ca scop satisfacerea unei anumite necesități la nivelul societății, documentația de atribuire și strategia de contractare fiind aprobate de către conducătorul entității contractante. Codul CPV indicat în cadrul documentației de atribuire este 33140000-3 - Consumabile medicale, astfel că este eronată afirmația contestatoarei potrivit căreia entitatea contractantă nu a fost în măsură a indica un cod CPV anume. Produsele solicitate în cadrul documentației de atribuire sunt consumabile medicale, scopul achiziției fiind satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19.

Se arată că, conform anunțului de participare cu nr. CN 1024907/30.09.2020 și documentației de atribuire, procedura de atribuire a acordului cadru este licitație deschisă, acordul cadru urmând a fi încheiat cu 3 operatori economici, iar atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției în SEAP, astfel urmărindu-se asigurarea unei competiții corespunzătoare, precum și oferte de preț îmbunătățite la atribuirea contractelor subsecvente.

Entitatea contractantă învederează că, raportat la obiectul acordului cadru, nu se impune lotizarea, având în vedere că produsele solicitate prin documentația de atribuire sunt categorii de produse furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv - comercializarea consumabilelor medicale.

Se arată că, în vederea stabilirii valorii estimate a acordului-cadru, ... a prospectat piața, consultând ofertele de pe site-urile de internet ale firmelor de specialitate și s-a constatat că sunt operatori economici, inclusiv IMM-uri care pot furniza/comercializa toate produsele din cadrul documentației de atribuire.

Entitatea contractantă consideră că afirmațiile contestatoarei potrivit căroră, prin prezenta achiziție, ... nu a avut în vedere utilizarea cât mai

eficientă a fondurilor publice și, prin structurarea achiziției, conduce la încălcarea principiului avantajării IMM-urilor, sunt neîntemeiate, fiind evident caracterul subiectiv și speculativ al afirmațiilor de tipul „niciun distribuitor de pe piață națională nu este în măsură a furniza toate produsele ...”.

Entitatea contractantă învederează că, în raport de aspectele sesizate la punctul 2.1.2 din contestație, susținerile contestatoarei în sprijinul solicitării imperative de restructurare a achiziției se înscriu în aceeași categorie de subiectiv și speculativ. Astfel, în mod eronat, contestatoarea consideră ca fiind imposibilă o evaluare corectă a ofertelor în condițiile în care, potrivit înțelegerii acesteia, entitatea contractantă urmărește să achiziționeze diverse produse ale achiziției indiferent de prețul fiecărui produs component și de câștigul pe care l-ar realiza printr-o abordare a comparării ofertelor pe produs. Având în vedere faptul că nu se identifică temeiul legal al raționamentului contestatoarei, ce susține ca fiind imperativă structurarea acestei achiziții pe loturi corespunzătoare fiecărui produs, și mai mult decât atât, ținând seama de cantitățile (relativ mici) care definesc necesitatea ... pentru fiecare dintre produse, nu se identifică nici temeiul prin prisma economicității achiziției.

Astfel, entitatea contractantă consideră că nu sunt respectate principii elementare de eficiență și economicitate prin încheierea și derularea de acorduri-cadru/contracte subsecvente având ca obiect un singur produs, în condițiile în care necesitatea ... pentru acel produs nu este la un nivel astfel încât să justifice eforturile, atât din partea ofertanților/furnizorilor (pentru participarea la procedură și derularea acordului-cadru/contractelor subsecvente), cât și din partea entității contractante (încheierea de acorduri-cadru/contracte subsecvente și derularea acestora pentru loturi conținând un produs). Procedura de atribuire a acordului-cadru este licitație deschisă, acordul-cadru urmând a fi încheiat cu 3 operatori economici, iar atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției în SEAP, astfel că se asigură o competiție corespunzătoare, precum și oferte de preț îmbunătățite la atribuirea contractelor subsecvente. Având în vedere că ... dorește să achiziționeze un număr de 9 produse pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, ar fi inefficient și neeconomic să structurezi procedura pe 9 loturi, astfel că abordarea propusă de contestatoare privind compararea ofertelor pe produs este neîntemeiată.

Entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 150 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și învederează că nu este vorba despre o obligație dispusă pe seama entității contractante care să nu țină seama de considerente astfel cum sunt cele mai sus expuse, iar înțelesul privind modul de aplicare rezultă fără echivoc din informațiile existente în fișa de date a achiziției, referitoare la criteriul de atribuire. În vederea asigurării unei formulări corecte care să nu necesite interpretări, ... va revizui punctul 3) din cadrul capitolului VI.3- Informații suplimentare, prin publicarea unei erate la

anunțul de participare și a unei clarificări, paragraful invocat urmând a avea formularea:

„3) În cazul în care, în urma stabilirii clasamentului final conform criteriului de atribuire, comisia de evaluare constată că sunt două sau mai multe oferte cu același preț, entitatea contractantă va solicita clarificări prin intermediul SICAP, în vederea încărcării electronice de către operatorii economici respectivi de documente care conțin noi prețuri. Oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică.”

În raport de aspectele sesizate la punctul 2.3 din contestație, entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 166 din Legea nr. 99/2016 și învederează că, având în vedere obiectul de activitate al ..., constând în transportul de călători pe rețeaua de metrou în condiții de siguranță și confort, ținând seama de faptul că nu s-a mai confruntat cu condiții care să determine anterior în cadrul activității, o necesitate de achiziție similară, precum și de faptul că, nici la momentul actual nu sunt cunoscute și reglementate aspecte în legătură cu SARS-COV-2, a elaborat specificațiile tehnice din cadrul Caietului de sarcini având în vedere, în principal, scopul urmărit, respectiv cerințele de performanță (prevenirea infectării cu COVID 19).

Astfel, având în vedere, pe de o parte faptul că, de la începutul pandemiei până la acest moment nu au fost încă stabilite elemente clare (reglementări) care să permită o documentare corespunzătoare pentru elaborarea specificațiilor tehnice aferente produselor utilizate pentru dezinfectare având eficiență pentru noul Coronavirus, iar pe de altă parte faptul că ..., prin prisma obiectului de activitate, nu are competențe în elaborarea unei specificații aferente unor produse utilizate preponderant într-un domeniu de activitate diferit (domeniul medical), urmare a implicațiilor determinate de pandemia cu noul coronavirus, a rezultat necesitatea și oportunitatea achiziționării acestor produse, caracteristicile solicitate pentru acestea fiind stabilite de compartimentele entității contractante ținând seama și de istoricul achizițiilor efectuate în perioada stării de urgență (în mod concret, compartimentele utilizatoare au comunicat observațiile privind utilizarea produselor achiziționate, respectiv eventuale probleme întâlnite, cum ar fi deteriorarea diferitelor suprafețe sau caracterul agresiv pentru utilizator - iritarea pielii, etc).

Având în vedere caracterul de noutate al tuturor aspectelor legate de infectarea cu SARS COV-2, ce a implicat necesitatea unei perioade semnificative de cercetare pentru stabilirea unor elemente certe care să permită adoptarea de reglementări specifice, entitatea contractantă a precizat în mod deschis mai sus modalitatea concretă de elaborare a specificațiilor tehnice pentru prezenta achiziție destinată îndeplinirii obligației legale de asigurare a prevenirii și combaterii infectării cu COVID 19 și acestea (specificațiile tehnice) nu pot fi considerate de natură a restricționa nepermis participarea la procedură, ținând seama de aplicabilitatea prevederilor art. 166 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 99/2016, ofertantul având spre exemplu posibilitatea de a demonstra în

oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

Față de elementele de susținere prezentate mai sus, ... solicită respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată.

Prin adresa nr. 2575/19.10.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45388/19.10.2020, ... a răspuns la apărările entității contractante din cuprinsul punctului de vedere, prin care solicită respingerea acestora pentru următoarele motive:

Referitor la critica de la pct. 2.1., contestatorul învederează că entitatea contractantă afirmă următoarele:

„Raportat la obiectul contractului, în opinia subscrisei nu se impune lotizarea, având în vedere că produsele solicitate prin documentația de atribuire sunt categorii de produse furnizate /comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, respectiv comercializarea consumabilelor medicale.”

Contestatorul precizează că sintagma „CONSUMABILE MEDICALE” - cu a căror comercializare se ocupă operatorii economici la care se referă entitatea contractantă - are un conținut nedefinit de aceasta, existând asemenea consumabile identificate generic sub codul CPV 33140000-3.

În timp ce celelalte obiecte ale achiziției sunt plasate în alte sfere de activitate economică, cu o piață proprie și operatori distincți, respectiv: în cazul produselor de care contestatorul este interesat (fiind specializat pe această piață, pe care activează de peste 18 ani), dezinfectanții medicali se încadrează sub codul CPV 24455000-8; mănușile de unică folosință se regăsesc sub codul CPV 18424300-0; vizierele de protecție sub codul CPV 18142000-6, iar prosoapele de hârtie pot fi încadrate numai la codul CPV 39514200-0.

Se arată că, în acest context, al lipsei de acoperire concretă a susținerii de mai sus, entitatea contractantă mai afirmă, tot speculativ, următoarele:

„În vederea stabilirii valorii estimate a acordului-cadru, ... a prospectat piața consultând ofertele de pe site-urile de internet ale firmelor de specialitate, și s-a constatat că sunt operatori economici, inclusiv IMM-uri care pot furniza/comercializa toate produsele din cadrul documentației de atribuire.”

Contestatorul consideră că acel „inclusiv IMM-uri” arată, de fapt, lipsa de preocupare a entității contractante pentru respectarea principiului încurajării IMM-urilor și, în fapt, doar marii angrosiști pot asigura diversitatea de produse solicitate de entitatea contractantă.

Contestatorul concluzionează că nu există nicio coerență interfuncțională a amalgamului de produse cuprinse în achiziția entității contractante; nu poate exista deci nicio piață a tuturor acestor produse, care trebuie adunate de pe piețe diverse, pe care acționează operatori cu specializările aferente. De asemenea, nu există nicio modalitate concretă de evaluare a prețului ofertelor, entitatea contractantă refuzând să aducă vreo clarificare a acestei chestiuni.

Referitor la critica de la pct. 2.2., se arată că entitatea contractantă admite eroarea relevată în contestație și se angajează să emită o erată în sensul celor criticate.

Referitor la criticile de la pct. 2.3.1. și 2.3.2., contestatorul învederează că, recunoscându-și incapacitatea de a stabili în mod științific obiectul achiziției produselor dezinfectante, entitatea contractantă refuză să furnizeze detaliile necesare pentru derularea transparentă și echidistantă a procedurii (pe care ar fi avut timpul să le conceapă pe parcursul celor 8 zile scurse de la data primirii contestației, apelând la o consultanță de specialitate), tratând achiziția însăși ca fiind, în contextul ampleror sale activități, lipsită de o importanță deosebită: *„dintre produse, nu identificăm nici temeiul prin prisma economicității achiziției. Astfel, considerăm că nu sunt respectate principii elementare de eficiență și economicitate prin încheierea și derularea de acorduri-cadru/contracte subsecvente având ca obiect un singur produs, în condițiile în care necesitatea ... pentru acel produs nu este la un nivel astfel încât să justifice eforturile, atât din partea ofertanților/furnizorilor (pentru participarea la procedură și derularea acordului-cadru/contractelor subsecvente) cât și din partea entității contractante (încheierea de acorduri-cadru/contracte subsecvente și derularea acestora pentru loturi conținând un produs).”*

Se învederează că entitatea contractantă susține că a stabilit specificațiile tehnice ale achiziției în conformitate cu prevederile art. 166 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, având în vedere cerințele de performanță (prevenirea infectării cu COVID 19), numai că textul legii arată că asemenea cerințe pot fi formulate, astfel: *„(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, (...)”*.

Contestatorul arată că, și atunci când sunt edictate norme tehnice la nivel UE, care sunt asimilate în normativul național, definirea specificațiilor tehnice trebuie să se facă prin raportare la prevederile normelor respective. În materia dezinfectanților, normativul tehnic UE este standardul EN 14885, care stabilește atât eficacitatea pe care trebuie să o aibă un dezinfectant pentru a i se recunoaște pretențiile de acțiune antimicrobiană, cât și metodele de dovedire a acestei eficacități (testările necesare).

Contestatorul citează din ediția 2015 a standardului EN 14885 Chemical disinfectants and antiseptics - Application of European Standards for chemical disinfectants and antiseptics

- pag. 4:

„According to the CEN-CENELEC Internal Regulations, the national standards organizations of the following countries are bound to implement this European Standard: Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Former Yugoslav Republic of Macedonia, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy,

Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey and the United Kingdom."

- pag. 5:

"This European Standard specifies the laboratory methods to be used for testing the activity of products, i.e. chemical disinfectants and antiseptics in order to support claims that they have specific properties appropriate to their intended application. These laboratory methods may also be used for active substances and products."

Contestatorul concluzionează că, în cazul produselor 2 și 3 ale achiziției, specificațiile tehnice trebuie să fie reglate conform cerințelor standardului general EN 14885 și a standardelor specializate indicate de acesta. Nu pot exista modalități de dovedire a efectului dezinfectant echivalente celor stabilite prin standardul EN 14885, astfel încât este vădit lipsită de temei susținerea entității contractante (vădind din nou lipsa de preocupare pentru pregătirea cu grijă a achiziției), respectiv: *"ofertantul având spre exemplu posibilitatea de a demonstra în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice."*

Contestatorul învederează că, refuzând să ofere participanților la competiție informarea completă, corectă și precisă asupra datelor produselor de achiziționat - impusă de art. 164 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă se arată incapabilă a iniția și derula o procedură transparentă și echidistantă (chiar și după ce a fost sesizată cu problemele de concepere a specificațiilor tehnice într-un domeniu care - recunoaște ea însăși - îi este străin).

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să examineze aplicabilitatea măsurii de anulare a achiziției, conform art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, având ca obiect *"Produse pentru prevenirea infectării cu Covid 19"*, cod CPV 33140000-3 – Consumabile medicale (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 3.269.910 RON, iar criteriul de atribuire ales este *"prețul cel mai scăzut"*.

Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației nr. 2487/08.10.2020, formulată de către ..., prin Încheierea nr. ..., astfel prin prezenta urmează a fi soluționate capetele de cerere cu privire la fondul cauzei.

Procedând la soluționarea contestației, analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de neîmpărțirea obiectului achiziției pe loturi, criteriul de atribuire și anumite specificații tehnice cuprinse în caietul de sarcini.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găsește util a reține câteva aspecte din cadrul dosarului achiziției publice.

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie achiziționarea de produse pentru prevenirea infectării cu COVID 19 (măști de protecție de unica folosință, mănuși antibacteriene, dezinfectant mâini, dezinfectant suprafețe, halat unica folosință, viziere de protecție, prosoape de hârtie) necesară pentru prevenirea infectării salariaților cu COVID 19 și asigurarea bunei desfășurări a activității societății ...

Se are în vedere că procedura se va finaliza prin încheierea unui acord cadru cu o durată de 24 de luni.

În cuprinsul Strategiei de contractare nr. M.09.01.01 / 1658/24.09.2020 se regăsesc precizate și următoarele aspecte:

"3.2. Alegerea și justificarea procedurii de atribuire:

*3.2.1 Procedura de atribuire aleasă este: licitație deschisă.
Justificare alegere procedura:*

Având în vedere faptul că valoarea estimată se situează peste pragul de 2.001.114 lei, fără TVA, prevăzut la art. 12, alin. (1), lit. a) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu prevederile art. 82, alin. (2), din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, achiziția se va realiza prin aplicarea licitației deschise, astfel cum se regăsește aceasta prevăzută la cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2.

In cadrul desfășurării procedurii de atribuire, ... urmărește atingerea scopului privind achiziționarea de produse în condiții de eficiență economică și cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale. Grad de complexitate al procedurii: ridicat.

3.2.2 Procedura implică: încheierea unui acord cadru

** Numărul, sau, dacă este cazul, numărul maxim de participanți la acordul-cadru preconizat: 3. In cazul în care numărul operatorilor economici care au prezentat oferta admisibilă este mai mic decât numărul maxim preconizat, acordul cadru se va încheia cu acei / acel operatori economici care au depus oferta admisibilă.*

** Posibilitatea de a relua competiția cu semnatarii acordului-cadru: DA.*

** Reluarea competiției se va face în SEAP: DA.*

** Durata acordului cadru: 24 de luni.*

** Se va organiza o etapă de licitație electronică: NU.*

- * împărțire pe loturi: NU.
- * Se vizează reducerea termenelor: NU.
- * Modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire: online.
- * Frecvența de atribuire a contractelor subsecvente:
- * Se estimează încheierea de contracte subsecvente, având uzual frecvența semestrială.
- * Funcție de necesitățile concrete ale entității contractante, pot fi atribuite contracte subsecvente cu durata estimată între 6 și 12 luni.
- * Valoarea estimată a celui mai mic contract subsecvent care se anticipează a se atribui pe toată perioada acordului- cadru: 412.358,00 lei, fără TVA.
- * Valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a se atribui pe toată perioada acordului-cadru: 1.635.855,00 lei, fără TVA.

3.2.3 Modul de desfășurare a procedurii: procedură online

3.2.4 Împărțire în loturi: NU

În cuprinsul caietului de sarcini achizițioarea a precizat următoarele informații despre contextul achiziționării produselor care fac obiectul procedurii, astfel:

"2.2. Informații despre contextul care a determinat achiziționarea produselor Achiziționarea de Produse pentru prevenirea infectării cu COVID 19 (măști de protecție de unică folosință, mănuși antibacteriene, dezinfectant mâini, dezinfectant suprafețe, halat unică folosință, viziere de protecție, prosoape de hârtie) este necesară pentru prevenirea infectării salariaților cu COVID 19 și asigurarea bunei desfășurări a activității societății ...

2.3. Informații despre beneficiile anticipate de către Autoritatea Contractantă Asigurarea sănătății și securității în munca pentru lucrătorii societății

3. Descrierea produselor solicitate: Produsele solicitate: Produse pentru prevenirea infectării cu COVID 19 (măști reutilizabile, mănuși antibacteriene, dezinfectant mâini, dezinfectant suprafețe, halat unică folosință, viziere de protecție, prosoape de hârtie) sunt destinate prevenirii infectării salariaților societății ... cu virusul COVID-19.

3.1. Descrierea situației actuale la nivelul Autorității/entității contractante Necesitatea încheierii unui acord cadru aferent produselor, în vederea îndeplinirii obiectivelor propuse.

În continuare sunt detaliate produsele care fac obiectul achiziției, respectiv:

Nr. Crt.	Denumire produs	U.M.	Cantități					
			Min. 6 luni	Max. 6 luni	Min. 12 luni	Max. 12 luni	Min. 24 luni	Max. 24 luni
1	Măști de protecție reutilizabile	buc.	12676	38790	25352	80180	50704	160360
2	Dezinfectant mâini	litru	2799	5296	5598	10592	11176	21144
3	Dezinfectant suprafețe	litru	8570	12061	17214	24222	34228	48444

4	Viziore de protecție	buc.	11	13	11	13	22	26
5	Mănuși medicale de protecție de unica folosință - 100 buc/cutie	cutie	258	327	516	654	1032	1308
6	Măști medicale de protecție cu 3 straturi - 50 buc/ cutie	cutie	40	60	80	120	160	240
7	Halat de unica folosință	buc.	250	265	500	530	1000	1060
8	Dispenser pentru igienizant de mâini cu senzor	buc.	3	5	3	5	6	10
9	Prosoape de hârtie	rola	30	40	60	80	120	160

Autoritatea contractantă a stabilit pentru fiecare dintre categoriile de produse îndeplinirea anumitor specificații tehnice.

Un prim motiv reclamat de ... vizează faptul că entitatea contractantă, în mod nelegal nu a divizat obiectul supus procedurii de atribuire, pe loturi, iar solicitarea acestuia adresată Consiliului, este aceea a obligării entității contractante la modificarea structurii achiziției prin constituirea de loturi corespunzătoare fiecărui produs al achiziției.

Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că lotizarea reprezintă soluția corectă din punct de vedere juridic pentru a permite accesul neîngrădit al operatorilor economici, obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse și asigurarea unei concurențe reale.

În replică la cele reclamate de contestatoare, argumentul decisiv adus de entitatea contractantă în favoarea faptului că în mod justificat nu a divizat obiectul acordului-cadru pe loturi este acela că produsele solicitate prin documentația de atribuire sunt categorii de produse furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, respectiv comercializarea consumabilelor medicale.

Tot în sprijinul raționamentului de a nu diviza pe loturi sunt și susținerile aduse de aceasta, precum că în vederea stabilirii valorii estimate a acordului – cadru, ... a prospectat piața consultând ofertele de pe site-urile de internet ale firmelor de specialitate, și s-a constatat că sunt operatori economici, inclusiv IMM-uri care pot furniza/comercializa toate produsele din cadrul documentației de atribuire.

Așadar, problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu este aceea a corectitudinii/incorectitudinii nedivizării obiectului acordului-cadru pe loturi.

În vederea atribuirii contractului de furnizare supus procedurii în cauză, al cărui specific, în contextul pandemiei create de COVID-19 nu poate fi tăgăduit, entitatea contractantă a elaborat caietul de sarcini în cadrul căruia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească produsele ce se doresc a fi achiziționate.

Entitatea contractantă a menționat în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.1.6) *„Împartire in loturi”* faptul că nu a divizat contractul de furnizare pe loturi.

În soluționare, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente în cauză:

Legea nr. 99/2016:

Art. 150. - (1) Entitatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor sectoriale 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), entitatea 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 cazul prevăzut la alin. (1), entitatea contractantă precizează în anunțul de participare, în invitația pentru confirmarea interesului sau, atunci când ca mijloc de invitare la procedura concurențială de ofertare se folosește un anunț privind existența unui sistem de calificare, în invitația de participare la procedura de ofertare sau la negociere, dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

(4) Entitatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant.

(5) În situația prevăzută la alin. (4), entitatea contractantă precizează în anunțul de participare, în invitația pentru confirmarea interesului sau, atunci când ca mijloc de invitare la procedura concurențială de ofertare se folosește un anunț privind existența unui sistem de calificare, în invitația de participare la procedura de ofertare sau la negociere, numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui ofertant.

(6) Entitatea contractantă are obligația de a indica în documentele achiziției criteriile și regulile obiective și nediscriminatorii care se vor aplica pentru stabilirea loturilor care vor fi atribuite aceluiași ofertant, în cazul în care în urma aplicării criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare ar rezulta atribuirea către un ofertant a unui număr de loturi mai mare decât numărul maxim admis.

(7) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, entitatea contractantă are dreptul de a decide atribuirea contractului/contractelor prin reunirea mai multor loturi sau a tuturor loturilor și atribuirea acestora aceluiași ofertant, dacă a precizat în anunțul de participare, în invitația pentru confirmarea interesului sau, atunci când ca mijloc de invitare la procedura concurențială de ofertare se folosește un anunț privind existența unui sistem de calificare, în invitația de participare la procedura de ofertare sau la negociere, faptul că își rezervă dreptul de a face acest lucru și a indicat loturile sau grupurile de loturi care pot fi reunite.

(8) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, entitatea contractantă efectuează o evaluare comparativă a ofertelor, pentru a stabili dacă ofertele depuse de către un ofertant pentru o anumită combinație de loturi luate în ansamblu ar primi un punctaj superior prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire prin raportare la loturile respective față de punctajul total obținut de ofertele pentru loturile individuale în cauză luate separat.

(9) Entitatea contractantă efectuează evaluarea comparativă prevăzută la alin. (8) prin stabilirea în primul rând a punctajelor ofertelor pentru fiecare lot în parte prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire și, apoi, prin compararea punctajului total astfel obținut cu punctajul atribuit ofertelor depuse de către un ofertant pentru combinația de loturi respectivă, în ansamblu;

- art. 63 - „(1) Entitățile 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”;

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 - art. 9 alin. (4):

(4) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a unui achiziții în legătură cu:

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de entitate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție sectorială, pe de altă parte;

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului sectorial asociate, dacă este cazul;

c) tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;

d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru entitatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează entitatea contractantă;

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 82 alin. (3) - (6) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, criterii de calificare privind capacitatea

și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;

g) *obiectivul din strategia locală/regională/națională de dezvoltare la a cărei realizare contribuie contractul/acordul- cadru respectiv, dacă este cazul;*

h) *orice alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesității entității contractante."*

Din dispozițiile legale mai sus citate, se constată că împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție publică reprezintă un drept al entității contractante de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție sectoriale.

Așadar, pentru procedura de față, entitatea contractantă a decis că nu se impune atribuirea pe loturi, 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, respectiv comercializarea consumabilelor medicale, iar pe de altă parte prin prisma economicității achiziției. Astfel, entitatea contractantă consideră că nu sunt respectate principii elementare de eficiență și economicitate prin încheierea și derularea de acorduri - cadru/contracte subsecvente, având ca obiect un singur produs, în condițiile în care necesitatea ... pentru acel produs nu este la un nivel astfel încât să justifice eforturile, atât din partea ofertanților/furnizorilor (pentru participarea la procedură și derularea acordului-cadru / contractelor subsecvente) cât și din partea entității contractante (încheierea de acorduri - cadru / contracte subsecvente și derularea acestora pentru loturi conținând un produs).

Examinând fondul criticilor aduse de contestatoare și documentele aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul constată că entitatea contractantă a prospectat piața de profil în vederea determinării valorii estimate a acodului-cadru de furnizare în cauză. Sunt depuse la dosarul cauzei ofertele de preț de la ..., ... și ..., de unde rezultă că respectivii operatorii economici comercializează toate produsele solicitate de entitatea achizitoare.

În cuprinsul *Strategiei de contractare nr. M.09.01.01 / 1658/24.09.2020*, ... a precizat documentele care au stat la baza elaborării documentației de atribuire respectiv: pe baza documentelor inițitoare elaborate de către compartimente/structuri specializate, respectiv Referat de necesitate centralizator nr. M.05.03/2457/20.08.2020, Nota privind determinarea valorii estimate nr. M.05.03/2459/20.08.2020, Nota privind condițiile specifice achiziției nr. M.05.03/2460/20.08.2020 și Caietul de sarcini nr. M.05.03/2458/ 20.08.2020, a fost elaborată Documentația de atribuire.

Așa cum a fost mai sus reținut, legiuitorul a reglementat un drept al entității contractante de care poate uza și nu a instituit o obligație în sarcina acesteia cu privire la împărțirea pe loturi, împărțirea pe loturi a

contractului de achiziție publică de furnizare în cauză este un drept/opțiune a/al entității contractante.

Mai mult, este important de remarcat faptul că legiuitorul în cadrul actelor normative care reglementează achizițiile sectoriale – Legea nr. 99/2016 și H.G. nr. 394/2016, spre deosebire de actele care reglementează achizițiile publice – Legea nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016, **nu a mai prevăzut în mod expres printre obligațiile care cad în sarcina entității contractante, în situația în care aceasta nu recurge la atribuirea contractului pe loturi**, respectiv obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi și obligația de a menționa în cadrul strategiei de contractare decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi. (**Legea nr. 98/2016** - art. 141 alin. (3) *În situația în care entitatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi și Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:* - art. 9 alin. (3) lit. f) – „(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”).

Astfel, în cazul achizițiilor sectoriale legiuitorul a prevăzut **doar dreptul** entității contractante de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor sectoriale, spre deosebire de dispozițiile care reglementează achizițiile publice, unde a prevăzut în mod expres **și obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi**.

Așadar entitatea contractantă a avut la baza considerente economice, tehnice și sociale, astfel Consiliul constată că, prin opțiunea aleasă de a nu diviza obiectul contractului pe loturi, entitatea contractantă și-a fundamentat cerințele din caietul de sarcini pentru a răspunde necesităților apărute în asigurarea produselor solicitate în cadrul documentației de atribuire care sunt consumabile medicale, scopul achiziției fiind satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19.

Achizitoarea a subliniat că prioritar a fost interesul economic ținând seama de cantitățile (relativ mici) care definesc necesitatea ... pentru fiecare dintre produse, achizitoarea argumentând că nu sunt respectate principii elementare de eficiență și economicitate prin încheierea și derularea de acorduri - cadru / contracte subsecvente având ca obiect un singur produs. Concluzia care se desprinde este că necesitatea ... pentru lotizarea fiecărui produs nu este la un nivel astfel încât să justifice eforturile, atât din partea ofertanților/furnizorilor (pentru participarea la procedură și derularea acordului-cadru / contractelor subsecvente) cât și din partea entității contractante (încheierea de acorduri - cadru/contracte subsecvente și derularea acestora pentru loturi conținând un produs), iar

celeritatea în materializarea perfectării acordului-cadru într-un timp cât mai scurt reprezintă un obiectiv important al ...

Sunt adevărate susținerile autoarei contestației vizavi de faptul că *"In condițiile pandemiei COVID-19, orice AC trebuie să minimizeze riscul incetării livrărilor produselor achiziționate (care poate surveni oricând, așa cum situația pe plan european și mondial o arată); așadar, este de preferat să gestionezi mai multe contracte de furnizare, astfel încât - în situația apariției unei împiedicări a livrărilor unui anumit produs achiziționat - să poată continua livrările celorlalte produse"*.

Însă la fel de judicioase sunt și argumentele achizitoarei potrivit cărora, prin prisma economicității achiziției sunt respectate principiile elementare de eficiență și economicitate prin încheierea și derularea de acorduri - cadru/contracte subsecvente având ca obiect un singur produs, în condițiile în care necesitatea ... pentru acel produs nu este la un nivel astfel încât să justifice eforturile, atât din partea ofertanților/furnizorilor (pentru participarea la procedură și derularea acordului-cadru/contractelor subsecvente) cât și din partea entității contractante (încheierea de acorduri - cadru/contracte subsecvente și derularea acestora pentru loturi conținând un produs.

Se are în vedere și faptul că o parte din produsele care fac parte din obiectul contractului, respectiv viziere de protecție - 26 de bucați, dispenser pentru igienizant de mâini cu senzor -10 bucați se doresc a fi achiziționate de entitatea contractantă în cantități mici, astfel că sub acest aspect sunt relevante argumentele aduse de achizitoare în favoarea faptului că nu a divizat obiectul contractului pe loturi, fiind posibilă, în cazul divizării produselor pe loturi distincte neatribuirea acestor loturi, prin prisma justificării eforturilor pe care le implică participarea la procedură din partea operatorilor economici.

Așadar aspectul identificat de contestatoare poate fi privit și din perspectiva opusă celei abordate de acesta, respectiv al posibilității neatribuirii loturilor care presupun achiziționarea unor produse în cantități mici. Per a contrario, este posibil ca prin divizarea loturilor, pentru fiecare dintre aceste produse, să nu se prezinte niciun ofertant și, astfel, entitatea să fie în situația de a nu putea să își satisfacă necesitatea în totalitate, respectiv satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, acesta fiind scopul achiziției în discuție. Faptul că este vorba despre cantități mici duce la concluzia justificată că este perfect posibil ca niciun ofertant să nu fie interesat de o achiziție mică a unui singur produs.

În aceeași direcție a raționat și Curtea de Apel București, Secția VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal care a reținut în considerentele Deciziei civile nr. 5724 din 23 noiembrie 2015 următoarele:

"Corect a reținut Consiliul că nici ordonanța și nici Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 nu impun autorității contractante divizarea unei achiziții pe loturi, aceasta fiind un drept al autorității, nu o obligație. Este adevărat că decizia autorității trebuie să respecte principiile de la art. 2 din ordonanță, însă petenta nu a dovedit că autoritatea ar fi încălcat aceste principii când a hotărât pentru mai multe produse, având același cod CPV, să nu împartă achiziția pe loturi, cum dorește reclamanta, întrucât ea nu este producător și furnizor de protoxid de azot medicinal și nici nu dorește să se asocieze cu producători ori furnizori.

Pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nu este suficient ca petenta să afirme, chiar dacă este real, că nu este producător ori furnizor și de protoxid de azot medicinal, ci trebuia să demonstreze cu probe că, în mod obișnuit, produsele ce făceau obiectul contractului de achiziție sunt produse și furnizate separat, neexistând decât un număr limitat de producători și furnizori ai ambelor produse. În caz contrar, nu se pot reține nici restrângerea concurenței, nici discriminarea, nici încălcarea tratamentului egal. (...)

În cazul achiziționării produselor din mai multe surse, autoritatea poate să fie pusă în situația în care unul dintre furnizori nu își respectă obligațiile contractuale, respectiv să nu poată folosi unul dintre produse, pentru că nu poate realiza amestecul necesar pacienților. Pentru a se putea stabili o eventuală responsabilitate pentru calitatea produselor furnizate, este necesar ca ambele produse să provină din aceeași sursă. Aici nu este vorba despre calitatea instalațiilor ori responsabilitatea amestecului de gaze, cum încearcă petenta să combată susținerile și punctul de vedere al autorității contractante, ci de eventuala răspundere pentru livrarea unor produse neconforme ori cu vicii. În condițiile în care sunt livrate două produse în baza aceluiași contract, autoritatea contractantă poate beneficia de un preț mai redus la ambele produse. Achiziția produselor în mod separat nu garantează în niciun fel faptul că prețul produselor va fi mai mic.

De asemenea, este posibil ca prin divizarea loturilor, pentru un produs, respectiv protoxidul de azot medical, să nu se prezinte niciun ofertant și, astfel, autoritatea să fie în situația de a nu putea furniza serviciile medicale necesare pacienților și să nu poată folosi nici celălalt produs achiziționat, mai ales în contextul în care, cel puțin din necesarul prezentat de petentă, reiese că urma să se achiziționeze o cantitate mult mai mică de protoxid de azot medicinal. Faptul că este vorba despre o cantitate mai mică duce la concluzia justificată că este perfect posibil ca niciun ofertant să nu fie interesat de o achiziție mică a unui singur produs.

Petenta vorbește de comoditatea autorității de a încheia un singur contract cu un singur furnizor pentru două produse, dar opune propria comoditate de a nu se asocia în vederea participării la licitație cu un producător sau furnizor al celui alt produs pe care nu este în măsură să îl furnizeze.

Dacă nu este însă în măsură să se asocieze din lipsă de doritori se demonstrează cele arătate anterior, respectiv că este posibil ca pentru o cantitate mică dintr-un produs să nu se arate interesat niciun furnizor și, astfel, autoritatea ar fi prejudiciată, precum și pacienții, pentru că nu poate folosi singur numai unul dintre produsele necesare furnizării serviciilor medicale."

Susținerile societății contestatoare în referire la faptul că, în structura *actuală a unicului lot al achiziției figurează două categorii de produse diferite prin natura lor, lipsite de o legătură funcțională sine qua non: materiale și consumabile sanitare și dezinfectantii (...)* sub acest aspect, *gruparea de mai multe produse într-un megalot contravine interesului AC, caci, pentru formularea unei singure oferte pentru mai multe produse diferite, exista un număr mult mai mic de potentiali ofertanți decât în cazul în care fiecare produs ar fi achiziționat în cadrul unui singur lot*" nu vor fi primite de Consiliu în soluționare, atâta vreme cât potrivit cercetării pieței efectuată de entitatea contractantă, există operatori economici care furnizează întreaga gama de produse ce fac obiectul achiziției.

Așa cum a fost mai sus reținut, achiziția a subliniat că prioritar a fost în scopul achiziționării unui număr de 9 produse pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, interesul economicității și eficienței achiziției, iar abordarea contestatoarei privind structurarea achiziției pe 9 loturi nu este judicioasă, prin prisma respectării principiilor de eficiență și economicitate enunțate de achizitoare.

Așadar concluzia care se desprinde este că ... dorește să achiziționeze un număr de 9 produse pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, apreciind că ar fi inefficient și neeconomic să structureze procedura pe 9 loturi.

Consiliul are în vedere faptul că prezentul acord-cadru de achiziție sectorială ce se dorește a fi încheiat se derulează prin încheiere de

contracte administrative și nu comerciale, contractul sectoral așa cum acesta este definit la art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016 (contract cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ).

În acest context, având în vedere că prin contractul administrativ administrația publică (sau entitățile asimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Consiliul are în vedere că într-un mod general, scopul contractelor, actelor administrative este de a asigura funcționarea serviciilor publice și de a da astfel satisfacție intereselor generale.

Prerogativele de drept public la îndemana administrației constau în fapt ca administrația încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce o pune în situație privilegiată. Voința administrației ca parte contractantă este subordonată realizării interesului general.

Contractelor administrative, comparativ cu cele de drept privat li se aplica reguli mai tehnice, administrația are limite de acțiune, are o competență legată, fiind ținută de dispozițiile legale și de satisfacerea interesului general, iar particularul este ținut de clauzele exorbitante derogatoriu propuse și impuse de administrație.

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un *interes general*, ceea ce dă administrației posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun și care consacră puteri sporite în favoarea entității publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Acestea sunt de obicei prevăzute în caietul de sarcini, precum și în actul normativ care reglementează respectivul contract (de exemplu dreptul de denunțare unilaterală a contractului de concesiune a bunurilor proprietate publică de către entitatea publică contractantă atunci când interesul public o cere, în condițiile OUG nr. 54/2006, clauză care prevede dreptul de control al entității publice, clauza care prevede dreptul administrației de a modifica unilateral partea reglementară a contractului etc.).

Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

... reclamă că nelotizarea produselor încalcă principiile specializării ofertei și ofertanților și al încurajării IMM-urilor, împiedică o evaluare corectă a ofertelor și creează o piedică în calea liberei competiții. S-a adăugat de aceasta că "*procedul AC marchează și încălcarea principiului AVANTAJARII IMM-urilor (categorie în care se încadrează și societatea*

noastra) - niciun distribuitor de pe piața națională nu este în masura a furniza toate produsele asamblate în megalotul constituit de AC.

Așadar, distribuitorii trebuie să se asocieze, în diferite forme, pentru a asigura ansamblul ofertei/megalot.”

Consiliul reține și argumentele aduse de achizitoare, vizavi de cele reclamate, precum că potrivit anunțului de participare nr. CN 1024907/30.09.2020 și documentației de atribuire, procedura de atribuire a acordului cadru este licitație deschisă, *acordul cadru urmând a fi încheiat cu 3 operatori economici*, iar atribuirea contractelor subsecvente se va face cu *reluarea competiției în SEAP*, astfel urmărindu-se asigurarea unei competiții corespunzătoare, precum și oferte de preț îmbunătățite la atribuirea contractelor subsecvente.

Având în vedere că ... dorește să achiziționeze un număr de 9 produse pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, ar fi inefficient și neeconomic să structurezi procedura pe 9 loturi, astfel că abordarea propusă de contestatoare privind compararea ofertelor pe produs este neîntemeiată.

Așa cum a fost mai sus reținut contractele de achiziție sectorială presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice. Nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume aspectele legate de participarea într-o eventuală asociere în cazul în care nu poate furniza toate produsele solicitate de achizitoare.

Cu ocazia formulării răspunsului vizavi de punctul de vedere formulat de ..., societatea contestatoare în cuprinsului actului nr. 2575/19.10.2020 face următoarele precizări:

” - Acel „inclusiv IMM-uri” arată, de fapt, lipsa de preocupare a AC pentru respectarea principiului încurajării IMM-urilor; în fapt, doar marii angrosiști pot asigura diversitatea de produse solicitate de AC;

- Conclusiv - nu există nicio coerență interfuncțională a amalgamului de produse cuprinse în achiziția AC; nu poate exista deci nicio piață a tuturor acestor produse, care trebuie adunate de pe piețe diverse, pe care acționează operatori cu specializările aferente”

Se reține aspectul că susținerile contestatoarei nu sunt dovedite, pentru a se putea reține restrângerea concurenței, nu este suficient ca petenta 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 producători și furnizori ai produselor solicitate de achizitoare, în caz contrar, nu se poate reține restrângerea concurenței.

Așadar petenta critică conduita achizitoare de a nu diviza produsele pe loturi, respectiv conduita autorității de a încheia un singur contract cu un singur furnizor pentru mai multe produse și faptul că astfel este încălcat principiul avantajării IMM-urilor (*categorie în care se încadrează și societatea contestatoare - niciun distribuitor de pe piața națională nu este*

in masura a furniza toate produsele asamblate in megalotul constituit de entitatea contractantă) prevalându-se de propria culpă/opune propria conduită de a nu se asocia în vederea participării la licitație cu un producător sau furnizor al restului de produse pe care nu este în măsură să le furnizeze. Dacă un operator economic nu este însă în măsură să se asocieze din lipsă de doritori se demonstrează cele anterior reținute, respectiv că este posibil ca pentru o cantitate mică dintr-un produs să nu se arate interesat niciun furnizor și, astfel, autoritatea ar fi prejudiciată, prin prisma nesatisfacerii interesului public.

Aceeași abordare îmbrățișată de Consiliu se regăsește și în considerentele Deciziei Civile nr. 1290 din 20 martie 2017 pronunțată de Curtea de Apel București, Secția VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal care a statuat următoarele:

"Este adevărat că măsura atribuirii pe loturi a contractului de achiziție favorizează participarea la proceduri a întreprinderilor mici și mijlocii, aceasta fiind și rațiunea modificărilor și transparentizării procedurilor de atribuire. Însă acest deziderat nu trebuie absolutizat, știut fiind că un prim principiu de bază al procedurii de achiziție este acela al interesului public și al cheltuirii resurselor publice în conformitate cu acest interes. Or, în speță, autoritatea contractantă și Consiliul au justificat măsura atribuirii unui singur lot, prin aceea că produsele solicitate sunt corelate, protoxidul de azot neadministrându-se separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal. Totodată, s-a precizat că, din punct de vedere valoric, achiziția protoxidului de azot reprezintă circa 25% din valoarea estimată și există posibilitatea ca, în cazul împărțirii pe loturi, lotul aferent protoxidului de azot să nu se adjudece, creând dificultăți în funcționarea autorității contractante, fiind afectat, astfel, interesul public.

- Prin urmare, justificarea fiind pertinentă și în conformitate cu interesul public urmărit prin achiziționarea produselor supuse achiziției, Curtea nu observă niciun argument pentru care măsura autorității de a atribui contractul într-un singur lot să fie supusă cenzurii instanței de judecată.

- Nu pot fi primite argumentele petentei care a susținut că, prin modalitatea de atribuire aleasă de intimat, se înfrânge concurența între potențialii operatori economici participanți la procedura de atribuire sau chiar se împiedică participarea unora, în condițiile în care unii dintre aceștia nu ar fi furnizori/distribuitori ai tuturor produselor pe care autoritatea contractantă intenționează să le achiziționeze. Această chestiune ține de specificul contractului a cărei atribuire face obiectul procedurii, având în vedere că protoxidul de azot nu se poate administra separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal, astfel încât măsura adoptată a fost pe deplin justificată de autoritate.

- Mai mult, autoritatea contractantă a precizat faptul că „toți furnizorii de gaze medicale autorizați au în portofoliu toate produsele solicitate”, arătând că furnizarea oxigenului medicinal lichefiat și comprimat și a protoxidului de azot trebuie să se facă de un singur operator economic datorită responsabilității privind trasabilitatea și farmacovigilența.

- Așadar, nu pot fi reținute argumentele petentei în sensul lipsei justificării măsurii adoptate. Pe de altă parte, susținerile conform cărora petenta nu poate participa la procedura de achiziție, întrucât deține autorizația de punere pe piață a gazului protoxid de azot, însă nu are certificat de bună practică de distribuție angro în termen de valabilitate, nu se poate constitui într-un argument solid pentru constatarea nelegalității documentației de atribuire.

În raport de toate considerentele expuse mai sus, Curtea constată că plângerea este neîntemeiată.”

Nu în ultimul rând este important de precizat și punctul de vedere elaborat de AUTORITATEA PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI, în calitate de operator al SICAP, la solicitarea adresată de Consiliu prin adresa nr. ...:

„În baza dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, vă adresăm rugămintea de a ne comunica, în cel mai scurt timp posibil, dacă, în ipoteza în care procedura inițiată în SEAP vizează atribuirea unui singur

contract pentru furnizarea mai multor produse, nedivizate pe loturi, configurația tehnică a SEAP permite o eventuală remediere a documentației prin împărțirea obiectului supus procedurii pe loturi.”

Prin adresa nr. 16301/27.10.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 46905/27.10.2020, AUTORITATEA PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI a precizat următoarele:

„Referitor la adresa dumneavoastră nr. ... înregistrată la A.D.R. cu nr. 16232 din 23.10.2020 vă comunicăm că, din punct de vedere tehnic, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, în starea ÎN DEFINIRE a documentației, înainte de publicarea acesteia în SEAP.

În acest sens vă informăm că, după publicarea acesteia, sistemul nu permite efectuarea modificărilor privind împărțirea pe loturi, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective.”

Având în vedere statutul Consiliului, care potrivit structurii sale organizatorice, este un organism de remediere a neregulilor sesizate de operatorii economici, care garantează respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor de achiziții, iar contextul creat de pandemia de COVID impunând celeritate vizavi de aspectele de natura achiziționării produselor de prevenire a infectării cu COVID 19, abordarea Consiliului vizavi de validarea ca fiind temeinică a deciziei achiziitoare de a nu diviza contractul pe loturi, este justificată prin prisma, atât a dispozițiilor legale mai sus redate și scopului principal al derulării procedurilor inițiate de entitățile achiziitoare (respectiv finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea acordului-cadru în speța de față) cât și prin prisma contextului pandemic incident (scopul achiziției fiind satisfacerea necesității ... a achiziționării produselor de prevenire a infectării cu COVID 19. Așa cum au statuat instanțele de judecată este de subliniat faptul că agenții economici sunt cei care trebuie să se adapteze solicitărilor autorităților, și nu invers.

Aceeași abordare se regăsește și în cadrul deciziilor emise de CNSC, relevante fiind:

- Decizia nr. 1614/C7/1681/19.09.2019 unde s-au reținut următoarele:

”Procedând la analizarea criticilor formulate de ... în referire la împărțirea pe loturi a produselor aferente procedurii de atribuire în cauză, Consiliul are în vedere faptul că, în speță, prezintă relevanță prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia „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 (...) sau pe baze calitative...”

Prin raportare la dispozițiile legale citate anterior și la documentele aflate la dosarul achiziției publice, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a înțeles să-și exercite dreptul legal de a recurge la atribuirea pe loturi a contractului aferent procedurii de atribuire (conform art. 141 alin. 1 din Legea nr. 98/2016), demersul său neputând fi încadrat în vreun caz de

nerespectare a vreunei obligații legale sau a principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, cum eronat susține contestatorul.

Mai mult, Consiliul reține, ca pertinentă, justificarea adusă de autoritatea contractantă în cadrul documentelor aflate la dosarul achiziției publice, îndeosebi în Strategia de contractare nr. 18300/05.08.2019, unde aceasta a precizat atât codul CPV principal-24111900-4 oxigen, cât și codurile suplimentare (24111500-0-gaze medicinale, 24110000-8-gaze industriale, 515-0000-7-servicii de instalare și 50800000-3-diverse servicii de întreținere și reparare), precum și „Descrierea achiziției publice” menționând că „produsele se achiziționează în vederea desfășurării actului medical în condiții normale, cf caietului de sarcini, precum și datorită specificului, caracteristicilor tehnice ale produselor ce urmează a fi achiziționate și a soluțiilor aferente livrării, produsele se vor oferta într-un singur lot.(...).”

Metoda utilizată de autoritatea contractantă...nu defavorizează părțile interesate. Datele solicitate pot fi furnizate printr-un efort rezonabil de către operatori economici care dau dovadă de o diligență obișnuită., inclusiv de operatori economici din țări terțe care sunt parte a Acordului privind achizițiile publice al Organizației Mondiale a Comerțului sau la alte acorduri internaționale în cadrul cărora Uniunea Europeană și-a asumat obligații.”

Totodată, în caietul de sarcini nr. 4306/25.02.2019, s-a prevăzut că, cităm: „Spitalul Județean de Urgență Drobeta Turnu Severin inițiază procedura de achiziție publică pentru achiziția de oxigen (lichid și gazos), gaze medicinale (dioxid de carbon, entonox), gaze tehnice (acetilena) precum și a soluțiilor aferente livrării acestora la sediul SJU DTS, fiind stabilite pe criterii cantitative pentru acoperirea necesarului secțiilor și a unității de primiri urgențe pentru o perioadă de 24 de luni în condiții de asigurare a unui flux medical optim”.

Așadar, din cele redate anterior, prin raportare la prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform căroră „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”, argumentul decisiv al autorității contractante, care a stat la baza organizării prezentei proceduri de atribuire în mod unitar, fără a recurge la atribuirea pe loturi a produselor, a constatat în „acoperirea necesarului secțiilor și a unității de primiri urgențe pentru o perioadă de 24 de luni în condiții de asigurare a unui flux medical optim”, argument care constituie un motiv legal și întemeiat în justificarea adusă de SPITALUL JUDEȚEAN DE URGENȚĂ DROBETA TURNU SEVERIN și care va fi luat în considerare de către Consiliu, fiind pertinente, de asemenea, și argumentele autorității contractante conform căroră împărțirea pe loturi ar crea premisele încălcării scopului principal al achiziției publice, de a asigura condiții de eficiență economică și de restrângere a concurenței, deoarece achiziții de valori estimate foarte mici (de ex. în cazul divizării pe loturi, valoarea pentru acetilenă fiind de 792,00 lei) nu sunt atractive pentru operatorii economici din domeniu, existând posibilitatea nedepunerii niciunei oferte, deoarece în acest caz, costurile de mobilizare și depunere ofertă fiind practic mai mari decât valoarea lotului respectiv, iar divizarea pe loturi poate conduce la o diminuare a răspunderii, în cazul unui incident, fiind foarte greu de identificat care dintre furnizori poartă răspunderea incidentului respectiv.

De asemenea, Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform căroră „Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege”, apreciind că toate produsele aferente procedurii de atribuire sunt din aceeași sferă de aplicabilitate, oarecum interdependente (ex: produsul Entonox este un amestec echimolecular de oxigen medicinal și protoxid de azot medicinal), iar, prin raportare la textul legal citat, orice ofertant are posibilitatea să participe la procedura de atribuire în asociere sau să subcontracteze, fără să restricționeze astfel concurența, nefiind relevant argumentul contestatorului conform căruia „operatorii economici specializați pe un singur tip de gaze nu au acces, fie din cauza obiectului contractului, care le excede propriul obiect de activitate, fie din cauza cerințelor de calificare impuse.”

Mai mult, se are în vedere și faptul că tipul contractului aferent procedurii este contract de furnizare, așadar un contract de complexitate redusă, produsele aferente achiziției provenind, în mare măsură (sau chiar în totalitate) din import, autoritatea contractantă neputând îngădi astfel niciun ofertant în a importa produsele respective și a le comercializa.

Concluzionând, pentru motivele arătate anterior, se constată, pe de-o parte că, prin susținerile sale, ... nu aduce argumente pertinente de natură să determine Consiliul să dispună remedierea procedurii de atribuire în cauză în ceea ce privește împărțirea acesteia pe loturi iar,

pe de altă parte, constatând că autoritatea contractantă și-a justificat decizia de organizare, în mod unitar, a achiziției în conformitate cu prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de ...

Prin urmare, Consiliul constată că în acest fel autoritatea contractantă nu a restricționat participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică așa cum, în mod eronat, susține contestatorul, motiv pentru care respinge criticile aduse de către ..., ca nefondate."

- Decizia Consiliului nr. 41/C2/3553 / 3557 / 3577 / 3590 din data de 10.01.2019, în cuprinsul căreia s-au reținut următoarele:

"Legislația în vigoare prevede posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea subcontractanți în vederea participării la procedura de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea de furnizare a tuturor produselor sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului. Nimic nu împiedică operatorul economic contestator să se asocieze cu furnizorii sau comercianții de produse pe care nu le poate comercializa el, ori să subcontracteze furnizarea acestora, după cum nimic nu împiedică operatorul să realizeze el însuși furnizarea lor, prin comenzi de pe piața internă sau externă.

La dosarul cauzei, contestatoarea nu a depus nicio dovadă din care să rezulte restricționarea participării sale prin nedivizarea și mai mult a loturilor 1 și 2, care grupează produse din aceeași categorie sau cu aceeași destinație spitalicească. Prin alegerea atribuirii unui singur contract de achiziție publică pentru întreaga gamă de produse ce compun cele două loturi nu se poate concluziona că autoritatea contractantă a adus o atingere substanțială principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică sau că îngreșează accesul operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere/subcontractare.

Pot exista situații în care autoritățile contractante să abuzeze de dreptul pe care li-l conferă legea, într-o asemenea măsură încât să încalce principiile care guvernează atribuirea contractelor de achiziție, cu precădere nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea. Dar, în circumstanțele concrete ale speței de față, având în vedere că achiziția este una de complexitate redusă și că produsele sunt din aceeași gamă, ceea ce face ca asocierea sau subcontractarea să nu constituie o dificultate insurmontabilă pentru operatorii economici care nu au în oferta lor toată gama de articole cerute de autoritate, Consiliul stabilește că autoritatea, prin achiziționarea împreună a produselor specifice care compun loturile contestate, nu și-a exercitat în mod abuziv dreptul pe care i-l conferă dispozițiile normative precitate.

În considerarea celor prezentate, ținând seama și de faptul că divizarea pe loturi este un drept și nu o obligație a autorității contractante, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica SC Cleaning Logistic Distribution SRL legată de actuala grupare a produselor la loturile 1, 2, 4 și 8. În schimb, se vedește a fi întemeiată obiecția privind ambalarea produselor 1.2, 1.4 și 8.1 în recipiente de maximum 1/2/kg/l, mai cu seamă că spitalul, în punctul său de vedere, nu a explicat de ce nu îi servește nevoilor dezinfectanții care vin în recipiente de maximum 5 kg/l, ceea ce ar permite și o reducere a costurilor și a ambalajelor gestionate."

- Decizia Consiliului nr. 2781/C7/3213/3229/3266/3275/3297/3341/3389/3410/3506/3522 din data de 24.10.2017, menținută de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios, Administrativ și Fiscal prin Decizia nr. 5479/18.12.2017, în cuprinsul căreia Consiliul a reținut următoarele aspecte:

"Așadar, pentru procedura de față, entitatea contractantă a decis că nu se impune atribuirea pe loturi, motivat de specificul produselor care urmează a fi furnizate, respectiv interconectarea celor trei moduri principale de transport (sistemele de transport public de suprafață cu tramvaie, troleibuze și autobuze, sistemul de transport subteran cu metroul și linia de CF pentru transportul de călători realizat pe amplasamentul actual a căii ferate de centură a Municipiului București) în mod inteligent prin realizarea de stații multimodale, prelungirea liniilor RATB pentru interconectarea cu linia de centură, realizarea unui sistem inteligent de informare călători și realizarea unui sistem inteligent de taxare.

Așa cum a fost mai sus reținut, legiuitorul a reglementat un drept al entității contractante de care poate uza și nu a instituit o obligație în sarcina acesteia cu privire la împărțirea pe loturi, împărțirea pe loturi a contractului de achiziție publică de furnizare în cauză este un drept/opțiune a/al entității contractante, critica contestatorilor urmând a fi respinsă.

(...)

"Așadar, entitatea contractantă a avut la baza considerente economice, tehnice și sociale, astfel Consiliul constată că, prin opțiunea aleasă de a nu diviza obiectul contractului pe loturi,

enitatea contractantă și-a fundamentat cerințele din caietul de sarcini pentru a răspunde necesităților apărute în asigurarea serviciului de transport public la parametrii optimi.

Achizitoarea a subliniat că prioritar a fost interesul public unde așteptările și nevoile actuale și imediate de a dezvolta și moderniza oferta de transport în comun de decongestionare a traficului prin îmbunătățirea parcului auto sunt foarte mari, oportunitatea de a materializa acest deziderat într-un timp cât mai scurt reprezintă un obiectiv major al Municipiului București."

În cadrul deciziilor emise amintite, Consiliul a acționat în direcția abordată în prezenta speță, împărtășind aceeași opinie și a respins solicitările autoarelor contestației vizând lotizarea obiectului contractelor.

În aceeași direcție abordată de entitatea contractantă din prezenta speță, *vizavi de vizavi de opțiunea achizitoare de a nu diviza pe loturi*, este și practica instanțelor de judecată, relevante în speță fiind:

➤ Deciziei nr. 25/2019 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 476/2/2019, prin care s-a menținut Decizia Consiliului nr. 41/C2/2019 în partea referitoare la cuprinderea mai multor produse în același lot, unde s-au reținut următoarele:

"În raport cu prevederile citate (notă: art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016), divizarea obiectului contractului are în vedere fie componenta cantitativă, fie pe cea calitativă. În cazul celei dintâi divizarea are ca scop adaptarea dimensiunii obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacităților întreprinderilor mici și mijlocii. În cazul celei de-a doua, divizarea se realizează prin raportare la 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 ale ulterioare ale proiectului.

Prin urmare, legea stabilește elementele pe care autoritatea contractantă trebuie să le aibă în vedere în a decide divizarea achiziției pe loturi. În raport cu aceste criterii, care presupun o anumită evaluare din partea achizitorului, și în limita lor, în mod evident autoritatea are un drept de apreciere a oportunității divizării pe loturi. (...)

Este evident că pot exista societăți doritoare cărora lotizarea propusă de autoritate să le depășească capacitatea. Însă, astfel cum a arătat CNSC, participarea la achiziții este posibilă și prin asocieri ale furnizorilor în situația în care capacitatea de producție sau de livrare a unei singure societăți nu satisface cererea. (...) **Este de subliniat faptul că agenții economici sunt cei care trebuie să se adapteze solicitărilor autorităților, și nu invers.**

Dacă este adevărat că legea este restrictivă în ceea ce privește dreptul autorităților de a face atribuire fără lotizare sau cu o lotizare care să ducă la îngrădirea concurenței (prin includerea unor condiții restrictive care să creeze vocație exclusivă unui anumit ofertant), trebuie observat, totuși, că nicio dispoziție legală sau principiu general nu conduce la ideea că autoritatea contractantă ar trebui să-și întocmească documentația de atribuire după criterii care să pună interesele potențialilor ofertanți înaintea interesului său de atingere a interesului public urmărit(...)

În mod evident în speță achizitorul nu a încălcat acest criteriu, ceea ce ar fi presupus, de exemplu, achiziția într-un singur lot a unor produse/servicii foarte diverse și care aparțineau/țineau de meserii sau cel puțin specializări complet diferite. (...) Deși gama de produse ce face obiectul achiziției este foarte redusă, loturile sunt foarte specializate, criteriul de formare fiind suprafața sau locul unde urmează să fie aplicat (suprafețe, instrumente, plăgi). De exemplu, Lotul 1, care conține mai mult decât un singur produs, conține „Dezinfectanți concentrați pentru suprafețe”, iar „natura diferită a produselor” la care se referă petenta înseamnă, de fapt, doar suportul diferit/modalitatea de aplicare a dezinfectanților respectivi: pulverizare, șervețele, lavetă."

➤ Decizia nr. 3815 din 13 iulie 2014 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal unde s-au reținut următoarele:

"Petenta SC A.B.C. SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, motivat de faptul că aceasta nu respectă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, solicitând obligarea entității contractante la divizarea pe loturi a contractului ce urmează a fi atribuit în urma licitației. Consiliul a respins contestația petentei, ca nefondată, iar împotriva acestei decizii petenta a formulat prezenta plângere.

Curtea reține că criticile petentei vizează, în esență, decizia entității contractante de a reuni în cadrul unui singur contract de achiziție cinci coduri CPV diferite, apreciate ca fiind

corespondente ale unor activități economice distincte, modalitate față de care s-a susținut că încalcă principiile legislației în materia achizițiilor publice, respectiv principiul proporționalității, j al tratamentului egal, al nediscriminării și al eficienței utilizării fondurilor, ca urmare a faptului ! că, nedivizând contractul pe loturi, deși serviciile solicitate pot fi prestate de mai mulți operatori I economici în cadrul unor contracte diferite, entitatea contractantă a obstrucționat accesul la procedura de atribuire al operatorilor care nu pot sau nu doresc să intre într-o asocieră în I vederea participării la procedură.

Curtea constată că petenta a susținut, mai întâi, că este lipsită de fundament juridic concluzia Consiliului în sensul că dispozițiile legale instituie un drept al entității contractante de a uza de împărțirea pe loturi a obiectului achiziției, iar nu o obligație, precum și că aceasta contravine vădit unei practici constante în materie a Consiliului însuși și a instanțelor de judecată. În acest sens, petenta a apreciat că obligația entității contractante de a proceda la divizarea pe loturi ori de a organiza proceduri de atribuire distincte în situații similare celei de față rezultă din coroborarea prevederilor art. 2 alin. (1) și (2), art. 17 și art. 28 alin. (3) din ordonanță, precum și art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

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

Astfel, Curtea constată că dispozițiile art. 28 alin. (3) din ordonanță se referă la achiziționarea de servicii similare, situație ce nu se regăsește însă în prezenta cauză, ca urmare a faptului că obiectul achiziției publice este format din servicii diferite, între care există totuși un grad de interdependență. În acest sens, Curtea apreciază că sunt corecte afirmațiile entității contractante referitoare la faptul că serviciile de furnizare a sistemului informatic destinat gestiunii informat electronic a Registrului Agricol, de consultanță pentru managementul proiectului și de instruire nu pot fi catalogate ca fiind „similare”, în sensul dispozițiilor legale precizate, obiectul acestora fiind esențialmente diferit, respectiv pachete software și sisteme informatice, servicii de dezvoltare software, servicii IT, consultanță, dezvoltare de software, internet și asistență mașini de procesare a datelor și servicii generale de consultanță în management. De altfel, chiar petenta, în plângere, a subliniat că serviciile ce urmează a fi achiziționate sunt complet independente unele de altele, împrejurare ce vine să confirme concluzia anterior expusă.

Cât privește dispozițiile art. 2 alin. (1) și (2) și art. 17, acestea vizează obligația generică a entității contractante de a respecta scopurile și principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, ele nereferindu-se la obligația susținută de către petentă.

De asemenea, dispozițiile art. 10 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 prevăd că entitatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea contractului pe loturi, cu respectarea prevederilor art. 23 din ordonanță și cu condiția de a preciza acest lucru în documentația de atribuire, fiind evident că dispozițiile precizate se referă la posibilitatea entității contractante de a scinda obiectul contractului pe loturi, iar nu la o astfel de obligație, așa cum petenta a învederat.

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

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

Ca urmare, din interpretarea sistematică a tuturor dispozițiilor legale precizate, Curtea consideră că voința legiuitorului nu este în sensul indicat de petentă, întrucât operația de scindare a obiectului contractului apare doar ca o posibilitate a entității contractante, de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune și fără a o deturna de la scopul său, în sensul de a nu o utiliza exclusiv

pentru a sustrage diverse achiziții de la aplicabilitatea dispozițiilor legale din materie (de exemplu, achiziții prin atribuire directă). Altfel spus, scindarea contractului este reglementată ca o situație de excepție, iar nu de regulă, așa cum petenta susține.

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

Curtea constată că, deși produsele și serviciile ce urmează a fi achiziționate se încadrează în coduri CPV diferite, totuși trebuie avute în vedere specificul și interdependența dintre ele, respectiv dintre serviciile hardware/software și cele de management și implementare a acestora, precum și avantajele scontate de entitatea contractantă, decurgând dintr-o furnizare unitară a lor.

Ca urmare, Curtea nu poate reține interpretarea petentei în sensul că prin modalitatea unitară de stabilire a obiectului contractului s-au încălcat principiile proporționalității, al tratamentului egal, al nediscriminării și al eficienței utilizării fondurilor publice, acestea fiind simple alegații teoretice nedovedite.

De altfel, Curtea consideră că petenta nu a administrat nicio probă prin care să dovedească în mod concret și fără echivoc faptul că o fragmentare a obiectului contractului în mai multe loturi ar fi asigurat o participare mai largă a ofertanților și, în final, o utilizare mai eficientă a fondurilor publice, neîndeplinindu-și astfel obligația procesuală reglementată de dispozițiile art. 10 alin. (1) teza a II-a C. proc. civ.

În ceea ce privește susținerile petentei vizând solicitarea Comisiei Europene, adresată autorităților naționale, de a nu limita numărul de loturi pentru a restrânge libera competiție dintre operatorii economici, Curtea reține că o asemenea împrejurare nu este de natură a infirma considerentele expuse anterior, mai ales că petenta nu a făcut dovada că această solicitare a fost deja transpusă în legislația internă, printr-un act normativ care să facă inaplicabile dispozițiile din ordonanță analizate anterior.

Altfel spus, fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, entitatea contractantă fiind aceea care, așa cum s-a arătat anterior, stabilește în funcție de condițiile concrete toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale.

Cât privește directivele invocate de către petentă, se poate observa că unele dintre acestea nu sunt deloc aplicabile prezentei cauze, raportat la domeniul de reglementare (Directiva 2014/25/UE) ori la valoarea contractelor (Directiva 2014/23/UE, care se aplică în cazul concesiunilor a căror valoare este cel puțin egală cu 5.186.000 euro). Apoi, Curtea reține că, la pct. 78 din Directiva 2014/24/UE se face referire la faptul că „autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari”, însă se subliniază că „entitatea contractantă ar trebui să aibă obligația de a lua în considerare oportunitatea împărțirii contractelor în loturi, păstrând în același timp libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant”, considerente care confirmă opinia Consiliului, împărtășită de instanță, în sensul că, de lege lata, lotizarea obiectului contractului constituie o posibilitate a entității contractante, a cărei aplicabilitate trebuie apreciată de la caz la caz, iar nu o obligație.

Cât privește jurisprudența Consiliului și a instanțelor judecătorești invocată de petentă, Curtea consideră că aceasta nu poate constitui un motiv de nelegalitate ori netemeinicie a deciziei contestate, în condițiile în care, așa cum s-a subliniat anterior, posibilitatea lotizării obiectului contractului trebuie apreciată de la caz la caz, în funcție de particularitățile și scopul fiecărei proceduri de achiziție publică în parte.

Or, în condițiile în care entitatea contractantă și-a fundamentat soluția de stabilire a unui obiect unitar al contractului de achiziție publică pe baza interdependenței concrete dintre produsele și serviciile pe care intenționează să le achiziționeze, precum și pe avantajele conferite de modalitatea în care ele urmează a fi furnizate (de către o singură echipă), iar petenta nu a

administrat probe prin care să facă dovada fie a nerealității acestor avantaje, fie a împrejurării că prin lotizarea obiectului contractului ele ar fi fost superioare, Curtea urmează să înlăture apărările petentei vizând acest aspect.

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

Totodată, Curtea consideră că sunt perfect justificate susținerile Consiliului în sensul că, dacă un ofertant nu poate îndeplini singur obiectul contractului și condițiile din documentația de atribuire, el poate uza de facilitatea prevăzută de art. 44 alin. (1) din ordonanță, respectiv are dreptul de a se asocia cu unul sau mai mulți operatori, în vederea depunerii unei oferte comune, care să satisfacă toate condițiile impuse de entitatea contractantă și de legislația în materie

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

Pentru toate aceste considerente și în temeiul dispozițiilor legale anterior precizate, Curtea urmează să respingă plângerea, ca nefondată."

Cu alte cuvinte, Curtea a considerat că dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice/sectoriale nu instituie obligația entității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului, întrucât entitatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică în parte și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, *care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.*

Iar scopul achiziției, așa cum a fost anterior precizat, a fost că produsele solicitate în cadrul documentației de atribuire sunt consumabile medicale, scopul achiziției fiind satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19.

... dorește să achiziționeze un număr de 9 produse pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, așa cum a fost anterior reținut, iar la baza alegerii nedivizării pe loturi au stat principiile economicității și eficientizării.

În raport de toate aspectele mai sus reținute, criticile formulate de ... în referire la lotizare sunt neîntemeiate, Consiliul urmând să le respingă.

O altă critică formulată de ... izează criteriul de atribuire, fiind reclamate 2 aspecte:

- *din prevederile fișei de date, cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare rezulta ca AC dorește sa achizitioneze "cu toptanul" diversele produse ale achiziției, indiferent de prețul fiecărui produs component si de câștigul pe care l-ar realiza printr-o abordare a compararii a ofertelor per produs (iar nu per "toptan"), aspect care constituie un alt motiv pentru care se impune, in opinia contestatoarei, restructurarea achiziției (astfel cum a solicitat anterior, prin divizarea*

produselor pe loturi) îl constituie imposibilitatea efectuării unei evaluări corecte a ofertelor;

- în condițiile în care, criteriul ales de achizitoare a fost prețul cel mai scăzut, nu este justificată precizarea de la pct. VI.3 *"Informații suplimentare"* din fișa de date respectiv:

"VI.3 Informații suplimentare"

3) *în cazul în care, două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În cazul în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică."*

Astfel autoarea contestației, solicită Consiliului, obligarea entității contractante la modificarea pct. 3, prin înlăturarea referirii la *"punctajul obținut la factorii de evaluare"* - motivat de faptul că, asemenea factori de evaluare lipsesc din documentația de atribuire, iar existența lor este incompatibilă cu criteriul de atribuire stabilit *"prețul cel mai scăzut"*.

În replică la cele reclamate de contestatoare, entitatea contractantă a menționat că:

"2.1. Așa cum am menționat mai sus, conform anunțului de participare cu nr. CN 1024907 / 30.09.2020 și documentației de atribuire, procedura de atribuire a acordului cadru este licitație deschisă, acordul cadru urmând a fi încheiat cu 3 operatori economici, iar atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției în SEAP, astfel că se asigură o competiție corespunzătoare, precum și oferte de preț îmbunătățite la atribuirea contractelor subsecvente. Având în vedere că ... dorește să achiziționeze un număr de 9 produse pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, ar fi inefficient și neeconomic să structurezi procedura pe 9 loturi, astfel că abordarea propusă de contestatoare privind compararea ofertelor pe produs este neîntemeiată;

(...)

În raport de aspectele sesizate la punctul 2.2 din contestație precizăm că înțelesul privind modul de aplicare rezultă fără echivoc din informațiile existente în fișa de date a achiziției, referitoare la criteriul de atribuire. În vederea asigurării unei formulări corecte care să nu necesite interpretări, ... va revizui punctul 3) din cadrul capitolului VI.3- Informații suplimentare, prin publicarea unei erate la anunțul de participare și a unei clarificări, paragraful invocat urmând a avea formularea:

3) În cazul în care, în urma stabilirii clasamentului final conform criteriului de atribuire, comisia de evaluare constată că sunt două sau mai multe oferte cu același preț, entitatea contractantă va solicita clarificări prin intermediul SICAP, în vederea încărcării electronice de către operatorii economici respectivi de documente care conțin noi prețuri. Oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică."

Ulterior luării la cunoștință despre cele precizate de achizitoare, ... a menționat în cuprinsul documentului nr. 2575 /19.10.2020, reprezentând replica la punctul de vedere formulat de achizitoare, următoarele:

"Privind critica 2.1.

(...)

Conclusiv - nu exista nicio coerenta interfunctionala a amalgamului de produse cuprinse in achiziția AC; nu poate exista deci nicio piața a tuturor acestor produse, care trebuie adunate de pe piețe diverse, pe care actioneaza operatori cu specializările aferente.

Nu exista nicio modalitate concreta de evaluare a prețului ofertelor, AC refuzând sa aduca vreo clarificare a acestei chestiuni.

Privind critica 2.2.

AC admite eroarea relevata de noi si se angajeaza sa emită o erata in sensul celor criticate."

Entitatea contractantă a făcut următoarele precizări în fișa de date în referire la criteriul de atribuire:

"11.2.5 Criterii de atribuire

Pretul cel mai scazut."

și

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

*Propunerea Financiară va cuprinde **prețul total ofertat**, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum si următoarele documente: (...)."*

Referitor la critica vizavi de faptul că achizitoarea a stabilit în mod eronat modalitatea de aplicare a criteriului de atribuire *"prețul cel mai scăzut"*, aspect care rezultă din precizările achizitoarei de la *IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare* rezulta ca AC dorește sa achizitioneze "cu toptanul" diversele produse ale achiziției, indiferent de prețul fiecărui produs component si de câștigul pe care l-ar realiza printr-o abordare a compararii a ofertelor per produs (iar nu per "toptan", aspect care constituie un alt motiv pentru care se impune, in opinia contestatoarei, restructurarea achiziției pe loturi) îl constituie imposibilitatea efectuării unei evaluari corecte a ofertelor, în condițiile în care este vorba de 9 tipuri de produse.

Consiliul apreciază că niciunde nu este stabilită obligația entităților contractante de a aplica criteriul de atribuire per produs. Legiuitorul a stabilit că, în cazul în care entitatea contractantă decide să atribuiască contractul pe baza criteriului de atribuire *"prețul cel mai scăzut"* modul de aplicare al acestui criteriu potrivit H.G. nr. 394/2016 este:

" Art. 40. - În cazul în care criteriul utilizat este "prețul cel mai scăzut", astfel cum este prevăzut la art. 209 alin. (3) lit. a) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează numai prin compararea prețurilor prezentate în cadrul ofertelor admisibile, fără să fie cuantificate alte elemente de natură tehnică sau alte avantaje care rezultă din modul de îndeplinire a contractului sectorial/acordului-cadru de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire".

Așadar atâta vreme cât cele 9 produse care fac obiectul contractului de furnizare nu sunt divizate pe loturi (decizia achiziției fiind validată ca fiind judicioasă, potrivit considerentelor anterior reținute de Consiliu) este justă modalitatea aleasă de entitatea contractantă de a aplica criteriul de atribuire prin raportarea la valoarea estimată totală, în concordanță cu dispozițiile incidente mai sus redată.

Este determinabil „prețul cel mai scăzut” prin însumarea prețurilor produselor componente. În consecință, critica se vădește a fi neîntemeiată și se respinge ca atare, iar eventuale dificultăți ulterioare de comparare a prețurilor revin în exclusivitate unității achizițoare.

Referitor la critica de la pct. 2.2. având în vedere faptul că entitatea contractantă a achiesat la critica formulată de ..., în sensul celor reclamate, sub aspectul neconcordanței între criteriul de atribuire ales și inexistența factorilor de evaluare, având în vedere faptul că operarea acestei modificări/completări nu a fost publicată în SICAP, în vederea informării tuturor operatorilor economici interesați, Consiliul urmează să admită critica, ținând cont de recunoașterea deplină a entității contractante formulată în punctul de vedere depus la dosar. Entitatea contractantă are obligația de a publica în SICAP aceste modificări/completări ale documentației de atribuire, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedură.

Ultimele două critici formulate de ..., vizează specificațiile tehnice din cuprinsul caietului de sarcini.

..., reclamă, în referire la produsele 2. *"Dezinfectant mâini"* și 3. *"Dezinfectant suprafețe"* care sunt destinate prevenirii infectării salariaților societății ... cu virusul Covid19, că eficacitatea virucida trebuie neapărat să existe în spectrul de activitate al dezinfectanților solicitați de entitatea contractantă, menționează care nu este precizată printre specificațiile tehnice ale celor două produse.

Solicită Consiliului să dispună *"obligarea AC la stabilirea spectrului de activitate al dezinfectanților și a testărilor doveditoare ale eficacității dorite conform standardului european EN 14885:2015."*

Argumentele aduse de achizițoare în dovedirea legalității specificațiilor tehnice se bazează pe următoarele aspecte:

- având în vedere obiectul de activitate al ..., constând în transportul de călători pe rețeaua de metrou în condiții de siguranță și confort, ținând seama de faptul că nu ne-am mai confruntat cu condiții care să determine anterior în cadrul activității, o necesitate de achiziție similară, precum și de faptul că, nici la momentul actual nu sunt cunoscute și reglementate aspecte în legătură cu SARS-COV-2, ... a elaborat specificațiile tehnice din cadrul Caietului de sarcini având în vedere, în principal, scopul urmărit, respectiv cerințele de performanță (prevenirea infectării cu COVID 19);

- astfel, având în vedere, pe de o parte faptul că, de la începutul pandemiei până la acest moment nu au fost încă stabilite elemente clare (reglementări) care să permită o documentare corespunzătoare pentru elaborarea specificațiilor tehnice aferente produselor utilizate pentru dezinfectare având eficiență pentru noul Coronavirus, iar pe de altă parte faptul că ..., prin prisma obiectului de activitate, nu are competențe în elaborarea unei specificații aferente unor produse utilizate preponderant într-un domeniu de activitate diferit (domeniul medical) precizăm că, urmare a implicațiilor determinate de pandemia cu noul coronavirus a rezultat necesitatea și oportunitatea achiziționării

acestor produse, caracteristicile solicitate pentru acestea fiind stabilite de compartimentele entității contractante ținând seama și de istoricul achizițiilor efectuate în perioada stării de urgență (în mod concret, compartimentele utilizatoare au comunicat observațiile privind utilizarea produselor achiziționate, respectiv eventuale probleme întâlnite, cum ar fi deteriorarea diferitelor suprafețe sau caracterul agresiv pentru utilizator - iritarea pielii, etc);

- având în vedere caracterul de noutate al tuturor aspectelor legate de infectarea cu SARS COV -2, ce a implicat necesitatea unei perioade semnificative de cercetare pentru stabilirea unor elemente certe care să permită adoptarea de reglementări specifice, subscrisa am precizat în mod deschis mai sus modalitatea concretă de elaborare a specificațiilor tehnice pentru prezenta achiziție destinată îndeplinirii obligației legale de asigurare a prevenirii și combaterii infectării cu COVID 19 și (în opinia subscrisei) acestea (specificațiile tehnice) nu pot fi considerate de natură a restricționa nepermis participarea la procedură, ținând seama de aplicabilitatea prevederilor art 166 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr 99/ 2016 cu modificările și completările ulterioare, ofertantul având spre exemplu posibilitatea de a demonstra în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice."

În cuprinsul caietului de sarcini sunt precizate următoarele caracteristici tehnice:

- pentru 2. *"Dezinfectant mâini: "Sa aibă efect bactericid si fungicid";*
- pentru 3. *"Dezinfectant suprafețe: "Sa aibă efect bactericid pentru suprafețe nediluat."*

Raționamentul conturat de autoarea contestației, potrivit căruia in cazul produselor 2 si 3 ale achiziției, *specificațiile tehnice trebuie sa fie reglate conform cerințelor standardului general EN 14885 si a standardelor specializate indicate de acesta* este judicios în cauză și va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

Din economia celor mai sus redate, Consiliul reține că entitatea contractantă argumentează stabilirea specificațiilor tehnice pe considerente legate de:

- nici la momentul actual nu sunt cunoscute și reglementate aspecte în legătură cu SARS-COV- 2, ... a elaborat specificațiile tehnice din cadrul caietului de sarcini având în vedere, în principal, scopul urmărit, respectiv cerințele de performanță (prevenirea infectării cu COVID 19);

- nu sunt stabilite elemente clare (reglementări) care să permită o documentare corespunzătoare pentru elaborarea specificațiilor tehnice aferente produselor utilizate pentru dezinfectare având eficiență pentru noul Coronavirus, având în vedere caracterul de noutate al tuturor aspectelor legate de infectarea cu SARS COV-2, ..., prin prisma obiectului de activitate, nu are competențe în elaborarea unei specificații aferente unor produse utilizate preponderant într-un domeniu de activitate diferit (domeniul medical).

Această abordare a achiziției nu poate fi primită de Consiliu în soluționare prin raportare la dispozițiile legale incidente pe de o parte, în domeniul achizițiilor sectoriale aceste dispoziții impun o anumită conduită organizatorilor de procedurii de achiziții, iar pe de altă parte, prin raportare la normativele și reglementările tehnice aplicabile în domeniu.

Astfel, dispozițiile din domeniul achizițiilor sectoriale impun în sarcina entităților contractante definirea cu precizie a necesităților sale în mod obiectiv, astfel:

- astfel, Consiliul va reține, în soluționare că entitatea contractantă are dreptul de a stabili specificațiile tehnice cu respectarea dispozițiilor art. 3, alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016 potrivit căroră „*Specificațiile tehnice - 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 entității contractante*”;

- articolul 166 din Legea nr 99/ 2016 precizează:

(1) *Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:*

- a) *prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și entitățile contractante să atribuie contractul;*

- b) *prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăror dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";*

- c) *prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;*

- d) *prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.*

(2) *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.*

(3) *Prin excepție de la dispozițiile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent".*

(4) *În cazul în care entitatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin*

orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

(5) În cazul în care entitatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard național care transpune un standard european, cu un acord tehnic european, cu o specificație tehnică comună, cu un standard internațional sau cu un sistem de referință tehnic elaborat de un organism european de standardizare, dacă aceste specificații vizează cerințele de performanță sau cerințele funcționale stabilite de entitatea contractantă.

(6) În cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 169, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerințele de performanță sau cerințele funcționale stabilite de entitatea contractantă”;

- de asemenea vor fi reținute ca relevante în soluționare și prevederile din H.G. nr. 394/2016, respectiv: art. 2 alin. (3): În aplicarea prezentelor norme metodologice, entitatea contractantă, prin compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor sectoriale, are următoarele atribuții principale:

a) întreprinde demersurile necesare pentru înregistrarea/reînnoirea/recuperarea înregistrării entității contractante în SEAP sau recuperarea certificatului digital, dacă este cazul;

b) elaborează și, după caz, actualizează, pe baza necesităților transmise de celelalte compartimente ale entității contractante, strategia de contractare și programul anual al achizițiilor sectoriale;

(...)

(4) Celelalte compartimente ale entității contractante au obligația de a sprijini activitatea compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor sectoriale, în funcție de specificul și complexitatea obiectului achiziției.

(5) În sensul alin. (4), sprijinirea activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor publice se realizează, fără a se limita la acestea, după cum urmează:

a) transmiterea referatelor de necesitate care cuprind necesitățile de produse, servicii și lucrări, valoarea estimată a acestora, precum și informațiile de care dispun, potrivit competențelor, necesare pentru elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru;

b) transmiterea, dacă este cazul, a specificațiilor tehnice așa cum sunt acestea prevăzute la art. 155 din Lege;

(...)”;

art. 13 alin. (3): “(3) Entitatea contractantă are obligația, atunci când stabilește programul anual al achizițiilor sectoriale, de a ține cont de:

a) necesitățile obiective de produse, servicii și lucrări;

b) gradul de prioritate a necesităților prevăzute la lit. a);

(...)”

art. 22 alin. (10): “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, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante”,

Practica statornică a Consiliului este în sensul că necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse care să reflecte o anumită

performanță, precum și nivelurile specificațiilor tehnice minime/maxime fixate pentru aceasta, sunt stabilite de fiecare entitate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul entității contractante [art. 2 alin. (3) lit. b), alin. (5) lit. a) din H.G. nr. 394/2006].

În cauză, din afirmațiile entității contractante reiese că unicul considerent care a stat la baza rațiunii alegerii testărilor în cazul produselor în discuție 2. "Dezinfectant mâini" și 3. "Dezinfectant suprafețe" a fost acela al îndeplinirii cerințelor de performanță vizavi de prevenirea infectării cu COVID 19.

Ori solicitarea adresată operatorilor economici cu privire la furnizarea unor produse care să asigure prevenirea infectării cu COVID 19 se impune tocmai în vederea realizării acestui deziderat al performanței.

Argumentele aduse de achizitoare precum caracterul de noutate adus de infectarea cu SARS COV-2 și faptul că domeniul de activitate în care activează aceasta nu implică competențe în elaborarea unei specificații aferente unor produse utilizate preponderant într-un domeniu de activitate diferit (domeniul medical), nu sunt de natură a justifica culpa acesteia, în stabilirea unor specificații tehnice care să nu corespundă reglementărilor specifice în domeniu.

Sunt judicioase în soluționare precizările contestatoarei potrivit cărora din punct de vedere tehnic, *în materia dezinfectanților, normativul tehnic UE este **standardul EN 14885**, stabilește atât eficacitatea pe care trebuie să o aibă un dezinfectant pentru a i se recunoaște pretențiile de acțiune antimicrobiană, cât și metodele de dovedire a acestei eficacități (testările necesare).*

Ordinul OMS nr. 1082/2016, Ordinul nr. 961/2016 și standardul național și european SR EN 14885/2015, sunt documentele care constituie baza legală în descrierea efectului, a modului de comercializare și utilizare ale produselor dezinfectante.

Standardul EN 14885 este impus prin OMS nr. 1082/2016 ca cerința pentru substanța pentru dezinfectia suprafețelor critice. Lista standardelor din România aplicabile în unitățile sanitare în domeniul curățării, dezinfecției este prevăzută în standardul SR EN 14885 din 2015, cu completările și modificările ulterioare.

Ordinul OMS nr. 1082/2016, prevede în cadrul Anexei nr.3-Dosarul tehnic pentru achiziția de dezinfectante prevede următoarele:

"Dezinfecția suprafețelor critice

Indicații: dezinfectarea suprafețelor

Substanțe active: să fie în conformitate cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, menționat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat

Activitate antimicrobiană și standarde:

Spectrul de activitate conform EN 14885/2015

- Bactericidă: EN 13727 (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. ≥ 5,0

- Bactericidă/Fungicidă: EN 13697 (2,2), timp de contact 5 min., reducere lg. $\geq 4,0$ pentru activitate bactericidă
- Fungicidă lg mai mare sau egal cu 3
- Levuricidă: EN 13624 (Candida albicans) (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 4,0$
- Fungicidă: EN 13624 (Candida albicans + Aspergillus brasiliensis) (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 4,0$
- Micobactericidă EN 14348 (2,1), timp de contact 60 min., reducere lg. $\geq 4,0$
- **Virucidă: EN 14476 (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 4,0$**
- Sporicidă: EN 13704 reducerea log $\geq 3,0$ (conform Ordinului ministrului sănătății nr. 961/2016, cu modificările ulterioare)."

În Anexa 3 a Ordinului nr. 1071/2017 (de modificare a Ordinului nr. 1082/2016), pentru dezinfecția suprafețelor noncritice s-a precizat "Indicații: dezinfecția suprafețelor. Substanțe active: să fie în conformitate cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, menționat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat

Activitate antimicrobiană și standarde:

Spectrul de activitate conform EN 14885/2015."

În considerarea celor antementionate sunt relevante în soluționare precizările societății contestatoare potrivit cărora:

- *Spre a avansa în această direcție - obligatoriu de urmat pentru orice entitate contractanta din Uniunea Europeană care achiziționează DEZINFECTANTI - AC trebuie să-și clarifice nivelul dezinfecției pe care trebuie să-l atingă dezinfectantul dorit și aria/spațiul în care urmează să fie folosit;*

- *Din coroborarea datelor/specificațiilor tehnice prezente în CS, se pare că dezinfectantul pentru mâini este unul destinat dezinfecției IGIENICE PRIN FRECARE;*

- *Nu deslucim, în ce privește dezinfectantul pentru suprafețe, nici modul de utilizare (cu sau fără acțiune mecanică), nici suportul de dezinfecție (suprafețele putând fi critice, semicritice sau non-critice);*

- *În situația în care AC dorește nivelul cel mai înalt de dezinfecție, atunci trebuie să aibă în vedere referirile standardului EN 14885 pentru aria medicală; alternativele sunt dezinfecția configurată pentru aria veterinară și pentru cea "food, industrial, domestic and institutional."*

Sunt relevante și precizările contestatoarei, vizavi de faptul că nu pot exista modalități de dovedire a efectului dezinfectantului, echivalente celor stabilite prin standardul EN 14885 contrar celor susținute de achizițitor, preum că ofertantul are spre exemplu, posibilitatea de a demonstra în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

Din economia celor mai sus redate, având în vedere scopul în care sunt achiziționate produsele, respectiv sunt destinate prevenirii infectării salariaților societății ... cu virusul Covid19, ținând seama că eficacitatea dezinfecțanților rezultă din testările obligatorii impuse de **standardul EN**

14885, aspect mai sus reținut, se impune completarea în cazul celor 2 produse, 2. "*Dezinfectant mâini*" și 3. "*Dezinfectant suprafețe*" a obligativității testării virucide, potrivit standardului european EN 14885:2015.

În raport de cele mai sus reținute critica formulată de autoritatea contractantă vizavi de *obligarea entității contractante la stabilirea spectrului de activitate al dezinfectanților și a testărilor doveditoare ale eficacității dorite conform standardului european EN 14885:2015* este întemeiată, Consiliul urmând să o admită.

Ultima critică formulată vizează faptul că în aprecierea contestatoarei, prin impunerea de către entitatea contractantă a *compoziției unui dezinfectant* sunt încălcate dispozițiile art. 155 alin.(6), respectiv art. 156 alin. (2) respectiv art. 165 alin. (6) și 166 din Legea nr. 99/2016 și solicită obligarea entității contractante la eliminarea în tot a specificației "*conținut: clorura de alchim și dimetibenzilamoniu.*"

În sprijinul criticii formulate, ... precizează că indiferent de compoziția sa, dezinfectantul trebuie să aibă eficacitatea dorită (care poate fi realizată în diferite compoziții ale dezinfectantului), iar ceea ce trebuie să o preocupe pe achizitoare este *eficacitatea*, iar nu *compoziția* dezinfectantului. S-a adăugat de contestatoare că niciun act normativ nu impune anume compoziție a unui dezinfectant, atât timp cât substanța/substanțele active ce îl compun nu sunt interzise prin REGULAMENTUL (UE) nr. 1062/2014. Contestatoarea apreciază că achizitoare a stabilit o specificație tehnică nejustificată, menită să restricționeze/dirijeze competiția.

Substanțele permise și cele interzise în compoziția dezinfectanților sunt stabilite cu caracter obligatoriu la nivel unional prin Regulamentului delegat (UE) nr. 1.062/2014.

La nivel național, nu există vreo normă tehnico-juridică care să impună o anumită compoziție a unui dezinfectant sau antiseptic. Nici anexa nr. 1 la Ordinul nr. 961/2016 și nici anexa nr. 3 la Ordinul nr. 1086/2016 nu stabilesc o anumită compoziție a vreunui dezinfectant, iar atunci când legiuitorul național a dorit să indice o anumită compoziție a unui produs dezinfectant, a făcut acest lucru în mod expres și cu titlu de recomandare.

Rezultatul dorit de autoritatea contractantă este dezinfecția în parametri tehnici stabiliți de spectrul de activitate și dovedit prin teste conforme standardelor impuse prin norma obligatorie EN 14885:2015, la care se poate ajunge și prin alte compoziții ale dezinfectantului decât cele impuse de entitatea contractantă.

Neexistând o justificare legală și tehnică, indicarea conținutului unui dezinfectant reprezintă o restricție în calea competiției corecte și transparente între operatorii economici. Excluderea unor dezinfectanți care îndeplinesc toate celelalte condiții ale caietului de sarcini și care realizează scopul pentru care sunt achiziționate (curățarea și dezinfectarea) încalcă art. 2 alin. (2) lit. b), art. 63 alin. (2) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Relevante în acest sens sunt considerentele precizate în Decizia Consiliului nr. 1685/C2/1396/16.05.2013:

Consiliul consideră că impunerea folosirii unor anumite substanțe active sau a unui amestec de substanțe, principii de acțiune, iar în cazul unor produse, în anumite gramaje, sau să aibă o anumită formă de condiționare, de către autoritatea contractantă sunt cerințe restrictive având în vedere obligația prevăzută la art. 35 [din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006] de a prezenta cerințele fără să restrângă concurența dintre operatorii economici.

[...]

Astfel, îndeplinirea necesităților de dezinfecție și sterilizare a unității spitalicești este realizată prin eficacitatea produselor, concentrațiilor de utilizare, timpilor de acțiune, pericolozitatea acestora etc., performanțe evaluate, certificate și avizate de către organele în drept și nu prin indicarea anumitor substanțe active.

În mod similar, relevantă este și Decizia Consiliului nr. 1132/C8/1544/ 16.05.2017, din considerentele căreia redăm:

"Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele 23 de pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele, ca produsele dezinfectante să conțină diverse substanțe (săruri cuaternare de amoniu, acid peracetic, peroxid de hidrogen, potassium peroxymonosulfate, alcooli, glutaral, clorhexidină), în diverse concentrații minime sau maxime, specificații pentru care nu a furnizat Consiliului nicio justificare pertinentă. Argumentul că substanțele și procentul lor corespund necesităților nu poate fi validat de Consiliu, în absența unui minim de explicații care să releve aceste necesități. Mai mult, nici argumentul că spitalul este obligat să accepte doar produse calitative nu poate fi reținut drept întemeiat, calitatea fiind un concept vag, nedefinit în documentația de atribuire și fără tangență cu anumite substanțe chimice. Funcția acestora nu este legată de un nivel calitativ al produsului cu de efectele acestora. Altfel spus, nu este exclus ca un produs cu o anumită compoziție chimică să fie unul slab calitativ, din perspectiva efectelor urmărite de autoritatea achizitoare.

În absența unor minime explicații pe care să se bazeze indicarea anumitor substanțe în compoziția dezinfectanților, Consiliul apreciază că **respectiva specificație îngreunează participarea la achiziție a operatorilor economici furnizori de produse dezinfectante care, deși nu conțin substanțele active dorite de autoritate, corespund utilității urmărite de autoritate**. Rămân valabile cele statuate de Consiliu în deciziile evocate de contestatoare (nr. 1685/C2/1396/16.05.2013 și nr. 3895/C5/4265/30.10.2013), în sensul că impunerea folosirii unor anumite substanțe active sau a unui amestec de substanțe, principii de acțiune, iar în cazul unor produse, în anumite gramaje [...] de către autoritatea contractantă sunt cerințe restrictive, având în vedere obligația legală de a prezenta cerințele fără să restrângă concurența dintre operatorii economici. Îndeplinirea necesităților de dezinfecție și sterilizare a unității spitalicești este realizată prin eficacitatea produselor, concentrațiilor de utilizare, timpilor de acțiune, pericolozitatea acestora etc., performanțe evaluate, certificate și avizate de către organele în drept și nu prin indicarea anumitor substanțe active. Așadar, impunerea de către autoritate a unor anumite substanțe active apare ca excesivă, cu rol de restricționare nejustificată a participării la procedura de atribuire în cauză, contrar principiilor care stau la baza achizițiilor publice.

La modul cum este redactat în prezent caietul de sarcini, cerința conținerii anumitor substanțe active se vădește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, conform căreia 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.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, 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.

Întrucât autoritatea cumpărătoare nu a prezentat niciun argument concret și relevant și, cu atât mai puțin, documente care să îi acorde dreptul de a interzice participarea furnizorilor ale căror produse dezinfectante nu conțin substanțele active dorite, însă acoperă gama de efecte pe care le urmărește autoritatea, prin cerința în dezbatere autoritatea a încălcat și prescripțiile art. 2

alin. (2) lit. a) și b) din legea achizițiilor publice. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința expusă în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Neacceptarea dezinfectanților cu alte substanțe active recunoscute și avizate pentru utilizare în unitățile spitalicești reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față. În contextul în care conformitatea tehnică și calitatea dezinfectantului nu este legată în mod implicit de o anumită substanță activă, Consiliul determină că autoritatea contractantă trebuie să remedieze cerința, în sensul eliminării, pentru fiecare lot în parte, a obligației ca produsul dezinfectant să conțină o anumită substanță și într-un anumit procentaj. Dacă dorește anumiți parametri de calitate, autoritatea are la îndemână definirea lor expresă în caietul de sarcini, **indiferent de substanța activă conținută.**

După cum a remarcat și contestatoarea, Ordinul ministrului sănătății și al președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1082/731/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide nu specifică anumite substanțe active (și nici concentrații ale lor), ci prevede ca acestea „să fie în conformitate cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, menționat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat.”

Nici Ordinul ministrului sănătății nr. 961/2016 pentru aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, tehnicii de lucru și interpretare pentru testele de evaluare a eficienței procedurii de curățenie și dezinfecție, procedurilor recomandate pentru dezinfecția mâinilor, în funcție de nivelul de risc, metodelor de aplicare a dezinfectantelor chimice în funcție de suportul care urmează să fie tratat și a metodelor de evaluare a derulării și eficienței procesului de sterilizare nu stabilește substanțele active pe care să le impună autoritatea, ci face trimitere la lista substanțelor chimice active permise în produsele biocide cu acțiune dezinfectantă în Comunitatea Europeană, prevăzută în Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014. Ministerul Sănătății afișează lista pe site-ul propriu și o actualizează periodic, în funcție de actele normative europene în domeniu.”

În consecință, este necesară eliminarea din caietul de sarcini a specificației *”conținut: clorura de alchim si dimetibenzilamoniu.”*

Așa cum a fost mai sus reținut, achizitoarea a subliniat că prioritar a fost în scopul achiziționării produselor pentru satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, interesul economicității și eficienței achiziției. Iar scopul achizitoarei, fiind satisfacerea necesității de prevenire a infectării cu COVID 19, este ca produsele (consumabile medicale) să îndeplinească cerințele de performanță vizavi de prevenirea infectării cu COVID 19.

Cu toate acestea, se constată că, vizavi de anumite specificații tehnice din documentația de atribuire, pentru care Consiliul a adus o motivare asupra caracterului restrictiv/nejustificat al acestora, s-a constatat că, sub motivul necesității achiziției unor produse performante, au fost introduse și cerințe a căror specificații au fost determinate fără a putea fi prezentată vreo explicație cu privire la modul în care au fost stabilite, atât de ordin tehnic cât și de ordin funcțional, sau cum ar fi afectată această performanță dacă aceste specificațiile ar fi diferite față de cele stabilite.

În aceste condiții pentru toate considerentele expuse anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația formulată de ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., sub aspectul stabilirii spectrului de activitate al dezinfectanților și a testărilor doveditoare ale eficacității conform standardului european EN 14885:2015 și eliminării specificației *"conținut: clorura de alchim și dimetibenzilamoniu"*.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge ca nefondat capătul de cerere referitor la lotizarea produselor și modalitatea de aplicare a criteriului de atribuire.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, să remedieze documentația de atribuire conform celor dispuse în considerente și să aducă la cunoștința tuturor celor interesați măsurile de remediere adoptate, prin postarea acestora în SICAP.

Referitor la susținerile ..., privind examinarea aplicabilității măsurii de anulare a procedurii, acestea nu vor fi reținute ca întemeiate, Consiliul apreciind că pot fi dispuse măsuri de remediere, în sensul modificării documentației de atribuire, cum s-a reținut mai sus, fiind posibilă continuarea procedurii de atribuire cu respectarea principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de soluționarea contestației, 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. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației. Probatoriul cauzei a relevat că entitatea contractantă s-a aflat în culpă procesuală, și astfel, se impune ca achizitoarea să suporte cheltuielile efectuate de reclamantă.

Cheltuielile reclamate sunt în sumă de 3.000 lei și reprezintă onorariu avocațial către cabinet avocat Tomescu Codruța, facturat cu nr. 129/07.10.2020 și achitat de societatea contestatoare prin ordinul de plată nr. 1031/07.10.2020 potrivit actelor depuse la dosarul cauzei.

Potrivit art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, *"Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproportionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul sau"*.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) C.p.c. coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestator, în calitate de client, și avocatul lor, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 C civil.

De asemenea se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit căroră avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) C.p.c., Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Raționamentul anterior se regăsește și în motivarea **Deciziei nr. 3/2020** pronunțată de **Înalta Curte de Casație și Justiție** în dosarul nr. 2.412/1/2019 prin Curtea a stabilit că *„În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă, motivul de recurs prin care se critică modalitatea în care instanța de fond s-a pronunțat, în raport cu prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, asupra **proporționalității cheltuielilor de judecată reprezentând onorariul avocaților**, solicitate de partea care a câștigat procesul, **nu se încadrează în motivele de casare** prevăzute de art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă”*.

Referitor la munca depusă de avocat, s-a constatat că, în acest stadiu procesual, volumul de muncă al avocatului, presupus de pregătire a apărării, a constatat în formularea contestației pe care a înaintat-o prin e-mail și corespondență și formularea concluziilor scrise astfel, în opinia Consiliului este echitabil ca, la aprecierea onorariului ce se cuvine avocatului, să se aibă în vedere și munca depusă de acesta în raport cu apărărilor formulate.

Pentru toate considerentele expuse, precum și admiterea în parte a contestației formulate, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la suma de 3.000 lei, la suma de 1.500 lei, este în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei, având în vedere calitatea de autoritate publică a entității contractante, și, nu în ultimul rând, munca depusă de avocat, în condițiile art. 451 C.p.c., contestatorul fiind îndreptățit să solicite cheltuielile de judecată, care în ceea ce privește onorariul de avocat, în prezenta cauza, poate fi diminuat de către Consiliu, în condițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) C.p.c., obligând autoritatea contractantă, în temeiul art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, la plata acestei sume.

Dispoziția art. 451 C.p.c. care reglementează posibilitatea părții căreia i s-a admis cererea să solicite părții în culpă cheltuielile de judecată, este în concordanță și cu jurisprudența CEDO conform căreia un reclamant

poate obține rambursarea cheltuielilor sale de judecată în măsura în care li s-au stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., sub aspectul stabilirii spectrului de activitate al dezinfectanților și a testărilor doveditoare ale eficacității conform standardului european EN 14885:2015 și eliminării specificației "*conținut: clorura de alchim și dimetibenzilamoniu*".

Respinge ca nefondat capătul de cerere referitor la lotizarea produselor și modalitatea de aplicare a criteriului de atribuire.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, să remedieze documentația de atribuire conform celor dispuse în considerente și să aducă la cunoștința tuturor celor interesați măsurile de remediere adoptate, prin postarea acestora în SICAP.

Admite cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de soluționarea contestației și obligă ... la plata către ..., a sumei de 1.500 lei, reprezentând cheltuieli efectuate de aceasta pentru soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...