

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

DECIZIE

Nr. 1572/C1/1566

Data: 27.07.2022

Prin contestația nr. 1276/28.06.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32675/29.06.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în București, str. B-dul Dimitrie Cantemir nr. 9, bloc 7, ap. 8, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin „..... – CABINET DE AVOCAT”, împotriva documentației de atribuire întocmită de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, str. Principală nr. 33, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Furnizare materiale sanitare și echipamente cu rol în dezinfecție în cadrul proiectului „Dotarea unităților de învățământ preuniversitar de stat cu echipamente de protecție medicală de tip măști de protecție medicală, dezinfectanți, precum și alte echipamente de acest tip, necesare pentru a preveni răspândirea coronavirusului SARS-Cov-2 în, Județul”, cod CPV: 33140000-3, s-a solicitat,

- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al lotului 3 – Săpun lichid și dezinfectanți - în raport de cererile din contestație.

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, conform art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 (onorariu avocat în sumă de 2.200 lei).

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la restructurarea lotului 3 prin organizarea achiziției în 3 loturi, câte un produs per lot.

Contestatorul precizează că procedura de atribuire a contractului pentru lotul 3 este descrisă în anunțul de participare, astfel:

„II.1.4) Descrierea succintă

Lot 3 Săpun lichid și dezinfectanți - valoarea totală estimată a achiziției este de: 131.480,00 lei fără TVA:

- Săpun lichid antibacterian - 206 litri - valoarea estimată a achiziției este de: 10.300,00 lei fără TVA:

- Clor dezinfectant - 1.558 litri - valoare estimată a achiziției este de: 15.580,00 lei fără TVA:

- Dezinfectant pentru suprafețe - 2.640 litri - valoare estimată a achiziției este de: 105.600,00 lei fără TVA”.

Contestatorul consideră că între cele 3 produse nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract.

Totodată, susține că aglomerarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 3 produse ale lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

De asemenea susține că asemenea restricționare are efecte și asupra formării prețurilor de achiziție, care, în prezența unei concurențe sporite (precum în cazul organizării achiziției prin atribuirea contractelor în cadrul a 3 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

În susținerea cererii sale invocă decizia CNSC nr. 2708/C1/2930/08.12.2021, decizia Curții de Apel Iași nr. 36/12.01.2022 în dosarul nr.768/45/2021, Hotărârea CJUE din 23.12.2008 în cauza C-305/08.

În condițiile în care va fi admisă cererea sa de restructurare, atunci contestatorul consideră că se impune anularea procedurii lotului 3.

Pentru aceste motive solicită admiterea contestației.

În drept își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 8 alin. (1) din Lege, precum și pe celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației

Anexat contestației, a depus documente în susținerea cheltuielilor de judecată, respectiv factura seria 1, nr. 600 din 28.06.2022 și ordinul de plată nr. 755/28.06.2022 în valoare de 2.200,00 lei.

Prin punctul de vedere nr. 2723/04.07.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 33278/22.06.2022 autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că în data de 18.02.2022 a semnat contractul de finanțare nr. 992/18.02.2022, astfel, devenind beneficiara finanțării nerambursabile, din fonduri europene și, în calitate de autoritate contractantă, desfășoară procedura de achiziție (anunț de participare simplificat nr. SCN1109553/24.06.2022) pentru proiectul „Dotarea unităților de învățământ preuniversitar de stat cu echipamente de protecție medicală de tip măști de protecție medicală, dezinfectanți, precum și alte echipamente de acest tip, necesare pentru a preveni răspândirea coronavirusului SARS-Cov-2 în, Județul” finanțat prin Programul Operațional Infrastructura Mare 2014-2020 Axa

Prioritara 9 „Protejarea sănătății populației în contextul pandemiei cauzate de COVID-19”, prin prioritatea de investiții 9a „Investiții în infrastructurile sanitare și sociale care contribuie la dezvoltarea la nivel național, regional și local, reducând inegalitățile în ceea ce privește starea de sănătate, promovând incluziunea socială prin îmbunătățirea accesului la serviciile sociale, culturale și de recreere, precum și trecerea de la serviciile instituționale la serviciile prestate de comunități”, Obiectivul Specific 9.1 „Creșterea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19”. Cod proiect 143397.

Având în vedere obiectul comun al întregii proceduri de achiziție, autoritatea contractantă susține că a considerat oportună lotizarea produselor în patru loturi similare în vederea desfășurării în termen a procedurii simplificate.

De asemenea, în vederea asigurării măsurilor de protecție prin dotarea elevilor cu materiale sanitare și echipamente cu rol în dezinfecție, astfel încât orele de pregătire să se poată desfășura în cele mai sigure condiții pentru anul școlar 2022, autoritatea contractantă susține că a luat ca măsură asigurarea protecției prin lotizarea în funcție de necesitate și importanță, cu scopul de a nu crea lipsuri în funcție de tipul produselor și echipamentelor.

Din punctul de vedere al autorității contractante cele trei produse aferente Lot 3 „Săpun lichid și dezinfectanți”, fac parte din grupa materialelor igienico-sanitare imperios necesare în vederea asigurării, prevenirii și desfășurării în bune condiții a activităților didactice, respectiv de a asigura desfășurarea în bune condiții a serviciului public de educație.

De asemenea, precizează că din cercetările de piață efectuate a rezultat faptul că nu există restricționări ale competiției pentru ofertanți să prezinte oferte pentru toate cele 3 produse ale lotului, deoarece sunt numeroși producători și furnizori de produse igienico-sanitare, mai ales în contextul prevenirii răspândirii cu coronavirusului SARS-Cov-2.

Prin urmare, consideră că afirmația contestatorului este neadevărată, întrucât a identificat numeroase societăți care distribuie/ produc/furnizează materiale similare.

De asemenea, apreciază că, în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare, orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop devine subcontractant, iar autoritatea contractantă nu a îngrădit în vreun fel sau formă participarea operatorilor economici și a subcontractanților.

De asemenea consideră că autoritatea contractantă nu trebuie obligată pentru plata cheltuielilor avocațiale având în vedere faptul că în

toate spețele enumerate de către operatorul economic obiectul contestațiilor este similar.

Referitor la critica conform căreia se impune anularea procedurii lotului 3, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Având în vedere argumentele prezentate în punctul de vedere autoritatea contractantă consideră că măsura de restructurare/anulare a procedurii pune în pericol executarea acestui contract în termenele planificate și derularea contractului în termen, solicitarea operatorului economic fiind total nejustificată și ar aduce grave prejudicii autorității contractante.

Prin adresa nr. 1361/05.07.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 33520/06.07.2022 contestatorul transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante prin care solicită respingerea apărărilor autorității contractante prin care insistă pentru rațiuni de oportunitate la menținerea actualei configurări a lotului 3.

Contestatorul precizează că el a invocat motive de nelegalitate a constituirii unui lot din produse care nu sunt similare/identice; ele nu au utilizări identice – un dezinfectant de suprafețe nu poate fi folosit pentru dezinfecția mâinilor și viceversa.

Prin adresa nr. 107/01.07.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 33025/01.07.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208187811/1, tranzacția: 1222606658/2049690487 din data de 29.06.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 2.626,60 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Furnizare materiale sanitare și echipamente cu rol în dezinfecție în cadrul proiectului „Dotarea unităților de învățământ preuniversitar de stat cu echipamente de protecție medicală de tip măști de protecție medicală, dezinfectanți, precum și alte echipamente de acest tip, necesare pentru a preveni răspândirea coronavirusului SARS-Cov-2 în, Județul”, cod CPV: 33140000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. SCN1109553/24.06.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 353.306,24 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Procedând la analiza contestației formulate de SC GB INDCO SRL se reține că obiectul acestuia îl constituie includerea în cadrul aceluiași lot 3 intitulat „*Săpun lichid și dezinfectanți*”, atât a produsului: „*săpun lichid antibacterian*” cât și a „*clorului dezinfectant*” și a „*dezinfectantului pentru suprafețe*”, sens în care analizând modul în care autoritatea contractantă a optat pentru stabilirea obiectului achiziției aferente lotului 3, respectiv

gruparea a 3 tipuri de produse cu utilizări diferite, Consiliul reține incidența următoarelor texte legale în materie, relevante în speță:

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

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: *„(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.*

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”;

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței”;*

- art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: *„În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi”.*

Din analiza normele legale anterior precizate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valorile estimate ale tuturor achizițiilor de produse destinate unor utilizări identice sau similare, în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție;

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

- suplimentar, legislația în materie statuează că autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând

dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 3 categorii de produse ca obiect al unui singur lot, Consiliul reține că, deși aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de igienă și dezinfecție cele 3 categorii de produse sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (igienă, clor dezinfectat și dezinfectant pentru suprafețe), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

În aceste condiții, este lipsită de relevanță argumentația autorității contractante referitoare la posibilitatea includerii celor trei produse în cadrul aceluiași lot, pe motiv că fac parte din grupa materialelor igienico-sanitare, deoarece fiecare din cele 3 produse care compun lotul au coduri CPV diferite respectiv: produsul Săpun lichid face parte din COD CPV -33711900-6 – Săpun, produsul Antiseptice și Dezinfectante COD CPV -33631600-8 – iar produsul dezinfectanți pentru suprafețe din COD CPV - 24455000-8 - Dezinfectanți.

Mai mult, nu este lipsită de relevanță faptul că, pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, astfel încât toți operatorii economici interesați vor avea posibilitatea reală să depună oferte (individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot (fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii),

iar,

pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de produse de igienă/dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială, dat fiind că potrivit criteriului de atribuire selectat de autoritatea contractantă, „prețul ofertei”, reprezintă o pondere de 70 % din punctajul total.

În consecință, justificările autorității contractante anterior precizate nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 deoarece produsele care compun lotul 3 trebuie să facă obiectul unor atribuiți distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

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

Deși operatorii economici au dreptul și posibilitatea să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici, această posibilitate însă nu trebuie să fie de natură a îngreuna participarea acestora la procedură în mod individual, deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

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

Analizând Strategia de contractare (pag. 134-149 din dosarul achiziției), Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a justificat în mod real, raportat la prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, decizia de a nu atribui pe loturi distincte cele 3 produse, care ar fi trebuit bazată cel puțin pe o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante, aceasta s-a limitat ca justificare a nedivizării pe loturi a achiziției doar pe argumentul că sunt destinate desfășurării în bune condiții a activităților didactice.

În consecință, justificările autorității contractante de includere a mai multor tipuri de produse în cadrul unui singur lot pe considerentul destinație / loc de utilizare nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele incluse în cadrul unui lot trebuie să facă obiectul unor atribuii distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate proiectului de Uniunea Europeană (Programul Operațional Infrastructura-POIM).

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind structura lotului 3 motiv pentru care, constatând că se impune obligarea autorității contractante la remedierea întregii documentații de atribuire a lotului 3, măsură care ar

avea drept consecință reorganizarea loturilor de produse, stabilirea de noi specificații tehnice, stabilirea noilor valori estimate ale loturilor, stabilirea criteriilor de calificare și a valorilor garanțiilor de participare în raport de noile valori estimate ale loturilor, publicarea anunțului de tip erată și stabilirea de noi termene limită de depunere a ofertelor etc., situație ce echivalează efectiv cu o nouă inițiere a procedurii de atribuire, aspecte care atrag incidența dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia: *„În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire”*, Consiliul va dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia nr. 223/04.03.2019 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 54/64/2019.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Având în vedere admiterea contestației formulată de SC GB INDCO SRL, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SRL, în cuantum de 2.200 lei, reprezentând onorariu asistare și/sau reprezentare de soluționare contestație, conform facturii fiscale seria 1 nr. 600/28.06.2022 emisă de CABINET DE AVOCAT și achitate cu ordinul de plată nr. 755 din data 28.06.2022, aflat la dosarul cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator, în cuantum de 2200 lei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini