

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. 2231/C1/2158

Data: 25.10.2022

Prin contestația nr. 2168/01.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 43681/02.09.2022, formulată de, cu sediul în, cod unic de înregistrare, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin și convențional prin avocat „.....”, cu sediul în, împotriva documentației de atribuire al procedurii simplificate SCN1113089, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de achiziție publică având ca obiect: „Achiziția de echipamente, consumabile și materiale de protecție specifice situației de pandemie create de virusul SARS-Cov-2 necesare pentru desfășurarea în condiții de siguranță a cursurilor școlare în spațiile educaționale din, județul, cod CPV: 39330000-4, s-a solicitat:

- în principal, anularea procedurii lotului 2 („Materiale consumabile”) al achiziției;
- în subsidiar, obligarea autorității la modificarea caietului de sarcini al lotului 2 - partea de dezinfectanți;
- obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată.

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

În introducerea contestației, ..., prezintă un scurt istoric al derulării procedurii.

Contestatorul precizează că în caietul de sarcini și fișa de date se impune condiția ca operatorii economici să prezinte oferte la ambele loturi.

Menționează că ambele loturi conțin o diversitate de produse: echipamente medicale și dezinfectanți, fără legătură funcțională între ele și că acest aspect determină o restricționare pentru operatorii economici, iar considerentele din cuprinsul contestației sunt aplicabile mutatis mutandis.

Contestatorul menționează că în cazul în care solicitarea de anulare a achiziției va fi respinsă, apreciază că se impune obligarea autorității la înlăturarea cerinței de ofertare la ambele loturi ale achiziției și restructurarea lotului 2 prin reorganizarea acestuia în 11 loturi, câte un produs per lot.

Potrivit contestatorului, lotul 2 cuprinde un număr de 11 produse la care operatorii economici trebuie să prezinte oferte.

În opinia contestatorului între cele 11 produse nu există nicio legătură funcțională care să impună atribuirea unui singur contract, fiecare dintre ele acționează independent și are propriile specificități.

Susține că adăugarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției.

Contestatorul precizează că operatorii cărora li se adresează achiziția sunt specializați pe două piețe diferite: cea a echipamentelor medicale (reprezentată în mixtura de produse a lotului 2 de 6 produse) și cea a dezinfectanților medicali (reprezentată de 5 produse ale lotului).

Menționează că această restricționare are efecte și asupra formării prețurilor de achiziție, care, în prezența unei concurențe sporite, nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

Invocă în susținere jurisprudența CNSC, a Curților de Apel din România și art. 154 din Legea nr.98/2016.

Contestatorul precizează că în cazul în care va fi respinsă cererea de anulare a procedurii lotului 2, dar se va dispune restructurarea acestuia în 11 loturi, solicită obligarea autorității la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale produselor dezinfectante din actualul lot 2, se va întemeia pe dispozițiile standardului general EN 14885:2018 și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standard.

Menționează că cele 5 produse dezinfectante ale lotului 2 sunt produse biocide, iar punerea lor la dispoziție pe piața României se poate face doar în condițiile prevăzute de art.4 (1) lit. g) din OMS nr.10/2010.

Potrivit contestatorului, în cazul produselor „dezinfectanți mâini”, „gel igienizant” și ”săpun antibacterian”, toate fiind destinate dezinfecției mâinilor, iar în opinia contestatorului este utilă introducerea cerinței: *„Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului”*, completată prin:

- stabilirea unei perioade pe care autoritatea o consideră a fi corespunzătoare necesităților sale pentru menținerea unei stări de siguranță a utilizării produsului după deschiderea recipientului în care se află;

- impunerea obligației pentru ofertanți de a dovedi (prin probe obiective, precum rapoarte de testare etc.) durata perioadei de „valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului”.

Menționează că, fără completările de mai sus, autoritatea va putea ajunge în situația de a achiziționa un produs a cărui valabilitate post-deschidere recipient să fie de exemplu 1 zi sau să nu existe nicio dovadă obiectivă a declarației producătorului că produsul său are o valabilitate post-deschidere recipient de exemplu 200 zile.

Invocă în susținere prevederile art. 19 alin. (2) lit. c) din Anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021; art. 2 lit. b) și c) din Anexa nr. 3 la OMS nr. 1761/2021 și art. 3 din Legea nr. 95/2006.

Contestatorul solicită obligarea autorității la modificarea următoarei cerințe: *„Proprietăți cu alcool minim 30 în sensul stabilirii unei marje de 60-80 % concentrație alcoolii (marja recomandată prin „ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale”, pag. 34: „Activitatea antimicrobiană a alcoolilor rezultă din capacitatea acestora de a denatura proteinele²⁸⁷ . Soluțiile de alcoolii care conțin 60-80% sunt cele mai*

eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută^{288,289}. Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei²⁸⁷)”, precum și obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de acțiune al produsului conform prevederilor standardului privitoare la activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin frecare și spălare în aria instituțională, prezentând, sub formă tabelară, tabelul nr. 11 de la pagina 39 din standard.

Precizează că ar trebui adăugat activitatea virucide (pentru combaterea pandemiei COVID 19), dovedită prin testări conform standardului EN 14476 la nivelul inactivării virușilor anvelopanți (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2), prezentând sub formă tabelară din standard, pagina 27.

Contestatorul menționează că prin această cerință autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr.98/2016.

În opinia contestatorului indicarea unei anume arome a produsului îndreaptă atribuirea către un anumit producător, fără ca oferta acestora să fie diferită, în ce privește calitățile semnificative ale produsului, de celelalte oferte.

Precizează că cerința nu are legătură cu eficacitatea produsului și este un reper subiectiv, care nu poate sluji drept criteriu de evaluare tehnică.

Susține că în standard se menționează că mirosul și culoarea unui produs chimic destinat dezinfectiei nu afectează calitățile acestuia.

Potrivit contestatorului, niciun produs biocid nu poate fi comercializat fără să fi fost în prealabil avizat de Comisia Națională de Produse Biocide și apreciază a se impune obligarea autorității contractante de a solicita ofertanților prezentare unui asemenea aviz prin care să se certifice, calificarea produsului ofertat ca un produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin frecare și spălare.

În ceea ce privește produsul „dezinfecant suprafețe”, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței „Conținut recipient 5L”, în sensul stabilirii unei marje de capacitate a ambalajului produsului ofertat între 1 litru și 5 litri.

Contestatorul apreciază că într-o situație fără legătură cu obiectul achiziției și fără consecințe asupra eficacității dezinfectiei, se înlătură o prevedere cu caracter restrictiv (se limitează ofertarea doar la ambalaje de 5 litri) și se asigură deschiderea cât mai largă a competiției, acesta fiind scopul legislației UE în materie de achiziții publice, invocând în susținere jurisprudența CJUE.

Solicită obligarea autorității contractante la introducerea cerinței „testat dermatologic” prezentă în caietul de sarcini produs „dezinfecanți mâini” pentru aceeași rațiune (asigurarea unui reper tehnic neutru

privind lipsa de nocivitate atât în ofertarea produsului, cât și în evaluarea acestuia).

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței „cantitate 250 ml” în sensul stabilirii unei marje de capacitate a ambalajului produsului ofertat între 250 ml și 1.000 ml.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 7291/16.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 46212/16.09.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției,

precum și punctul de vedere la contestație, nr. 43681/02.09.2022, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În introducerea punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă o scurtă introducere a procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă invocă excepția tardivității formulării contestației în raport cu dispozițiile art. 8 alin. (1), lit. alin.(2) din Legea 101/2016.

Precizează că a depus contestația completată în data de 01.09.2022 (conform nr. înregistrare) și a fost transmisă în data de 06.09.2022 (conform număr înregistrare nr. 6919 din data de 06.09.2022), fiind, în opinia autorității contractante tardivă și susținând că termenul de depunere al modificărilor a fost 03.08.2022.

Menționează că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 25.08.2022, valoarea estimată a achiziției fiind de 333.127,76 lei, precizând că procedura s-a efectuat în conformitate cu prevederile legale și respectând termenele de depunere solicitării de clarificări sau erate.

Susține că în perioada 25.08.2022-03.09.2022 contestatorul avea posibilitatea de solicita și formula clarificări către autoritatea contractantă cu privire la documentația publicată, la fel cum au procedat și alți ofertanți.

Precizează că în data de 05.09.2022 a fost transmis în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări adresat de către SC FLYNG IMPEX SRL, cât și erata caietului de sarcini în care sunt aduse clarificări și precizări aferente caietului de sarcini, inclusiv clarificări ale aspectelor menționate în cadrul contestației.

Referitor la criticile contestatorului, autoritatea contractantă menționează următoarele: „2.1. Notă* Ofertanții vor depune obligatoriu oferta pentru ambele loturi. În același sens se enunță în fișa, de date a achiziției: 1.6. împărțire în loturi: DA. Ofertele trebuie depuse pentru: Toate loturile”.

Susține că loturile conțin o diversitate de produse-echipamente medicale și dezinfectanți care au legătură funcțională între ele.

În opinia autorității contractante, aceste aspecte nu determină o restricționare a operatorilor economici dornici să participe la procedură. Precizează că ofertanții interesați de participarea la procedură au avut posibilitatea subcontractării astfel încât să participe la ambele loturi.

Potrivit autorității contractante, alegerea împărțirii pe două loturi s-a realizat deoarece toate produsele au același scop, și anume desfășurarea în condiții de siguranță a cursurilor școlare în spațiile educaționale din, județul din împotriva virusului SARS-COV-2, existând legătură funcțională între ele.

Reorganizarea lotului nr. 2 în 11 loturi este, în opinia autorității contractante, nefondată întrucât toate produsele au același scop, iar împărțirea în 11 loturi ar realiza doar întârzieri în vederea achiziționării produselor, existând riscul ca anumite produse să nu fie achiziționate.

Autoritatea contractantă menționează că achiziția se adresează tuturor operatorilor interesați, iar, în cazul în care aceștia sunt specializați doar pe echipamente, au posibilitatea de a încheia un acord de asociere cu alți ofertanți care dețin produsele pe care consideră că nu le poate furniza așa cum este specificat în documentația de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de la punctul 2.2.1.1./2.2.1.3./2.2.2.2, autoritatea contractantă menționează că a solicitat conform caietului de sarcini, fișei de date, eratei, și răspunsului la clarificările existente ca toate echipamentele și produsele oferite să respecte legislația în vigoare.

Susține că la punctul 2.2.2.3- „Aroma Aqua”- nu face referire la un anumit producător, nu precizează un anumit furnizor, origine sau marcă, precizând că această aromă este uzual întâlnită la marea majoritate a produselor de acest tip.

Conform autorității contractante, niciun produs biocid nu poate fi comercializat fără a fi fost în prealabil avizat de autoritatea națională competentă, CNPB, susținând că este de la sine înțeles faptul că ofertanții au cunoștință de acest aspect și vor oferta conform legislației în vigoare.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de modificare a cerinței „Conținut recipient 5L”, autoritatea contractantă precizează că este imposibil de modificat întrucât conform cererii de finanțare aferentă proiectului, acest produs a fost prevăzut în recipient de 5 litri (atașând această cerere). Susține că solicitarea de a modifica gramajul și de a pune o anumită marjă de cantitate contravine cererii de finanțare și contractului de finanțare, generând majorări de prețuri și implicit modificarea bugetului anexă la contractul de finanțare.

În opinia autorității contractante, solicitarea contestatorului este neîntemeiată, realizarea acesteia însemnând încălcarea contractului de finanțare semnat cu Ministerul Investițiilor și Proiectelor Europene.

Referitor la criticile aduse de către contestator pentru produsele „Gel igienizant” și „Săpun antibacterian”, autoritatea contractantă menționează că este precizat în caietul de sarcini cât și în erată, răspuns solicitare de clarificări, faptul că este necesar ca ofertanții să prezinte ofertele respectând legislația în vigoare, recomandările existente la nivel național și caietul de sarcini.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului la modificarea cerinței „cantitate 250 ml” cu o marjă de capacitate între 250ml și 1000ml, autoritatea contractantă menționează că nu este posibilă modificarea acestei cerințe întrucât dacă acesta ar avea un gramaj mai mare ar fi destul de greu de manipulat de către utilizatorii finali (copii).

Susține că această solicitare contravine cererii de finanțare și contractului de finanțare.

Referitor la modificarea sau anularea lotului 2, autoritatea contractantă subliniază faptul că a consemnat în documentație și li s-a adus la cunoștință ofertanților faptul că prezentarea echipamentelor și produselor este în strânsă corelație cu prezentarea fișelor tehnice conform legislației în vigoare.

Autoritatea contractantă solicită admiterea excepției tardivității contestației formulate și respingerea contestației.

În probatoriu atașează, print screen-ul eratei, răspunsul scrisorii de clarificări și print screen-ul cererii de finanțare aferentă proiectului.

Autoritatea contractantă solicită cauciunea în valoare de 3550.67 lei, întrucât acțiunea realizată de către, a întârziat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică: „Achiziția de echipamente, consumabile și materiale de protecție specifice situației de pandemie create de virusul SARS-Cov-2 necesare pentru desfășurarea în

condiții de siguranță a cursurilor școlare în spațiile educaționale din, județul

Prin adresa nr. 2434/20.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 46633/20.09.2022, ... transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației.

Contestatorul solicită respingerea excepției tardivității contestației, susținând că este nefondată. Precizează că data publicării în SEAP a documentației de atribuire a fost 25.08.2022 și data transmiterii contestației către autoritatea contractantă și către CNSC a fost 01.09.2022, menționând că autoritatea contractantă face dovada relei sale credințe în conduita sa procesuală cu încălcarea prevederilor art. 15 alin. (2); art. 18 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Susține că aceste încălcări au condus la întârzierea soluționării cauzei dincolo de termenul definit de art. 24 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul precizează că nu există obligația adresării de solicitări de clarificare către autoritatea contractantă, în opinia sa, în această situație soluția corectă și conformă cu principiul previzibilității jurisprudenței fiind cea a anulării achiziției.

Potrivit contestatorului, orice ar fi soluționat autoritatea contractantă pe calea unor erate și clarificări ulterioare primirii contestației sale, sunt, în opinia contestatorului, inadmisibile întrucât acestea se află în procedura de cenzurare de către CNSC.

Referitor la susținerile autorității contractante: „Astfel că ofertanții interesați de participarea la procedură având posibilitatea subcontractării astfel încât să participe la ambele loturi”, contestatorul menționează că subcontractarea este o posibilitate și nu o obligație a operatorilor economici.

Conform contestatorului, concepția organizatorică a achiziției autorității contractante încalcă drepturile IMM-urilor, prevăzute în art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că societatea sa este specializată pe piața dezinfectanților așa încât orice obligare a sa de a formula oferte pentru produse care nu se află în sfera specializării sale, încalcă principiile susținute de lege.

În ceea ce privește referirea generală *„toate echipamentele și produsele oferite să respecte legislația în vigoare”*, susține că nu constituie îndeplinirea obligației prevăzute de art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Menționează că autoritatea contractantă nu formulează nicio justificare tehnică sau juridică care să-i confere dreptul de a menține o cerință cu caracter de restricție, fără legătură cu obiectul achiziției.

Potrivit contestatorului, produsele inodore sau cele cu altfel de miros decât cel solicitat de autoritatea contractantă sunt mult mai multe decât cele spre care se îndreaptă atribuirea contractului, astfel încât restricționarea este evidentă și sub aspectul aritmetic perceptibil al cantității.

Contestatorul precizează că prin invocarea propriilor greșeli de negociere a contractului de finanțare, evidențiază, pe de o parte, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, iar pe de altă parte, susține că

prevederile unui contract nu pot fi contrapuse prevederilor legii și nici nu pot să-și producă efecte decât între părțile semnatare.

Apreciază că nu există nicio justificare tehnică sau juridică pentru prezența unei anumite cerințe de mod de ambalare a produsului, susținând că, autoritatea contractantă trebuie obligată să procedeze la eliminarea ei (și să procedeze la renegocierea contractului de finanțare, cu stabilirea unor clauze conforme prevederilor legii).

În ceea ce privește cererea 2.2.4.3., contestatorul menționează că autoritatea contractantă ignoră existența cererii și aspectul de igienă publică criticat de către contestator.

Referitor la cererea 2.2.4.4, contestatorul precizează că produsul se utilizează prin intermediul unui dispenser care realizează dozarea corespunzătoare, fiind nefondată, în opinia contestatorului susținerea autorității contractante: *„nu este posibilă modificarea acestei cerințe întrucât dacă acesta ar avea un gramaj mai mare ar fi destul de greu de manipulat de către utilizatori finali (copii)”*.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 44773/08.09.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208365019/1, tranzacția nr. 1246416731/2077968191 din data de 01.09.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 3.550,67 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect: „Achiziția de echipamente, consumabile și materiale de protecție specifice situației de pandemie create de virusul SARS-Cov-2 necesare pentru desfășurarea în condiții de siguranță a cursurilor școlare în spațiile educaționale din, județul, cod CPV: 39330000-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1113089/25.08.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 333.127,76 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției tardivității, invocată de autoritatea contractantă, care apreciază contestația formulată de ca fiind tardivă deoarece a fost înregistrată la CNSC și la autoritatea contractantă după expirarea termenului legal de contestare.

În soluționarea excepției, se reține că a transmis contestația către CNSC și autoritatea contractantă în data de

01.09.2022 atât prin email cât și serviciu poștal astfel cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei.

Contestația este formulată împotriva documentației de atribuire aferentă lotului 2 publicată în SEAP împreună cu anunțul de participare simplificat în data de **25.08.2022** .

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va reține că în speță sunt incidente următoarele dispoziții legale, în vigoare la data depunerii contestației:

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: „Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de (...) b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă : „(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că actul autorității contractante considerat nelegal de către îl constituie documentația de atribuire publicată în SEAP în data de 25.08.2022, iar contestatorul a transmis contestația atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă în data 01.09.2022 prin e-mail și serviciu poștal (a se vedea recipisa poștală **nr. 2166/01.09.2022**) înăuntrul termenului de 7 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, rezultă fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Procedând la analiza pe fond a contestației formulate de în cadrul lotului 2 (Materiale consumabile), se reține că obiectul acestuia îl constituie documentația de atribuire, respectiv includerea în cadrul aceluiași lot 2 intitulat „Materiale consumabile”, a produselor: *„Măști copii 3 straturi – 80.000 buc, Măști 3 straturi adulți – 5000 buc, Halat protecție - 2400 buc, Mănuși latex - 50 buc, Dezinfectanți mâini – 950 buc, Șervețele umede antibacteriene - 1000 buc, Dezinfectant suprafețe – 150 buc, Viziore – 20 buc, Gel igienizant - 1000 litri, Săpun antibacterian - 500 buc și Covoraș antibacterian - 24*

buc”, sens în care analizând modul în care autoritatea contractantă a optat pentru stabilirea obiectului achiziției aferente lotului 2, respectiv gruparea a mai multor 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 categoriilor 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 categoriile de produse sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (de exemplu masca medicală de tip IIR cu 3 straturi este un consumabil medical care acoperă gura, nasul și bărbia, formând o barieră care limitează transmiterea unui agent infecțios, în timp ce dezinfectantul pentru suprafețe este un produs gata preparat conceput pentru dezinfectare rapidă prin pulverizarea și ștergerea suprafețelor, pieselor de mobilier și a instrumentelor utilizate în diverse domenii profesionale, gelul dezinfectant este utilizat pentru dezinfecția mâinilor în timp ce covorașele antibacteriene pentru intrare, acționează precum un scut în lupta cu virușii și bacteriile asigurând o dezinfectare și pot fi utilizate într-o multitudine de industrii, de la cele medicale, până la cele industriale, retail și nu numai).

Prin urmare, este lipsită de relevanță argumentația autorității contractante referitoare la posibilitatea includerii celor patru produse în cadrul aceluiasi lot, pe motiv că sunt destinate protejării răspândirii virusului Sars Cov 2 în rândul elevilor și a cadrelor școlare în condițiile în care astfel cum s-a arătat mai sus ele au utilizări și destinații diferite, unele din produsele care compun lotul au coduri CPV diferite, ca de exemplu:

- Măștile medicale, Halate protecție COD CPV - 18143000-3;
- Dezinfectanți - COD CPV 24455000-8;
- Săpun lichid face parte din COD CPV-33711900-6 ;
- Antiseptice și Dezinfectante COD CPV-33631600-8;
- Dezinfectanți pentru suprafețe din COD CPV-24455000-8.

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 2 trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot

participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

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 Referatul de necesitate nr.6531/22.08.2022 (pag.1-7, 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 produsele ce compun lotul 2, 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 la argumentul că sunt destinate desfășurării în bune condiții a activităților școlare/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 (POIM/964/10/1).

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind structura lotului 2 motiv pentru care, constatând că se impune obligarea autorității contractante la remedierea întregii documentații de atribuire a lotului 2, 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 căroră: „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 2 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 în cadrul lotului 2 iar, pe cale de consecință, va dispune anularea lotului 2 al procedurii de atribuire.

Ținând seamă de măsura anulării procedurii pentru lotul 2, Consiliul urmează a respinge ca rămasă fără obiect celelalte critici aferente lotului respectiv, referitoare la specificațiile tehnice ale produselor care compun acest lot, rezultatul fiind același.

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, în cadrul lotului 2 iar, pe cale de consecință, dispune anularea lotului 2 al procedurii de atribuire.

Respinge ca rămasă fără obiect celelalte critici aferente lotului respectiv, referitoare la specificațiile tehnice.

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 13 (treisprezece) pagini