

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de ora, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CIF, reprezentată legal prin administrator și convențional prin, cu sediul în, împotriva documentației de atribuire elaborată de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- în principal, anularea procedurii de atribuire;
- în subsidiar, modificarea caietului de sarcini (partea de dezinfectanți) în raport de cererile din contestație;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, pe cale separată.

Prin Încheierea nr. din data de, Consiliul a admis cererea, cuprinsă în contestația sa, de suspendare a procedurii.

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

Prin contestația formulată, ... critică prevederile documentației de atribuire considerându-le nelegale, abuzive și disproporționate, de natură a restrânge concurența între operatorii economici interesați de participarea la procedură.

1. Contestatoarea prezintă chestiuni prealabile.

2. Pe fondul contestației:

2.1. Anularea achiziției.

2.1.1. Solicită obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției, prin organizarea acesteia în 26 loturi diferite, câte unul per lot.

Autoarea contestației arată că procedura de atribuire, este structurată în 3 loturi și că între majoritatea produselor celor 3 loturi nu există vreo legătură funcțională care să impună atribuirea unui singur contract/lot; în majoritatea lor ele acționează independent și au specificități proprii.

Susține că produsele achiziției sunt atât echipamente medicale, cât și produse de curățenie și dezinfectanți medicali; cererea autorității

contractante se adresează unor operatori economici cu specializări diferite care operează pe piețe diferite.

Produsele achiziției nu sunt „destinate unor utilizări identice sau similare” în interiorul dezinfectanților medicali, un dezinfectant de mâini este diferit de un dezinfectant pentru suprafețe, iar dezinfectanții sunt diferiți de echipamentele medicale și produsele de curățenie, astfel încât regula prevăzută de art. 18 din Legea nr. 98/2016 este încălcată.

Apreciază că adăugarea mai multor produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert/logic/aritmetic fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate produsele lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

Asemenea 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.

În susținerea sa, invocă decizia CNSC nr. 2708/C1/2930/08.12.2021, precum și decizia nr. 36/12.01.2022 pronunțată de Curtea de Apel Iași în dosar nr. 768/45/2021.

2.1.2. Contestatoarea menționează că dacă cererea de restructurare va fi considerată întemeiată, atunci se impune anularea achiziției.

În același sens invocă și decizia CNSC nr. 460/C8/368/03.03.2022, nr. 633/C2/478/24.03.2022 și decizia Curții de Apel Alba Iulia nr. 789/22.08.2019 (dosar nr. 446/57/2019).

2.2. Modificarea caietului de sarcini a achiziției (partea de dezinfectanți)

Contestatoarea arată că, în ipoteza în care va fi respinsă cererea sa de anulare a achiziției, dar va fi admisă cererea de relotizare a loturilor achiziției, formulează cereri de modificare a caietului de sarcini produse dezinfectante din cele 3 loturi.

2.2.1. Cereri generale

2.2.1.1- Solicită obligarea autorității contractante la precizarea expresă ca specificațiile tehnice ale dezinfectanților (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază, respectiv se va întemeia pe dispozițiile

standardului general EN 14885:2022 și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin STANDARD și pe alte standarde naționale transpunând standarde europene.

Arată că Standardul european armonizat, general valabil pe teritoriul UE în materie de dezinfectanți, este EN 14885 Antiseptice și dezinfectante chimice. Aplicarea standardelor europene pentru antiseptice și dezinfectante chimice.

Acest standard a devenit standard național la 31.08.2022 și a înlocuit standardul SR EN 14885:2019.

Totodată, contestatoarea face trimitere la art. 5 și art. 6 din HG nr. 617/2014, la art. 2 din OMS nr. 10/2020, precum și la art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Consideră că autoritatea contractantă, ca autoritate supusă reglementarilor tehnice și juridice obligatorii europene și naționale, trebuie să admită că prevederile caietului de sarcini la lot 1 trebuie să respecte aceste reglementări.

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

Menționează că produsele chimice trebuie să fie apte a îndeplini și a se conforma procedurilor aferente realizării dezinfecției; cu alte cuvinte, calitățile solicitate la achiziționare trebuie să concorde cu modul în care trebuie folosite în cadrul procedurilor de dezinfecție, altminteri, achiziția devine inutilă, iar fondurile publice sunt cheltuite inefficient.

Susține că singurul domeniu al vieții sociale în care există reguli de efectuare a dezinfecției este cel medical, iar aceste reguli sunt consemnate normativ în OMS nr. 1761/2021, neexistând asemenea reguli de efectuare a dezinfecției în sfera instituțională.

Apreciază că, neexistând nici lege aplicabilă, nici uzanțe care să reglementeze dezinfecția în aria instituțională, se aplică *„dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare”* - în speță, dispozițiile legale privind dezinfecția în aria medicală.

Consideră, că astfel se asigură respectarea obligațiilor prevăzute de Legea nr. 95/2006, în sarcina tuturor entităților activând în sfera instituțională la un nivel reglementat (cel medical) la cel mai înalt nivel ce poate fi oferit în sistemul de sănătate publică din România.

2.2.1.3.- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor referitoare la compoziția produselor pe care le dorește să le achiziționeze

Menționează că autoritatea contractantă nu numai că indică substanțele active, dar și procentajul de participare a diferitelor substanțe în compoziția produselor solicitate.

Subliniază că nu există prevederi tehnice și legale care să lege eficacitatea unui produs destinat dezinfectiei suprafețelor, respectiv textilelor, respectiv mâinilor de o anumită compoziție a sa.

Sustine că eficacitatea unui produs destinat dezinfectiei nu este legată de o anumită compoziție a sa (nu există asemenea obligație legală de a furniza un dezinfectant în funcție de compoziția sa).

Ca atare, un produs cu altă compoziție decât cea dorită de autoritatea contractantă, dar care are eficacitatea și toate celelalte calități solicitate prin caietul de sarcini nu poate fi exclus din competiția pentru atribuirea contractului.

Subliniază faptul că asemenea cerințe au fost, principal, desființate de CNSC și de curțile de apel din țară (decizia nr. 618/2021 pronunțată de Curtea de Apel Iași, Decizia nr. 1502/2021 pronunțată de Curtea de Apel București).

2.2.1.4.- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor de greutate specifică/densitate :

„Densitate: $< 1.1 \text{ gr/cm}^3$ ” (PRODUSUL 1)

„Densitate: $< 1.15 \text{ g/cm}^3$ sau ml” (PRODUSUL 2)

„Densitate (20°C): $< 1,05 \text{ g/cm}^3$ ” (PRODUSUL 3)

„Densitate: între 0.80 și 0.90 g/cmc” (PRODUSUL 4)

„Densitate: $< 1 \text{ gr/cm}^3$ ” (LOT 2 produsul „Detergent dezinfectant lichid fără clătire” – PRODUSUL 5, cu motivarea - *mutatis mutandis*- prezentată la pct. 2.1.3.

2.2. 2.Cereri specifice (dezinfectanți):

2.2.2.1. Referitor la Lotul 1 – Produse pentru igienizarea suprafețelor

- Produsul 1 - „Detergent dezinfectant pentru pardoseli și suprafețe” (Fișa tehnică nr. 1):

- Solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate „*Are acțiune contra bacteriilor, virusilor, eficient contra SARS -COV- 2*” cu:

- cel prevăzut de Standard pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor în aria instituțională (în speță, autoritatea contractantă achiziționează pentru unități de învățământ);

- cu adăugarea efectului virucid, dovedit prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2) p.33;

- cu eliminarea efectului sporicid (nespecific pentru o dezinfecție de nivel scăzut, așa cum este cea a suprafețelor din unitățile de învățământ - a se vedea definiția legală a unei asemenea dezinfecții - art. 1 lit. f) ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/2021 - *dezinfecție de nivel scăzut - procedura de dezinfecție prin care se realizează distrugerea majorității bacteriilor în formă vegetativă, a unor fungi și a unor virusuri, fără acțiune asupra micobacteriilor, sporilor de orice tip, virusurilor neanvelopate și a mucegaiurilor*) și

- cu dovedirea efectelor microbicide astfel stabilite prin testări în condiții de murdărie (*produsul trebuie să realizeze atât curățarea, cât și dezinfecția suprafețelor - „Pentru curățenia și dezinfecția pardoselilor, pereților, tavanelor și suprafețele mobilei, rezistente la apa”, ceea ce impune respectarea regulii de testare prevăzute de autoritatea UE în materie de produse chimice - ECHA - în „Guidance on the BPR: Volume II Parts B+C Version 3.0 April 2018”, p.57: „When a product claims combined cleaning and disinfection, the product should be tested under dirty conditions” („Când un produs pretinde a avea o acțiune combinată de curățare și dezinfectare, produsul trebuie testat în condiții de murdărie”).*

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței *“PH valoare (20°C) concentrate: între 9-10” - căci produsul se folosește în soluție de lucru (când trebuie, potrivit altei cerințe a caietului de sarcini produs, să aibă „PH în utilizare: 7-8”)* și, ca urmare, este restrictivă (art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 - *„(6) 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”*).

- Solicită obligarea autorității contractante la inserarea cerinței ca produsele oferite să fie compatibile cu suprafețele pe care urmează să fie aplicate și să dovedească îndeplinirea acestei cerințe prin probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente).

Apreciază că este o cerință care asigură prezervarea patrimoniului unităților de învățământ pentru care achiziționează autoritatea

contractantă și asigură un reper clar al compatibilității produsului oferat cu materialul suprafețelor.

- Solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de ambalaj „*Ambalaj: 2 L 5 L*” în sensul, „*ambalaj: recipiente între 1 litru și 5 litri*”.

Apreciază că în felul acesta, într-o chestiune fără legătură cu obiectul achiziției și fără consecințe asupra eficacității dezinfecției, se înlătură o prevedere cu caracter restrictiv și se asigură deschiderea cât mai largă a competiției - scop al legislației UE în materie de achiziții publice (decizia CJUE din 23.12.2008 în cauza C-305/08).

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „*Produs nedestinat aplicațiilor casnice în conformitate cu normele CE/44/1999 art. 1*” ca fiind inutilă față de destinația de utilizare a produsului - ARIA INSTITUȚIONALĂ; dacă produsul oferat mai este utilizabil și în alte arii, nu poate fi un motiv de excludere din competiție.

- Produsul 2 - „*Produs lichid de dezinfecție și albire a textilelor*” (Fișa tehnică nr. 3)

- Solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate microbica - „*Are activitate dezinfectantă minim bactericidă, levuricidă și virucidă*” cu cel prevăzut de STANDARD pentru un produs destinat dezinfecției textilelor în aria instituțională - p.48, adică bactericid - EN 1276, levuricid - EN 1650, fungicid - EN1650.

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „*PH valoare concentrat: <1*” întrucât este inutilă deoarece produsul se folosește în diluție.

2.2.2.2. Referitor la lotul 2 „*Produse pentru curățenia suprafețelor*”

- Produsul 3 - Dezinfectant pentru nebizare (Fișa tehnică nr. 10)

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor „*Dezinfecția prin pulverizare cu aerosoli a încăperilor și eliminare a mușcăiurilor*” și „*Să poate fi utilizat în curățenia manuală sau cu mașina*” deoarece nebulizarea este un proces de difuzare automată a dezinfectantului, care exclude deci și acțiunea manuală și utilizarea vreunei "mașini" și nu este echivalentă cu pulverizarea (care presupune o acționare mecanică).

- Solicită obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de activitate microbică a produsului prin raportare la prevederile STANDARDULUI pentru un produs destinat dezinfectiei pe cale aeriană a suprafețelor în aria instituțională - p.48, adică bactericid, levuricid, fungicid, virucid, sporicid, microbacterian - EN 17272.

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „Miros: fără miros” întrucât mirosul nu are nicio influență asupra acțiunii dezinfectantului.

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „PH valoare concentrat: 2-3” întrucât, pe de o parte, produsul este unul gata de utilizare (deci cerința este complet inadecvată), iar, pe de altă parte, nu există nicio prescripție tehnică și/sau juridică care să lege eficacitatea dezinfectiei suprafețelor (indiferent de tehnica de aplicare folosită) de pH-ul produsului folosit.

Apreciază că aceasta este o indicație a unei caracteristici de fabricație, fără legătură cu obiectul achiziției, astfel trebuie eliminată deoarece contravine prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

- Solicită obligarea autorității contractante la inserarea cerinței ca produsele oferite să fie compatibile cu suprafețele pe care urmează a fi aplicate și să dovedească îndeplinirea acestei cerințe prin probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) deoarece este o cerință care asigură prezervarea patrimoniului unităților de învățământ pentru care achiziționează autoritatea contractantă și asigură un reper clar al compatibilității produsului oferit cu materialul suprafețelor.

- Produsul 5 „Detergent dezinfectant lichid fără clătire”:

- Solicită obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de activitate microbică al produsului prin raportare la prevederile STANDARDULUI referitoare la un produs destinat dezinfectiei suprafețelor fără acțiune mecanică (prin pulverizare) în aria instituțională - p. 48, adică bactericid – EN 1276 și EN 13697, levuricid - EN 1650 și EN 13697, fungicid – EN 1650 și EN 13697, cu:

- adăugarea efectului virucid (justificarea achiziției constă în necesitatea combaterii pandemiei COVID 19), dovedit prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS COV2);

- eliminarea efectului sporicid (nespecific pentru o dezinfecție de nivel scăzut, așa cum este cea a suprafețelor din unitățile de învățământ - definiția legală a unei asemenea dezinfecții este prevăzută la art. 1 lit.

f) ANEXA nr. 1 OMS nr. 1761/2021 - *dezinfecție de nivel scăzut - procedura de dezinfecție prin care se realizează distrugerea majorității bacteriilor în formă vegetativă, a unor fungi și a unor virusuri, fără acțiune asupra micobacteriilor, sporilor de orice tip, virusurilor neanvelopate și a mușcăturilor*).

- Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „*Miros proaspăt alcoolic*” întrucât mirosul nu are nicio influență asupra acțiunii dezinfectantului întrucât cerința vine în contradicție cu „*nu conține aldehide, odoranți și coloranți*”.

- Solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței „*Ambalaj: maxim 0.75 L*” în sensul măririi plafonului maximal al capacității ambalajului la 1 litru cu motivarea că, într-o chestiune fără legătură cu/neafectând eficacitatea produsului, se asigură o deschidere mai mare a competiției.

2.2.2.3. Referitor la lotul 3 „*Produse pentru igiena și protecția personală*”.

- Produsul 4 „*Dezinfectant gel pentru igiena mâinilor*”:

- Solicită obligarea autorității contractante la modificarea spectrului de activitate existent în caietul de sarcini produs - Efect bactericid și virucid; Eficient împotriva Coronavirus EN 1276, 1500, 14476 în sensul prevăzut de STANDARD pentru un produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională - p.48, adică bactericid - EN 1276 și EN 1500, levuricid - EN 1650 cu adăugarea efectului virucid (justificarea achiziției constă în necesitatea combaterii pandemiei COVID 19), dovedit prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopanți (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2).

- Solicită obligarea autorității contractante la completarea cerinței „*Nu usucă mâinile*” în sensul dovedirii efectului protector al compoziției produsului prin probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) deoarece este o cerință venind în interesul sănătății comunității școlare pentru care achiziționează autoritatea contractantă.

- Solicită obligarea autorității contractante la introducerea cerinței „Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării de zile/luni din momentul deschiderii recipientului (în funcție de necesitatea AC), dovedită prin probe obiective precum rapoarte de testare și alte documente echivalente”

Apreciază că fără asemenea cerință, autoritatea contractantă 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.

Pentru justificarea legalității cererii sale, contestatoarea face trimitere la prevederile OMS nr. 1761/2021: art. 19 alin. (2) Anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021; art. 2 Anexa nr. 3 la OMS nr. 1761/2021.

În susținere invocă decizia nr. 741/C7/494/07.04.2022 și decizia nr. 1644/C11/1645/05.08.2022.

- Solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței „Produsul să fie ambalat la canistre de 5 L” în sensul „Produsul să fie ambalat în flacoane de 1 - 5 litri”.

Susține că produsul este unul gata de utilizare și folosirea lui prin transvazare în recipiente mai mici care să-l facă ușor accesibil membrilor comunității școlare pentru care achiziționează autoritatea contractantă prezintă riscul contaminării - operațiunea fiind interzisă, potrivit art. 2 Anexa nr. 3 la OMS nr. 1761/2021.

Precizează că pe lângă aceste rațiuni de ordin medical, există și cel de sporire a competiției prin înlăturarea cerinței unui ambalaj cu capacitate fixă (cerința contravenind art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016).

Prin punctul de vedere nr. 7624/04.11.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 55100/09.11.2022, ... a precizat următoarele:

- Referitor la solicitarea contestatoarei privind restructurarea achiziției prin organizarea achiziției în 26 loturi, câte un produs per lot arată că solicitarea este illogică și inutilă, întrucât se sugerează că noțiunea de lot și produs ar putea fi identice, nu se specifică vreo prevedere legală care ar fi încălcată. În susținere, invocă art. 18 din Legea nr. 98/2016.

Totodată menționează că justificarea împărțirii pe trei loturi, având următoarele denumiri Lot 1 - Produse pentru igienizarea suprafețelor, Lot 2 - Produse pentru curățenia suprafețelor, Lot 3 - Produse pentru igiena și protecția personală este detaliată la punctul 4.5 al Strategiei de contractare, parte integrantă a documentației de atribuire.

Concluzionând, solicită respingerea cererii contestatoarei de împărțire în 26 de loturi.

- Referitor la solicitarea contestatoarei privind anularea achiziției menționează că aceasta ar avea consecințe deosebit de grave asupra autorității contractante, întrucât între MINISTERUL INVESTIȚIILOR ȘI PROIECTELOR EUROPENE în calitate de Autoritate de Management pentru Programul Operațional Infrastructură Mare și, în calitate de beneficiar al finanțării s-a încheiat Contractul de Finanțare, pentru acordarea finanțării nerambursabile de către AM POIM, pentru implementarea Proiectului nr. <cod SMIS2014+> 146922 intitulat: „Consolidarea capacității unităților de învățământ din în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-COV-2” care prevede la art. 2 - Durata contractului și perioada de implementare a proiectului: *„Perioada de implementare a Proiectului este de 12 luni, respectiv între data 01 ianuarie 2022 - 31 decembrie 2022, aceasta cuprinzând, dacă este cazul, și perioada de desfășurare a activităților proiectului înainte de semnarea Contractului de Finanțare, conform regulilor de eligibilitate a cheltuielilor”*.

Susține că anularea achiziției de echipamente și materiale care se regăsește la pct. 1 al Planului de achiziții aferent proiectului ar conduce la imposibilitatea respectării prevederilor contractului de finanțare, ceea ce ar conduce la rezilierea contractului de finanțare, ca o consecință a neîndeplinirii culpabile a obligațiilor asumate de către

Concluzionând, solicită respingerea acestui capăt de cerere, întrucât condițiile și modalitățile procedurii de atribuire au fost formulate în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare și în caietul de sarcini, cu respectarea art. 50 din Legea nr. 98/2016.

- Referitor la obligarea autorității contractante de respectare a standardului general EN 14885:2022 și la recunoașterea aplicabilității prevederilor OMS nr. 1761/2022, autoritatea contractantă arată că își asumă responsabilitatea pentru respectarea și recunoașterea aplicabilității tuturor prevederilor legale în domeniu la data publicării documentației de atribuire.

- Referitor la obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor referitoare la compoziția, greutatea specifică/densitatea produselor, menționează faptul că înscrisurile din caietul de sarcini și fișele tehnice s-au efectuat, conform prevederilor Legii nr. 98/2016 prin raportare la cerințe de performanță/funcționale; prin trimitere la specificații tehnice însoțită de mențiunea „sau echivalent”; prin raportare la cerințe de performanță/funcționale și prin trimitere la specificații; prin trimitere la specificațiile pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță/funcționale pentru alte caracteristici.

Autoritatea contractantă menționează că principalele argumente pentru care a solicitat produse pe bază de peroxid de hydrogen sunt calitățile biocide (având eficacitate inclusiv sporicidă, ceea ce asigură dezinfecția la nivel înalt) și nivel înalt de biodegradabilitate.

Aceasta precizează că își dorește achiziționarea unor produse economice și biodegradabile, ceea ce înseamnă un consum redus de soluție dezinfectantă pe metru cub, atât din considerente financiare, cât și din considerente de toxicitate și biodegradabilitate.

- Cu privire la „CERERI SPECIFICE (DEZINFECTANȚI)”, menționează că își asumă adaptarea/modificarea cerințelor din caietul de sarcini, dacă acestea contravin sau încalcă prevederile legale în conformitate cu prevederile Standardului National 14885:2022.

Concluzionând, autoritatea contractantă își exprimă opinia că opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici prin caietul de sarcini reprezintă un drept al său și nu o obligație, considerând că „*nu poate fi sancționată pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori alte modificări, după voința operatorului economic contestator, atâta timp cât acestea satisfac interesele autorității contractante, iar contestatoarea nu face dovada existenței unor încălcări ale prevederilor legale*”.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat,

criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de modalitatea de întocmire a documentației de atribuire, ... a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, anularea procedurii, iar, în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea cerințelor caietului de sarcini.

Consiliul constată că critică faptul că autoritatea contractantă prin gruparea produselor astfel: lot 1-produse pentru igienizarea suprafețelor (6 tipuri), lot 2-produse pentru curățenia suprafețelor (13 tipuri) și lot 3-produse pentru igiena și protecția personală (7 tipuri), respectiv mașini de spălat, dezinfectanți, detergenți, produse de curățenie, antiseptice și dezinfectante, echipament de dezinfectare, aparate de sterilizare, dezinfectare și igienizare, mănuși de lucru, echipamente de protecție, dezinfectant pentru mâini), înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează produsele solicitate pe fiecare lot în parte de a participa la procedura de achiziție publică, reprezentând prin aceasta o încălcare a principiului nediscriminării și egalității de tratament.

Prin punctul de vedere față de contestație, autoritatea contractantă a preluat informațiile din Strategia de contractare.

În Strategia de contractare nr., autoritatea contractantă a precizat, la punctul 4.5 Împărțirea pe loturi, după cum urmează: „în ceea ce privește dimensiunea și obiectul loturilor, acestea au fost determinate în funcție de o serie de constrângeri și interese obiective ale autorității contractante. Astfel, loturile au fost stabilite în funcție de natura produselor precum și faptul că acestea au caracteristici standardizate, autoritatea contractantă a considerat că se impune lotizarea stabilind un număr de 3 loturi, câte un lot pentru fiecare grupă de produse din caietul de sarcini. De asemenea, la dimensionarea loturilor s-a avut în vedere și considerentul evitării unor eventuale dificultăți tehnice și manageriale în buna executare a contractelor. Astfel, autoritatea contractantă urmărește eliminarea riscurilor de executare a contractului, fiind aleasă varianta optimă atât din punct de vedere administrativ, dar și din punct de vedere economic, o altă modalitate de împărțire a produselor în loturi riscând să

submineze executarea corespunzătoare a contractului. Trebuie de asemenea avut în vedere faptul că toate produsele din cadrul aceluiași lot fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, fiind produse similare. Prin urmare, modul în care au fost dimensionate loturile nu conduce la o restrângere a concurenței, repartizarea produselor pe loturi, respectiv conținutul contractelor individuale, fiind adaptate capacității IMM-urilor și sectoarelor specializate ale acestora”.

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

[...]

dd) 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. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(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. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căruia:

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor

individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Normele metodologice potrivit căruia:

(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.

Se constată astfel că, deși prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorității contractante, și nu o obligație, pentru împărțirea pe loturi a contractului care se intenționează a se atribui, în condițiile în care produsele care fac obiectul prezentei proceduri, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la încheierea doar a trei contracte, ci a mai multora, după domeniul și destinația în care se utilizează, potrivit celor mai sus reținute.

În sensul arătat, s-a pronunțat Curtea de Apel Iași, în decizia nr. 36/2022, dosar nr. 768/45/2021, potrivit căruia:

Referitor la plângerea formulată de autoritatea contractantă, se observă că aceasta vizează toate cele trei aspecte de nelegalitate reținute de către Consiliu cu privire la documentația de atribuire:

În primul rând, legat de împărțirea achiziției în loturi, Curtea reține că art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 impune autorității contractante obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, ceea ce înseamnă că această decizie nu este una discreționară, la libera apreciere a autorității contractante.

În cauză, chiar dacă este vorba de dezinfectanți, produsele ce fac obiectul licitației (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pe bază de clor și dezinfectant pentru mâni), care figurează sub aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfectante), nu constituie produse similare, în sensul

art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod evident nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Chiar dacă scopul utilizării acestor produse este activitatea de dezinfectare, așa cum corect a reținut și Consiliul, fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru mâni, pentru veselă/ echipamente/ recipiente, precum și pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe documentare diferite.

În privința celorlalte argumente oferite de către autoritatea contractantă, referitoare la necesitatea licitării împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante, existența riscului de nu se prezenta ofertanți, ori posibilitatea de asociere a ofertanților cu scopul de a depune o ofertă completă, în mod corect acestea au fost înlăturare de către Consiliu.

De altfel, fiecare din aceste justificări oferite de către autoritatea contractantă pot constitui argumente în sens contrar celor invocate de aceasta. Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse biocide, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau căroră li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.

Același argumente referitoare la specializarea furnizorilor pe o anumită categorie de dezinfectanți și impedimentele privind asocierea acestora conduc, în mod evident și contrar susținerilor autorității contractante, la concluzia că în cazul procedurii de achiziție publică organizată prin licitarea împreună a celor trei categorii de dezinfectanți există o mai mare probabilitate ca această să se finalizeze prin absența ofertelor, decât în cazul licitației organizată pe loturi.

Se observă din decizia amintită că instanța de judecată a avut în vedere la luarea deciziei de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi, similaritatea și interdependența, despărțirea în loturi distincte a produselor aferente procedurii în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de achiziție publică al întreprinderilor mici și mijlocii, iar prin aceasta la încurajarea creșterii ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizare și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În aceeași direcție, în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că:

„(78) Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat «Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice», care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

[...]

Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor publice, prin extinderea domeniului de aplicare a obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea în loturi obligatorie în anumite condiții.”.

Necesitatea deschiderii pieței este evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea de la speța nr. 838 din data de 23.04.2020: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/115/false>):

Răspuns:

Din analiza prevederilor legale incidente rezultă că deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, o obligă, în schimb, să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice, aceasta având responsabilitatea, în acest sens, de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.

Faptul că autoritatea contractantă are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreuna concurența a fost confirmat și în Decizia civilă nr. 3501 din 19 septembrie 2013 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, potrivit căreia:

Pe fondul plângerii, Curtea observă că principala critică adusă deciziei Consiliului de către petenta autoritate contractantă vizează considerentele Consiliului în sensul că se impunea divizarea achiziției pe mai multe loturi.

Această critică este nefondată, întrucât exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale trebuie să respecte principiile consacrate de ordonanță, astfel încât gruparea mai multor activități diferite într-un singur contract sau acord-cadru să nu determine anumite îngreunări pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, într-o asemenea situație devenind abuzivă și contrară principiilor și scopurilor reglementate de art. 2 din ordonanță.

Prin interdicția ofertării pe loturi se restrânge semnificativ numărul posibilelor ofertanți la cei al căror obiect de activitate privește multitudinea de tipuri de servicii și de lucrări, mai cu seamă că operatorii economici se axează, de regulă, pe anumite tipuri de servicii sau lucrări, și nu pe întreaga gamă cuprinsă de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Astfel, acceptând numai ofertanți care au în obiectul lor de activitate prestarea tuturor tipurilor de activități supuse licitației, autoritatea limitează accesul la procedura de achiziție publică al profesioniștilor autorizați.

Cât privește susținerea petentei în sensul că, potrivit normelor de drept comunitar, este permisă încheierea unui acord-cadru având un obiect complex, compus dintr-o multitudine de servicii și lucrări diferite, Curtea nu neagă această posibilitate a autorității contractante, însă aceasta nu este una absolută, ci trebuie să respecte, cum s-a arătat mai sus, principiile și scopurile consacrate de ordonanță.

Cu toate că decizia Curții de Apel București are în vedere legislația anterioară (OUG nr. 34/2016 și HG nr. 925/2016), cele reținute sunt aplicabile speței în soluționare.

Nu se poate impune operatorului economic extinderea obiectului său de activitate ori apelarea la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la o licitație publică, după cum în mod judicios a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013, potrivit căreia:

În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.

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

Cu alte cuvinte, unitatea achizitoare nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate produsele, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea procedurii fiind întemeiate, produsele solicitate având destinații și funcționalități diferite, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării procedurii și al acceptării depunerii de oferte, pe loturi distincte, pentru cele 26 de produse.

Însă, restructurarea procedurii, pe care o pretinde, în mod întemeiat, societatea contestatoare, nu este permisă de configurația actuală a SEAP, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, înainte de

publicarea acesteia în SEAP, aspect din care rezultă că după publicarea acesteia nu mai este posibilă din punct de vedere tehnic nici schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi și nici divizarea unui lot în mai multe loturi distincte, 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. Prin urmare, cererea de divizare fiind întemeiată, așa cum s-a arătat mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, deoarece nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de achiziție publică.

Având în vedere decizia de anulare a procedurii de atribuire, pe motivul analizat mai sus, Consiliul stabilește că este lipsită de relevanță analiza celorlalte cereri formulate de autoarea contestației.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (7) 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 urmează să admită contestația depusă de, în contradictoriu cu, și să anuleze procedura de atribuire.

În ceea ce privește plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, solicitată de către contestatoare, în baza prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va lua act că va solicita cheltuieli de judecată pe cale separată.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează procedura de atribuire.

Ia act că va solicita cheltuieli de judecată pe cale separată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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.