

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1333/04.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 33334/05.07.2022, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin administrator ing. și asistată și/sau reprezentată juridic prin „....”, cu sediul profesional în, împotriva documentației de atribuire, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, în cadrul procedurii simplificată, împărțită pe loturi, de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect *Furnizare echipamente, materiale și produse pentru dezinfectare, necesare obiectivului de investiții „Dotarea unităților de învățământ din cu dispozitive și echipamente de protecție necesare prevenirii răspândirii infecției cu virusul SARS COV-2”*, s-a solicitat:

„- obligarea AC la modificarea caietului de sarcini (în continuare CS) al lotului 3 al achiziției „Furnizare dezinfectanți”- în raport de cererile din contestația noastră;...

- suspendarea continuării procedurii lotului 3 al achiziției în temeiul art. 22 (1) LEGE”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică documentația de atribuire aferentă lotului 3, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele amintite.

Într-un prim aspect, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la restructurarea lotului 3, prin organizarea achiziției în 5 loturi, câte un produs *per lot*.

Arătând cum este descrisă în fișa de date a achiziției procedura de atribuire a contractului, pentru lotul 3, precum și componența lotului din caietul de sarcini, contestatorul precizează că între cele 5 produse ale lotului nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract.

Totodată, susține contestatorul, aglomerarea de mai multe produse într-un singur lot, implică o restricționare a competiției, în mod cert fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 5 produse ale lotului, comparativ cu numărul ofertanților ce pot prezenta oferte pentru fiecare produs.

Potrivit contestatorului, o asemenea restricționare are efecte și asupra formării prețurilor de achiziție, care, în prezența unei concurențe sporite (precum în cazul organizării achiziției prin atribuirea contractelor în cadrul a 5 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

Făcând trimitere la jurisprudența în materie a CNSC și a instanțelor de judecată, față de motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației și anularea procedurii lotului 3.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 alin. (1) din lege, precum și celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 1563/24 din 18.07.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 35667/19.07.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, precizează că a respectat legislația în vigoare, respectiv, formarea loturilor aferente achiziției a fost efectuată conform art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, ținând cont de următoarele aspecte:

a) produsele care compun lotul 3 - dezinfectanții, sunt destinate unor utilizări similare, însă, chiar dacă unele dintre ele dezinfectează mâinile, altele aerul, altele suprafețele, toate sunt utilizate pentru dezinfectare;

b) produsele care compun lotul 3, fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.

Autoritatea contractantă mai precizează că în momentul în care a solicitat oferte de preț pentru întocmirea cererii de finanțare a proiectului, operatorii care au răspuns solicitărilor au depus oferte pentru toți acești dezinfectanți.

Mai mult decât atât, susține achizitorul, la o consultare a catalogului electronic SEAP și a internetului se constată că furnizorii existenți în piață dețin toate aceste tipuri de dezinfectanți solicitați în cadrul procedurii - lotul 3.

În atare situație, autoritatea contractantă nu consideră că a restricționat în vreun fel operatorii economici care doresc să participe la procedură.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

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

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, împărțită pe loturi, de atribuire a contractului de achiziție publică de având ca obiect *Furnizare echipamente, materiale și produse pentru dezinfectare, necesare obiectivului de investiții „Dotarea unităților de învățământ din cu dispozitive și echipamente de protecție necesare prevenirii răspândirii infecției cu virusul SARS COV-2”*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA.

Nemulțumit de componența lotului 3 – *Furnizare dezinfectanți*, ... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Cererea de suspendare a procedurii a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. 1785/C2/1603/11.07.2022.

În soluționare este observat faptul că, așa cum rezultă din informațiile disponibile în SEAP, prezenta procedură de achiziție publică a fost împărțită de achizitoare în 3 loturi, Lotul 3, denumit generic de către autoritatea contractantă *Furnizare dezinfectanți*, având următoarea componență:

- săpun lichid antibacterian 500ml – 300 buc – valoare estimată de 72,00 lei fără TVA/buc

- dezinfectant flacon 500ml (pentru distribuie individuală) – 1376 buc – valoare estimată de 54,00 lei fără TVA/buc

- dezinfectant pentru nebulizatoare, flacon 5l – 45 buc - valoare estimată de 2.400,00 lei fără TVA/buc

- dezinfectant pentru suprafețe, flacon 6l – 700 buc - valoare estimată de 282,00 lei fără TVA/buc

- dezinfectant pentru dispenser, flacon 1,3l – 700 buc - valoare estimată de 73,00 lei fără TVA/buc.

Prin urmare, se observă, așa cum subliniază și contestatorul, că *Lotul 3 – Dezinfectanți*, cuprinde produse cu funcționalități autonome și independente, *pentru mâini, suprafețe și aeromicrofloră*.

Cu alte cuvinte, deși acești dezinfectanți sunt destinați pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție și igienă a beneficiarilor și a spațiilor, fiind categorii de produse de sine stătătoare, cu utilizări diferite (*mâini, suprafețe, aeromicrofloră*), care pot fi folosite independent unele față de altele.

În soluționare, Consiliul reține relevanța următoarelor prevederi legale:

– art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 care cuprinde definiția pentru lot *fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;*

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: *„(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 din Legea nr. 98/2016 (1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.*

– art. 141 alin. (1) – (4) din Legea nr. 98/2016 (1) *Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției. (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. (3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. (4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.*

În Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE se arată că: *Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze*

calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. [...] Statele membre ar trebui să dispună în continuare de libertatea de a merge mai

departe în eforturile lor de a facilita participarea IMM-urilor la piața achizițiilor

publice, prin extinderea domeniului de aplicare al obligației de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi la contracte mai mici, solicitând autorităților contractante să prezinte o justificare pentru decizia de a nu împărți contractele pe loturi sau făcând împărțirea [pe] loturi obligatorie în anumite condiții.

Art.42 alin.2 din Directiva 2014/24 impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctul 35).

Se constată, astfel, că legislația națională, cât și cea europeană sunt în aceeași direcție, promovarea concurenței între operatorii economici însemnând, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea produselor ce urmează a fi achiziționate în mai multe loturi, este, în opinia Consiliului justificată, în condițiile în care, din perspectiva autorității contractante nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru 5 loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

În concluzie, 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 incidentă statuează că autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

În cazul de față, autoritatea contractantă susține că a respectat condițiile impuse de legiuitor la stabilirea componenței lotului contestat, accesul operatorilor economici nefiind restricționat, în opinia sa, în condițiile în care, în urma consultării catalogului electronic din SEAP și a informațiilor regăsite pe internet, a constatat că furnizorii existenți pe piață dețin toate produsele solicitate în cadrul lotului 3.

În soluționare, observă Consiliul că aceste susțineri nu au fost, însă, însoțite de nicio probă, cu atât mai mult cu cât nu se poate considera că respectivele consultări au fost unele exhaustive, pentru a se reține corectitudinea celor afirmate.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază că o divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială, toți operatorii economici interesați având posibilitatea reală să depună oferte pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat câștigător pentru cel puțin un lot.

Așadar, prin împărțirea respectivelor produse pe loturi distincte și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, se creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării este publice.

În altă ordine de idei, reține Consiliul că, în structurarea unei achiziții, primordială este obligația autorității de a deschide piața către cât mai mulți furnizori, dacă această deschidere este posibilă și nu alterează în niciun fel achiziția. Or, săpunul lichid antibacterian poate fi livrat la fel de bine și în situația în care celelalte produse solicitate sunt livrate de alt furnizor sau viceversa.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

2009, CoNISMă (C305/08, EU:C:2009:807, punctul 37), că *unul dintre*

obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea [din 13 decembrie 2007,] Bayerischer

Rundfunk și alții [C337/06, EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în

interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009,

Assitur, C538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat, în

această privință, că această deschidere spre concurența cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.

Necesitatea deschiderii pieței a fost evidențiată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care a răspuns la întrebarea: „Împărțirea pe loturi este obligatorie?” după cum urmează (<https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/331/1>): *Din analiza prevederilor legale incidente, rezultă că, deși legislația achizițiilor publice nu obligă în mod explicit autoritatea contractantă la împărțirea unei achiziții pe loturi, **o obligă în schimb să asigure un cadru concurențial cât mai larg și să nu limiteze în mod artificial concurența în cadrul achizițiilor publice**, aceasta având responsabilitatea în acest sens de a analiza oportunitatea împărțirii contractelor/ acordurilor-cadru pe loturi, în funcție de necesități obiective, **adaptând achizițiile publice astfel încât să permită participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici.***

În lumina celor prezentate mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate tipurile de produse, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita, drept care, criticile contestatorului vizând neacceptarea divizării pe loturi distincte a produselor care formează obiectul lotului contestat, se constată a fi întemeiate.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesară a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire a lotului 3, contestat, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a procedurii, în sensul lotizării produselor solicitate în cadrul lotului 3 și al acceptării depunerii de oferte pentru fiecare produs în parte.

Însă, ținând cont de cele învederate de Agenția pentru Agenda Digitală a României prin corespondența nr.65869/18.10.2016 și anume „(...) în cazul în care autoritatea contractantă optează pentru organizarea unei proceduri de atribuire pe loturi, acestea se configurează odată cu documentația de atribuire și nu se mai pot modifica pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.”, dar și prin adresa nr.3538/23.06.2021, emisă de aceeași instituție, potrivit cu care „Odată publicată documentația de atribuire și inițiată procedura de achiziție publică prin publicarea anunțului aferent, nu există posibilități tehnice de reîmpărțire a achiziției pe mai multe loturi sau prin comasarea loturilor.”, Consiliul reține că divizarea produselor aferente lotului 3 în mai multe loturi nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice – SEAP, care nu acceptă schimbarea unei

proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi.

Prin urmare, este fără echivoc faptul că adoptarea măsurilor de remediere despre care s-a făcut vorbire în cuprinsul deciziei este imposibilă, situație în care apare ca lipsită de orice eficiență obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere care nu pot fi implementate efectiv.

Având în vedere cele constatate, modificările care trebuie adoptate de autoritatea contractantă, precum și faptul că împărțirea pe mai multe loturi a procedurii aferentă lotului 3 nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii pentru lotul 3.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, și va dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, și dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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